ISSN 1413-3873

Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

nº 70 out./dez. 2018

Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Book_RMP-70.indb 1 05/06/2019 11:50:38

ISSN 1413-3873

Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999

nº 70 out./dez. 2018

Book_RMP-70.indb 3 05/06/2019 11:50:43

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Luiza Torezani
Coordenação-Geral

Agnaldo Alves
Controle Administrativo

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Carolinne de Oliveira
Estagiária

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Thaís Abbês
Revisão Ortográfica

Anderson da Rocha
Catarina Borges
Luiz Otávio Maia
Estagiários

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Hitórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro.
A composição dos órgãos e das entidades constante nas páginas 5, 6 e 7 é a referente ao último dia do trimestre abrangido por esta revista.

Tiragem: 3000 exemplares | Circulação Nacional
Pede-se permuta | *On demande l´échange* | *We ask for exchange*

Redação e Administração
Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080
Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371
www.mprj.mp.br | *e-mail:* revista@mprj.mp.br

Catalogação na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. - Vol. 1, nº 1 (jan./jun. 1995)- . - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v. ; 23 cm

Trimestral

1995-2017 (1 - 66)
2018 (67, 68, 69, 70)

ISSN 1413-3873

1. Direito - Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Ministério Público.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

Eduardo da Silva Lima Neto
Subprocurador-Geral de Justiça de Administração

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

Leila Machado Costa
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Fernando Chaves da Costa
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos

Marfan Martins Vieira
Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Décio Luiz Alonso Gomes
Subcoordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Ana Cintia Lazany Serour
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Dalva Pieri Nunes
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Fernando Chaves da Costa
Ertulei Laureano Matos
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
Sérgio Bastos Vianna de Souza

Membros eleitos

Fátima Maria Ferreira Melo
Dirce Ribeiro de Abreu
Maria da Conceição Lopes de Souza Santos
Márcia Alvares Pires Rodrigues
Patrícia Silveira da Rosa
Joel Tovil
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Marlon Oberst Cordovil
Ângela Maria Silveira dos Santos
Cláudio Henrique da Cruz Viana

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Marcelo Daltro Leite
Alexandre Araripe Marinho
Sumaya Therezinha Helayel
Anna Maria Di Masi

Pelos Promotores de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins
Flávia de Araújo Ferrer
Conceição Maria Tavares de Oliveira
Dennis Aceti Brasil Ferreira

Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

• • •

Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Lilian Moreira Pinho
Diretor-Presidente

• • •

Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

EDITORIAL

Esta é a última edição de 2018 da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Encerramos o ano com a expectativa de termos cumprido o compromisso de aprofundar o pensamento crítico e conduzir nossos leitores à realização de distintas perspectivas de análise.

Imbuídos do mesmo objetivo, o de apresentar temas jurídicos relevantes e atualizados, oferecemos, neste final de ano, novos e destacados estudos. "A concepção atual do princípio da presunção de inocência, ratificada pela recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" e "as garantias atípicas das obrigações no âmbito do direito comunitário, do ordenamento constitucional português e no campo da dignidade da pessoa humana" são dois temas de indiscutível atualidade: o primeiro abordado pelo magistrado estadual Anderson de Paiva Gabriel, e o segundo, pelo Juiz Federal Eugênio Rosa de Araújo. A contribuição trazida pelos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro se materializa em cinco estudos específicos: "a reparação do dano material e moral à vítima de criminalidade", de Bruno Corrêa Gangoni; a "configuração constitucional das Corregedorias do Ministério Público", de autoria de Emerson Garcia; "o Ministério Público nos Juizados Especiais da Fazenda Pública", de Robson Renault Godinho; a "interface entre o CPC15 e os processos coletivos", de Fabrício Rocha Bastos; e "a influência do constitucionalismo brasileiro na história constitucional portuguesa", estudo do Procurador de Justiça Luiz Fabião Guasque. O ilustre acadêmico Fredie Didier Jr. também compõe esta edição da Revista com o artigo intitulado "Princípio da boa-fé processual no Direito Processual Civil brasileiro e seu fundamento constitucional". Há, ainda, dois estudos elaborados por nossos talentosos servidores: "o trabalho nas prisões dos EUA: não é um sistema de justiça, é um negócio", de Nicole Mitchell; e "a busca pela equidistância entre garantismos: identificação criminal de perfis genéticos e análise da constitucionalidade do art. 9-A da Lei de Execuções Penais", de autoria de Pedro Rabello Mariú.

No observatório jurídico, o constitucionalista Jorge Miranda apresenta um ensaio sobre a eutanásia; o Promotor de Justiça José Marinho Paulo Junior dedica-se a temática muito em voga com o texto "*spamming,* direito de petição e investigação cível"; e o tributarista Ives Gandra aborda os "30 anos da Constituição Federal".

A prática cotidiana dos membros do Ministério Público é retratada pelas seletas peças processuais destacadas para esta edição.

A personalidade em destaque na "Memória Institucional" é a entrevista realizada com os Professores Afrânio Silva Jardim e Marcelo Lessa, que deixaram suas impressões sobre o atual sistema penal.

Violência doméstica, crimes contra a liberdade sexual e a definição de funções privativas no âmbito da Lei Complementar nº 69/1990, que trata da carreira de fiscal de renda da Secretaria de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, são os assuntos trazidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Do Superior Tribunal de Justiça,

temos a discussão sobre os eixos temáticos: ação penal pública incondicionada e vulnerabilidade temporária; direito previdenciário e humanitário; e acumulação de subsídios em confronto com o teto constitucional.

Por fim, lembramos que nossa Revista conta com duas versões: uma eletrônica e outra impressa, o que possibilita maior dinâmica e facilidade de acesso, contribuindo para incrementar a democratização do saber.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

A Necessária Releitura da Súmula 444 do STJ à Luz da Concepção Atual do Princípio da Presunção de Inocência
Anderson de Paiva Gabriel **19**

A Reparação do Dano Material e Moral à Vítima da Criminalidade
Bruno Corrêa Gangoni **37**

Configuração Constitucional das Corregedorias do Ministério Público
Emerson Garcia **83**

Garantias das Obrigações: Configuração das Garantias Especiais Atípicas
Eugênio Rosa de Araújo **99**

Interface entre o CPC15 e os Processos Coletivos
Fabrício Rocha Bastos **125**

Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Civil Brasileiro e Seu Fundamento Constitucional
Fredie Didier Jr. **179**

A Influência do Constitucionalismo Brasileiro na História Constitucional Portuguesa
Luiz Fabião Guasque **189**

O Trabalho nas Prisões dos EUA: "Não É um Sistema de Justiça, É um Negócio"
Nicole Mitchell Ribeiro da Silva **201**

A Busca pela Equidistância entre Garantismos: Identificação Criminal de Perfis Genéticos e Análise da Constitucionalidade do Art. 9-A da Lei de Execuções Penais no Recurso Extraordinário nº 973837/MG
Pedro Rabello Mariú **209**

O Ministério Público nos Juizados Especiais da Fazenda Pública
Robson Renault Godinho **225**

Observatório Jurídico

Os 30 Anos da Constituição Federal
Ives Gandra da Silva Martins **245**

Sobre a Eutanásia
Jorge Miranda **247**

Spams, Mala Direta e Direito de Petição: um Limite Necessário
José Marinho Paulo Junior **249**

Peças Processuais

Pareceres

Processo Administrativo. Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Parecer Jurídico. O alcance da Lei nº 13.460/2017, que em seu art. 2º, II, considerou administração pública "órgão ou entidade integrante da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública".

Emerson Garcia **257**

Processo Judicial. Mandado de Segurança. Parecer do Ministério Público. Pretensão de Segurança. Taxista com acúmulo de 26 pontos na Carteira Nacional de Habilitação. Aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir por um mês. Ultratividade da Lei Estadual nº 3.375/2000, "enquanto persistirem os níveis de desemprego, decorrentes de políticas e decisões socioeconômicas que afetam, de forma nociva, a cidadania" (art.3º).

Luiz Fabião Guasque **263**

Peças

Peça Processual. Contrarrazões em Agravo de Instrumento. 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital. Ação civil pública, distribuída à 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, sob o nº 0054872-30.2018.8.19.0001, a fim de obter ordem judicial visando ao estrito e regular cumprimento de normas constitucionais e legais acerca do financiamento das ações estatais de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE).

Emiliano R. Brunet D. Paes **275**

Peça Processual. Ação Civil Pública. Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais e os Promotores de Justiça integrantes do Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção – GAECC. Inquérito Civil n° 2017.00190594. Ato de improbidade administrativa por parte do Governador do Estado do Rio de Janeiro, consistente no descumprimento de obrigação constitucional de aplicação, pelo ente público estadual, do percentual mínimo de 12% (doze por cento) da arrecadação no custeio das ações e serviços públicos de saúde, no exercício de 2016.

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel, Patrícia do Couto Villela, Carlos Bernardo Alves Aarão Reis e Luiz Fernando de Almeida Rabelo **299**

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória **351**

Afrânio Silva Jardim e Marcelo Lessa: Dois Mestres e o Atual Sistema Penal **353**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus nº 137.888/Mato Grosso do Sul. *Habeas Corpus*. Direito Penal. Contravenção Penal. Vias de fato. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei nº 11.340/2006. Artigo 226, §8º, da Lei Maior. Direitos humanos da mulher. Sistema protetivo amplo. Interpretação da lei. Alcance. Infração penal – crime e contravenção. Combate à violência em todas as suas formas e graus. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviabilidade.

Primeira Turma, 31.10.2017. ..... **379**

Habeas Corpus nº 125.360/Rio de Janeiro. *Habeas Corpus*. Atentado violento ao pudor. Alegada necessidade de oitiva de novas testemunhas. Indeferimento justificado. Ausência de cerceamento de defesa. Alegação de ilegitimidade do Ministério Público para oferecimento de denúncia. Improcedência. Crime contra liberdade sexual. Violência real caracterizada. Ação Penal Pública Incondicionada mesmo após a Lei nº 12.015/2009. Higidez da Súmula 608 do STF.

Primeira Turma, 27.2.2018. ..... **399**

Jurisprudência Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.877/Rio de Janeiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 69/1990, do Estado do Rio de Janeiro. Carreira de Fiscal de Renda da Secretaria de Fazenda. Alterações pela Lei Complementar Estadual nº 107/2003. Definição das funções privativas dos Fiscais de Renda. Ausência de ofensa ao princípio da eficiência. Inserção da expressão "Controle Externo" em vários dispositivos impugnados por meio de Emenda Parlamentar. Inocorrência de aumento de despesa. Participação de membros do Ministério Público e da Assembleia Legislativa em órgão de assessoramento do Poder Executivo. Infringência ao princípio da separação de poderes. Participação, ainda, de representantes da Ordem dos Advogados do Brasil e do Conselho Regional de Contabilidade. Interpretação conforme à Constituição para retirar o caráter compulsório dessa participação. Procedimento investigatório instaurado pela Corregedoria Tributária de Controle Externo. Ausência de usurpação de prerrogativa da Polícia Civil ou de invasão de competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal e Processual Penal. Estabelecimento de prazos prescricionais de cinco e dez anos para sanções disciplinares. Inexistência de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Inconstitucionalidade dos Arts. 5º, *caput* e parágrafo único, 6º, 81, *caput*, 105, incs. V e IX, da Lei Complementar Estadual nº 69/1990, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 107/2003. Interpretação conforme à Constituição aos incs. VII e VIII do Art. 105 desse diploma legal. Ação julgada parcialmente procedente.

Plenário, 8.3.2018. ..... **403**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

AgRg no Recurso Especial nº 1.432.186/Rio Grande do Sul (2014/0023916-0). Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Ação Penal Pública Incondicionada. Vulnerabilidade temporária. Precedente. Agravo não provido. 1. "Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito." (*HC* nº 389.610/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017). 2. Agravo regimental não provido.

Quinta Turma, 15.05.2018 ..... **477**

Jurisprudência Cível

AgInt no RE no AgInt nos EDcl no Recurso em Mandado de Segurança nº 48.747/Distrito Federal (2015/0163486-0). Recurso Extraordinário. Acumulação de subsídios. Teto constitucional. Emenda Constitucional nº 41/03. Tema 480/STF. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência da Suprema Corte.

Corte Especial, 06.06.2018 ..... **483**

Recurso Especial nº 1.411.258/Rio Grande do Sul (2013/0339203-9). Direito Previdenciário e Humanitário. Recurso Especial representativo da controvérsia. Processamento nos termos do Art. 543-C do CPC e da Resolução 08/STJ. Direito do menor sob guarda à pensão por morte do seu mantenedor. Embora a Lei nº 9.528/97 o tenha excluído do rol dos dependentes previdenciários naturais ou legais dos segurados do INSS. Proibição de retrocesso. Diretrizes constitucionais de isonomia, prioridade absoluta e proteção integral à criança e ao adolescente (Art. 227 da CF). Aplicação prioritária ou preferencial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), por ser específica, para assegurar a máxima efetividade do preceito constitucional de proteção. Parecer do MPF pelo não conhecimento do recurso, a teor da Súmula 126/STJ. Recurso Especial conhecido, porém desprovido.

Primeira Seção, 11.10.2017 ..... **491**

Noticiário

Eduardo Gussem transmite temporariamente o cargo de Procurador-Geral de Justiça do MPRJ a Ricardo Ribeiro Martins **535**

Ertulei Laureano Matos é eleito presidente da Amperj **537**

MPRJ elege integrantes do Conselho Superior para o biênio 2019/2021 ..... **539**

Eduardo Gussem é reeleito Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro **541**

MPRJ entrega Colar do Mérito e Medalha Annibal Frederico de Souza **545**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO..... **549**

Detalhe da imagem da capa

Doutrina

A Necessária Releitura da Súmula 444 do STJ à Luz da Concepção Atual do Princípio da Presunção de Inocência

Anderson de Paiva Gabriel*

Sumário

1. Introdução. 2. A Súmula 444 do STJ e Seus Precedentes. 3. A Recente Jurisprudência do STF e a Concepção Atual da Presunção de Inocência. 4. A Presunção de Inocência, o Princípio da Isonomia na Vertente Substancial e a Devida Individualização da Pena. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

A concepção atual do princípio da presunção de inocência, ratificada pela recente jurisprudência do STF, bem como o direito fundamental de igualdade substancial (art. 5º, CRFB/88) e a garantia constitucional de adequada individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/88) ensejam a reinterpretação da Súmula 444 do STJ, permitindo que condenações criminais, mesmo que em 1º grau, possam ser valoradas na dosimetria de outros processos, afastando-se tão somente a utilização de inquéritos policiais e ações penais deflagradas.

Abstract

The current conception of the principle of the presumption of innocence, ratified by the recent jurisprudence of the STF, as well as the fundamental right of substantial equality (article 5, CRFB / 88) and the constitutional guarantee of adequate individualization of the sentence (article 5, XLVI, CRFB / 88), lead to the reinterpretation of STJ's Judicial Precedent 444, allowing criminal convictions, even in the first degree, to be valued in the dosimetry of other proceedings, with only the use of police investigations and criminal proceedings being refuted.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Igualdade substancial. Presunção de inocência. Individualização da pena.

* Mestre e Doutorando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público, em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá e em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC).

Book_RMP-70.indb 19 05/06/2019 11:50:54

Keywords: *Constitutional right. Substantial equality. Presumption of innocence. Individualization of the sanction.*

1. Introdução

Preliminarmente, cumpre salientar que a tese ora apresentada foi debatida e aprovada na plenária do XXXIII Congresso Brasileiro de Magistrados, realizado entre os dias 24 e 26 de junho. Destaque-se, ainda, o endosso e apoio do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC[1]).

Eis a proposição:

> A concepção atual do princípio da presunção de inocência, ratificada pela recente jurisprudência do STF, bem como o direito fundamental de igualdade substancial (art. 5º, CRFB/88) e a garantia constitucional de adequada individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/88) ensejam a reinterpretação da Súmula 444 do STJ, permitindo que condenações criminais, mesmo que em 1º grau, possam ser valoradas na dosimetria de outros processos, afastando-se tão somente a utilização de inquéritos policiais e ações penais deflagradas.

2. A Súmula 444 do STJ e Seus Precedentes

Passamos a esclarecer as razões que impelem a releitura sumular:

O Superior Tribunal de Justiça publicou, no ano de 2010, a Súmula 444: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)".

Nesse sentido, cabe trazer à baila alguns dos precedentes que deram origem à referida súmula:

> Consta da sentença [...]: "existência de antecedentes criminais do réu, sem, contudo, configurar reincidência, vez que sua folha de antecedentes consigna anotação relativa ao delito de tráfico ilícito de entorpecente [...] fixo sua pena-base acima do mínimo legal." Tal entendimento, todavia, está em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual "Inquéritos policiais e *ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo*" [...]. (*HC* nº 142241 RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010):

[1] https://fonajuc.com.br/

Book_RMP-70.indb 20 05/06/2019 11:50:54

[...], considerou-se em seu desfavor os antecedentes, em virtude da existência de um outro processo em andamento; [...] Entretanto, equivocou-se o ilustre sentenciante ao considerar que o réu registra outra incidência, ao que parece processo em andamento, pelo crime de receptação, circunstância que não pode ser sopesada como antecedentes. *Após a Constituição da República de 1988, antecedentes devem resultar de decisão condenatória transitada em julgado, sendo que processos em andamento ou inquéritos não podem servir para agravar a pena do réu nem mesmo para se considerar que ele possui má conduta social ou personalidade deformada, porquanto poderá, no final dos processos, ser absolvido. A condenação só produz qualquer efeito, em relação ao apenado, após o seu trânsito em julgado, sendo abundante a jurisprudência neste sentido, tanto do Supremo Tribunal Federal, como deste Sodalício: "O ato judicial de fixação da pena não poderá emprestar elevo jurídico-legal à circunstância que meramente evidencie haver sido o réu submetido a procedimento penal persecutório, sem que deste haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal. A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais ou, ainda, a persecuções criminais de que não haja derivado qualquer título penal executório não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não culpabilidade dos réus ou dos indiciados (*Cf. *art. 5º, LVII). É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção* juris tantum *de não culpabilidade do réu, que passa, então – e a partir desse momento – a ostentar o status jurídico-penal de condenado, com todas as consequências daí decorrentes. Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído.* (STF *HC* nº 68465-3. Rel. Ministro Celso Mello. DJU de 21.02.1992, p. 1694)." PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PENA-BASE. AUMENTO. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Ressalvado o ponto de vista deste relator, manifestado nos autos do *HC* nº 39.515/SP, cujo acórdão foi publicado em 9/5/2005, *a contrario sensu*, resta assentada a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que "viola

Book_RMP-70.indb 21 05/06/2019 11:50:54

> o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional" (REsp 675.463/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 13/12/2004, p.454), e que, "por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial" (*HC* nº 31.693/MS, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 6/12/2004, p.368). (...) (*HC* nº 81866 DF, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 15/10/2007, p.325)

Com efeito, o entendimento foi reiterado, em dezembro de 2014, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE nº 591.054 – 6 votos a 4),[2] decorrendo da concepção hipertrofiada de presunção de inocência que prevalecia na época.

No entanto, a questão nunca foi devidamente sepultada e o próprio Pleno do STF, durante o julgamento do *HC* nº 94.620 e *HC* nº 94.680 (realizado em 24/06/2015)[3], já havia aventado a possibilidade de virada jurisprudencial e superação do entendimento fixado em repercussão geral no bojo do RE nº 591.054.

---

[2] RE 591.054. Na ocasião, por 6 votos a 4, o plenário do STF entendeu que "[...] ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais".

[3] Conforme publicado no Informativo 791 do STF: "Princípio da não culpabilidade: processos em curso e maus antecedentes. O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, concedeu, em parte, a ordem em dois *habeas corpus* para determinar ao juízo das execuções penais que proceda ao novo cálculo da pena imposta aos pacientes, devendo considerar como circunstâncias negativas, na primeira fase da dosimetria, somente a culpabilidade e as consequências do crime. Em ambos os casos, discutia-se a possibilidade de inquéritos policiais e ações penais sem trânsito em julgado poderem ser considerados como elementos caracterizadores de maus antecedentes – *v.* Informativo 538. Prevaleceu o voto do Ministro Teori Zavascki. Salientou recente posicionamento do STF a respeito do tema, firmado no julgamento do RE 591.054/SC (DJe de 25.2.2015), com repercussão geral, no sentido da impossibilidade de se considerar esses elementos como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. Salientou, ainda, que no *HC* nº 94.620/MS, também haveria outra discussão, a respeito da admissibilidade de alegações genéricas — de que o agente possuiria conduta inadaptada ao convívio social e personalidade voltada para o crime, e de que as circunstâncias e motivos seriam deploráveis – embasarem a reprimenda do paciente. Reputou que essa fundamentação genérica também não poderia ser considerada para esse fim. Os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente e relator) – que reajustou seu voto –, Teori Zavascki, Edson Fachin e Rosa Weber, embora ressalvassem seu entendimento pessoal, acompanharam a orientação firmada no recurso com repercussão geral, em respeito ao princípio da colegialidade. Vencidos a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux, que denegavam a ordem em ambos os casos. Por fim, o Tribunal, tendo em conta as manifestações proferidas e o fato de se tratar de *habeas corpus*, pronunciou-se no sentido da possibilidade de rever a tese firmada no precedente em repercussão geral, em recurso extraordinário a ser oportunamente submetido à apreciação da Corte. *HC* nº 94620/MS Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24.6.2015. (*HC* nº 94620);".

Book_RMP-70.indb 22 05/06/2019 11:50:54

3. A Recente Jurisprudência do STF e a Concepção Atual da Presunção de Inocência

Compulsando a recente jurisprudência do STF[4], todavia, já se mostra imperiosa a reinterpretação da Súmula 444 do STJ para considerar que apenas as ações penais em que ainda não tenha sido proferida sentença condenatória não se mostram hábeis a forjar antecedentes.

Não pode a magistratura, atenta à criminalidade profissional que assola a pátria, equiparar pessoas que nunca responderam e não respondem a nenhum

---

[4] "CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). *SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE*. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, *não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*. 2. *Habeas corpus* denegado" (*HC* nº 126.292, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016).
"MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. *ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA*. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO *HC* nº 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. *MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA*. 1. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal". 2. *No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, §5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional*. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. *O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula*. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. *Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível*. 7. Medida cautelar indeferida" (ADC 43-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, j. 05/10/2016).
"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. *Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria" (ARE 964.246, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10/11/2016).

Book_RMP-70.indb 23 05/06/2019 11:50:55

processo criminal a outros que registram condenação, ainda que em 1º grau, em sua folha de antecedentes criminais, sob pena de se vilipendiar o direito fundamental de igualdade substancial (art. 5º, CRFB/88) e a garantia constitucional de adequada individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/88).

Afinal, se igualdade é tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na célebre definição de Aristóteles, nada mais injusto que se considerarem merecedores de uma mesma pena-base um cidadão que nunca sequer foi parar em uma Delegacia ou Juízo Criminal e outro que já tenha sofrido condenação.

Aliás, essa concepção de igualdade já é muito defendida pelo STF:

> AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. 1. (...) 7. (...) *Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.* (...) 10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI's nºs 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes. (Processo ADI nº 3330 – Relator(a) AYRES BRITTO – Plenário, 03.05.2012)
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. AUSÊNCIA DE REGRAS DE TRANSIÇÃO DESTINADAS A SOLUCIONAR SITUAÇÕES LIMÍTROFES NÃO ABRANGIDAS PELOS NOVOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INGRESSO NA CARREIRA. INSCRIÇÃO DEFINITIVA NO CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA QUE, EMBORA NÃO POSSUÍSSE OS TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA EXIGIDOS PELO ART. 129, §3º, DA CONSTITUIÇÃO, ERA PROMOTORA DE JUSTIÇA DE MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO. PRINCÍPIO DA UNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO [ART. 128, I e II, DA CB/88]. PRINCÍPIO DA IGUALDADE [ART. 5º DA CB/88]. A IGUALDADE CONSISTE EM TRATAREM-SE DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS. ORDEM DEFERIDA. 1. (...) 5. *A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais*. *Prestigia-se a igualdade*, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida. (Processo MS nº 26690 – Relator(a) EROS GRAU – STF – Plenário, 03.09.2008)

Book_RMP-70.indb 24 05/06/2019 11:50:55

Cumpre salientar que não se está a sustentar que o fato de determinado indivíduo já ter sido indiciado, ainda que em vários inquéritos ou ter contra si deflagradas várias ações penais, conforme compreensão majoritária, seja usado como motivo para aumentar a pena-base a título de antecedentes, ante o princípio constitucional da não culpabilidade.

Mas sim a possibilidade de que a partir da condenação em 1º grau, restem configurados os antecedentes, com aptidão para serem valorados na dosimetria de outro processo. Posição esta que inclusive se alinha com várias das manifestações dos ministros da Suprema Corte no julgamento do *HC* nº 152.752, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva buscava impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Ora, se é possível executar a pena a partir da condenação em segundo grau, por certo se mostra imperioso reconhecê-la em outro processo a título de antecedentes. No entanto, à luz do entendimento preconizado, já se mostra razoável e adequado que a condenação em 1º grau se mostre suficiente para tal valoração, ainda que não possibilite a execução imediata da pena.

Consoante trechos da notícia publicada no próprio site do STF (http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437):

> A maioria dos ministros seguiu o voto do relator, ministro Edson Fachin, no sentido da ausência de ilegalidade, abusividade ou teratologia na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que aplicou ao caso a atual jurisprudência do STF, que permite o início do cumprimento da pena após confirmação da condenação em segunda instância[5].
>
> O ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator. Segundo seu voto, em quase 30 anos desde a edição da Constituição Federal de 1988, apenas durante sete anos, entre 2009 e 2016, o STF teve entendimento contrário à prisão em segunda instância. "Não há nenhuma ilegalidade ou abuso de poder que permitiria a concessão do *habeas corpus*", afirmou. "A decisão do STJ, ao acompanhar e aplicar a decisão do Supremo, agiu com total acerto. A presunção de inocência, todos sabemos, é uma presunção relativa".
>
> Seguindo os fundamentos do relator, o ministro Roberto Barroso destacou os efeitos negativos trazidos pela posição contrária, adotada pelo STF entre 2009 até 2016, sobre o tema da prisão

[5] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437, último acesso em 06/05/2018, e https://veja.abril.com.br/politica/ao-vivo-stf-julga-habeas-corpus-contra-prisao-de-lula/, último acesso em 06/05/2018.

Book_RMP-70.indb 25 05/06/2019 11:50:55

provisória, que, a seu ver, incentivou a interposição infindável de recursos protelatórios para gerar prescrição, impôs a seletividade do sistema ao dificultar a punição dos condenados mais ricos e gerou descrédito do sistema de justiça penal perante a sociedade. Barroso citou números segundo os quais a reversão do resultado em favor do réu em recursos interpostos nos tribunais superiores chega a pouco mais de 1% do total. "É ilógico, a meu ver, moldar o sistema com relação à exceção e não à regra", afirmou.

Também para o ministro Luiz Fux, a presunção de inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não impede a execução provisória da pena. "*A presunção de inocência cessa a partir do momento em que, por decisão judicial, se considera o réu culpado*", disse. A necessidade de trânsito em julgado para que se possa efetivar uma prisão, segundo Fux, não está contemplada na Constituição. "Interpretar de forma literal o dispositivo é negar o direito fundamental do Estado de impor a sua ordem penal".

A presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, manteve a posição que manifestou em 2009, quando o Tribunal mudou seu entendimento para adotar a necessidade de trânsito em julgado para se admitir a execução da pena. Segundo ela, o que se discute nesse tema é a chamada antecipação da execução penal quando já esgotados os recursos ordinários. "O processo penal possui fases, e o que se admite no caso é que haja também uma gradação na forma de execução", observou.

O cumprimento da pena após o duplo grau de jurisdição não representa, no seu entendimento, ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade, uma vez que atende ao desafio de não criar um déficit judicial sem prejudicar as garantias da ampla defesa. "Admitir que a não culpabilidade impossibilita qualquer atuação do Estado pode levar à impunidade", afirmou, observando que se, por um lado, a Constituição Federal assegura direitos fundamentais, por outro garante a efetividade do direito penal e da aplicação da pena de prisão.

Assim, a nosso sentir, a existência de condenação não definitiva importa em maus antecedentes, sem que isso importe em afronta ao princípio da presunção da inocência. Com efeito, o agravamento da pena em virtude de condenação anterior é uma das mais efetivas maneiras de se aplicar o princípio constitucional da individualização das penas, consubstanciando a isonomia na dimensão material e, portanto, Justiça.

Justifica-se esta assertiva, na medida em que nenhum direito fundamental é absoluto. Tampouco são absolutos os princípios constitucionais.

Book_RMP-70.indb 26 05/06/2019 11:50:55

4. A Presunção de Inocência, o Princípio da Isonomia na Vertente Substancial e a Devida Individualização da Pena

Na *vexata quaestio* posta, ao princípio da presunção da inocência se opõe o princípio da isonomia, na medida em que não se pode dedicar ao sujeito que já foi objeto de uma sentença penal condenatória, ainda que sujeita a reexame por força de recurso voluntário, o mesmo tratamento dispensado ao réu que ostenta uma FAC imaculada.

Neste ponto, impõe-se tecer breves considerações a respeito da ponderação dos valores e princípios constitucionais em colisão.

Em sede de colisão de direitos fundamentais podemo-nos deparar com duas situações:

(a) colidência entre direitos fundamentais diversos exercitados por titulares diferentes (colisão entre direitos fundamentais em sentido estrito) e;

(b) colisão entre interesses individuais tutelados como direitos fundamentais e outros valores e interesses comunitários igualmente abrigados na Constituição.

A solução destes conflitos pode processar-se de duas formas:

(a) através da atuação do legislador infraconstitucional, impondo previamente restrição a um dos direitos fundamentais, desde que a Lei Fundamental contemple expressa ou tacitamente autorização (reserva legal) e seja preservado o núcleo essencial do direito limitado e;

(b) uma vez ausente a restrição legislativa prévia, pela interveniência do Poder Judiciário, mediante balanceamento, no caso concreto (peso específico), dos direitos fundamentais que se apresentam em discrepância, já que estes, em regra, são outorgados por normas jurídicas com características de princípios.

Ao ponderar direitos fundamentais em colisão, o intérprete-aplicador deverá, inicialmente, atentar para o *Tatbestand* (âmbito de proteção)[6] dos direitos envolvidos, pois pode acontecer que a forma de exercício de determinado direito fundamental se encontre fora de seus limites imanentes, hipótese em que o confronto será apenas aparente.

Superado este exame preliminar, na eventualidade de persistir o confronto, então, deverá o intérprete-aplicador lançar mão, entre outros, dos princípios doutrinários da unidade da constituição (enfoque contextualizado das normas em discrepância, considerando que a Constituição existe como um todo), da concordância prática (harmonização dos direitos fundamentais e valores constitucionais através de um juízo de ponderação voltado para a concretização e preservação máxima dos mesmos) e da proporcionalidade (efetivação, no caso concreto, do princípio da concordância prática).

Àqueles que opõem objeções à ponderação dos valores e princípios constitucionais em colisão, alegando que se acha adstrita ao arbítrio do sujeito que a realiza, dando margem ao subjetivismo e ao decisionismo judicial, Robert Alexy[7]

---

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 136.

[7] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 3ª ed. Madrid: Centro de estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 159.

Book_RMP-70.indb 27 05/06/2019 11:50:55

contra-argumenta com argúcia: "uma ponderação é racional se o enunciado de preferência ao qual conduz pode ser fundamentado racionalmente".

Assim, de fato, à luz da jurisprudência atual, quando o réu está simplesmente respondendo a outro inquérito ou processo, deve assumir um "peso" maior o princípio da presunção da inocência (presunção de não culpabilidade). É que neste caso, eventual juízo negativo dos seus antecedentes restará ancorado em elementos de convicção precários.

Contudo, emerge imperiosa convicção de que o princípio da isonomia deve prevalecer sobre o princípio da presunção da inocência na hipótese da prolação de sentença penal condenatória recorrível. Afinal, já há uma manifestação do Poder Judiciário sobre o mérito, com percuciente análise da materialidade e autoria que importa em evidente reconhecimento da culpa e, portanto, merece ser prestigiada e valorada em outros processos.

Corroborando o entendimento ora esposado, salientem-se alguns fragmentos da manifestação oral do Ministro Luís Roberto Barroso[8] no supramencionado *HC*:

> A esse propósito, como lembrou a Ministra Ellen Gracie em 2009, foi reiterado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki em 2016, lembrado por mim e repetido pelo Ministro Gilmar Mendes aqui em plenário no mesmo julgamento, praticamente nenhum país civilizado do mundo exige isso. Em diversos países a execução da condenação se dá após o 1º grau e no restante se dá em 2º grau. Mais que isso, os principais documentos e convenções de direitos humanos do mundo tampouco exigem o trânsito em julgado.[9]
>
> A presunção de inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplique na modalidade tudo ou nada. Por ser um princípio, ela precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais. *Princípios*, ao contrário das regras, não descrevem condutas, mas

[8] Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf e http://luisrobertobarroso.com.br/votos-e-decisoes/, último acesso em 14/04/2018.

[9] *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (Art. 11º – 1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas); *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (Art. 6° – Direito a um processo equitativo – 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada); *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (Art. 48 – Presunção de inocência e direitos de defesa – 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa); *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos* (Art. 7º – 1. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) O direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente); *Declaração Islâmica dos Direitos Humanos* (V – Direito a Julgamento Justo - Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente); *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (Art.14 – §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa); *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (Art. 8º – Garantias judiciais – 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa).

Book_RMP-70.indb 28 05/06/2019 11:50:55

apontam para estados ideais a serem alcançados, como justiça, dignidade humana, eficiência. São mandados de otimização dirigidos ao intérprete, que deve aplicá-los na maior extensão possível, levando em conta outros princípios e a realidade fática. Princípios, portanto, devem ser aplicados, em muitas situações, em harmonia, em concordância prática ou em ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais. Ponderar significa atribuir pesos, fazer concessões recíprocas e, no limite, realizar escolhas sobre qual princípio vai prevalecer numa situação concreta.

Quais os princípios em jogo na presente discussão? De um lado, o princípio da inocência ou da não culpabilidade; de outro lado, o da efetividade mínima do sistema penal, que abriga valores importantes como a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.

Quando a investigação começa, o princípio da presunção de inocência tem o seu peso máximo. Com o recebimento da denúncia, este peso diminui. Com a sentença condenatória de 1º grau, diminui ainda mais. Quando da condenação em 2º grau, o equilíbrio se inverte: os outros valores protegidos pelo sistema penal passam a ter mais peso do que a presunção de inocência e, portanto, devem prevalecer.

Segundo os dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, referente ao período de 1º.01.2009 até 19.04.2016, foram apresentados 25.707 recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal. Desse total, o percentual de recursos acolhidos foi de 2,93%, abrangendo tanto os recursos providos em favor da defesa quanto da acusação. Quando se vai verificar o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, o número cai para 1,12%. Quando se vai examinar o percentual de *absolvições*, ele é de irrisórios 0,035% dos casos. Vale dizer: em mais de 25 mil recursos extraordinários, houve tão somente 9 (nove) casos de absolvição. Os outros casos de provimento se referiam à substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa (o que é relevante, pois afeta a liberdade), mudança de regime, progressão de regime, dosimetria e prescrição. Ao tema da prescrição se voltará mais adiante.

Veja-se, então, em resumo: aguardar-se o trânsito em julgado do recurso extraordinário produz impacto de 1,12% em favor da defesa, sendo que apenas 0,035% de absolvições. Subordinar todo o sistema de justiça a índices deprimentes de morosidade e ineficiência para produzir este resultado é uma opção que não passa em nenhum teste de razoabilidade ou de racionalidade.

Book_RMP-70.indb 29 05/06/2019 11:50:55

> *Eu entendo e respeito quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma para justificar a exigência do trânsito em julgado. Mas por essa lógica, deveríamos fechar todos os aeroportos, porque, apesar de todos os esforços, há uma margem mínima de acidentes. O mesmo vale para a indústria automobilística, para a construção civil e quase todas as atividades produtivas. Viver envolve riscos. E tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los.*
>
> *Segundo pesquisa desenvolvida pela Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ, sob a coordenação do Ministro Rogerio Schietti, os números em relação aos recursos especiais perante o Superior Tribunal de Justiça também infirmam a necessidade de se tornar a mudar a jurisprudência firmada nessa matéria*. A pesquisa foi realizada, a meu pedido, entre 1º.09.2015 a 31.08.2017, envolvendo as decisões das duas Turmas Criminais do Tribunal (a 5ª e a 6ª). Foram pesquisadas 68.944 decisões proferidas em recursos especiais ou em agravos em recurso especial.
>
> Pois bem: o percentual de absolvição em todos estes processos foi de *0,62%*. Em 1,02% dos casos, houve substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos. Os outros percentuais foram: prescrição – 0,76%; diminuição da pena – 6,44%; diminuição da pena de multa – 2,32%; e alteração de regime prisional – 4,57%.
>
> Veja-se, então: a soma dos percentuais de absolvição e de substituição da pena é de 1,64%, revelando o baixo número de decisões reformadas que produzem impacto sobre a liberdade dos condenados. *Diante desses dados, é ilógico, com todas as vênias de quem pensa diferentemente, moldar o sistema em função da exceção, e não da regra.*

Sepultando qualquer dúvida, traga-se à baila excertos do voto do Ministro Luiz Fux[10], também ilustre Professor Titular de Processo da gloriosa UERJ, no supracitado *HC* nº 152.752:

> O princípio da presunção de inocência encontra-se insculpido em um sistema unitário, devendo harmonizar-se com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente.
>
> Cumpre, ainda, acrescentar uma análise da história de interpretação do princípio da presunção de inocência na jurisprudência do STF. Ela

[10] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374738, último acesso em 14/04/2018.

Book_RMP-70.indb 30 05/06/2019 11:50:55

se divide em três períodos: de 1988 até 2009; de 2009 a 2016; desde 2016 até o momento atual. As sucessivas alterações deveram-se: 1) à influência do garantismo na interpretação ampliativa, em 2009; 2) à influência do consequencialismo na interpretação restritiva, em 2016.

Concluiu-se, a partir das citações que informaram o julgamento do *HC* nº 126.292, que, para a proteção dos direitos fundamentais do homem e defesa dos valores democráticos, *o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade demanda, tão somente, que sejam produzidas provas da culpa do acusado, como condição para sua condenação, não significando, portanto, que alguém, somente por ser presumido inocente, não possa ser submetido à privação de liberdade.*

Mais ainda: verificou-se, naquele julgamento, que na maioria dos países democráticos, o título condenatório constitui fundamento suficiente para o encarceramento, dotado de força legitimadora per se, *sem submetê-lo a fundamentos cautelares característicos da prisão que antecede o julgamento de mérito.*

O salutar amadurecimento institucional do país recomenda a interpretação da presunção de inocência sem sobrepô-lo a todos os demais princípios e direitos fundamentais inscritos na Lei Maior.

De acordo com as lições de PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO (*Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.233 e seguintes), o abandono de precedentes jurisprudenciais nos sistemas de *common law* se dá, basicamente, em virtude de incongruência sistêmica ou social. Nesta última hipótese, a possibilidade de *overruling* pode advir de obsolescência decorrente de mutações sociais. *In verbis*:

> [...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum. Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais elementos que ele utiliza,

Book_RMP-70.indb 31 05/06/2019 11:50:55

> de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real. Em virtude disso, embora para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados em geral, devem ser minimamente convergentes.

A mesma lógica é aplicável à ordem jurídica brasileira e, com ainda maior razão, ao presente caso. Permissa venia*, impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento do* HC *nº 84.079 reproduziu compreensão que, embora adequada aos albores da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas e submetidas ao filtro constitucional em suas ações, procedimentos e decisões.*

Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência não deve ser tida como absoluta, cedendo ante requisitos qualificados como os exigidos para a condenação em segundo grau de jurisdição.

Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país.

Em outras palavras, ou bem se alinha a interpretação da presunção de inocência com a unidade da Constituição e do âmbito normativo vigente, ou se anulará a força normativa do sistema jurídico, mediante análise puramente formalista, divorciada da realidade social que pretende regular.

Não atualizar a compreensão do indigitado princípio, *data maxima venia*, é desrespeitar a sua própria construção histórica, expondo-o ao vilipêndio dos críticos de pouca memória.

A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria gera fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos ROBERT POST e REVA SIEGEL (*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash,* disponível no sítio: papers.ssrn.com/abstract=990968) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da

Book_RMP-70.indb 32 05/06/2019 11:50:55

sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na compreensão da presunção de inocência em aparente descaso com a realidade subjacente, de elevada criminalidade, em todas as camadas sociais e, especialmente, nas altas esferas do Poder político.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular.

POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um *constitucionalismo democrático*, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurgem do contexto social quanto às suas decisões.

A toda evidência, não se está a defender uma obediência ou submissão irracional às demandas populares ou midiáticas. O que se propõe é um movimento da Corte em direção a compreensões juridicamente fundamentadas na Constituição, voltadas à concretização do que PABLO LUCAS VERDÚ chamara de *sentimento constitucional*, de maneira a fortalecer a própria legitimidade democrática do constitucionalismo.

Qual seria, então, o alcance do princípio da presunção de inocência? O que a Constituição garante ao indivíduo, ao afirmar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória?

Juridicamente, o conceito de "presunção" está associado ao de prova. Cuida-se de dispensar a prova de determinado fato, que se presume verdadeiro com base na sua aparência. A presunção de inocência, portanto, significa que não se exige que alguém prove que é inocente. O acusado, portanto, não pode ser obrigado a provar que é inocente, porque a inocência se presume. Cuida-se, porém, diante da unidade do Direito, de presunção *juris tantum*, ou seja: presume-se que o réu é inocente, mas admite-se prova em contrário.

Daí porque parte da significação do princípio em análise liga-o à sua eficácia como regra processual, voltada a "garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.46. Ou seja: "para quebrar tal

Book_RMP-70.indb 33 05/06/2019 11:50:55

regra [da presunção de inocência], torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu." (NUCCI, 2012, p.46)

Considera-se a presunção de inocência um "desdobramento do princípio do devido processo legal, no qual são assegurados o contraditório, a ampla defesa e que ninguém seja privado de sua liberdade sem o devido processo legal (artigo 5º, LIV e LV, da CF/88)." (SCHMITT, Ricardo Augusto. Prisões provisórias: espécies, natureza e alcance. *In*: MOREIRA, Rômulo (Org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p.327/342)

Por fim, cumpre pontuar argumentos associados à análise econômica do direito, em especial sob o prisma dos incentivos e desestímulos aos comportamentos dos indivíduos.

São vários os casos em que a interpretação ampliativa do princípio da presunção de inocência incentivou o comportamento hostil da defesa relativamente ao princípio da razoável duração dos processos e da prestação jurisdicional em tempo oportuno.

Essa jurisprudência, somada a uma compreensão também benevolente no que tange à restrição da incidência do princípio da boa-fé processual na seara penal, conduz à injustiça, à ineficácia das normas penais, quando não à ineficiência do ordenamento jurídico como um todo e ao reforço de uma cultura de desrespeito às normas em geral, numa sociedade de absoluta anomia, que deve ser evitada pelo Poder Judiciário, em seu papel de pacificação social.

5. Conclusão

Ante o exposto, imperioso constatar a necessidade de releitura da Súmula 444 do STJ, permitindo que condenações criminais, mesmo que em 1º grau, possam ser valoradas na dosimetria de outros processos. Tal conclusão encontra alicerces na atual concepção do princípio da presunção de inocência, consagrada na recente jurisprudência do STF, bem como nos princípios da isonomia na vertente substancial e da efetiva individualização da pena. Assim, a exasperação da pena não pode se lastrear em inquéritos policiais e ações penais em andamento, isto é, que ainda estejam na fase de instrução e sem o reconhecimento jurisdicional de culpa.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 3ª ed. Madrid: Centro de estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, p.159.

Book_RMP-70.indb 34 05/06/2019 11:50:55

Julgamento do *HC* nº 152.752

BARROSO, Luis Roberto. *Voto no julgamento do* HC *nº 152.752 pelo STF*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf e http://luisrobertobarroso.com.br/votos-e-decisoes/ Último acesso em 14/04/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p.136.

FUX, Luiz. *Voto no julgamento do* HC nº *152.752 pelo STF*. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374738. Último acesso em 14/04/2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes:* O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.233 e seguintes.

POST, Robert; SIEGEL, Eva. *Roe Rage:* Democratic Constitutionalism and Backlash. Disponível no sítio: papers.ssrn.com/abstract=990968.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Prisões provisórias: espécies, natureza e alcance. *In:* MOREIRA, Rômulo (Org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p.27/342.

Book_RMP-70.indb 35 05/06/2019 11:50:55

A Reparação do Dano Material e Moral à Vítima da Criminalidade

Bruno Corrêa Gangoni*

Sumário

1. Introdução: o Pendular Papel da Vítima no Curso da História. 2. O Óbvio às vezes Precisa Ser Dito: a Vítima como Pessoa Humana Titular de Direitos. 3. O Conceito de Vítima e as Espécies de Vitimização. 4. A Reparação do Dano. 5. As Inovações Trazidas pela Lei nº 11.719/08. 6. Pressupostos para a Fixação do Valor Mínimo na Sentença. 7. Conteúdo da Reparação: Dano Material e Dano Moral. 8. O Dever de Indenizar. 9. A Reparação do Dano na Legislação Extravagante. 9.1. Lei dos Juizados Especiais Criminais. 10. Código de Trânsito Brasileiro. 11. Lei dos Crimes Ambientais. 12. Lei de Lavagem de Dinheiro. 13. Por uma Nova Visão Ministerial. Bibliografia.

Síntese

O tema ora proposto não tem despertado muito a atenção da doutrina brasileira, existindo poucos trabalhos específicos sobre o assunto, fato que nos levou a debruçar sobre o mesmo.

Na atual quadra da história, a vítima da criminalidade, após passar pelas fases da "idade de ouro" e da *neutralização*, tem sido *revalorizada* e, com isso, redescoberto seu papel dentro do estudo da criminologia, o que ensejou, inclusive, o surgimento de um ramo específico denominado vitimologia[1]. Sem que importe no amesquinhamento de direitos e garantias do criminoso, reconhecem-se atualmente inúmeros direitos às vítimas, pessoas humanas, que são, entre os quais, o de ser reparada pelo crime que sofreu.

O presente trabalho se dispõe a analisar a reparação do dano material e moral à vítima da criminalidade em decorrência de uma sentença condenatória, não sendo objeto de estudo a moderna vertente que vislumbra na reparação do dano a *terceira via do Direito Penal*[2].

---

* Especialista em Criminologia pelo Instituto Superior do MPRJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

[1] Há respeitadas vozes que defendem que a vitimologia é uma ciência autônoma da criminologia. Todavia, perfilhamos o entendimento majoritário no sentido de que a vitimologia é um segmento a ser estudado dentro da criminologia. Acerca do tema, reportamos o leitor a: CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal*: Orientado para a vítima do crime. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p.71-75 e BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. São Paulo: Editora Universitária de Direito. p.23-28.

[2] Segundo tal tese, defendida por, entre outros, Claus Roxin, a reparação do dano deve ter por escopo atenuar ou substituir a pena privativa de liberdade, como uma consequência jurídico-penal paralela e

Book_RMP-70.indb 37 05/06/2019 11:50:56

Impõe-se ao Ministério Público uma mudança na forma como enxerga a vítima dentro do processo penal, para que deixe de considerá-la apenas como fonte de prova para a condenação do réu e a veja também como uma pessoa humana titular de direitos, que devem ser tutelados pelo *Parquet*, mudança essa que esperamos minimamente contribuir com esse trabalho.

1. Introdução: o Pendular Papel da Vítima no Curso da História

Para que se possa alcançar o tema proposto neste trabalho, impõe-se, inicialmente, que se percorra, ainda que de forma perfunctória, a linha histórica sobre o papel da vítima e da reparação do dano ao longo do tempo.

O papel da vítima nos estudos de criminologia e da dogmática penal é dividido pela doutrina em três momentos distintos: "idade de ouro" ou protagonismo da vítima; neutralização do poder da vítima e revalorização ou redescobrimento do papel da vítima.

A "idade de ouro" da vítima é o período compreendido desde o início da civilização até o fim da Alta Idade Média. Nos primórdios, eram as próprias vítimas ou seu núcleo familiar ou mesmo sua tribo ou clã quem, através da *vingança,* reagiam às agressões perpetradas por outros indivíduos ou grupos. A agressão sofrida por uma pessoa representava uma ofensa contra toda a coletividade que, então, se outorgava titular do "direito-dever" de vingança, o qual era exercido na forma e na intensidade que lhe conviesse. Essa completa anomia que reinava em torno da retribuição do crime sofrido criava uma espiral de violência, eis que, comumente, aquele que estava se vingando extrapolava os limites da proporcionalidade na sua vingança, levando o agressor inicial a se sentir no direito de revidar e assim sucessiva e repetidamente. Esse modelo vindicativo não tinha por propósito definir a responsabilidade do agressor, mas visava a, principalmente, garantir a sobrevivência do grupo e evitar novos ataques. Já em momento posterior, que coincidiu com uma maior sedentarização e estabilização dos grupos, percebeu-se que essa vingança ilimitada e sanguinária, onde imperava a *lei do mais forte,* sem qualquer noção de proporcionalidade, era, em verdade, retroalimentadora de um ciclo vicioso que nunca terminava, de sorte que se passou a um modelo de vingança limitada, regido pela proporcionalidade traduzido pela *Lei de Talião.* Embora possa soar estranho aos nossos ouvidos do século XXI, é certo que a regra do "não mais que olho por olho, dente por dente" foi um grande avanço para a época porque incorporou no sistema a noção de *proporcionalidade* e a possibilidade de composição dos conflitantes, nos crimes menos graves, mediante a *reparação do dano.*

CÂMARA bem destaca isso, ao afirmar que o princípio do Talião foi recepcionado por inúmeras legislações antigas, introduzindo a possibilidade, nos crimes menos graves,

---

independente da pena e da medida de segurança (primeira e segunda vias). Assim, em determinadas situações, a resposta estatal ao crime cometido seria apenas a obrigação de reparar o dano porquanto se mostraria suficiente, como, por exemplo, poderia se dar quando o furtador devolver o objeto subtraído. A esse respeito, CÂMARA, Guilherme Costa, *op. cit.* p.202-208.

Book_RMP-70.indb 38 05/06/2019 11:50:56

de composição entre os protagonistas mediante reparação pecuniária, como forma de evitar a vingança de sangue, ideia que se espraiou para o direito romano primitivo e para a composição pecuniária germânica[3]. Nessa senda, aponta-se no Código de Hammurabi (séc. XXIII a.C.) os primeiros traços da normatização da reparação do dano às vítimas de crime, na medida em que foi o precursor ao prever a responsabilidade da cidade e do governante em reparar o dano sofrido, na hipótese do criminoso não ser capturado[4].

O aperfeiçoamento do sistema germânico supramencionado fez surgir três espécies de reparação: o *Wehrgeld*, que se destinava à reparação dos danos causados à vítima; a *Busse*, valor pago também à vítima a título de pena; e o *Friedensgeld ou Fredum*, pago ao Estado para resgatar a paz pública atingida pelo crime[5-6]. Tal estado de coisas foi profundamente alterado com o advento do Iluminismo e suas consequências para o Direito Penal, acarretando na reversão para o Estado dos bens e valores que anteriormente destinavam à vítima, como sói ocorrer hoje com a multa penal.

Com efeito, com o surgimento e fortalecimento das ideias iluministas, desenvolvidas principalmente por BECCARIA no século XVIII (a pena fundada num utilitarismo penal)[7], inúmeras reformas legislativas ocorreram, passando o Estado a substituir a vítima no protagonismo da persecução penal e assumir o monopólio da reação social em face do delito. Como consectário lógico deste novo cenário, a vítima se viu proibida de castigar, por si mesma, a lesão de algum interesse seu[8], eis que, agora, *o delito ofenderia a sociedade e não a vítima concreta* que, assim, é *neutralizada*.

A assunção pelo Estado do controle da repressão criminal, ou seja, a publicização do Direito Penal acarretou no atrofiamento do papel da vítima, que passou a ser

---

[3] CÂMARA, Guilherme Costa. *Op. cit.* p.28-29.

[4] "*Sections 22 to 24 of de Code of Hammurabi (about 2250 B.C.) reads: If a man practice bringdandage and be captured, that man shall be put to death, If the brigand be not captured, the man who has been robbed, shall, in the presence of God, make in intenized statement of his loss, ant the city and the governor, in whose province and jurisdiction the robbery was committed, shall compensate him or whatever was lost. If it be a life (that was lost), the city an the governor shall pay onde mina of silver to his heirs*" (CHILDRES, Robert D. *Compensation for criminally inflicted personal injury*. New York University Law Review nº 3, vol. 39, p.444, *apud* FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001. p.19.)

[5] FELIPETO, Rogério, *op. cit.* p. 20

[6] Não há unanimidade quanto ao significado dessas expressões. Guilherme Costa Câmara, por exemplo, afirma que *Busse* era o pagamento realizado pelo agressor a título de multa para evitar a vingança de sangue nos crimes graves. *v.* CÂMARA, Guilherme Costa, *op. cit.* p.30-38

[7] BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches Di. *Dos Delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2014. p.13-14: "Percorramos a História e constataremos que as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre homens livres, quase sempre não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com esta finalidade única: todo o bem-estar possível para a maioria. [...] Contudo, qual a origem das penas e em que se funda o direito de punir? Quais as punições que se devam aplicar aos diferentes crimes? A pena de morte será verdadeiramente útil, necessária, imprescindível para a segurança e estabilidade social? Serão justos os tormentos e a tortura? Levarão ao fim proposto pelas leis? Quais são os meios mais apropriados para prevenir os delitos? As mesmas penas serão igualmente úteis em todas as épocas? Qual a influência que exercem sobre os costumes? Todos esses problemas merecem que se procure resolvê-los com essa exatidão geométrica que triunfa sobre a destreza dos sofismas das dúvidas e das seduções da eloquência".

[8] Mesmo institutos como a legítima defesa, que ainda eram e são admitidos, passaram a ter um regramento com uma série de pressupostos para sua caracterização.

Book_RMP-70.indb 39 05/06/2019 11:50:56

enxergada como um mero *sujeito passivo do delito.* A reparação do dano, por seu turno, que era pedra angular no sistema então vigente, viu-se deslocada para o âmbito do direito civil.

Por certo que a publicização do Direito Penal trouxe inúmeras vantagens como a pacificação social, a imparcialidade, a objetividade e a proporcionalidade. Todavia, sob outro ângulo, ao excluir a vítima da relação jurídico-penal, o Estado terminou por inviabilizar a solução real dos conflitos, despersonalizando-os. As ofensas pessoais que saíram do campo privado para serem caracterizadas como ofensas à coletividade[9] alteraram também o viés do Direito Penal, que assumiu caráter acentuadamente preventivo geral e especial, em prejuízo de conteúdo reparatório[10].

Não é senão por isso que MUÑOZ CONDE e HASSEMER afirmam que "o atual Direito Penal, é dizer o Direito Penal do Estado já não é – diferentemente do Direito Penal primitivo, uma relação entre delinquente e vítima. Atualmente, a vítima está neutralizada e em lugar da compensação e do acordo entre o agressor e o agravado comparece a ação penal pública"[11].

Aqui, um parêntese: a teoria do bem jurídico, majoritária na doutrina e com previsão expressa, por exemplo, no Código Penal português[12], segundo a qual a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, tem essa filosofia iluminista como antecedente histórico. Ultrapassam os limites deste trabalho o desenvolvimento aprofundado da evolução histórica da teoria do bem jurídico[13] e sua correlação com a neutralização da vítima, mas, hoje, reconhece-se que ao afastar-se o conceito de delito da "lesão a direitos subjetivos garantidos pelo contrato social" defendido por Anselm von FEUERBACH para a "ofensa de bens relacionados a um sistema social ou aos bens comuns (vida, patrimônio, liberdade etc.)", desenvolvido por Johann BIRNBAUM, iniciou-se um processo de abstração da vítima individual em detrimento do Estado, processo esse que teve seguimento com o positivismo de Karl BINDING, primeiro a utilizar a expressão "bem jurídico" e para quem os bens somente se convertiam em bens jurídicos se possuíssem *valor social,* patamar alcançável apenas se tal bem fosse normatizado em lei. Nesta dogmática, há uma rígida separação entre a pena e a reparação do dano, que foi extraditada para o Direito Civil. Franz von LISZT, por sua vez, mostrou-se preocupado em limitar a ação legiferante do legislador (que muitas vezes se preocupava apenas com a defesa de certos setores sociais) e compreendia que a ideia de bem jurídico não poderia estar limitado ao conteúdo da norma posta. Para ele, os bens valiosos merecedores da tutela penal não necessariamente eram aqueles eleitos pelo legislador, mas sim pela realidade social, sendo preexistentes

---

[9] Nessa evolução histórica, foram antes consideradas ofensas ao Soberano.

[10] CÂMARA, Guilherme Costa, *op. cit*. p.46.

[11] HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *Introdution a la Criminologia e al Derecho Penal*, Valencia: Tiran lo Blanch, 1991, p.29, *apud* CÂMARA, Guilherme Costa, *op. cit*. p.47.

[12] Art. 40º, nº 1, do Código Penal de Portugal: "A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração diz, o agente na sociedade".

[13] A esse respeito, reportamos o leitor à obra de CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Direito Penal e Funcionalismo*: um novo cenário da teoria do delito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017.

Book_RMP-70.indb 40 05/06/2019 11:50:56

à norma penal. Todavia, na sua doutrina, não houve alteração substancial nesse processo de neutralização da vítima.

Pois bem, após a Segunda Guerra Mundial e a macrovitimização decorrente do holocausto, a comunidade científica passou a se dedicar de modo sistemático ao estudo da vítima, iniciando-se a era da revalorização ou redescobrimento da vítima. Teorias sobre o crime e sobre o criminoso sempre ocuparam o pensamento dos estudiosos da criminologia[14], mas a vítima somente passou a ser objeto de maiores estudos após a Segunda Grande Guerra. A esse estudo deu-se o nome de *vitimologia*.

Não há consenso na doutrina acerca do momento histórico exato em que surgiu a vitimologia. SHECAIRA[15] aponta o advogado israelita e professor da Universidade Israelita de Jerusalém, Benjamin MENDELSOHN, como fundador desse movimento, ao proferir, em 1947, na cidade de Bucareste, a conferência intitulada "Um horizonte novo na ciência biopsicossical: a vitimologia"; destacando ainda Hans von HENTIG que, em 1948, publicou o livro *O criminoso e sua vítima* na Universidade de Yale. No mesmo sentido, lecionam MUNÕZ CONDE e HASSEMER[16]:

> O crescente interesse criminológico pela vítima do delito deu lugar ao nascimento de um novo ramo dentro da Criminologia, que, inclusive, pretende-se como ciência autônoma: a Vitimologia. Frente à Criminologia, concebida como conjunto de teorias criminológicas sobre o autor do delito, o delito em si e os processos de criminalização, a Vitimologia seria a ciência que se ocupa de agrupar e sistematizar o saber empírico sobre a vítima do delito. Esta nova orientação vem sendo elaborada, sistematicamente, depois da Segunda Guerra Mundial, a partir dos trabalhos de VON HENTIG e MENDELSOHN.

Outros, no entanto, indicam a 1ª Conferência Internacional sobre indenização às vítimas inocentes de atos de Violência (Los Angeles, 1968), o I Simpósio Internacional sobre Vitimologia (Jerusalém, 1973) e o XI Congresso Internacional de Direito Penal (Bucareste, 1974) como sendo as centelhas desse movimento[17].

Fato é que, nesse novo momento, rompe-se com a estrutura clássica do estudo criminológico (Estado-delinquente) para se passar a um modelo triangular, estando nos vértices desse polígono o Estado, o criminoso e a vítima. É nessa quadra da história

---

[14] BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

[15] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.50.

[16] CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.131.132.

[17] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte general, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p.110, *apud* BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral, vol.1. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p.705.

Book_RMP-70.indb 41 05/06/2019 11:50:56

que estamos atualmente, sendo amplamente reconhecida pela doutrina a importância de se revalorizar a vítima, de se reconhecer sua condição de pessoa humana titular de direitos, sem que isso implique amesquinhamento das garantias do criminoso.

Na linha evolutiva da teoria do bem jurídico que interrompemos acima em von LIZT, permitimo-nos, por não ser a proposta do trabalho examiná-la, dar um salto sobre o finalismo de Hans WELZEL, o funcionalismo moderado de Claus ROXIN e o funcionalismo radical de Günther JAKOBS, entre outros, para chegarmos a Albin ESER. Esse jurista alemão critica a perspectiva unilateral do Direito Penal, centrada apenas no autor do crime, e cunha a ideia, já dentro desse cenário de redescobrimento da vítima, de um conceito dual de bem jurídico, onde seria possível equilibrar os interesses gerais representados pelo Estado e os interesses individuais da vítima concreta, eliminando os desequilíbrios hoje existentes em prol daquele. ESER também reintroduz a reparação do dano como uma parte indissociável da sanção penal, de sorte que a mesma abarcaria não apenas as obrigações do criminoso com o Estado, mas também com a vítima[18]. A reparação do dano é, assim, redescoberta e passa a ser prevista em várias legislações penais, como direito subjetivo da vítima a ser perseguido, não apenas em face do criminoso, mas também, em alguns países, em face do Estado, como adiante se verá.

2. O Óbvio às vezes Precisa Ser Dito: a Vítima como Pessoa Humana Titular de Direitos

Conforme já afirmamos, a Segunda Guerra Mundial e a macrovitimização dela decorrente originaram a erupção de uma nova ordem mundial voltada para a prevenção dos crimes contra a humanidade, com o reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direito internacional. A criação da Organização das Nações Unidas – ONU –, em 1945, foi um divisor de águas quanto ao tratamento internacional dos direitos humanos, que nos anos seguintes foram internalizados pelos países-membros.

A Carta das Nações Unidas[19] enuncia em seu art. 1º as suas finalidades, entre as quais, a busca da paz internacional e o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais[20]. Entre os principais órgãos da ONU, elencados no art. 7º da Carta, está a Assembleia-Geral, que elaborou, em 29 de novembro de 1985, através da Resolução nº 40/34, a *Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime de Abuso de Poder*.

Aqui, impõe-se uma observação: um leitor desavisado pode estranhar estarmos falando de direitos humanos quando tratamos da vítima, eis que comumente, no Brasil, este tema é invocado quase que exclusivamente para atender aos interesses do criminoso. Todavia, o leitor pode estar certo que a expansão dos direitos humanos no direito internacional se deu para a proteção das vítimas da criminalidade e não do criminoso, como encontramos aqui por terras brasileiras[21]. Foi com os olhos postos

[18] CÂMARA, Guilherme Costa. *op. cit.* p.55-56.
[19] Promulgado pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.
[20] A conceituação de "direitos humanos e liberdades fundamentais" coube à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.
[21] A propósito, veja-se a Diretiva nº 2012/29/UE do Parlamento Europeu.

Book_RMP-70.indb 42 05/06/2019 11:50:56

na vítima, e não no criminoso, que órgãos internacionais editaram tais normas, que hoje são utilizadas, muitas vezes, de forma desvirtuada.

Pois bem, diversos constitucionalistas elaboraram classificações sobre os direitos fundamentais[22]. Para os termos do presente trabalho, nos baseamos na doutrina de SARLET[23], que os classifica em: a) direitos de defesa; b) direitos a prestações, que se subdivide em: b.1) direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais e sociais); e b.2) direitos a prestações em sentido amplo, que por sua vez se subdivide em: b.2.1) *direitos* à *proteção*; e b.2.2) direitos à participação na organização e no procedimento.

Em linhas bastante sintéticas, pode-se afirmar que os direitos de defesa, reconhecidos como *direitos de primeira dimensão*, são os direitos do cidadão em face do poder do Estado e decorrem da proteção à liberdade. Exige-se que o Estado abstenha-se de agir e de interferir em determinados aspectos da vida do particular. No constitucionalismo brasileiro foram denominados de *direitos individuais* e constituem, segundo muitos, o núcleo dos direitos fundamentais.

Já os direitos a prestações em sentido estrito, tidos como *direitos de segunda dimensão*, são os direitos do indivíduo em face do Estado que visam a assegurar uma *igualdade* real entre os seres humanos. Passa-se a exigir que o Estado saia da inércia em que se encontrava para adotar posturas que reduzam a desigualdade material entre as pessoas. São exemplos os direitos à moradia, à educação, a medicamentos etc. Direitos à prestação em sentido amplo, conhecidos como *direitos de terceira dimensão*, são aqueles em que também se exige do Estado uma ação positiva, mas diferencia-se dos direitos de segunda dimensão porque dele são titulares toda a coletividade, ao passo que, daquele, são titulares apenas as pessoas ou grupo de pessoas desprovidas de recursos. Subdivide-se em *direitos* à *proteção*, que são "direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros"[24] e direitos a organização e procedimento, conceituado como aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais para a criação e conformação de órgãos (direito à organização) e aqueles que dependem de medidas de índole normativa para assegurar a fruição de direitos e garantias, como as garantias processuais-constitucionais.

Com efeito, a evolução das formas de Estado e da complexidade das relações sociais hoje vivenciadas, ou seja, a sociedade de risco[25] em que vivemos a partir do século XX, obriga o reconhecimento das segunda e terceira dimensões de direitos

---

[22] A expressão "direitos fundamentais" é utilizada para designar aqueles direitos já reconhecidos e internalizados no direito constitucional de cada país, ao passo que a terminologia "direitos humanos" é empregada para designar o conjunto dos "direitos do homem" (aqueles pertencentes ao ser humano pela sua própria natureza) positivados em âmbito internacional nos tratados, convenções, declarações etc.

[23] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003. p.164-170.

[24] ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 472-474, *apud* PACHECO, Denilson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.21.

[25] Expressão cunhada por ULRICH BECK.

Book_RMP-70.indb 43 05/06/2019 11:50:56

fundamentais[26-27] e, com isso, o Estado ganha novo papel, o de *proteger esses direitos*. Surge, assim, ao lado do garantismo negativo – condizente com o sentido clássico de proteção das liberdades individuais contra o poder do Estado –, o garantismo positivo, como expressão dos direitos de proteção através do Estado[28].

É o que destaca RAMOS, ao afirmar que no seio de um Estado Democrático de Direito, o dever de proteção estatal não se limita ao aspecto negativo (limitação ao poder de punir), mas também possui sua concepção positiva, sendo o Direito Penal, a segurança pública e os organismos de repressão da criminalidade, garantidores dos direitos humanos. Afinal, "a vítima de um crime de estupro, de uma tentativa de homicídio, de uma lesão corporal de natureza grave, desfigurando seu rosto, teve seus direitos humanos gravemente violados e é dever do Estado garantir a proteção à integridade física e sexual de seus concidadãos"[29].

Esse dever de proteção estatal corresponde ao direito fundamental de proteção que toda pessoa humana tem em face do Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros[30]. Nesse novo modelo de Estado, portanto, a função do Direito não se restringe à proteção de abusos por parte do Estado (*Ubermassverbot*), sendo ele o meio pelo qual o Estado protege direitos e liberdades individuais contra comportamentos delitivos de outras pessoas (*Untermassverbot*).

Em outras palavras, a Constituição Federal determina que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita em face do Estado (contra seus excessos) e através do Estado. O cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos através do Estado – inclusive através do direito punitivo.

A Carta Política de 1988 consagra logo em seus primeiros dispositivos que a República Federativa do Brasil rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), sendo a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) um dos seus fundamentos. É nesse cenário que a vítima da criminalidade deve ser inserida e ter protegidos todos os seus direitos, inclusive o direito à reparação do dano decorrente do

---

[26] Acerca da distinção das "gerações" ou "dimensões" dos direitos fundamentais, colha-se o voto do Min. Celso de Mello no MS 22.164-0 (j.30-10-1995, DJ 17-11-1995): "Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade".

[27] Curial o registro de que há constitucionalistas que classificam os direitos fundamentais em até sete dimensões para incluir, por exemplo, o patrimônio genético e a *internet*. Outros, por sua vez, criticam a própria existência dessa classificação por não verem uma distinção cabal entre eles.

[28] STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*: superando o ideário liberal-individualista-clássico p.12. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 20 de dezembro de 2009.

[29] RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. A reparação mínima em favor da vítima de crimes violentos e a atuação do Ministério Público. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 59, jan./mar. 2016. p.191-205.

[30] ALEXY, Robert, *op. cit*., p.472-474, *apud* PACHECO, *op. cit.*, p.21.

Book_RMP-70.indb 44 05/06/2019 11:50:56

crime que sofreu. Por sinal, a própria Constituição da República consagra a reparação dos danos como um desses direitos: "Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito."

Essa previsão constitucional, desconhecida por muitos em razão da sua localização topográfica (Título IX- Das Disposições Constitucionais Gerais), embora seja importante, é insatisfatória, porque somente prevê a possibilidade de indenização para os herdeiros e dependentes carentes de pessoas que foram vítimas de homicídio, excluindo assim a própria vítima direta sobrevivente e outras vítimas indiretas que não os "herdeiros e dependentes carentes", além das vítimas de outros crimes. Pensamos ser perfeitamente cabível que a lei que venha regulamentar a matéria amplie a assistência a estas, sem que se possa falar em vício de constitucionalidade. Com efeito, o que o Constituinte assegurou foi um rol mínimo de situações e beneficiários, nada impedindo que o legislador ordinário o estenda a outras.

3. O Conceito de Vítima e as Espécies de Vitimização

Inicialmente, urge diferenciar *vítima* de *sujeito passivo. Sujeito passivo* é um conceito atrelado à dogmática jurídico-penal, ao passo que *vítima* possui viés criminológico, como afirma CÂMARA, ao destacar que o conceito de vítima não pode se restringir aos titulares dos bens jurídicos penalmente tutelados, porquanto nem sempre a vítima irá coincidir com o sujeito passivo do delito,[31] como por exemplo, nos crimes contra a administração pública que têm o Estado como sujeito passivo e podem ter o funcionário público como vítima direta do crime.

BITTENCOURT destaca a dificuldade de se estabelecer um conceito único de vítima, ponderando haver "o sentido *originário*, com que se designa a pessoa ou animal sacrificado à divindade; o *geral*, significando a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso; o *jurídico-geral*, representando aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo direito; o *jurídico-penal-restrito*, designando o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal; e, por fim, o sentido *jurídico-penal-amplo*, que abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime"[32].

Como linhas atrás destacado, a criação da ONU mostrou-se um divisor de águas na proteção da vítima da criminalidade, sendo contínua a atenção que as vítimas e reparação do dano receberam das autoridades internacionais a partir de então. Tal mudança foi materializada com a elaboração da *Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso de Poder*, aprovada pela Assembleia-Geral, em 29 de novembro de 1985, através da Resolução nº 40/34.

A Resolução nº 40/34, instrumento de abrangência mundial, conceitua a vítima nos seguintes termos:

---

[31] CÂMARA, Guilherme Costa, *op. cit*. p. 76.
[32] BITTENCOURT, Edgard de Moura. *op. cit*. p. 51.

Book_RMP-70.indb 45 05/06/2019 11:50:56

> A. *Vítimas da criminalidade*
>
> 1. Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.
>
> 2. Uma pessoa pode ser considerada como "vítima", no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo "vítima" inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.
>
> 3. As disposições da presente seção aplicam-se a todos, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou outras, crenças ou práticas culturais, situação econômica, nascimento ou situação familiar, origem étnica ou social ou capacidade física.

Da conceituação supramencionada, observa-se que não apenas a *vítima direta* do crime é assim considerada (item 1). Também é considerada vítima do crime sua "família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta", ainda que não integrantes da família próxima, e todos os que "tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização" (item 2). Bastante amplo, portanto, o conceito de *vítima* previsto na norma internacional.

A Declaração Universal, além de trazer o conceito de vítima, assegura seu direito a uma rápida reparação do dano e a recoloca numa posição mais relevante no processo penal, *verbis:*

> [...]
>
> *Acesso* à *justiça e tratamento equitativo*
>
> 4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional.

Book_RMP-70.indb 46 05/06/2019 11:50:56

5. Há que criar e, se necessário, reforçar mecanismos judiciários e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou oficiosos, que sejam rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas dos direitos que lhes são reconhecidos para procurar a obtenção de reparação por estes meios.

A capacidade do aparelho judiciário e administrativo para responder às necessidades das vítimas deve ser melhorada:

a) Informando as vítimas da sua função e das possibilidades de recurso abertas, das datas e da marcha dos processos e da decisão das suas causas, especialmente quando se trate de crimes graves e quando tenham pedido essas informações;

b) Permitindo que as opiniões e as preocupações das vítimas sejam apresentadas e examinadas nas fases adequadas do processo, quando os seus interesses pessoais estejam em causa, sem prejuízo dos direitos da defesa e no quadro do sistema de justiça penal do país;

c) Prestando às vítimas a assistência adequada ao longo de todo o processo;

d) Tomando medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, bem como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias;

e) Evitando demoras desnecessárias na resolução das causas e na execução das decisões ou sentenças que concedam indenização às vítimas.

7. Os meios extrajudiciários de solução de diferendos, incluindo a mediação, a arbitragem e as práticas de direito consuetudinário ou as práticas autóctones de justiça, devem ser utilizados, quando se revelem adequados, para facilitar a conciliação e obter a reparação em favor das vítimas.

Obrigação de restituição e de reparação

8. Os autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu comportamento devem, se necessário, reparar de forma equitativa o prejuízo causado às vítimas, às suas famílias ou às pessoas a seu cargo. Tal reparação deve incluir a restituição dos bens, uma indenização pelo prejuízo ou pelas perdas sofridos, o reembolso das despesas feitas como consequência da vitimização, a prestação de serviços e o restabelecimento dos direitos.

Book_RMP-70.indb 47 05/06/2019 11:50:56

9. Os Governos devem reexaminar as respectivas práticas, regulamentos e leis, de modo a fazer da restituição uma sentença possível nos casos penais, para além das outras sanções penais.

10. Em todos os casos em que sejam causados graves danos ao ambiente, a restituição deve incluir, na medida do possível, a reabilitação do ambiente, a reposição das infraestruturas, a substituição dos equipamentos coletivos e o reembolso das despesas de reinstalação quando tais danos impliquem o desmembramento de uma comunidade.

11. Quando funcionários ou outras pessoas, agindo a título oficial ou quase oficial, tenham cometido uma infração penal, as vítimas devem receber a restituição por parte do Estado cujos funcionários ou agentes sejam responsáveis pelos prejuízos sofridos. No caso em que o Governo sob cuja autoridade se verificou o ato ou a omissão na origem da vitimização já não exista, o Estado ou o Governo sucessor deve assegurar a restituição às vítimas.

12. Quando não seja possível obter do delinquente ou de outras fontes uma indenização completa, os Estados devem procurar assegurar uma indenização financeira:

a) Às vítimas que tenham sofrido um dano corporal ou um atentado importante à sua integridade física ou mental, como consequência de atos criminosos graves;

b) À família, em particular às pessoas a cargo das pessoas que tenham falecido ou que tenham sido atingidas por incapacidade física ou mental como consequência da vitimização.

13. Será incentivado o estabelecimento, o reforço e a expansão de fundos nacionais de indenização às vítimas. De acordo com as necessidades, poderão estabelecer-se outros fundos com tal objetivo, nomeadamente nos casos em que o Estado de nacionalidade da vítima não esteja em condições de indenizá-la pelo dano sofrido.

Serviços

14. As vítimas devem receber a assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem, através de organismos estatais, de voluntariado, comunitários e autóctones.

15. As vítimas devem ser informadas da existência de serviços de saúde, de serviços sociais e de outras formas de assistência que lhes possam ser úteis e devem ter fácil acesso aos mesmos.

Book_RMP-70.indb 48 05/06/2019 11:50:57

> 16. O pessoal dos serviços de polícia, de justiça e de saúde, tal como o dos serviços sociais e o de outros serviços interessados deve receber uma formação que o sensibilize para as necessidades das vítimas, bem como instruções que garantam uma ajuda pronta e adequada às vítimas.
>
> 17. Quando sejam prestados serviços e ajuda às vítimas, deve ser dispensada atenção às que tenham necessidades especiais em razão da natureza do prejuízo sofrido ou de fatores tais como os referidos no parágrafo 3º, *supra*. [...]

Após esse Diploma, vários outros de âmbito internacional trilharam esse mesmo caminho de revalorização da vítima, pessoa humana e sujeito de direitos que é, inclusive, do direito à reparação do dano sofrido. Nesse sentido, podemos citar Diretiva do Conselho da Europa nº 2004/80/CE[33], que reconhece o direito da vítima de crime violento e doloso a uma reparação, e a Convenção americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*)[34], que assegura o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade e à segurança.

Antes de encerrar a primeira parte do presente trabalho, curial tecermos algumas considerações acerca das espécies de vitimização, eis que a dificuldade que o aparato estatal muitas vezes impõe para que a vítima veja reparado o prejuízo que sofreu está intimamente ligado com o tema.

Fala-se em *vitimização primária* para se referir àquele que sofre diretamente os efeitos gerados pela prática do crime, sejam efeitos de natureza material, física ou psicológica. A *vitimização primária* ocorre no momento da prática do crime e seus efeitos variam de acordo com o crime sofrido. Dentro do campo da *vitimização primária* estuda-se, ainda, o que a doutrina denominou de *vitimodogmática*, que consiste examinar a corresponsabilidade da vítima pelo delito e sua influência na responsabilidade penal do autor[35].

A *vitimização secundária* é aquela causada pelas instâncias formais de controle social (polícia, Ministério Público, Justiça), onde a vítima tem violado novamente seus direitos e garantias por ter que lidar com um sistema burocratizado e com profissionais despreparados e/ou insensíveis aos seus problemas. Como bem salientam MUÑOZ CONDE e HASSEMER, a intervenção da vítima no processo penal é, por si só, mais uma vitimização, cabendo ao aparato estatal empreender esforços para

---

[33] Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0080>. Acesso em: 13 dez. 2017.

[34] Ratificado pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 dez. 2017.

[35] O Código Penal brasileiro contém inúmeros dispositivos em que considera o comportamento da vítima para fins de resposta penal ao autor, *e.g.*, art. 59 e art. 121, §1º.

Book_RMP-70.indb 49 05/06/2019 11:50:57

que os efeitos negativos da vitimização secundária sejam reduzidos ao máximo[36]. A criação, no Brasil, da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher – DEAM é um exemplo claro dessa tentativa de minimizar a *vitimização secundária*. Aliás, a DEAM é uma iniciativa brasileira[37], que impressionou diversos estudiosos por ocasião do VII Simpósio Internacional de Vitimologia realizado no Rio de Janeiro, em 1991, como destaca SHECAIRA[38], e que posteriormente foi reproduzida em outros países.

Não há dúvida que é na seara da violência doméstica e familiar contra a mulher que os instrumentos de proteção à vítima mais avançaram ultimamente. O movimento feminista foi responsável por alavancar o sistema de direitos das mulheres, materializado na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06 com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.505/17), que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma série de políticas públicas para prevenir a violência contra a mulher e, caso a mesma ocorra, impedir ou ao menos minimizar a *vitimização secundária*. O art. 10-A da Lei nº 11.340/06, introduzido pela Lei nº 13.505/17, é expresso nesse sentido:

> Art. 10-A - É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores – preferencialmente do sexo feminino – previamente capacitados.
>
> §1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes:
>
> I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar;
>
> II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas;
>
> III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.
>
> §2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento:

---

[36] MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried, ob. cit. p.155.

[37] A primeira DEAM no Brasil foi criada no Estado de São Paulo pelo Decreto nº 23.769/85. A iniciativa paulista logo foi replicada em outros Estados da Federação, inclusive no Rio de Janeiro, onde a participação do então secretário da Polícia Civil Nilo Batista foi determinante para sua implementação. Sobre a evolução institucional das DEAM no Estado do Rio de Janeiro, consultar *Violência Doméstica contra a mulher*: evolução institucional no estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0710346_2012_cap_5.pdf>. Acessado em: 08.12.2017.

[38] SHECAIRA, Sérgio Salomão. ob. cit. p.51.

Book_RMP-70.indb 50 05/06/2019 11:50:57

> I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida;
>
> II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial;
>
> III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a degravação e a mídia integrar o inquérito.

Não há dúvida acerca da preocupação atual do legislador brasileiro em evitar a vitimização secundária, o que se afirma em razão da promulgação não apenas da Lei nº 13.505/17 supramencionada, mas também em razão da edição, pouco antes, da Lei nº 13.431/17, que estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e adolescente vítima ou testemunha de violência e, entre outras medidas, previu a escuta especializada e o depoimento pessoal[39].

---

[39] Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.
Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.
Art. 9º A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.
Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.
Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.
§1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:
I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;
II - em caso de violência sexual.
§2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal.
Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:
I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;
II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;
III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;
IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;
V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;
VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.
§1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

Book_RMP-70.indb 51 05/06/2019 11:50:57

Muitos autores admitem apenas essas duas espécies de vitimização. Há, contudo, outros, que enxergam ainda a existência da *vitimização terciária*, que é aquela imposta pelo círculo social onde está inserida a vítima, ou seja, trabalho, escola, vizinhança etc. Nos tempos atuais de *internet* e *redes sociais*, trata-se de uma das consequências mais nefastas para a vítima da criminalidade que, não raras vezes, passa a ser submetida a um julgamento público e vexatório, onde é desrespeitada e humilhada por pessoas estranhas ou mesmo próximas.

Aliás, como bem observa CÂMARA, a vitimização secundária e terciária possuem estreita relação com as *cifras negras*, eis que ao contrário de ser tratada como um *cliente* pelo sistema de justiça, a vítima, via de regra, não tem seus direitos respeitados pelos órgãos estatais; não confia e não acredita nas instâncias formais de controle social; e é obrigada a revisitar momentos de sua vida que gostaria de esquecer, o que, atrelado à exposição de seu círculo social, a leva a fazer um cálculo de custo-benefício para saber se deve comunicar o crime às autoridades estatais[40].

4. A Reparação do Dano

Neminem laedere. Esse princípio geral de Direito, de que a ninguém é lícito causar lesão a direito de outrem, é fonte de inspiração do legislador para a elaboração de numerosas normas de comportamento, que ultrapassam a esfera penal[41].

Antes de adentrarmos no exame normativo do tema, importante registrar a lição de TORNAGHI, ao destacar que, não obstante haver diferenças ontológicas entre as expressões *restituição, ressarcimento, reparação e indenização*, o legislador penal brasileiro usa tais vocábulos de forma indiscriminada, como se pode extrair, por exemplo, dos artigos 65, III, *b,* e 78, §2º, do CP; 63 e 64 do CPP; e 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/95[42].

O fato que enseja a responsabilização civil[43] e/ou penal e/ou administrativa é uno, sendo uma opção política instituí-lo como atinente apenas a essa ou àquela(s)

---

§2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.
§3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.
§4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.
§5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.
§6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.

40 CÂMARA, Guilherme Costa, *op. cit*. p.90-94.

41 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. vol. 2. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p.1.

42 TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de processo penal. vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1977. p.380-384. Em linhas gerais, a restituição é a satisfação do dano através do restabelecimento da coisa ao *status quo,* com a sua devolução, por exemplo. Já o ressarcimento tem conotação mais ampla, abrangendo, além da restituição da coisa, o dano emergente e o lucro cessante. Não sendo mensurável em dinheiro o dano, dada a ausência de caráter patrimonial, fala-se em reparação. Utiliza-se a expressão indenização, quando se trata de ato ilícito causado pelo Estado.

43 Art. 927, Código Civil – Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.
Art. 186, Código Civil – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Book_RMP-70.indb 52 05/06/2019 11:50:57

esfera(s) de consequências. A prática de um crime gera a obrigação de reparar os danos causados à vítima, quando existentes,[44]e, assim, é necessário o estudo dos sistemas de integração de jurisdição, inclusive se houve alguma alteração em tais sistemas em decorrência da edição da Lei nº 11.719/08, que conferiu nova redação ao art. 387, IV, do CPP.

A doutrina identifica os seguintes sistemas de integração:

> a) *sistema da confusão* – segundo esse sistema, a prestação da tutela jurisdicional civil e penal é deduzida em uma única ação, com dois pedidos, um para a satisfação da pretensão punitiva e outro da satisfação indenizatória. Aponta-se o erro deste sistema ao falar em uma só ação com dois pedidos, eis que como o pedido é um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), cada pedido corresponde a uma ação. O sistema da confusão não existe em nenhuma legislação atualmente.
>
> b) *sistema da solidariedade* – nesse sistema, as ações são separadas, mas são deduzidas no mesmo processo por meio de pedidos distintos no Juízo penal. Esse sistema também não é adotado pelas legislações.
>
> c) *sistema da livre escolha ou interdependência* – aqui, o interessado pode ingressar com a ação reparatória tanto no Juízo Cível quanto em sede penal, tendo por característica a influência da ação penal sobre a civil que segue somente após a solução da causa penal.
>
> d) *sistema da separação ou independência* – em sua forma pura, caracteriza-se pela impossibilidade da vítima postular a reparação do dano na ação penal, devendo fazê-lo apenas no Juízo Cível[45].

O sistema adotado pelo direito brasileiro, segundo ensina TOURINHO FILHO, é o sistema da independência, mas, adverte o processualista, com mitigação[46]. A vítima possui duas alternativas para alcançar a reparação do dano: ou espera o resultado da ação penal e, sobrevindo uma sentença condenatória transitada em julgado, ingressa com a execução no Juízo Cível (art. 63, CPP)[47], o que a doutrina denomina de *ação*

---

[44] Como bem observa NUCCI, há delitos, NO ENTANTO, como os crimes de perigo, que, via de regra, não geram prejuízo e, assim, não são indenizáveis. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.245.

[45] FELIPETO, Rogério, *op. cit*. p.42.

[46] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit*. p.10.

[47] Art. 63, CPP - Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único - Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Book_RMP-70.indb 53 05/06/2019 11:50:57

civil ex delicto, eis que é efeito automático da sentença condenatória a obrigação de reparar o dano (art. 91, I do Código Penal); ou ajuíza desde logo na esfera cível ação própria objetivando tal reparação (art. 64, CPP)[48-49].

Registre-se que o advento de causa extintiva da punibilidade não afasta a possibilidade, em face do sistema da independência de jurisdições adotado, que a vítima ajuíze na esfera cível ação indenizatória. Todavia, em se tratando de execução fundada em sentença penal condenatória, é preciso verificar se tal causa extintiva rescinde, ou não, a sentença penal condenatória. Caso positivo, carecerá a execução de título executivo impondo-se seu sobrestamento até a constituição de novo título. Todavia, se a causa extintiva da punibilidade não rescindir a sentença penal condenatória (*e.g.* indulto[50]), nenhum efeito daí ocorrerá na execução.

Com a reforma processual introduzida pela Lei nº 11.719/08, a doutrina passou a entender a ocorrência de nova mitigação do sistema da separação ou independência, já mitigado, assemelhando o sistema do Código de Processo Penal ao previsto no art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro e no art. 20 da Lei dos Crimes Ambientais, por exemplo. A esse respeito, colha-se a lição de POLASTRI LIMA[51]:

> O nosso Código de Processo Penal, assim, a princípio, adota o princípio da separação das ações, dividindo as vias para se chegar à reparação do dano, ou seja, ou se espera o resultado da ação penal e se ingressa diretamente com a execução no Cível ou se busca o ressarcimento de forma direta e até concomitante no Cível, sendo que agora a Reforma traz a possibilidade de aplicação de uma adesão parcial.

Na nova sistemática introduzida pela Lei nº 11.719/08, deve o juiz fixar na sentença penal condenatória um valor mínimo de indenização (art. 387, IV, CPP) e, com o trânsito em julgado, a vítima poderá promover a execução deste valor, sem prejuízo da liquidação para a apuração da integralidade do dano efetivamente sofrido (art.63, p.u., CPP)[52].

---

[48] Art. 64, CPP - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

[49] Art. 935, Código Civil - A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

[50] STJ, 6ª Turma, *HC* nº 3355-8, Rel. Min Adhemar Maciel, j. 05/12/1995, DJU 06/05/1996.

[51] LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p.256

[52] Art. 63 - Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.
Parágrafo único - Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

Book_RMP-70.indb 54 05/06/2019 11:50:57

5. As Inovações Trazidas pela Lei nº 11.719/08

A mais recente reforma do Código de Processo Penal materializada na Lei nº 11.719/08[53] trouxe para sistema ordinário[54] processual brasileiro a possibilidade de o juiz criminal, na sentença condenatória, fixar um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. É a atual redação do art. 387, IV do CPP.

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
>
> [...]
>
> IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

A mesma Lei nº 11.719/08 alterou também o art. 63 do CPP, que passou a ter a seguinte redação:

> Art. 63 – Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.
>
> Parágrafo único – Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Desta feita, transitada em julgado a sentença condenatória[55], o ofendido poderá promover no Juízo Cível a execução de tal valor mínimo fixado no título executivo[56], sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

A sentença condenatória transitada em julgado torna certo a obrigação de reparar o dano – efeito automático da sentença – e encerra a discussão acerca da culpa (*an debeatur*), que passa a se limitar ao *quantum debeatur.* Esse, na nova sistemática, deve ser fixado minimamente pelo Juízo Criminal, o que não impede o ofendido de perseguir, no Juízo Cível, a integralidade da reparação.

A novidade introduzida pelo legislador é digna dos maiores elogios e, além de estar condizente com o momento histórico de revalorização da vítima que

---

[53] A Lei nº 11.690/08 também trouxe importantes alterações ao Diploma Processual.

[54] Como já visto, tal possibilidade já existia em leis especiais como o Código de Trânsito Brasileiro e a Lei dos Crimes Ambientais.

[55] Não se admite a execução provisória da sentença penal condenatória, na medida em que o art. 63, CPP, é taxativo ao exigir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que se possa promover o cumprimento da mesma no Juízo Cível.

[56] Art. 515, VI, CPC/15.

Book_RMP-70.indb 55 05/06/2019 11:50:57

mencionamos no início deste trabalho, veio a atender as orientações da Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso de Poder da Assembleia-Geral da ONU, igualmente já citada, que assegura seu direito a uma rápida reparação do dano.

6. Pressupostos para a Fixação do Valor Mínimo na Sentença

Fixadas as linhas gerais, passa-se a análise dos requisitos necessários para que o juiz criminal fixe em sua sentença condenatória um valor mínimo de reparação à vítima.

O primeiro ponto a ser enfrentado é se o juiz pode fixar o valor mínimo da reparação mesmo sem que haja pedido nesse sentido.

BUSATO[57] afirma que:

> A fixação de valor mínimo indenizatório (inciso IV, art. 387, do CPP) é requisito essencial da sentença, não podendo o juiz deixar de enfrentar a questão ainda que não provocado, até porque o próprio art. 91, inciso I, do Código Penal, que trata dos efeitos da sentença condenatória, já dispunha, mesmo antes da entrada em vigor do novel inciso IV do art. 387 do CPP, acerca da inevitabilidade de carga indenizatória que gera uma condenação, torna-a certa e indiscutível, até mesmo na seara cível (coisa julgada). É irrelevante que não teria havido pleito indenizatório no caso concreto. Isso porque a nova configuração do art. 387 do Código de Processo Penal estabelece uma exigência de ordem prática, um requisito da sentença condenatória e não uma *facultas agendi* do juiz.

Todavia, prevaleceu a orientação em sentido oposto, ou seja, que o juiz não pode agir *ex officio* e, sem que haja o respectivo pedido e sem que a questão seja submetida ao contraditório e à ampla defesa, fixar o valor da reparação mínima[58], corrente essa que se consolidou no Superior Tribunal de Justiça como se extrai do acórdão a seguir colacionado:

> PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ESTUPRO. EXTORSÃO. FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO MÍNIMA. AUSÊNCIA DE PEDIDO NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO NO MESMO SENTIDO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA Nº 83/STJ. Agravo em recurso especial improvido.
>
> DECISÃO

[57] BUSATO, Paulo César, *op. cit*. p.974.
[58] NUCCI, Guilherme de Souza, ob. cit. p.689.

Book_RMP-70.indb 56 05/06/2019 11:50:57

Agravo contra inadmissão do recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal. Narram os autos que o agravado foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 60 dias-multa, como incurso na sanção do art. 157, §2º, I, II e V, do Código Penal (duas vezes, art. 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal), e à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, por ter sido incurso no art. 213, c/c art. 29, ambos do Código Penal (duas vezes - art. 71, *caput*, do Código Penal). Os acusados também foram condenados ao pagamento de indenização mínima, no valor de R$ 1.650,00 (hum mil, seiscentos e cinquenta reais) (fls. 547/571).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso da defesa, para excluir a indenização mínima e, por unanimidade, proveu o apelo ministerial, para condenar o recorrido também pela prática de extorsão (fls. 666/692).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 702/706).

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial, no qual apontou negativa de vigência ao art. 387, IV, do Código de Processo Penal. Sustentou, em síntese, que os recorridos foram condenados pelos crimes de roubo, estupro e extorsão, e que a fixação de valor mínimo para reparação de danos causados à vítima é um efeito da condenação imposta, sendo desnecessário pedido expresso na denúncia nesse sentido.

O recurso especial foi inadmitido pela Corte de origem, sob o fundamento de aplicação da Súmula nº 83/STJ (fls. 758/760).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso, no sentido de ser desnecessário pedido expresso para a fixação da reparação por danos (fls. 801/805).

É o relatório.

A insurgência não prospera. No que concerne à alegação de ofensa ao artigo 387 do Código de Processo Penal, observa-se que a matéria debatida pelo recorrente encontra-se pacificada nesta Corte nos termos do que decidido pelo Tribunal de origem. De fato, este Tribunal entende que deve haver pedido expresso e formal, feito pelo *Parquet* ou pelo ofendido, para que seja fixado na sentença o valor mínimo de reparação dos danos causados à vítima, a fim de que seja oportunizado ao réu o contraditório e sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Nesse sentido:

Book_RMP-70.indb 57 05/06/2019 11:50:57

> RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo.
>
> 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes.
>
> 3. Recurso desprovido.
>
> (REsp nº 1.193.083/RS, Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/8/2013)

O segundo aspecto a ser enfrentado é quem detém legitimidade para fazer o pedido de reparação mínima dos danos.

Quanto à vítima, uma vez habilitada como assistente de acusação, poderá formular tal pedido, sendo tal direito reconhecido a seu representante legal e herdeiros (cônjuge, ascendente, descendente e irmão), nos termos dos arts. 63 e 268 c/c 31 do CPP[59].

Já em relação ao Ministério Público, não obstante o entendimento contrário de NUCCI, para quem o *Parquet* não tem legitimidade para pleitear a reparação civil em nome da vítima, pois defende os interesses globais da sociedade e não demandas individuais[60], prevaleceu o entendimento, com o qual concordamos, defendido por, entre outros, RAMOS, que sustenta a legitimidade do Ministério Público para postular a aplicabilidade do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal:

---

[59] Art. 63, CPP - Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.
Art. 268, CPP - Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.
Art. 31, CPP - No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

[60] NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit*. p.689.

Book_RMP-70.indb 58 05/06/2019 11:50:57

> Ora, se o Ministério Público é o titular da ação penal pública, deve o mesmo zelar pela correta aplicabilidade da legislação penal, nela incluída o art. 91, I, do Código Penal e art. 387, IV, do Código de Processo Penal. Em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório e do princípio da correlação, o ideal é que o pedido de indenização conste da denúncia oferecida pelo *Parquet*. O pedido de reparação dos danos causados pelo crime não interessa somente à vítima, mas a toda a sociedade. Trata-se de tema de ordem pública e não privada, uma vez que consta expressamente da legislação penal e processual, âmbito do direito público[61].

A orientação prevalente na doutrina acerca da legitimidade do Ministério Público para postular o pedido de reparação mínima foi reproduzida na jurisprudência, sendo matéria consolidada no Superior Tribunal de Justiça[62]. Uma observação, no entanto, se impõe. Falamos aqui acerca da legitimidade para a postulação do pedido de indenização na denúncia, e não da legitimidade para promover o cumprimento da sentença criminal no Juízo Cível. Quanto a este, os Tribunais Superiores reconheceram a inconstitucionalidade progressiva[63] da norma prevista no art. 68 do CPP[64], considerando-a não recepcionada pela Constituição, eis que a atribuição para a representação processual do hipossuficiente é da Defensoria Pública e não do *Parquet*.

O terceiro requisito diz respeito ao tempo do crime e a retroatividade da Lei nº 11.719/08. Trata-se de norma de natureza mista, ou seja, material (a reparação do dano) e processual (requisitos da sentença) e, sendo assim, aplicam-se as regras de direito intertemporal penal e não processual, vale dizer, a lei não se aplica aos fatos praticados antes da sua entrada em vigor por ser mais gravosa ao réu (art. 5º, XL, CR/88)[65].

---

[61] RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, *op. cit*. p.200.

[62] REsp nº 1.248.490-RS, Quinta Turma, DJe 21/5/2012.

[63] RE nº 147.776/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.em 19 de maio de 1998.

[64] Art.68, CPP - Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1° e 2°), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

[65] A propósito, veja-se o seguinte julgado: "RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela qual não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes. 3. Recurso desprovido". (STJ - REsp nº 1193083-RS 2010/0084224-0 - QUINTA TURMA, Rel. Ministra LAURITA VAZ – j. em 20 de agosto de 2013, DJe de 27/08/2013).

Book_RMP-70.indb 59 05/06/2019 11:50:58

7. Conteúdo da Reparação: Dano Material e Dano Moral

Inicialmente, cumpre registrar a lição de FIGUEIREDO DIAS, que afirma que "a natureza da reparação arbitrada em processo penal não deverá suscitar – e não tem efectivamente suscitado – fundadas dúvidas: trata-se ali de uma verdadeira e própria indenização de perdas e danos, com natureza exclusivamente civil"[66].

Boa parte da doutrina leciona que, diante da redação legal do art. 387, IV, do CPP ("IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido"), apenas os danos materiais poderiam ser fixados pelo juiz criminal[67]. Afirmam os defensores dessa corrente, inclusive, que não se deve alargar a instrução criminal para discussões acerca da responsabilidade civil do réu[68].

Em sentido diametralmente oposto, NUCCI afirma que "o valor mínimo deve ser, em verdade, amplo, abrangendo tanto a reparação visível (dano material) quanto a psicológica (dano moral), pois ambas são passíveis de discussão e demonstração durante o trâmite criminal." No mesmo sentido, RAMOS afirma:

> O enunciado normativo não estabeleceu qualquer restrição quanto à natureza dos danos suscetíveis de reparação mediante o valor mínimo.
>
> Ressalte-se que a Constituição Federal, em seu 1º artigo, dispõe que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil.
>
> Sendo o dano moral uma cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, não é difícil verificar que a interpretação que inclui a reparação do dano moral, aquele de natureza extrapatrimonial, encontra resguardo na Constituição Federal, que requer a proteção integral e completa da dignidade da pessoa humana.
>
> [...]
>
> Assim sendo, como forma de proteção da vítima, a reparação deve ser não apenas dos danos materiais, mas, sobretudo, dos danos extrapatrimoniais, que violam a dignidade da pessoa humana, que causam sofrimento e humilhação, denominados danos morais, reparando o prejuízo provocado pelo crime, evitando-se, deste modo, a proteção deficiente dos direitos da vítima.
>
> O sofrimento causado por crimes praticados com violência ou grave ameaça, aliás, na forma dos tratados internacionais assinados pelo Brasil, é o dano que mais merece prioridade na indenização[69].

---

66 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. p.543.
67 BUSATO, Paulo César, *op. cit*. p. 975. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p.584 e LIMA, Marcelus Polastri, *op. cit*. p.956.
68 OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, *op. cit*. p.584.
69 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, *op. cit*. p.202.

Book_RMP-70.indb 60 05/06/2019 11:50:58

Pensamos que a indenização por dano moral tem especial aplicação nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar. A Lei Maria da Penha elenca em seu art. 7º as formas de violência que pode sofrer a mulher, sendo a violência psicológica e a violência moral (incisos II e V) duas delas. Infelizmente, não é raro encontrarmos relações marcadas pela violência psicológica e moral, onde o homem, através de palavras e gestos, menospreza a mulher, diminui sua autoestima e impõe-lhe humilhações com xingamentos e palavras de baixo calão que doem até mais do que uma agressão física. De outra banda, obviamente, a própria agressão física também é fato gerador da indenização por dano moral. Um tapa desferido pelo marido no rosto da esposa porque não encontrou o jantar pronto quando chegou do trabalho, por exemplo, traz pouco ou nenhum prejuízo material, mas com a palma da mão do agressor, vai uma enorme carga de humilhação que é imposta à vítima e deve ser sim reparado a título de dano moral, aí incluído o dano estético.

Outrossim, ao contrário do que afirmado pelos defensores da primeira corrente, não é preciso alongar a instrução criminal para se apurar a existência e para se delimitar o *quantum* a ser indenizado a título de dano moral (e estético, se for o caso), eis que o mesmo possui por característica ser *in re ipsa*, ou seja, da própria oitiva da vítima durante a instrução já é possível se apurar a sua ocorrência, não sendo necessária a produção de qualquer prova específica para aferição da intensidade da dor, do sofrimento.

Foi justamente nessa seara da violência doméstica e familiar que, muito recentemente, começaram a surgir decisões do Superior Tribunal de Justiça admitindo que o valor mínimo fixado pelo juiz englobe, além dos danos materiais, os danos morais, *verbis:*

> RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. REPARAÇÃO CIVIL DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL. ART. 387, IV, DO CPP. ABRANGÊNCIA. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1. Considerando que a norma não limitou nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima não poderá ser impedido de fazê-lo.
>
> 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o *quantum* que se refere ao dano moral.
>
> 3. Recurso especial improvido.
>
> (Resp nº 1.585.684 - DF 2016/0064765-6. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. j. em 09/08/2016. DJe 24/08/2016)

Book_RMP-70.indb 61 05/06/2019 11:50:58

Por enfrentar os mais variados assuntos já destacados, pedimos vênia para transcrever o voto da Exma. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura no julgamento supramencionado.

> [...] A questão cinge-se a discutir se a fixação do valor mínimo para a reparação civil do dano causado pela infração penal abrange o dano moral.
>
> É certo que alguns fatos da vida possuem múltipla incidência jurídica. Neste contexto, a conduta tipificada pelo legislador como crime também poderá ser considerada um ilícito civil, o que ensejará além da responsabilização penal, a civil.
>
> Diante dessa múltipla incidência, cada sistema jurídico irá regular a forma como irá executar essa dupla responsabilização, se adotará a regra da união de instâncias ou irá preferir efetuar a sua separação, ou mesmo algum sistema híbrido.
>
> Independente dessa opção, verifica-se que a legislação penal brasileira sempre buscou incentivar o ressarcimento à vítima. Essa conclusão pode ser extraída da observação de algumas regras do Código Penal: a) art. 91, I - a obrigação de reparar o dano é um efeito da condenação; b) art. 16 - configura causa de diminuição da pena o agente reparar o dano ou restituir a coisa ao ofendido; c) art. 65, III, *b* - a reparação do dano configura atenuante genérica etc.
>
> Mas apesar de incentivar o ressarcimento da vítima, a regra em nosso sistema judiciário era a separação de jurisdição, em que a ação penal destinava-se à condenação do agente pela prática da infração penal, enquanto a ação civil tinha por objetivo a reparação do dano. Veja-se, a propósito, o disposto no artigo 935 do Código Civil:
>
>> Art. 935: A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.
>
> No entanto, apesar de haver uma separação de jurisdição, a sentença penal condenatória possuía o *status* de título executivo judicial, que, no entanto, deveria ser liquidado perante a jurisdição civil.
>
> Com a valorização dos princípios da economia e celeridade processual e considerando que a legislação penal brasileira sempre buscou incentivar o ressarcimento à vítima, surgiu a necessidade de repensar esse sistema, justamente para que se possa proteger com maior eficácia o ofendido, evitando que o alto custo e a lentidão da justiça levem a vítima a desistir de pleitear a indenização civil.

Book_RMP-70.indb 62 05/06/2019 11:50:58

Dentro dessa perspectiva, o Novo Código de Trânsito Brasileiro trouxe para o nosso ordenamento jurídico a multa reparatória, estabelecendo que o juiz criminal, ao proferir a sentença condenatória, poderia não só impor a pena, mas também um ressarcimento à vítima sempre que houver prejuízo material decorrente do delito:

> Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

A Lei nº 9.099/95 também prevê uma possibilidade de a indenização à vítima ser feita diretamente no juízo criminal, ao estabelecer a possibilidade de composição dos danos civis nas infrações de menor potencial ofensivo:

> Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.
>
> Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.
>
> Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.
>
> Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Dentro desse novo panorama, em que se busca dar maior efetividade ao direito da vítima em ver ressarcido o dano sofrido, a Lei nº 11.719/2008 modificou o Código de Processo Penal e passou a estabelecer que:

> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.
>
> Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor

Book_RMP-70.indb 63 05/06/2019 11:50:58

> fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.
>
> [...]
>
> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
>
> IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Essa lei trouxe diversas alterações ao Código de Processo Penal, entre elas, o poder conferido ao magistrado penal de fixar um valor mínimo para a reparação civil do dano causado pela infração penal, sem prejuízo da apuração do dano efetivamente sofrido pelo ofendido na esfera cível.

Nesse ponto, a legislação não adotou a união de instâncias, como se vê em vários países europeus, a exemplo de Portugal, Espanha, Itália e Alemanha, visto que ainda prevê uma complementação pela jurisdição cível. No sistema de união de instâncias, ao contrário, o ajuizamento da ação penal determina a unidade do juízo inclusive para a apreciação da matéria cível, com a previsão, em alguns casos, de intervenção e participação de terceiros no processo penal.

No Brasil, embora não se tenha aderido ao sistema de unidade de juízo, essa evolução legislativa indica, sem dúvidas, o reconhecimento da natureza cível da verba mínima para a condenação criminal.

Vale ressaltar que este instituto foi elaborado com vistas a assegurar uma maior efetividade à Justiça Criminal, para tornar mais célere o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima.

Antes da alteração legislativa, a sentença penal condenatória irrecorrível era um título executório incompleto, porque, embora tornasse certa a exigibilidade do crédito, dependia de liquidação para apurar o *quantum* devido.

Assim, ao impor ao juiz penal a obrigação de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, está-se ampliando o âmbito de sua jurisdição para abranger, embora de forma limitada, a jurisdição cível, pois o juiz penal deverá apurar a existência de dano civil, embora pretenda fixar apenas o valor mínimo.

Dessa forma, com a sentença penal, haverá uma sentença cível líquida e, mesmo que limitada, estará apta a ser executada.

Book_RMP-70.indb 64 05/06/2019 11:50:58

E quando se fala em sentença cível, em que se apura o valor do prejuízo causado a outrem, vale lembrar que além do prejuízo material, também deve ser observado o dano moral que a conduta ilícita ocasionou.

E nesse ponto, embora a legislação tenha introduzido essa alteração, não regulamentou nenhum procedimento para efetivar a apuração desse valor nem estabeleceu qual o grau de sua abrangência, pois apenas referiu-se à "apuração do dano efetivamente sofrido".

Assim, para que se possam definir esses parâmetros, deve-se observar o escopo da própria alteração legislativa: promover maior eficácia ao direito da vítima em ver ressarcido o dano sofrido.

Dessa forma, a obrigação do juiz de fixar o valor mínimo para o ressarcimento do prejuízo causado à vítima não pode lhe impor um fardo tão árduo que acabe por retardar a prestação jurisdicional que lhe é inerente, qual seja, a apreciação do ilícito penal.

Dentro desse ponto de vista, alguns doutrinadores entendem que o dano moral, por se tratar de questão de extrema complexidade e que nem mesmo a lei estabelece critérios para a sua fixação, não deve ser tratado dentro do juízo criminal. Até porque, em última análise, o arbitramento do valor mínimo a ser fixado pelo juiz penal envolverá uma atividade de liquidação limitada e que, para ser executada, deverá ser entregue ao juiz civil.

Nesse sentido:

> Questão que surge é referente à possibilidade de esta condenação abarcar a indenização a título de dano moral. A nós parece impossível esta situação, pois o que pretendeu o legislador foi facilitar a reparação da vítima quando o tamanho do prejuízo fosse evidente, como nos crimes de apropriação indébita ou furto, por exemplo. Porém, quantificar o tamanho da dor da vítima, para conseguir determinar o valor da indenização por dano moral, certamente extrapola a intenção legal.
>
> Para verificar a abrangência deste dano, não é o juiz penal a melhor pessoa, mas sim o juiz cível, mais familiarizado com essas questões. O que quis a lei foi somente permitir que o dano material facilmente aferível possa ser, de igual sorte, reparado, sem maiores delongas. Questões mais controversas, como as que envolvem o dano moral, não são alcançadas pela norma legal. (SANTOS, Leandro Galluzzi

Book_RMP-70.indb 65 05/06/2019 11:50:58

> dos. Procedimentos Lei nº 11.719, de 20/06/2008. *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *As Reformas no Processo Penal* - As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.300/301)
>
> De todo modo, qualquer que seja a leitura que se faça do art. 387, IV, CPP, uma coisa é certa: seja como pena pecuniária, seja como efeito penal da sentença condenatória, seja, finalmente, como condenação civil no processo criminal, a demonstração dos valores mínimos devidos deve ser de modo cabal no processo penal, de tal modo que não se corra o risco de se aplicar condenação em valores superiores àqueles a serem futuramente obtidos no juízo cível. Há, portanto, que se estabelecer sobre ele (valor) o contraditório em torno de sua comprovação (prejuízo efetivamente causado) e razoabilidade da despesa empreendida.
>
> Mais. Parece-nos que a Lei não se reportou aos danos de natureza moral, limitando-se àqueles valores relativos aos danos materiais, de fácil comprovação (do prejuízo) no processo. O arbitramento do dano moral implicaria: a) a afirmação de tratar-se de verba indenizatória, isto é, de natureza civil; e b) a necessidade de realização de todo o devido processo penal para a sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei nº 11.719/08. (PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.* São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.806)

No entanto, considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, creio que o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima não poderá ser impedido de o fazer.

Porém, nesse caso, em decorrência do dever de fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, deverá o juiz, ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, fundamentar minimamente a opção, indicando o *quantum* refere-se ao dano moral.

In casu, verifico que a magistrada de primeiro grau fixou um *quantum* para a indenização de forma genérica, apenas convertendo o valor da fiança prestada em reparação civil do dano sofrido pela vítima (fl. 143):

Book_RMP-70.indb 66 05/06/2019 11:50:58

> Nos termos do art. 336 do Código de Processo Penal, a fiança prestada à fl. 44 deverá servir para reparação do dano. Portanto, com o trânsito em julgado, o valor deverá ser destinado integralmente à vítima MARIZETE MOTA DA SILVA.

Assim, a magistrada não especificou se a reparação fixada foi decorrente de eventual prejuízo material, como, por exemplo, gasto com medicamentos em razão de ferimentos provocados pela agressão física ou se foi pelo dano moral, causado pelo abalo emocional provocado na vítima, tornando a sentença arbitrária neste ponto específico.

O Tribunal de origem, embora sob outra fundamentação, entendeu que o *quantum* fixado pela magistrada de primeiro grau referia-se à indenização por dano moral e entendendo não ser cabível a fixação do dano a esse título, decotou essa parte da condenação da sentença.

No entanto, embora seja possível fixar um valor de indenização que abranja o dano moral, não é possível restabelecer a sentença nesse ponto, visto que carente de fundamentação.

De outro lado, respeitando-se o escopo da alteração legislativa, que preza pela valorização dos princípios da economia e celeridade processual, penso não ser adequado anular a sentença nessa parte e determinar o retorno dos autos à primeira instância, para que a magistrada de primeiro grau fundamente a fixação do valor da reparação mínima, devendo, excepcionalmente neste caso, deixar para que a jurisdição cível avalie a sua parcela de responsabilização pelo ilícito praticado.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial*.

A possibilidade de o juiz criminal fixar na sentença condenatória a reparação também por dano moral à vítima do crime vem ganhando força no Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CPP. ART. 147 DO CP. AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO DE DANO SOFRIDO PELA VÍTIMA. NATUREZA JURÍDICA. INCIDÊNCIA MÚLTIPLA. CABIMENTO PARA DANOS MORAIS E MATERIAIS. PEDIDO EXPRESSO DO *QUANTUM* NA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. RESTABELECIMENTO DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

Book_RMP-70.indb 67 05/06/2019 11:50:58

1. O cerne da controvérsia revela-se pela determinação da natureza jurídica do *quantum* referente à reparação dos danos sofridos pela vítima em decorrência de infração criminal (art. 387, IV, do CPP).

2. Um mesmo fato da vida que contrarie, simultaneamente, regras jurídicas de Direito Penal e de Direito Civil, dando ensejo, de igual maneira, ao fenômeno da múltipla incidência, com a emanação das consequências jurídicas impostas por cada ramo do direito para sancionar a ilicitude perpetrada.

3. O preceito normativo esculpido no art. 387, IV, do Código de Processo Penal não estabelece nenhuma restrição quanto à natureza dos danos suscetíveis de reparação mediante o valor indenizatório mínimo. Isso não impede, obviamente, que se imponha uma restrição ao âmbito de incidência normativa pela via hermenêutica, desde que existam razões plausíveis para tanto.

4. A aferição do dano moral, na maior parte das situações, não ensejará nenhum alargamento da instrução criminal, porquanto tal modalidade de dano, de modo geral, dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, encontrando-se *in re ipsa*. Isto é, não há necessidade de produção de prova específica para apuração do grau de sofrimento, de dor e de constrangimento suportados pelo ofendido; o que se deve provar é uma situação de fato de que seja possível extrair, a partir de um juízo baseado na experiência comum, a ofensa à esfera anímica do indivíduo.

5. Embora o arbitramento do valor devido a título de compensação dos danos morais não seja tarefa fácil, é importante registrar que o juízo penal deve apenas arbitrar um valor mínimo, o que pode ser feito, com certa segurança, mediante a prudente ponderação das circunstâncias do caso concreto – gravidade do ilícito, intensidade do sofrimento, condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa etc. – e a utilização dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares. Sendo insuficiente o valor arbitrado, poderá o ofendido, de qualquer modo, propor liquidação perante o juízo cível para a apuração do dano efetivo (art. 63, parágrafo único, do CPP).

6. Este Superior Tribunal, em relação à fixação de valor mínimo de indenização a título de danos morais, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, entende que se faz indispensável o pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público, este firmado ainda na denúncia, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.

7. Adequada a fixação de valor mínimo de indenização à vítima, porque o Ministério Público requereu a fixação desse *quantum* no momento do oferecimento da denúncia.

Book_RMP-70.indb 68 05/06/2019 11:50:58

> 8. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.
>
> 9. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no REsp nº 1626962 / MS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2016/0246295-0 – Sexta Turma – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. em 06/12/2016, DJe 16/12/2016.)

A orientação do Superior Tribunal de Justiça[70] demonstrada nos arestos está em perfeita sintonia com os postulados constitucionais e com os tratados internacionais de direitos humanos que, como vistos na primeira parte desse trabalho, asseguram à vítima o direito a uma rápida e integral reparação do dano.

A interpretação restritiva do dispositivo legal feita por parte da doutrina impõe dificuldades extras à vítima para materializar seu direito (vitimização secundária) e, *data venia*, nos parece violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

8. O Dever de Indenizar

A responsabilidade civil pelo crime praticado, na legislação brasileira, é, via de regra, exclusiva do autor do delito[71], não se reconhecendo o dever do Estado em indenizar a vítima do crime, salvo em situações excepcionais como, por exemplo, no caso de crime praticado dentro da unidade prisional[72]. Havendo coautoria, os agentes são solidários e, falecendo um desses, a obrigação de indenizar é transmissível aos herdeiros nos limites da herança[73].

Não obstante a possibilidade de serem decretadas medidas assecuratórias de hipoteca legal e arresto prévio para garantir a reparação do dano, nos termos dos arts. 134 a 140 do CPP[74], o efetivo recebimento pela vítima da reparação pelo dano

---

[70] No momento da elaboração deste trabalho (fevereiro/18), aguarda-se o julgamento pela 3ª Seção do STJ do REsp nº 1643051/MS, de relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, onde já foi acolhida a proposta de afetação de *recurso repetitivo (art. 1.036, CPC)*, a fim de consolidar o entendimento acerca da possibilidade da fixação da reparação também por dano moral pelo Juiz Criminal na sentença condenatória.

[71] Art. 64, CPP – Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

[72] RE nº 841.526/RS. Rel. Min Luiz Fux, j. em 28/03/2016.

[73] FELIPETO, Rogério, *op. cit*. p.64.

[74] Art. 134, CPP - A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.
Art. 135, CPP- Pedida a especialização mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados, o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis.
Art. 136, CPP - O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal. (Redação dada pela Lei nº 11.435, de 2006.)
Art. 137, CPP - Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis. (Redação dada pela Lei nº 11.435, de 2006.)

Book_RMP-70.indb 69 05/06/2019 11:50:58

esbarra, muitas vezes, na miserabilidade do criminoso, daí porque, *de lege ferenda,* aproveitamos o presente trabalho para reforçar a proposta de criação de um Fundo Especial de Reparação dos Danos às vítimas da criminalidade, que receberia os valores decorrentes da multa penal e do trabalho do preso.

A pena de multa consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário da quantia fixada na sentença condenatória em razão da prática de delito e pode ser fixada como pena principal, naqueles que contêm em seu preceito secundário tal modalidade de pena[75], isolada ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade (*e.g.* art. 292, Código Eleitoral e art. 139, CP, respectivamente); ou como pena substitutiva à pena privativa de liberdade, como ocorre, por exemplo, no art. 135, CP[76].

O Fundo Penitenciário Nacional é disciplinado pela Lei Complementar nº 79/94, que prevê, em seu artigo 2º, V, a multa penal como uma de suas fontes de custeio. Salvo normas específicas como a existente na Lei nº 11.343/06, que destina a pena de multa ao Fundo Especial Antidrogas, toda multa penal é direcionada ao Fundo Penitenciário Nacional, cujos recursos devem ser aplicados na construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais (art. 3º, I); na manutenção dos serviços e investimentos no sistema penitenciário (art. 3º, II), entre outros.

Não obstante haver a previsão legal acerca da possibilidade da verba do FUNPEN também poder ser aplicada em programa de assistência à vítima (art. 3º, IX), a realidade vivenciada é que não existe qualquer programa de assistência à vítima financiado com verba do FUNPEN[77].

Como visto no início desse trabalho, quando falamos do sistema reparatório germânico, era a vítima quem era indenizada pelo crime que sofreu, tendo o Estado, com a publicização do Direito Penal, transformado a reparação do dano em multa penal e se apropriado desse valor. A multa penal deveria ser utilizada para compor um Fundo Especial próprio destinado a indenizar as vítimas quando o criminoso não tiver meios para tanto, e não servir como fonte primária de recursos do Estado para custear o sistema penitenciário. A multa penal até poderia se destinar, subsidiariamente, a compor

---

§1º - Se esses bens forem coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, proceder-se-á na forma do §5º do art. 120.
§2º - Das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz, para a manutenção do indiciado e de sua família.
Art. 138, CPP - O processo de especialização da hipoteca e do arresto correrão em auto apartado. (Redação dada pela Lei nº 11.435, de 2006.)
Art. 139, CPP - O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil. (Redação dada pela Lei nº 11.435, de 2006.)
Art. 140, CPP - As garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido.

[75] Art. 49, CP - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

[76] MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de Direito Penal*: parte geral. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p.894.

[77] Em verdade, sequer para a construção de penitenciárias o Governo Federal tem liberado os recursos do FUNPEN, contingenciando-os para maquiagens contábeis, o que levou, inclusive, ao ajuizamento da ADPF nº 347 no STF, onde o Executivo foi compelido a investir no setor.

Book_RMP-70.indb 70 05/06/2019 11:50:58

o Fundo Penitenciário, mas sua função principal deveria ser compor esse Fundo Especial de Reparação dos Danos às vítimas da criminalidade, cuja criação ora se defende.

A propósito, bem salienta SCHNEIDER: "O direito da vítima à indenização foi substituído por aquilo que depois ficou conhecido como multa [...]. É bastante absurdo que o Estado tenha assumido a tarefa de proteger o público contra o crime e depois, quando há um dano, venha a receber todo o pagamento sem prestar nenhuma ajuda efetiva à vítima individual[78]."

Além da multa penal, esse Fundo Especial receberia recursos advindos do trabalho do preso.

A Lei de Execução Penal estabelece em seu artigo 29, §1º, *a*, que o produto do trabalho do preso tem por objetivo indenizar os danos causados pelo crime, *verbis:*

> Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.
>
> §1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:
>
> a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

Como exige o dispositivo legal supramencionado, é preciso que haja determinação judicial acerca do valor a ser reparado, daí porque o Ministério Público não deve olvidar de requerer, quando do oferecimento da denúncia, a reparação mínima pelos danos materiais e morais decorrentes da infração; deve se preocupar durante a instrução processual em submeter tal questão ao contraditório; e zelar para que conste da sentença tal capítulo.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 4.984/07 estabelece que 20% da remuneração do preso devem ser destinados à indenização dos danos causados pelo crime, quando determinados judicialmente e não reparados por outro meio (art.1º, III)[79]. A gestão do trabalho prisional no Estado cabe à Fundação Santa Cabrini, entidade vinculada à Secretaria de Administração Penitenciária. Segundo dispõe o Decreto nº 45.863/16, para obter a indenização, a vítima deve efetuar requerimento próprio para o diretor da Fundação Santa Cabrini (art. 2º)[80].

---

[78] SCHENEIDER, Hans. *Viktimologie* – Wissenschaft vom Verbrechensopfer, 1975, p.21, *apud* CÂMARA, Guilherme Costa, *op. cit*. p.214.

[79] Art. 1º - Para efeitos de cumprimento do artigo 29 da Lei nº 7.210/84, a remuneração do trabalho realizado pelos apenados no sistema penitenciário estadual será distribuída segundo os parâmetros abaixo definidos: [...]
III - 20% (vinte por cento) destinados à indenização dos danos causados pelo crime, quando determinados judicialmente e não reparados por outros meios.

[80] Art. 2º - O desconto para a indenização dos danos causados pelo crime a que se refere o inciso III do artigo 1º da Lei nº 4.984/07 dependerá de determinação judicial que delimite objetivamente o montante do dano a reparar, e de que o dano não tenha sido reparado por outros meios.
Parágrafo Único. O desconto previsto no *caput* do presente artigo será procedido mediante requisição do interessado à Fundação Santa Cabrini, devidamente instruída com a determinação judicial em

Book_RMP-70.indb 71 05/06/2019 11:50:58

Não é preciso muito esforço para se concluir que pouquíssimas são as vítimas que exercem esse seu direito, seja porque o desconhecem, seja por temor.

Essa é mais uma razão pela qual defendemos a existência de um fundo público reparador para a assistência às vítimas que seria alimentado não por tributos pagos pela população, mas pela remuneração decorrente do trabalho dos presos e da multa penal.

Caminhando para o final desse trabalho, cumpre-nos, após a análise da reparação do dano à vítima na sistemática do Código de Processo Penal, analisá-la nas principais hipóteses previstas na legislação extravagante.

9. A Reparação do Dano na Legislação Extravagante

9.1. Lei dos Juizados Especiais Criminais

A Lei nº 9.099/95 trouxe grandes inovações acerca da reparação do dano, introduzindo no ordenamento brasileiro a ideia da justiça negociada à que nos referimos nas linhas iniciais deste trabalho. Influenciada pela experiência de países do *common law,* a lei prevê um procedimento sumaríssimo onde, na sua primeira fase, realiza-se a audiência preliminar com os protagonistas no conflito, que podem celebrar a *composição dos danos civis* e, alcançada esta, a mesma importa em retratação do direito de queixa ou representação e extinção da punibilidade do autor do fato (art.74 e parágrafo único).

Infrutífera a composição dos danos civis e presentes os pressupostos objetivos e subjetivos, o membro do Ministério Público pode encaminhar proposta de transação penal, consistente na imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa (art.76 da Lei nº 9.099/95).

As penas restritivas de direito são aquelas elencadas no artigo 43 do Código Penal, interessando-nos especialmente a prestação pecuniária. No cotidiano forense, os Promotores de Justiça, ao proporem a prestação pecuniária como transação penal, indicam uma entidade pública ou privada com destinação social como destinatária. Todavia, é bom sublinhar que, na forma do disposto no art. 45, §1º, do CP, a prestação pecuniária deve ter, como *preferencial destinatária*, a vítima ou seus dependentes, situação pouco encontrada na labuta diária, talvez pela similitude que tal situação possui com a composição dos danos civis, cuja fase sem sucesso já foi ultrapassada. Desta feita, embora não se trate de composição dos danos civis, a vítima pode ter reparado seu prejuízo sendo beneficiária da prestação pecuniária, valor que será "deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários" (art.45, §1º, *in fine*, CP).

---

questão, que, após verificar a regularidade dos documentos comprobatórios, autorizará, em despacho fundamentado, o desconto em favor do requerente, remetendo cópias e disto informando, por ofício, o juízo que determinou a indenização.

Book_RMP-70.indb 72 05/06/2019 11:50:58

A Lei nº 9.099/95 traz ainda o instituto da suspensão condicional do processo em seu artigo 89. Tal instituto prevê que "nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)". Entre as condições elencadas no §1º do artigo 89, a primeira delas, de caráter obrigatório, é a reparação do dano à vítima.

Em todas essas hipóteses, a reparação do dano deve abranger tanto o conteúdo material quanto o conteúdo moral, na esteira de tudo o anteriormente mencionado.

10. Código de Trânsito Brasileiro

Dois anos após a edição da Lei dos Juizados Especiais e seguindo a linha de revalorização da vítima e de justiça negociada, foi publicada a Lei nº 9.503/97 instituindo o novo Código de Trânsito Brasileiro.

Dispõe seu artigo 291 que "aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber".

Consolidou-se a orientação segundo a qual o Código de Trânsito Brasileiro não transferiu para o JECRIM o processo e julgamento de todos os crimes ali previstos, mas apenas admitiu a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais no Juízo Comum. Assim, os crimes previstos no CTB cuja pena máxima forem superiores a 02 anos, serão processados e julgados no Juízo comum, onde, se for o caso, as mesmas serão aplicadas.

Para sanar qualquer dúvida, explicitou originariamente o legislador no parágrafo único de tal artigo a aplicação da composição dos danos civis, transação penal e representação aos crimes de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada, tendo sido, com a Lei nº 11.705/08, alterada a redação do dispositivo que, hodiernamente, prevê a aplicação de tais institutos apenas para a lesão corporal culposa.

Porém, a grande inovação do novo Código de Trânsito Brasileiro foi, sem qualquer dúvida, a instituição no art. 297 da *multa reparatória*[81]. Com tal previsão, pela primeira vez, previu-se a fixação pelo Juízo Criminal de um valor a ser revertido para a vítima a título de reparação dos danos causados. Portanto, naqueles crimes de trânsito que resultarem em prejuízo a uma vítima, além da pena prevista no

[81] Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.
§1º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.
§2º Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.
§3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.

Book_RMP-70.indb 73 05/06/2019 11:50:58

preceito secundário do dispositivo, o juiz deve condenar o réu ao pagamento da multa reparatória, sendo tal dispositivo considerado como uma norma geral[82]aplicável a todos os crimes previstos no Código de Trânsito que causem um prejuízo a outrem.

Tal como ocorreu com a Lei nº 11.719/08, várias vozes se levantaram para criticar a inovação legislativa, havendo quem a taxasse de natimorta porque previa uma pena sem o correspondente crime[83] ou mesmo inconstitucional por constituir uma pena que ultrapassava a pessoa do réu, o que violaria o art. 5º, inciso XLV, da CR/88. Todavia, passadas as primeiras críticas, prevaleceu o entendimento no sentido oposto, defendido por, entre outros, GOMES, no sentido de que se tratava, como dito, de uma norma geral aplicável a todos os crimes capazes de impor prejuízo a outrem e de natureza penal, sem que isso importe em inconstitucionalidade por ter valor monetário e, como tal, ser passível de ser transmitida aos herdeiros nos limites da herança, o que é, inclusive, ressalvado pela Constituição no art. 5º, inciso XLV[84].

Todavia, diferentemente do que sucede na fixação do valor mínimo introduzido pela Lei nº 11.719/08 no Código de Processo Penal, entendemos incabível ao Juízo Criminal a fixação do dano moral, porquanto o legislador, aqui, foi taxativo ao afirmar que a multa reparatória não pode ser superior ao prejuízo material demonstrado no processo. Nesse cenário, a vítima terá que ajuizar ação indenizatória no Juízo Cível para ver seu prejuízo extrapatrimonial reparado.

11. Lei dos Crimes Ambientais

A Constituição da República consagra em seu artigo 225 que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações", trazendo, ainda, no parágrafo 3º deste dispositivo, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Poucos meses após a edição do Código de Trânsito Brasileiro, veio a lume a Lei nº 9.605/98 para disciplinar a sanções penais e administrativas por condutas lesivas ao meio ambiente, que é definido, pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, como sendo o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permitem, abrigam e regem a vida em todas as suas formas (art. 3º, I, da Lei nº 6.398/81).

A ação predatória do meio ambiente natural pode ser feita de várias formas, seja eliminando os elementos que o compõem, como sucede com o desmatamento, seja alterando-os a qualidade, como ocorre na poluição do ar, da água e do solo.

---

[82] FELIPETO, Rogério, ob.cit. p.121.

[83] JESUS, Damásio E. de. *Dois temas da parte penal do Código de Trânsito Brasileiro*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências criminais, nº 61, ano 5, p.10, *apud* FELIPETO, Rogério, *op. cit*. p.120.

[84] Art. 5º

[...]

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Book_RMP-70.indb 74 05/06/2019 11:50:59

Pois bem, reproduzindo a previsão constitucional, a Lei dos Crimes Ambientais prevê, em seus artigos 2º e 3º, a responsabilização penal das pessoas física e jurídica, podendo esta última ser condenada a pena de multa, penas restritivas de direito ou prestação de serviço à comunidade (art. 21 e ss.). Saliente-se que sempre que a personalidade jurídica for um obstáculo à reparação do dano, deve o juiz desconsiderá-la (art. 4º), disciplina que demonstra a preocupação do legislador com a reparação do dano que em, ainda mais se tratando de matéria ambiental, deve ser sempre evitado em face da quase impossibilidade de recomposição do *status quo*[85].

A Lei prevê em seu artigo 8º, de forma especial em relação ao Código Penal, as espécies de penas restritivas de direito aplicáveis às pessoas físicas, sendo que o art. 12 prevê que "a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator".

O artigo 20 da lei sob comento traz redação bastante semelhante com a que posteriormente foi empregada na Lei nº 11.719/08, ao prever a fixação de um valor mínimo para reparação dos danos causados à vitima ou ao meio ambiente, cabendo a este ou ao Ministério Público, na segunda hipótese, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, promover a execução do valor fixado, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido[86]. Tal como defendemos quando da análise do novo art. 387, IV, CPP, tópico a que reportamos o leitor, cabível a reparação tanto do dano material quanto do moral causados pelo crime ambiental.

Por fim, merece relevo a previsão contida nos artigos 27 e 28, que condicionam o oferecimento da proposta de transação penal aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo e à extinção da punibilidade em decorrência da suspensão condicional do processo à composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

É verdade que, muitas vezes, em face da complexidade do processo e da extensão do dano material e moral decorrentes do crime ambiental (*e.g.* a tragédia ambiental de Mariana/MG), melhor será reservar tal discussão para a esfera cível, sendo essa a razão pela qual o legislador utilizou a expressão "sempre que possível" no art. 20. Todavia, não sendo a hipótese, deve o próprio juiz criminal fixar a indenização mínima pelos danos materiais e morais decorrentes da infração ambiental, como se observa do aresto a seguir colacionado.

---

[85] Sobre a atuação preventiva do Direito Penal nas sociedades pós-industriais e suas "velocidades", reportamos o leitor à obra de SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2013.

[86] Art. 20. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente. Parágrafo único - Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do *caput*, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Book_RMP-70.indb 75 05/06/2019 11:50:59

> Apelação Criminal. Crimes Ambientais. Art. 40, *caput*, c/c Art. 40-A e arts. 48 e 64 da Lei nº 9.605/98. [...] Oferecidos pela perícia técnica subsídios para a condenação do réu por danos causados direta e indiretamente à APA do Lago Paranoá, estimando o valor para recuperação dos danos diretos e indiretos, apontando, ainda, quais foram estes, correta a condenação do réu ao pagamento da importância de R$70.000,00 (setenta mil reais), em obediência ao art. 387 do CPP e diante da expressa disposição do art. 20 da Lei de crimes ambientais. Provimento parcial do apelo, apenas para declarar a prescrição do crime definido no art. 64 da Lei nº 9.605/98. Mantida, no mais, a r. sentença. (TJ-DF PR – APR nº 20090110974810 DF 0098190-14.2009.8.07.0001. 1ª Turma Criminal – Rel. Des. Mario Machado – j. em 18/07/2013. DJE 25/07/2013)

12. Lei de Lavagem de Dinheiro

Lavagem de dinheiro é o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude[87].

O crime de lavagem de dinheiro é disciplinado pela Lei nº 9.613/98, lei ordinária que foi profundamente alterada pela Lei nº 12.683/12. Com a edição de tal diploma, o Brasil passou a possuir uma das mais avançadas legislações sobre o tema, tendo, agora, uma "Lei de Terceira Geração[88]". Além de tão substancial *upgrade,* que foi acompanhado por outras importantes alterações legislativas como, por exemplo, a ampliação do rol de pessoas sujeitas aos mecanismos de controle, a alienação antecipada de bens, o *compliance*, o fortalecimento do COAF etc., a Lei nº 12.683/12, no que tange ao assunto desenvolvido neste trabalho, importa destacar a alteração efetuada no art. 4º e parágrafos da Lei nº 9.613/98[89].

---

[87] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais – comentários à Lei nº 9.613/98, com alterações da Lei nº 12.683/12. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2016. p.29.

[88] Leis de "primeira geração" são aquelas que consideram como crime antecedente do crime de lavagem apenas o tráfico ilícito de entorpecentes. Já as leis de "segunda geração" elencam, em rol taxativo, uma série de crimes graves que podem ser tidos como antecedentes do crime de lavagem. Assim era a Lei nº 9.613/98. Por fim, as leis de "terceira geração" não preveem esse rol, de sorte que é lavagem de dinheiro a ocultação ou dissimulação de valores provenientes de quaisquer crimes ou mesmo contravenções penais. É o atual patamar da legislação brasileira.

[89] Art. 4º "O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (*Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012*)
§1º - Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. (*Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012*)
§2º - O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. (*Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012*)

Book_RMP-70.indb 76 05/06/2019 11:50:59

Segundo dispõe expressamente o §4º do art. 4º da lei, o juiz poderá decretar medidas assecuratórias sobre bens, direitos e valores para garantir a reparação do dano tanto do crime antecedente quanto do crime de lavagem de dinheiro, ainda que em nome de interpostas pessoas ("laranjas").

Portanto, as medidas assecuratórias decretadas com fundamento da lei de lavagem de dinheiro para garantir a reparação do dano podem alcançar não apenas o dano decorrente do próprio crime de branqueamento, mas também o crime antecedente. Trata-se de importantíssima medida que visa a conferir efetividade à persecução penal dos crimes econômicos, onde seguir e apreender o dinheiro produto ou proveito do crime é de curial importância, até porque, como bem adverte BADARÓ acerca da extensão do dano a ser ressarcido no crime de lavagem:

> Porém a definição da extensão do dano a ser ressarcido, causado pelo crime de lavagem, depende, diretamente, da posição que se adote quanto ao bem jurídico tutelado por tal delito.
>
> Caso se considere que o bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro é o mesmo bem jurídico da infração penal antecedente, é possível que no processo pelo delito de lavagem de dinheiro não haja dano a ressarcir.
>
> [...]
>
> Por outro lado, aqueles que consideram que o bem penalmente tutelado é a *ordem econômica*, uma forma de cometer a lavagem, sem potencialidade lesiva para afetá-la (seja no aspecto da livre concorrência, da transparência das relações econômicas ou outro), como, por exemplo, a lavagem mediante a compra de obras de arte em leilão não irá gerar dano a ser ressarcido.
>
> [...]
>
> Finalmente, se for caracterizada a *administração da Justiça* como bem tutelado, a questão do ressarcimento do dano apresentará mensuração ainda mais difícil. Como quantificar o *dano* causado pelo comportamento de reciclagem do dinheiro sujo[90]?

---

§3º - Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o *caput* deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no §1º. (*Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012*)

§4º - Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas."

[90] BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz, *op. cit*. p.338-339.

Book_RMP-70.indb 77 05/06/2019 11:50:59

Desta feita, mais um motivo para se elogiar a previsão legal que prevê a possibilidade do emprego das medidas assecuratórias previstas na lei de lavagem, que possui regras especiais como a inversão do ônus da prova acerca da origem lícita dos bens (art. 4º, §2º), para garantir a reparação do dano do crime antecedente (além do crime de lavagem), medidas assecuratórias essas que podem incidir sobre bens, direitos ou valores que sejam produto ou proveito do crime antecedente ou do crime de lavagem, ainda que nome de terceiros.

Registre-se que, a fim de garantir maior efetividade e garantir o pagamento da reparação do dano, da multa penal e de outras medidas de viés pecuniário, a Lei nº 9.613/98 prevê em seu novo art. 4º, §1º, a possibilidade de o juiz promover alienação antecipada de bens que sejam instrumento, produto ou proveito do crime antecedente ou do crime de lavagem de dinheiro sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção (outra importante alteração da Lei nº 12.683/12).

Por fim, encerrando a análise da Lei de Lavagem de Capitais no que tange à reparação do dano, consigne-se que o art.1º, §5º[91], prevê a *colaboração premiada* do autor, coautor ou partícipe que colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam a apuração das infrações penais à identificação dos autores, coautores ou partícipes, ou "à localização de bens, direitos ou valores objeto do crime", que posteriormente serão utilizados para reparar o dano sofrido pela vítima, pagar a multa penal, penas de perda de bens e prestação pecuniária, entre outras medidas de cunho pecuniário. De forma semelhante, na Lei dos Crimes Organizados, a colaboração premiada negociada que foi ali prevista prevê a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa como um dos resultados exigíveis do colaborador para que ele obtenha os benefícios acordados (art. 4º, IV, da Lei nº 12.850/12)[92].

Ante a natureza pecuniária do crime de lavagem financeira, a reparação do dano material e moral, mais do que em outros crimes, deve sempre ser motivo de atenção do Ministério Público e do Juiz e alcançada, via de regra, no próprio processo. Com efeito, não se mostra eficiente abrir mão de todas as medidas assecuratórias, inclusive a alienação antecipada de bens, prevista na lei de lavagem de dinheiro para tentar, posteriormente, obter a reparação no Juízo Cível.

---

[91] Art. 1º, §5º - A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

[92] A Operação Lava Jato já devolveu à Petrobras a vultosa quantia de R$1,5 bilhões de reais, sendo R$10,3 bilhões de reais são alvo de recuperação através do acordo de colaboração premiada. Informações disponíveis em https://oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-devolve-petrobras-654-milhoes-recuperados-por-acordos-22160763, acesso em 04 de fevereiro de 2018, e http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado, acesso em 04 de fevereiro de 2018.

Book_RMP-70.indb 78 05/06/2019 11:50:59

13. Por uma Nova Visão Ministerial

O pêndulo da história balança para a redescoberta da importância do papel da vítima dentro do processo penal. Nesse cenário, diversos diplomas internacionais de direitos humanos consagram direitos daqueles que foram vitimados pela criminalidade, como a Declaração Universal dos Direitos da Vítima de Crime e Abuso de Poder, publicada pela Assembleia-Geral da ONU através da sua Resolução nº 40/34 e a Diretiva do Conselho da Europa nº 2004/80/CE.

O legislador brasileiro, através da edição das Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08, deu um importante passo nesse novo alinhamento, passando a prever no art. 201, CPP, uma série de direitos da vítima, tais como: (i) ser informado da prisão e soltura do réu; (ii) ser informado do resultado do processo; (iii) permanecer em espaço reservado antes do início da audiência; (iv) ser encaminhado para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e saúde, as expensas do ofensor ou do Estado; e (v) ter preservada sua intimidade, vida privada, honra e imagem, ao mesmo tempo em que passou a prever no art. 397, IV, a possibilidade de o juiz fixar desde logo um valor mínimo para reparação do dano material e moral, incluído aí o dano estético, o que agiliza e facilita a obtenção da reparação.

Demonstrando estar ainda mais sintonizado com os novos tempos, o Congresso Nacional editou ainda as Leis nº 13.431/17 e nº 13.505/17, criando meios para impedir ou ao menos minorar a *vitimização secundária*.

Cumpre, agora, aos membros do Ministério Público respirarem esses novos ares e, como fiscal da lei que são, integrantes da instituição incumbida da defesa da sociedade, zelarem pelo efetivo cumprimento destas novas regras, seja desde a tomada de providências perante a Polícia Civil e o Poder Judiciário para tirar do papel as intervenções tecnológicas, arquitetônicas e humanas que precisam ser feitas nas delegacias e fóruns, seja trabalhando com o Poder Executivo na criação de uma rede de atendimento multidisciplinar para as vítimas de crime, seja passando a requerer na denúncia, sempre que for o caso, o pedido de reparação dos danos materiais e morais, seja passando a se preocupar que tal questão seja submetida ao contraditório durante a instrução e, se for o caso, objeto de recurso específico.

A pessoa humana que foi vítima de um crime não deve mais ser enxergada apenas como fonte de prova para a condenação do réu, mas como um cliente do sistema de persecução penal que possui diversos direitos cuja tutela é da esfera de atribuição ministerial. Esperamos com esse trabalho, contribuir minimamente para essa mudança de ótica que precisa acontecer no *Parquet*.

Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais – comentários à Lei nº 9.613/98, com alterações da Lei nº 12.683/12. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2016.

Book_RMP-70.indb 79 05/06/2019 11:50:59

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches Di. *Dos Delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2014.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. São Paulo: Editora Universitária de Direito.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral, vol.1. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Direito Penal e Funcionalismo*: um novo cenário da teoria do delito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal*: Orientado para a vítima do crime. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª ed., 1974, reimpressão pela Editora Coimbra, 2004.

FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de Direito Penal*: parte geral. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. A reparação mínima em favor da vítima de crimes violentos e a atuação do Ministério Público. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,* nº 59, jan./mar., 2016.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2013.

Book_RMP-70.indb 80 05/06/2019 11:50:59

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*: superando o ideário liberal-individualista-clássico p.12. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 20 dez. 2009.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal.* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1977. vol.2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. vol. 2.

Book_RMP-70.indb 81 05/06/2019 11:50:59

Configuração Constitucional das Corregedorias do Ministério Público

Emerson Garcia*

Sumário

1. A Adstrição dos Agentes Públicos à Juridicidade. 2. O Controle Exercido pelas Corregedorias do Ministério Público sob o Prisma da Juridicidade Constitucional. 2.1. Organicidade das Corregedorias. 2.2. Deontologia das Corregedorias. 2.3. Diceologia das Corregedorias. Epílogo. Referências Bibliográficas.

Resumo

A atuação das Corregedorias do Ministério Público está funcionalmente vocacionada ao zelo pela adstrição dos órgãos controlados ao referencial de juridicidade. No exercício de suas atividades regulares, são igualmente direcionadas pelo mesmo referencial: no plano orgânico, permite sejam identificadas a sua posição e natureza jurídica; no plano deontológico, direciona o delineamento da natureza da atividade que desenvolvem, do objeto de sua atuação e da amplitude do controle que realizam; e, no plano diceológico, define os instrumentos que viabilizam a sua atuação. O objeto do presente estudo é o de delinear cada um desses planos a partir dos influxos que a ordem constitucional realiza na formação da juridicidade.

Palavras-chaves: Controle. Sanções. Processo disciplinar. Deveres. Direitos.

1. A Adstrição dos Agentes Públicos à Juridicidade

A linha evolutiva do Estado de Direito tem demonstrado a sedimentação de dois paradigmas que assumiram os contornos de verdadeiros dogmas existenciais, um relacionado ao processo de formação e o outro ao exercício do poder estatal.

Ao se reconhecer que o povo é o titular do poder, alcança-se a natural inferência lógica de que compete a ele exercê-lo ou transferi-lo aos terceiros que venha a escolher. É o que nos explicam os conceitos de democracia direta e democracia

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law e* da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Book_RMP-70.indb 83 05/06/2019 11:50:59

representativa. Já o exercício do poder encontra-se alicerçado e delimitado na base normativa estabelecida diretamente pelo povo ou pelos seus representantes. Afinal, nada mais natural que o exercício do poder não ultrapasse os limites estabelecidos pelo seu titular. Esses limites estão aglutinados no referencial de juridicidade (*Rechtlichkeit*), termo cunhado por Garlieb Helwig Merkel[1] e mais abrangente que o clássico conceito de legalidade, já que aglutina todos os balizamentos da atividade estatal, independentemente de sua forma e essência.

Apesar do seu caráter multifacetário, é na ordem constitucional que a juridicidade aufere o seu principal alicerce de sustentação. É a Constituição que molda o Estado de Direito, delineando as estruturas de poder nele existentes e o modo como interagem entre si e com os indivíduos sujeitos ao seu poder de mando. Especificamente em relação aos agentes públicos, a juridicidade atua como direcionador orgânico, deontológico e diceológico.

No plano orgânico, delineia a estrutura estatal em que é alocado o agente público, estrutura esta que apresenta a característica institucional (*instituttionelle*), indicando a integração das distintas partes ao todo, e a funcional (*funktionelle*), delineando as competências a serem exercidas[2].

Uma vez alocado em certa estrutura orgânica, deve o agente público, em primeiro lugar, desempenhar as competências inerentes à função, que se integram ao plexo de competências relativas ao órgão em que está inserido. Além disso, deve exercer as competências em harmonia com certas diretrizes comportamentais, de contornos essencialmente ético-morais, que também influirão no modo como se conduz em sua vida privada. Esse é o plano dos deveres. Em nossa exposição, atribuímos ao significante deontologia contornos mais amplos que a doutrina tradicional, que costuma circunscrevê-lo ao campo da ética, estabelecendo, com isso, um *modus vivendi*, que não se confunde com o *modus operandi* inerente ao exercício funcional.

Ao estabelecer o vínculo com o Estado e assumir o *munus* de desempenhar certas competências, o agente público tem integrada à sua esfera jurídica uma série de posições jurídicas favoráveis, passíveis de serem opostas tanto ao Estado como aos terceiros que com ele se relacionem. Aqui, tem-se o plano dos direitos.

Qualquer que seja a atividade desenvolvida pela estrutura estatal de poder ou pelos agentes públicos nela integrados, é inevitável a constatação de que ela sempre será reconduzida à tríade fundamental da juridicidade, formada por organicidade, deontologia e diceologia. Assim ocorre, inclusive, no que diz respeito à atuação dos órgãos de controle interno e externo. Para constatarmos o acerto dessa conclusão, basta analisarmos a situação dos membros e das Corregedorias do Ministério Público:

> (a) os membros, alocados em estruturas orgânicas que marcam os limites de sua atuação, cumprem os deveres jurídicos inerentes

[1] *Über Deutschland, wie ich es nach einer zehnjähtingen Entfernung wieder fand*, vol. 1. 1ª ed. Deutschland: Riga, 1818, p.206.
[2] *Cf.* MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009, p.527-528.

Book_RMP-70.indb 84 05/06/2019 11:50:59

ao cargo, que são instrumentalizados por direitos em sentido *lato*, epígrafe sob a qual estão incluídos poderes (*v.g.*: poder de requisição) e prerrogativas do cargo (*v.g.*: marcação de dia e hora para ser ouvido como testemunha), bem como direitos pessoais;

(b) as Corregedorias, enquanto estruturas orgânicas de controle interno, têm o dever jurídico de fiscalizar a atividade dos membros, o que não alcança, obviamente, os juízos de valor realizados com amparo na independência funcional, valendo-se, para tanto, de direitos *lato sensu* (*v.g.*: poder de convocação).

c) a atividade desenvolvida pelas Corregedorias, a exemplo de toda e qualquer atividade administrativa, pode ensejar a atuação do Ministério Público na hipótese de a organicidade interna, o modo de cumprimento dos deveres ou o exercício dos direitos que lhes são subjacentes não se ajustarem ao referencial de juridicidade, o que reinicia o ciclo que principiou em (a).

As atribuições das Corregedorias do Ministério Público, a exemplo do que se verifica em relação aos órgãos de execução, são detalhadas pela legislação infraconstitucional, mais especificamente pela Lei Complementar nº 75/1993, que versa sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União; pela Lei nº 8.625/1993, que veicula a Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados; e pelas leis complementares de cada Estado-membro, que tratam da lei orgânica do respectivo Ministério Público. Essas atribuições, como não poderia deixar de ser, devem permanecer atreladas aos balizamentos estabelecidos pela Constituição da República, sendo esta a base de desenvolvimento das considerações que passaremos a realizar.

2. O Controle Exercido pelas Corregedorias do Ministério Público sob o Prisma da Juridicidade Constitucional

Com os olhos voltados ao processo de formação e exercício do poder estatal, é factível a necessidade de serem estabelecidos mecanismos de controle das atividades desenvolvidas, de modo a assegurar a sua adstrição à juridicidade. Como já tivemos oportunidade de afirmar[3], o significante *controle* carece de purismo vernacular, caracterizando-se como um neologismo que não encontra correspondência exata na língua portuguesa. Controle deriva do francês *contrôle*, contração de *contrerole*, indicando um registro feito em duplicidade[4]. Além desse significado base, é largamente empregado pelos publicistas no sentido de verificação, revisão, fiscalização e sindicação. É nesse sentido que o utilizamos, pois não seria coerente repudiarmos um significado há muito sedimentado na doutrina especializada.

[3] O exposto no presente item reproduz, parcialmente, o que dissemos no artigo intitulado *Aspectos afetos ao controle interno das atividades do Procurador-Geral de Justiça*, publicado na Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, vol. 61, jul.-set./2016.

[4] *Cf.* DUBOIS, J., MITTERAND, H. e DAUZART, A. *Dictionnaire d'étymologie*. Paris: Larousse, 2004, p.182.

Book_RMP-70.indb 85 05/06/2019 11:50:59

Sob a epígrafe do *controle* devem ser enquadrados todos os mecanismos utilizados na fiscalização e na correção da atividade desempenhada pelas estruturas de poder existentes no Estado de Direito. O *controle*, que deve manter-se adstrito aos limites da lei e da Constituição, pode sofrer inúmeras classificações. Sob o prisma do controlador, é possível analisarmos o controle conforme a sua (1) posição e (2) natureza. No que diz respeito à atividade desenvolvida, a análise pode ser direcionada (3) à sua natureza, (4) ao seu objeto e (5) à amplitude do controle[5]. Para exercer sua competência, o órgão responsável pelo controle ainda deve utilizar (6) os instrumentos disponibilizados pela ordem jurídica.

Os distintos aspectos afetos ao controle devem ser compreendidos conforme os balizamentos oferecidos pela juridicidade, que é largamente desenvolvida no plano infraconstitucional a partir do alicerce oferecido pela Constituição. Nossa análise, por opção metódica, permanecerá adstrita ao plano constitucional. O objetivo é não só identificar a base que confere sustentação à legislação infraconstitucional, mas, principalmente, a sua eficácia objetiva enquanto diretriz de interpretação dos textos normativos editados pelos poderes constituídos. O texto normativo, como se sabe, não apresenta uma relação de sobreposição com a norma jurídica, daí a importância da atividade intelectiva desenvolvida pelo intérprete, que concretiza o seu conteúdo a partir dos influxos recebidos do contexto, quer normativo, quer ambiental[6].

Ao interpretarmos a legislação infraconstitucional, conforme os parâmetros constitucionais, não só podemos excluir, *a priori*, os conteúdos normativos que dele destoem como devemos reconhecer a invalidade do único significado passível de ser atribuído ao texto normativo quando dissonante da Constituição. O objetivo, em qualquer caso, deve ser sempre o de preservarmos as opções políticas do legislador democraticamente legitimado, não o de instituirmos uma espécie de "governo dos juízes", isso para utilizarmos a sugestiva expressão tão difundida por Edouard Lambert[7].

2.1. Organicidade das Corregedorias

Posição jurídica

O órgão controlador pode ser inserido na mesma estrutura do órgão controlado ou lhe ser estranho. No primeiro caso, fala-se em controle interno, no segundo, em contorno externo. Interno é o controle que encontra o seu alicerce de sustentação na autonomia existencial de uma dada estrutura estatal e no princípio hierárquico. Enquanto a autonomia indica a capacidade de a estrutura se direcionar de acordo com suas próprias decisões, a hierarquia direciona o processo de formação

[5] *Cf.* GARCIA, Emerson. O Conselho Nacional do Ministério Público e a semântica do controle, *in: Boletim de Direito Administrativo* nº 7, ano XXX, julho de 2014, p.737.
[6] *Cf.* GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional.* A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p.56 e ss.
[7] *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris: Marcel Giard & Cie, 1921.

Book_RMP-70.indb 86 05/06/2019 11:50:59

dessas decisões. A atuação dos órgãos internos observa a divisão de competências no âmbito da respectiva estrutura estatal, podendo manter entre si uma "relação de equiordenação, supra ou infraordenação"[8], o que significa dizer que podem estar horizontalizados (*v.g.*: a auditoria interna normalmente não tem qualquer ascendência hierárquica sobre os órgãos controlados) ou verticalizados (*v.g.*: o chefe de um órgão deve exercer controle constante sobre os seus subordinados), nesse último caso, com a existência de uma hierarquia entre eles. É factível que o controle interno pode ser exercido por ambos.

Quando o controle é realizado por órgãos verticalizados, o órgão supraordenado pode rever ou anular os atos praticados pelo órgão infraordenado. Em se tratando de órgãos horizontalizados, a função primordial do órgão "equiordenado" normalmente será a de detectar a injuridicidade e, ato contínuo, provocar o órgão supraordenado, que valorará os argumentos apresentados e decidirá pela anulação ou revogação do ato. Órgãos dessa natureza estão previstos no art. 74 da Constituição de 1988. Sua atuação, ademais, pode ser provocada por qualquer pessoa, já que a ordem constitucional, em seu art. 5º, XXXIV, *a*, assegurou a todos "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

Diversamente do controle interno, ontologicamente amplo, o controle externo, que encontra sua gênese na divisão das funções estatais, é necessariamente restrito, somente se desenvolvendo nos limites estabelecidos pela ordem jurídica. A justificativa decorre da constatação de que o controle externo comprime a autonomia da estrutura controlada, somente podendo ser desenvolvido nos estritos limites da ordem jurídica.

A partir dessas noções estruturais, mais que basilares, é importante frisar, observa-se que a Constituição da República somente faz referência expressa ao Corregedor Nacional do Ministério Público. Trata-se de órgão que o art. 130-A, §3º, encartou na estrutura do Conselho Nacional do Ministério Público, o que permite afirmar que comunga de sua característica de órgão de controle externo, estranho, portanto, à organização de cada ramo do Ministério Público brasileiro. O Corregedor Nacional, consoante o referido preceito, deve ser escolhido entre os membros do Ministério Público que integram o colegiado.

No que diz respeito às Corregedorias de cada ramo do Ministério Público, suas características institucionais e funcionais serão detalhadas pela legislação infraconstitucional, não tendo sido objeto de qualquer referência no texto constitucional. Embora possam ser vistas como típicos órgãos de controle interno, é factível que o princípio hierárquico não se projetará, nessa seara, em toda a sua intensidade. Assim ocorre por duas razões básicas.

Primeira: a Constituição da República, nos §§ 1º a 5º do art. 128, não deixa margem a dúvidas de que o Procurador-Geral, da República ou de Justiça, é o Chefe do Ministério Público. Portanto, não é ontologicamente concebível a sua submissão a qualquer outra autoridade inserta na respectiva estrutura orgânica. Esse aspecto

[8] OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p.33.

Book_RMP-70.indb 87 05/06/2019 11:51:00

torna-se ainda mais nítido ao observarmos que o Procurador-Geral, consoante os §§ 2º e 4º do art. 128, somente pode ser destituído após deliberação do Poder Legislativo.

Segunda: a amplitude do controle realizado pelas Corregedorias é sensivelmente mitigada quando cotejada com aquele que recai sobre atividades tipicamente administrativas, no qual a possibilidade de revisão dos atos praticados pelas instâncias inferiores é ampla e irrestrita, podendo acarretar a nulidade do ato praticado ou a sua revogação por motivos de conveniência e oportunidade. Assim ocorre em razão do princípio da independência funcional, previsto no art. 127, §1º, da Constituição da República, que protege de influências exógenas o juízo valorativo realizado pelos membros do Ministério Público durante o exercício de suas funções.

Natureza jurídica

Ao avançarmos da posição ocupada pelo órgão controlador para a sua natureza jurídica, vamos aportar na divisão tripartite do poder tão bem sistematizada por Montesquieu, que apregoa a existência das funções administrativa, legislativa e judiciária. Portanto, a natureza do órgão de controle há de ser enquadrada numa dessas vertentes. Os Tribunais de Contas e os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, por exemplo, exercem atividade tipicamente administrativa, tendo igual natureza jurídica. À classificação bipartida dos órgãos de controle soma-se, como dissemos, a classificação tripartida das estruturas de poder.

A exemplo do Conselho Nacional do Ministério Público, também a Corregedoria Nacional é órgão tipicamente administrativo. Do mesmo modo, as Corregedorias de cada unidade do Ministério Público também consubstanciam estruturas administrativas. Ambas fiscalizam a conduta dos membros do Ministério Público nos planos administrativo, pessoal e funcional, ainda que, sob este último enfoque, não possam imiscuir-se nos juízos valorativos formulados.

2.2. Deontologia das Corregedorias

Natureza jurídica da atividade desenvolvida

Quanto à natureza jurídica da atividade desenvolvida, uma vez mais nos socorreremos da sistematização oferecida por Montesquieu. Quando pensamos em Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, é evidente que esse designativo está associado à atividade fim desenvolvida por certas estruturas de poder. Portanto, com escusas pela tautologia, é possível dizermos que o Legislativo legisla, o Executivo administra e o Judiciário julga. Por outro lado, também é evidente que cada uma dessas estruturas contará com uma organização interna que viabiliza o seu funcionamento e que pratica atos essencialmente administrativos, podendo revê-los ou revogá-los. Considerando que o controle interno, ao menos no plano conceitual, decorre das noções de autonomia existencial e hierarquia administrativa, é possível concluir que ele sempre terá natureza administrativa.

Book_RMP-70.indb 88 05/06/2019 11:51:00

Em relação ao controle externo, muitas controvérsias surgirão. O Executivo, ainda que seus atos assumam um viés político (*v.g.*: com o veto a projeto de lei aprovado pelo Legislativo), sempre praticará atos de natureza administrativa no âmbito das atividades de controle. O Judiciário, do mesmo modo, ao apreciar os atos praticados pelas demais estruturas de poder, sempre emitirá, no exercício desse controle externo, provimentos de natureza jurisdicional. O Poder Legislativo, por sua vez, ao exercer o controle externo, também pratica atos de natureza administrativa e jurisdicional. É o que ocorre com a competência para fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (CR/1988, art. 49, X), e para julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (CR/1988, arts. 51, I, e 52, I).

Em relação ao controle externo realizado por órgãos constitucionalmente autônomos, como os Tribunais de Contas e os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, os atos praticados sempre terão natureza administrativa, isso em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. É intuitivo, portanto, que os atos da Corregedoria Nacional e das Corregedorias de cada unidade do Ministério Público, no exercício das atividades de natureza correicional e disciplinar, são suscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Sob esta última ótica, cumpre observar que ações contra atos do Conselho Nacional do Ministério Público, epígrafe que absorve a composição plena e os órgãos fracionários, de acordo com a divisão de competências estabelecida no regimento interno, devem ser processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, conforme preceitua o art. 102, I, *r*, da Constituição da República[9].

Objeto do controle

Quanto ao objeto do controle, é possível afirmar que ele sempre será um ato praticado pelo órgão controlado.

[9] Apesar do potencial expansivo do enunciado linguístico do art. 102, I, *r*, da CR/1988, tem prevalecido, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que somente estariam incluídas em sua competência originária as ações mandamentais de índole estritamente constitucional, como o mandado de segurança, o *habeas data*, o *habeas corpus* e o mandado de injunção (STF, Pleno, AO nº 1.680/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 20/03/2014, DJ de 31/03/2014). Nesse caso, cada um dos Conselhos, órgãos não personificados e que possuem tão somente personalidade judiciária, figuraria como autoridade coatora, de modo que seria mera parte formal. Nos demais casos, os atos que praticarem devem ser imputados à União, ente de direito público em cuja estrutura estão inseridos. Portanto, em se tratando de qualquer outra ação civil, o processo e o julgamento ficarão a cargo da Justiça Federal de primeira instância (*v.g.*: ação declaratória de nulidade de ato administrativo ajuizada em razão de sanção aplicada pelo Conselho Nacional do Ministério Público - STF, 1ª Turma, AO nº 1.692 AgR/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 02/06/2015, DJ de 17/06/2015). Outro entendimento que vem sendo prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal é o de que a "*deliberação negativa*", assim considerada aquela que não determine qualquer providência em detrimento do direito do interessado, também não atrai a competência do Tribunal (*v.g.*: caso o órgão competente expeça ato administrativo e o Conselho negue-se a anulá-lo, mantendo-o, não haverá que se falar em competência originária do Supremo Tribunal Federal para o processo e o julgamento da respectiva impugnação - STF, Pleno, AgR no MS nº 28.202 /DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 24/03/2011, DJ de 11/04/2011; Pleno, AgR no ACO nº 1.749/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 18/12/2013, DJ de 19/02/2014; Pleno, MS nº 32.837 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 22/05/2014, DJ de 18/06/2014; 1ª Turma, AgR em MS nº 31.1143/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 05/08/2014, DJ de 09/10/2014; 1ª Turma, AgR em MS nº 29.269/CE, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 02/09/2014, DJ de 17/09/2014; 1ª Turma, MS nº 33.163/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 05/05/2015, DJ de 07/08/2015; e 2ª Turma, AgR no MS nº 32316/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 04/02/2014, DJ de 27/02/2014).

Book_RMP-70.indb 89 05/06/2019 11:51:00

Em se tratando de controle interno, o objeto será um ato administrativo, unilateral ou não. Esse ato, de acordo com a doutrina administrativa, será inicialmente cotejado com a juridicidade, o que pode resultar na sua anulação e, em tendo sido praticado com base no poder discricionário, será reavaliada a sua conveniência e oportunidade, podendo, inclusive, ser revogado. Essa competência, na medida em que lastreada no princípio hierárquico, há de ser exercida, regra geral, por um órgão supraordenado.

No que diz respeito ao controle externo, a divisão das funções estatais e a autonomia funcional assegurada a certas estruturas de poder, como o Ministério Público, indicam que ele não poderá recair sobre os atos tipicamente funcionais, que refletem a atividade fim da estrutura estatal controlada. Essa regra, à evidência, estará sujeita às exceções contempladas pela Constituição, que não são poucas. À guisa de ilustração, observa-se que as leis aprovadas pelo Poder Legislativo estão sujeitas ao controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário (arts. 97, 102, I, *a,* e 125, §2º) e os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar podem ser sustados pelo Legislativo (art. 49, V).

Para analisarmos o objeto do controle realizado pela Corregedoria Nacional do Ministério Público, o primeiro passo é a verificação da amplitude das atribuições desempenhadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Como já tivemos oportunidade de afirmar[10], enquanto ao Ministério Público, na dicção do art. 127 da Constituição da República, é assegurada autonomia administrativa, financeira e funcional, ao Conselho Nacional do Ministério Público compete controlar os atos praticados com fundamento nas duas primeiras[11] e zelar pela efetividade da última[12]. A atribuição de controlar a atuação do Ministério Público está prevista no §2º do art. 130-A da Constituição, desenvolvendo-se na forma disciplinada em seus incisos. Essa atuação pode dar-se de maneira preventiva ou repressiva.

De acordo com o inciso II do §2º do art. 130-A da Constituição, cabe ao Conselho:

> Zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas.

Também aqui é divisada uma nítida dicotomia na natureza das atividades a serem desenvolvidas pelo Conselho: enquanto a primeira parte do preceito dispõe sobre a obrigação de "zelar" pela observância do art. 37 da Constituição da República, que veicula inúmeras regras e princípios afeitos à administração pública (*v. g.*: dever

[10] *Ministério Público*. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 224.
[11] CR/1988, art. 130-A, §2º.
[12] CR/1988, art. 130-A, §2º, I.

Book_RMP-70.indb 90 05/06/2019 11:51:00

de observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), exigindo a utilização dos mecanismos de controle previstos no inciso anterior (atos regulamentares e recomendações), a segunda parte restringe o poder revisional do Conselho à apreciação da legalidade dos atos administrativos[13]. Em razão da ausência de uniformidade terminológica, tudo aconselha que o referencial de legalidade se aproxime do de juridicidade, de modo que o Conselho tenha ampla margem de sindicação a respeito da observância das regras e princípios regentes da atividade estatal. O que não compete ao Conselho é substituir-se às Instituições controladas na formulação de juízos de valor inerentes à sua autonomia.

Controle de legalidade, por certo, não guarda similitude com controle de constitucionalidade das leis. O Conselho deve zelar pela adstrição dos atos administrativos à lei, mas não pode chegar ao extremo de negar vigência à lei sob o argumento de sua inconstitucionalidade[14].

A exemplo da autonomia administrativa, também a autonomia financeira será objeto de idêntico controle na dimensão da legalidade. Na medida em que se situa no âmbito da Instituição a prerrogativa de ordenar as despesas, o que inclui a assunção e o respectivo pagamento, também os atos decorrentes dessa atividade serão passíveis de análise pelo Conselho.

A instauração ou a avocação de procedimento disciplinar em curso, contra membros ou servidores, na dicção do art. 130-A, §2º, III, da Constituição da República, também é atribuição do Conselho Nacional do Ministério Público. Tal ocorrerá com o recebimento e o conhecimento de reclamação ofertada por qualquer do povo. Ressalta o inciso seguinte que, em se tratando de procedimento disciplinar instaurado contra membros do Ministério julgado há menos de um ano, o Conselho poderá revê-los de ofício ou mediante provocação, não havendo qualquer óbice à *reformatio in pejus*[15]. Apesar de ter competência para receber reclamações, avocar processos disciplinares e aplicar sanções contra membros ou servidores, isso em consonância com o inciso III do §2º do art. 130-A, o CNMP dispensou interpretação literal ao inciso IV do mesmo preceito, entendendo ser competente, apenas, para

[13] Em relação à amplitude do controle exercido, o CNMP editou o Enunciado nº 6/2008: "[o]s atos relativos à atividade fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, §2º, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição".

[14] Nesse sentido: STF, 1ª T., MS nº 27.744/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j., em 14/04/2015, DJ de 08/06/2015. Pleno, MS nº 28.872 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 24/02/2011, DJe de 18/03/2011; Pleno, AC nº 2.390 MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 19/08/2010, DJe de 02/05/2011; e Pleno, ADI nº 3.367/DF, Rel. Min. Cézar Peluso, j. em 13/04/2005, DJ de 17/03/2006.

[15] A respeito dessa temática, o CNMP editou o Enunciado nº 7/2011: "[a] Revisão de Processo Disciplinar não se presta à mera rediscussão do feito processado na origem, sendo necessária a demonstração da ocorrência de uma das seguintes hipóteses: decisão contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos; decisão que se funda em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; quando, após a decisão, surgirem novas provas ou circunstâncias que determinem ou autorizem modificação da absolvição ou da condenação imposta (art. 91 do Regimento Interno)".

Book_RMP-70.indb 91 05/06/2019 11:51:00

rever processos disciplinares envolvendo os primeiros, não os últimos[16]. Para tanto, visualizou um silêncio eloquente no texto constitucional e dissociou o controle disciplinar do administrativo, que é exercido com base no §2º do art. 130-A. Essa interpretação terminou por ser prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal[17].

Embora o inciso III disponha que a atuação do Conselho se dará sem prejuízo da "competência disciplinar e correicional da instituição", parece-nos que a preservação da harmonia entre as Instituições exige a adoção de uma postura de *self restraint* (autocontenção), com a consequente injeção de influxos de razoabilidade na interpretação constitucional. Com efeito, não soa razoável a tramitação paralela de procedimentos disciplinares no Conselho e na Instituição controlada, o mesmo ocorrendo em relação à sua imediata avocação sem que sequer tenha sido possibilitada a sua apreciação pelos mecanismos de controle interno. Além de irrazoável, é difícil acreditar que o Conselho seja dotado de uma estrutura tão ampla e complexa a ponto de absorver toda a demanda dessa natureza; logo, encampando-se diretiva diversa, das duas uma: ou o Conselho terá suas engrenagens emperradas ou sua atuação será direcionada por uma casuística não muito transparente e, ao fim, certamente censurável.

Uma forma de viabilizar a atuação do Conselho, compatibilizando-a com a autonomia das Instituições controladas, seria reservá-la às hipóteses em que os mecanismos internos de controle não tenham dispensado uma solução adequada à questão em prazo razoável[18]. Formulada a reclamação diretamente ao Conselho, caberia ao órgão repassá-la à Instituição controlada, permitindo a deflagração dos mecanismos de controle interno. Decidido o procedimento, seria ampla a liberdade em revê-lo.

A atuação do Corregedor Nacional do Ministério Público, por evidentes razões de coerência sistêmica, há de permanecer circunscrita ao universo de atuação do Conselho Nacional do Ministério Público. Nesse particular, observa-se que suas atribuições estão descritas nos incisos I e II do §3º do art. 130-A da Constituição da República.

A primeira dessas atribuições consiste no recebimento de "reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares." Diversamente do Conselho, competente para "receber e conhecer das reclamações", podendo aplicar as respectivas sanções, o Corregedor Nacional deve limitar-se à sua recepção e correlata instrução caso seja essa a previsão regimental. O que não lhe é dado fazer é aplicar sanções, já que essa competência foi outorgada ao Conselho, mas nada impede venha a arquivar aqueles expedientes que não apresentem qualquer viabilidade fático-jurídica.

A segunda delas está associada ao exercício de "funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral". Como se constata, a Constituição da República outorgou ao Conselho uma função típica das Corregedorias-Gerais, qual

---

16 *Cf.* PCA nº 1.614/2010-99, Rel. Conselheira Cláudia Chagas, j. em 22/02/2011.

17 *V.g.*: 1ª T., MS nº 28.827/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 28/08/2012, *DJ* de 09/10/2012.

18 Nesse particular, merece menção o inciso LXXVIII do art. 5º da CR/1988, inserido pela EC nº 45/2004: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Book_RMP-70.indb 92 05/06/2019 11:51:00

seja, a de realizar inspeções e correições, que tanto podem assumir caráter preventivo, de modo a aferir o correto funcionamento do serviço e a evitar a prática de ilícitos, como se integrarem a uma atuação eminentemente repressiva, buscando elementos probatórios para corroborar a alegada prática de um ilícito. Embora não haja grande uniformidade terminológica nessa seara, costuma-se denominar de inspeção a fiscalização preventiva e pedagógica, enquanto a correição caracterizaria a atividade de verificação e apuração a partir de notícias de irregularidade.

Diversamente ao que se verifica em relação ao Corregedor Nacional, os Corregedores-Gerais, como regra geral, somente atuam na fiscalização das atividades dos membros do Ministério Público, não dos serviços auxiliares. Essa é a opção que tem sido encampada pela legislação infraconstitucional, mais especificamente pela Lei nº 8.625/1993 e pela Lei Complementar nº 75/1993. Com isso, a fiscalização dos serviços auxiliares é concentrada no Procurador-Geral, Chefe da Instituição e autoridade mais graduada na hierarquia administrativa, ou nos agentes que hajam por delegação sua. Esse aspecto torna-se particularmente relevante ao lembrarmos que as Corregedorias-Gerais do Ministério Público, a exemplo de todo e qualquer órgão administrativo, devem ter suas atribuições definidas em lei. Órgão e atribuição formam uma simbiose existencial, sendo impossível conceber a existência do primeiro desacompanhado da segunda ou, mesmo, que um órgão exerça atribuições afetas a outro.

Amplitude do controle

Quanto à amplitude, tem-se uma distinção substancial em relação ao potencial expansivo do controle interno e do controle externo, os quais apresentam sensíveis distinções quando cotejados entre si. Enquanto o primeiro é ontologicamente amplo, sendo intuitiva a conclusão de que a própria estrutura estatal deve delinear a sua vontade final, o segundo é necessariamente restrito. Afinal, caminha em norte contrário à divisão das funções estatais e à autonomia que a ordem constitucional assegurou a certas estruturas de poder. Em verdade, controle externo amplo e irrestrito é a antinomia suprema a qualquer referencial de independência e autonomia existencial.

O controle externo, como limitador da independência e da autonomia, somente pode se desenvolver com observância dos limites estabelecidos pela ordem jurídica. E, aqui, o padrão sistêmico encampado pela ordem constitucional brasileira se baseia na dicotomia existente entre juridicidade e liberdade valorativa: a primeira é da essência do Estado de Direito, cujo primado não pode ser tergiversado; a segunda, por sua vez, reflete, em toda a sua intensidade, a autonomia das estruturas controladas, não podendo sofrer qualquer limitação pelo controlador.

O Corregedor Nacional, a exemplo do que se verifica com o Conselho Nacional do Ministério Público, somente pode aferir a conduta dos membros e dos serviços auxiliares, nos planos administrativo e financeiro, sob o prisma da juridicidade, não substituí-los em juízos valorativos que lhes são próprios. Os Corregedores-Gerais, por sua vez, apesar de atuarem no controle interno, devem ter sua atuação limitada

Book_RMP-70.indb 93 05/06/2019 11:51:00

à fiscalização da adequação da conduta dos membros da Instituição ao referencial de juridicidade, não podendo imiscuir-se na atuação funcional propriamente dita, amparada que está pelo princípio da independência funcional[19].

2.3. Diceologia das Corregedorias

Instrumentos

Com os olhos voltados aos instrumentos passíveis de serem utilizados, principiaremos nossa análise com aqueles à disposição do Conselho Nacional do Ministério Público.

A atuação preventiva, voltada aos atos de cunho administrativo e funcional, pode ser instrumentalizada com a expedição de atos regulamentares ou mesmo de recomendações, isso nas hipóteses em que, apesar de ainda não praticado o ato, é divisada a probabilidade de que o seja. Se não há maior dúvida em relação ao alcance das recomendações, que consubstanciam atos destituídos de caráter cogente e cuja observância é meramente facultativa, o mesmo não pode ser dito quanto aos atos regulamentares. Em que medida e extensão poderão ser editados e qual será a forma de compatibilizá-los com a autonomia da Instituição? É imperativo o estabelecimento de limites ao seu alcance, isso sob pena de solapar a referida autonomia, que deveria ser objeto de mero controle e zelo, não de indébita supressão. Não fosse assim, o princípio da autonomia administrativa, também de estatura constitucional, terminaria por ser eliminado em prol da regra que define as atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público, o que se apresentaria como manifestamente contrário à unidade hierárquico-normativa da Constituição.

A própria coexistência, no art. 130-A, §2º, I, da Constituição, de um mecanismo cogente (regulamento) com outro dispositivo (recomendação), faz que nos inclinemos a afirmar que a mencionada antinomia não passou despercebida ao poder reformador. Na medida em que a reforma não eliminou a autonomia administrativa do Ministério Público, prevendo, tão somente, a possibilidade de o Conselho zelar pela sua existência, tal disposição jamais poderia ser interpretada no sentido de legitimar a edição de atos regulamentares que viessem a reduzir o seu alcance. Os regulamentos devem ser editados com o fim de padronizar a atuação do Conselho perante os Ministérios Públicos, estabelecendo a forma de interação e de intercâmbio de informações com o fim de

[19] O Superior Tribunal de Justiça, com base no princípio da independência funcional, reconheceu ser "incabível, pois, a punição de Promotor de Justiça que requer, fundamentadamente, o arquivamento de inquérito policial por entender se tratar de fato atípico" (6ª T., RMS nº 12.479/SP, Rel. Min. Maria Thereza Arruda, j. em 21/08/2007, *DJU* de 19/11/2007). No caso concreto, membro do Ministério Público promovera sucessivos arquivamentos de inquéritos policiais cujo objeto era o porte ilícito de substância entorpecente. O órgão correcional, entendendo que a conduta, de acordo com a lei brasileira, era manifestamente típica, instaurou processo administrativo disciplinar e puniu o Promotor de Justiça. Impetrado Mandado de Segurança perante o Tribunal de Justiça, a ordem foi denegada sob o argumento de que "a independência funcional não é absoluta", ao que se soma a "impossibilidade de o Promotor de Justiça fazer prevalecer sua posição doutrinária sobre o texto da lei".

Book_RMP-70.indb 94 05/06/2019 11:51:00

fortalecer a autonomia institucional: ninguém zela pela longevidade de um esportista cortando-lhe as pernas, mas, sim, orientando-o e estimulando-o a desenvolver e a aumentar as suas potencialidades. Fosse outro o entendimento, ter-se-ia de admitir, por identidade de razões, a possibilidade de edição de regulamentos definindo a própria forma de atuação do Ministério Público[20], conclusão que terminaria por ser estendida ao Judiciário, o que decididamente afronta a lógica e a razão[21]. Na recomendação, ao revés, poderá o Conselho emitir pronunciamento sobre atos estritamente vinculados à autonomia administrativa, o que, em decorrência do seu caráter facultativo, não importará em qualquer mácula àquela.

Ainda no plano preventivo, o Conselho, *sponte propria*, também passou a exercer a função de órgão consulente. Apesar da ausência de previsão constitucional, é factível que essa providência está incluída nas funções institucionais do colegiado. A sua distinção em relação às recomendações é mais que singela, já que, enquanto estas últimas costumam ser formuladas de ofício, a consulta está necessariamente associada à provocação do interessado. Também se aproximam dos atos regulamentares na medida em que estão desvinculadas de um caso concreto, ainda que a decisão de formulá-las tenha encontrado inspiração em uma situação efetivamente verificada, ou potencialmente verificável, na realidade[22].

No plano repressivo, observa-se que, ao apreciar os procedimentos disciplinares instaurados "contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares", caso entenda conveniente fazê-lo anteriormente à sua ultimação no plano interno, poderá o Conselho "determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa."[23] Note-se que, especificamente em relação às sanções, a parte inicial da norma atua como elemento limitativo da última. As únicas sanções da alçada do Conselho que podem dissociar o agente do respectivo órgão são as três primeiras: a remoção, embora mantenha o agente na carreira, resulta na sua alocação em órgão diverso; a disponibilidade faz que o agente assuma o *status* de inativo, mas mantenha o vínculo com a carreira, do que resulta a possibilidade de aproveitamento

[20] O STF decidiu pela impossibilidade de o CNMP anular ato do Conselho Superior do Ministério Público em termo de ajustamento de conduta, pois afeto à atividade-fim (2ª T., MS nº 28.028/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 30/10/2012, *DJe* de 07/06/2013).

[21] Consoante o art. 103-B, §4º, I, da CR/88, dentre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, está a de "zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências". Como não há qualquer limitação quanto à autonomia a ser preservada, não se tardaria em concluir pela possibilidade de serem estabelecidas diretrizes ao exercício da própria função judicante. Além da súmula vinculante, passaríamos a ter o "regulamento vinculante".

[22] Deve ser observado o Enunciado nº 5/2008 do CNMP, *verbis*: "[a]s consultas dirigidas ao Conselho Nacional do Ministério Público devem: a) ter pertinência temática com as finalidades do Conselho; b) ser formuladas em tese, não sendo admitidas consultas emergentes de questões administrativas concretas, decorrentes de interesse individual ou de matérias *sub judice*; c) ser de interesse institucional, não sendo permitidas, também, as consultas de caráter puramente acadêmico; e d) observar os requisitos do art. 19, inciso XXI e parágrafos do Regimento Interno".

[23] CR/1988, art. 130-A, §2º, III.

Book_RMP-70.indb 95 05/06/2019 11:51:00

futuro; e a aposentadoria, com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, transfere o agente para a inatividade e o afasta da carreira, impedindo o reaproveitamento. Assim, as demais sanções administrativas ali referidas, de abrangência e intensidade variáveis (*v.g.*: advertência, suspensão etc.), não alcançam a de perda do cargo, quer em relação aos servidores, quer em relação aos membros do Ministério Público não vitalícios, pois, como se sabe, os vitalícios somente perdem o cargo mediante decisão judicial transitada em julgado. Apesar de o vitaliciamento decorrer de uma decisão tipicamente administrativa, ressalvada a existência de evidente vício de validade (*v.g.*: decisão proferida por órgão incompetente), impedindo que ela produza efeitos *ab initio*, não pode o Conselho desconstituí-la. Fosse de outro modo, não teríamos verdadeira vitaliciedade, mas, sim, pura e simples estabilidade. A preocupação do Constituinte derivado em enumerar as sanções que afastam o agente do respectivo órgão indica, claramente, que as demais sanções administrativas ali referidas devem produzir efeitos outros que não esse.

Outro aspecto que deve ser objeto de reflexão é a definição do exato alcance do inciso III do §2º do art. 130-A: trata-se de norma que tão somente define a atribuição e os limites do poder disciplinar do Conselho Nacional ou dispõe, de forma ampla e genérica, sobre as próprias sanções disciplinares passíveis de serem aplicadas? Embora a literalidade da norma possa induzir a conclusão diversa, cremos que a primeira proposição é a correta. A definição da autoridade responsável pela aplicação de determinada sanção não significa seja possível aplicá-la sem a prévia individualização das infrações administrativas e, consoante o escalonamento dos distintos graus de lesividade, das sanções a que cada qual corresponde. Trata-se de um imperativo de segurança jurídica[24].

O Conselho Nacional do Ministério Público, apesar de estar autorizado a aplicar as sanções previstas no inciso III do §2º do art. 130-A, somente poderá fazê-lo com estrita observância das normas disciplinares reguladoras de cada Ministério Público, sendo cogente a observância da tipologia legal e das respectivas sanções cominadas. À sanção administrativa deve estar associada uma infração de igual natureza, sendo a lei o veículo adequado à sua definição, isso sob pena de legitimar-se a usurpação da própria atividade legislativa, que passaria a ser indevidamente exercida pelo Conselho. Entendimento diverso, além de violar os princípios da segurança jurídica e da divisão das funções estatais, também afrontaria o princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LV, da Constituição da República.

Com escusas pela obviedade, parece oportuno lembrar que também as sanções administrativas aplicadas pelo Conselho devem guardar uma relação de proporcionalidade com as infrações administrativas praticadas, aspecto que, segundo entendimento já sedimentado perante os tribunais pátrios, foge à discricionariedade do órgão[25].

---

[24] Nesse sentido: NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador.* 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2002, p.310-312.

[25] "Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal" (STF, 1ª T., RMS nº 24.901/DF, Rel. Min. Carlos Britto, *DJU* de 11/02/2005).

Book_RMP-70.indb 96 05/06/2019 11:51:00

O Corregedor Nacional, como já afirmamos, não tem atribuição para utilizar os instrumentos anteriormente referidos, outorgados que foram ao Conselho. Apesar disso, o art. 130-A, §3º, III, autorizou-o a "requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público."

Os Corregedores-Gerais terão à sua disposição os instrumentos previstos na legislação infraconstitucional. Além do poder de convocação, merece referência a previsão, relativamente comum no plano infraconstitucional, da possibilidade de os próprios Corregedores instaurarem, instruírem e decidirem o processo administrativo disciplinar. É o que autoriza, por exemplo, o art. 17, V, da Lei nº 8.625/1993. Essa sistemática, que não foi reproduzida na Lei Complementar nº 75/1993, parece não se ajustar aos mais comezinhos lineamentos do devido processo legal. Afinal, como é possível termos, em pleno Estado Democrático de Direito, uma simbiose existencial entre as funções de acusador e julgador?

Epílogo

No Estado Democrático de Direito, o poder deve ser exercido em conformidade com o referencial de juridicidade. Qualquer excesso configura lamentável abuso; qualquer omissão, reprovável leniência e indigna indiferença. Não é por outra razão que os instrumentos de controle apresentam singular relevância, atuando não só na repressão aos abusos como, principalmente, na prevenção de sua ocorrência.

As Corregedorias do Ministério Público, como órgãos de controle, zelam pela preeminência da juridicidade e contribuem, ativamente, para a sedimentação da base de valores que a sociedade espera esteja presente no Ministério Público brasileiro. Evitam que o efeito inebriante do poder se apodere dos membros da Instituição e desvirtue a sua atuação funcional.

Em sua atividade, as Corregedorias, enquanto órgãos de controle, hão de ter atuação exemplar. E essa atuação, como é intuitivo, passa por uma ampla e irrestrita adstrição à juridicidade, que direciona a sua organização, sua deontologia e sua diceologia.

Referências Bibliográficas

DUBOIS, J.; MITTERAND, H. e DAUZART, A. *Dictionnaire d'étymologie*. Paris: Larousse, 2004.

GARCIA, Emerson. Aspectos afetos ao controle interno das atividades do Procurador-Geral de Justiça, *in: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 61, jul.-set./2016.

_____. *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Ministério Público*. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O Conselho Nacional do Ministério Público e a semântica do controle, *in: Boletim de Direito Administrativo*, nº 7, ano XXX, julho de 2014, p.737.

Book_RMP-70.indb 97 05/06/2019 11:51:00

LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris: Marcel Giard & Cie, 1921.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2009.

MERKEL, Garlieb Helwig. *Über Deutschland, wie ich es nach einer zehnjähtingen Entfernung wieder fand*, vol. 1, 1ª ed. Deutschland: Riga, 1818.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2002.

OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

VIGOUROUX, Christian. *Déontologie des Fonctions Publiques*. Droits, Obligations, Garanties et Discipline. Paris: Dalloz, 2008.

Book_RMP-70.indb 98 05/06/2019 11:51:00

Garantias das Obrigações: Configuração das Garantias Especiais Atípicas

Eugênio Rosa de Araújo*

Sumário

1. Introdução. 2. Tutela da Personalidade: Dignidade Humana e Direito da Personalidade. 3. O Direito Fundamental à Livre Iniciativa. 4. O Princípio da Autonomia da Vontade: Liberdade de Celebração e de Estipulação. 5. Garantias Atípicas: o Caso da Garantia Bancária Autônoma. 5.1. A Garantia Bancária Autônoma. 5.2. Exceção de Não Cumprimento do Contrato. 5.3. Compensação. 5.4. Cláusula *Negative Pledge*. 5.5. Cláusula *Cross-Default*. 5.6. A Consignação de Receita em Garantia. 5.7. Cláusula *Step-in-Rights*. 5.8. *Covenant*. 6. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho, que trata das garantias atípicas das obrigações, pretende situar, de antemão, o tema no âmbito do direito comunitário, do ordenamento constitucional português e no campo da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da autonomia da vontade, desenvolvendo os contornos mais estreitos do seu regime jurídico, com destaque para os princípios correlacionados do Código Civil Português da liberdade de forma, boa-fé objetiva, ilicitude de condições, liberdade contratual e proibição do enriquecimento sem causa. Neste sentido, analisa alguns exemplos de garantias atípicas que se podem encontrar no tráfego jurídico, em especial as garantias bancárias autônomas à exceção de não cumprimento do contrato, a compensação, a cláusula *negative pledge*, a cláusula *cross-default,* a consignação de receita em garantia, a cláusula *step-in-rights* e a *covenant*.

Abstract

The present work, which deals with the atypical guarantees of obligations, intends to situate the subject in the field of community law, of the Portuguese constitutional order and in the field of the dignity of the human person, of free initiative, Developing the narrower outlines of its legal regime, with emphasis on the correlated principles of the Portuguese Civil Code of freedom of form, objective good faith, unlawful conditions, contractual freedom and prohibition of unjust enrichment. In this sense, it analyzes some examples of atypical guarantees that can be found in legal traffic, especially the autonomous bank guarantees, the exception of non-compliance with the contract, compensation, the negative pledge clause, the cross-default clause, Guarantee, the step-in-rights clause and the covenant.

* Juiz Federal – TRF-2/RJ.

Book_RMP-70.indb 99 05/06/2019 11:51:00

Palavras-chave: Obrigações. Contratos. Garantias atípicas. Limitações. Exceção. Compensação. *Negative pledge. Cross-default. Step-in-rights. Covenant.*

Keywords: *Obligations. Contracts. Atypical guarantees. Limitations. Exception. Compensation. Negative pledge. Cross-default. Step-in-rights. Covenant.*

1. Introdução

O presente trabalho tem como foco as garantias especiais atípicas das obrigações, traçando os contornos elementares da autonomia da vontade, a começar pelos fundamentos da dignidade da pessoa humana insertos no Tratado de Lisboa e na Constituição da República de Portugal, nos quais se lastreiam a liberdade de estipulação e celebração dos negócios jurídicos.

Tal liberdade e autonomia expressam, na vertente do seu exercício, o direito de personalidade, na medida em que viabilizam um espaço de criação da própria personalidade humana, suas necessidades, seus desejos e sua persecução do estado de bem-estar, inerentes a qualquer ser humano.

Nesse diapasão, o direito de crédito recebe a proteção do direito, denominando-se garantia das obrigações, cujo conteúdo consiste em certificar ao credor os meios necessários para realizar seu direito no caso de seu descumprimento, a teor do disposto no art. 601 do Código Civil Português, segundo o qual a garantia geral é comum a todos os credores e consiste na possibilidade de estes se pagarem com o patrimônio do devedor.

Por outro lado, a garantia especial implica a preferência a um credor de ser pago preferencialmente antes dos demais credores, tais como a penhora e a preferência no caso de declaração de falência e que se sobrepõe à garantia geral já mencionada.

Acrescenta-se que as garantias especiais consistem em situações em que a posição do credor vem a ser um reforço que sobeja àquela que resulta da simples responsabilidade patrimonial do devedor[1], podendo-se afirmar que sempre haverá uma garantia especial quando existir algum reforço da posição jurídica do credor, em contraste com a posição de outros credores.

Ainda no campo das garantias especiais, serão pessoais caso haja um direito subjetivo com a finalidade de garantia ou um bem determinado objeto de prestação ou, ainda, numa coisa – caso em que a garantia especial será uma garantia real.

Assim, as garantias pessoais sujeitam um terceiro à execução de seu patrimônio, em caso de não cumprimento pelo devedor, como, por exemplo, a fiança e o aval[2]; as garantias reais, por outro lado, se visualizam pela possibilidade de o credor obter

[1] LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. vol. II. p.303.
[2] Como observa Menezes Leitão, *op. cit.*, p.304: "Para esse efeito, os terceiros assumem uma obrigação própria, através da qual ficam subsidiária ou solidariamente responsáveis pelo cumprimento da obrigação do principal devedor".

Book_RMP-70.indb 100 05/06/2019 11:51:01

o pagamento preferencial do seu crédito pela venda de bens ou seus rendimentos. Constituem-se, por isso, em categoria de direitos reais de garantia, visto que oneram bens determinados, independentemente da sua titularidade, como, por exemplo, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção.[3]

Ainda no campo das garantias de créditos, podemos identificar casos especiais de garantias, as quais não se reportam a quaisquer dos tipos já mencionados, a saber, a separação de patrimônios, a prestação de caução e a cessão de bens aos credores.

No presente trabalho, tratar-se-á dos contornos convencionais, constitucionais e legais das denominadas garantias especiais atípicas. Tais garantias não nos permitem o reenvio às garantias pessoais ou reais, pois não se *ubicam* em nenhuma das modalidades já referidas.

Como dito, o percurso será o de localizar a autonomia da vontade no ordenamento comunitário, no ordenamento constitucional português e no ordenamento legal português com ênfase nos preceitos do Código Civil Português, a teor dos artigos 219º (liberdade de forma), 223º (estipulação de forma especial), 227º (boa-fé objetiva), 271º (condições ilícitas ou impossíveis), 280º/281º(desconformidade com a lei), 335º (colisão de direitos), 405º (liberdade contratual) e 473º (enriquecimento sem causa) do referido diploma.

2. Tutela da Personalidade: Dignidade Humana e Direito da Personalidade

Desde já, é preciso destacar o caráter central da pessoa humana no âmbito do Direito Comunitário, bem como no ordenamento constitucional e infraconstitucional portugueses, os quais necessitam de interpretação e aplicação conjugada e sistemática, dentro do âmbito mais espraiado do sistema protetivo da pessoa humana no continente europeu.

Sublinha-se, desde já, a redação do Tratado de Lisboa, que, em seu artigo 2º, afirma que:

> A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

[3] Leitão, *op. cit.*, p.304, destaca que os credores titulares de garantias reais dizem-se credores preferenciais por oposição aos outros credores comuns ou quirografários.

Book_RMP-70.indb 101 05/06/2019 11:51:01

No campo específico do ordenamento constitucional português, o art. 1º da Constituição da República Portuguesa diz que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Consagrando a validade e eficácia internas do já citado Tratado de Lisboa, o art. 8º.4 da Constituição Portuguesa preceitua que as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas de suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.

Oportuno, neste passo, frisar que a dignidade da pessoa humana não se confunde com os Direitos Fundamentais nem com os Direitos da Personalidade[4].

A dignidade da pessoa humana ilumina e funda todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional e se volta, basicamente, à promoção do mínimo

[4] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral*. Introdução. As pessoas. Os Bens. Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. I. "A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem apresentar um mínimo que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem". "Assim se funda a categoria dos direitos da personalidade" p.59; "não há equivalência entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. Antes de mais, a preocupação da abordagem é diferente. As constituições têm em vista particularmente a posição do indivíduo em face do Estado e provavelmente a do cidadão, que continua a ser destinatário de muitas previsões".p.61; "Na ordem jurídica portuguesa, o preceito fundamental da lei ordinária em matéria de direitos da personalidade é o art. 70 CC, cujo nº 1 determina: 'A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral'".p.65; "Este preceito contém um princípio preciso: o da generalidade da tutela da personalidade. Para que um direito de personalidade seja reconhecido, não é necessária específica proteção legal: basta que decorra da personalidade ontológica". p.65; "É essencial compreender que o preceito não se limita a qualquer noção formal de pessoa, pois então teríamos critério para demarcar o seu âmbito: é vicioso dizer que tudo o que respeita ou atinge uma pessoa singular é considerado violador da personalidade. A lei pressupõe a personalidade ética, especificando-as nas suas duas vertentes física e moral. Por isso, o art. 70 tem necessariamente de ser considerado como janela aberta no sistema positivo, pela qual se dá a intromissão dos conteúdos ônticos. A aplicação do artigo pressupõe uma permanente valoração à luz desses conteúdos". p.66; Em sentido semelhante, FERNANDES, Luis A. Carvalho, *in*: *Teoria Geral do Direito Civil*, vol I, 6ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, que, ao discorrer sobre os direitos da personalidade, afirma: "Não basta afirmar a suscetibilidade de direitos (o poder de ser titular) envolvido na noção técnico-jurídica de personalidade, *qua tale*; o princípio, enquanto referido a uma mera qualidade jurídica, ficaria esvaziado de sentido, se lhe não fosse dado conteúdo significativo e útil, e uma inerente proteção, assegurando-se a cada pessoa jurídica – e pelo simples fato de o ser – um conjunto mínimo de direitos, inerente a essa qualidade e de que dela se torna imediatamente titular, ao adquirir personalidade". p.84; "Esses direitos, por serem mera projeção da imanente dignidade do homem, prendem-se, assim, com bens fundamentais da própria pessoa, desde logo no plano físico e moral, mas também no jurídico, para o princípio ganhar conteúdo significativo e plena eficácia no seu campo específico de atuação – o do Direito". p.84; "Pode-se assim afirmar que personificar o homem envolve o reconhecimento de um conjunto mínimo de direitos, de conteúdo fundamentalmente não patrimonial". p.84; "Esses, numa designação bastante corrente, são os direitos da personalidade, fórmula que tem a virtude de, por si só, chamar a atenção para o fato de se tratar de poderes jurídicos determinados pelos modos de ser fundamentais da pessoa". p.84; Em obra clássica, Pires de Lima e Antunes Varela, no *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. I, afirmam sobre o art. 70 do Código Civil Português que: "O artigo limita-se a declarar, em termos muito genéricos e muito sucintos, a ilicitude das ofensas ou das ameaças à personalidade física ou moral dos indivíduos, sem descer à minuciosa referência analítica a que recorre por exemplo, o anteprojeto do Código Francês (arts. 151 e ss.); 'Mas daquela referência genérica pode, sem dúvida, inferir-se a existência de uma série de direitos (à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, ao bom nome, à saúde, até ao repouso essencial à existência física etc.), que a lei tutela nos termos do nº 1 do artigo'". p.104.

Book_RMP-70.indb 102 05/06/2019 11:51:01

existencial da pessoa singular, pois se constitui no conjunto mínimo de direitos autônomos de que toda pessoa é titular, bem como são emanações da própria dignidade da pessoa.

Assim, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana no ordenamento português assegura um tratamento ao semelhante que lhe garanta a possibilidade de prestações mínimas como saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança e acesso ao Judiciário.

Tal preceito fundante da ordem constitucional ornamenta todo o ordenamento constitucional de forma positiva, impedindo atuação a ele contrária, bem como guiará a atuação da aplicação da lei e da produção legislativa.

Dizer dignidade na vida social significa a garantia de um mínimo que assegure um espaço para o desenvolvimento da personalidade e um máximo que lhe dê efetividade. Basta que a pessoa exista como personalidade ontológica para a fruição do direito à personalidade.

Disso resulta que a possibilidade de entabulação de negócios jurídicos atípicos encontra amparo no Tratado de Lisboa, na Constituição da República Portuguesa e no Código Civil, na vertente de possibilidade de atuação para fruição da dignidade da pessoa e do direito da personalidade na busca do mínimo existencial.

3. O Direito Fundamental à Livre Iniciativa

No ordenamento constitucional português, a livre iniciativa é, em primeiro lugar, mencionada como democracia econômica e princípio fundamental da república, conforme o art. 2º da C.R.P., reaparecendo como princípio da organização econômica no art. 80º, letra "c", ambos da Carta Constitucional.

Sem embargo destes preceitos expressos, a leitura sistemática do texto nos leva a realizar interpretação conglobante de outros artigos da Constituição, tais como 9º, letras "a" e "d" (tarefas fundamentais do Estado para criar condições econômicas e promover o bem-estar e direitos econômicos), bem como os arts. 16º (âmbito e sentido dos direitos fundamentais), 26º.1 (desenvolvimento da personalidade), 61º.1 (liberdade de iniciativa privada), 82º.3 (setor privado como princípio da ordem econômica) e 86º.1 (incentivo a pequenas e médias empresas), os quais nos permitem afirmar que a livre iniciativa se constitui em direito fundamental acatado no ordenamento constitucional português, apto a gerar pretensões negativas de proteção contra o Estado e positivas de pretensões perante o Estado e terceiros.

De forma muito sucinta, pode-se afirmar que esta liberdade é o espaço de atuação na economia independente da compressão do Estado.

Essa liberdade – de iniciativa – será exercida na atividade econômica de produção, circulação, distribuição e consumo de bens e serviços, dentro do mercado, palco onde atuam os agentes econômicos que são o Estado, os empresários, os trabalhadores e os consumidores.

Book_RMP-70.indb 103 05/06/2019 11:51:01

É evidente que, para que alguém se lance numa atividade lícita, é necessário que se tenha ciência da possibilidade de exercício da atividade, a que chamaremos de sensibilidade (saber que existe a possibilidade), bem como tenha acesso à atividade econômica eleita, a que chamaremos de acessibilidade (acesso ao desempenho da atividade econômica eleita para ser exercida).

Uma vez no exercício da atividade econômica, o agente deve desfrutar da faculdade de contratar ou não; deve poder escolher com quem contratar e que tipo de negócio efetuar, fixando o conteúdo do contrato, bem como podendo mobilizar o aparelho estatal para que se faça cumprir o avençado entre as partes.

Aqui fica patente que o direito fundamental da livre iniciativa se desdobra em: liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa), liberdade de organização e liberdade de contratação (direito de empresa)[5].

---

[5] *In*: MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988: "O direito de livre iniciativa econômica privada é considerado agora, depois da revisão constitucional de 1982, como um autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental". p.14; "Este direito compreende várias vertentes quais sejam a liberdade de criação de uma empresa e a de gerir autonomamente ou sem interferências externas". p.141; "Já se conhecem contudo os limites que, para este direito fundamental, decorrem os princípios da reserva de empresa pública e da livre iniciativa dos poderes públicos". p.141; "Conclui-se assim que não foi seu conteúdo máximo mas sim seu conteúdo mínimo que a Constituição consagrou tal direito fundamental". p.141; "A concretização do direito de livre iniciativa econômica privada ou de livre empresa compreende a preservação do seu conteúdo múltiplo enquanto liberdade de acesso ao mercado e de exercício ou cessação da atividade empresarial". p.142; "nenhum destes aspectos poderá ser eliminado em favor de outro; a manutenção de todos eles é condição necessária da afirmação do direito de livre empresa privada". p.142; "Nesta conformidade, a defesa constitucional do direito de livre empresa privada implica claras tomadas de posição do legislador ordinário quanto a questões como as do condicionamento industrial e licenciamento dos estabelecimentos industriais, defesa da concorrência, regime de preços, proteção às pequenas e médias empresas e, de um modo geral, quanto à estratégia geral da política de fomento económico". p.143; "Restrições ao seu regime, e para concluir, pode a lei levá-las a cabo, pois que se trata de direitos subjetivos alicerçados num princípio de valor que é o da dignidade da pessoa humana, e como tais virtualmente exclusivistas como aliás todos os valores éticos". p.143; "O seu conteúdo oscila assim entre um máximo e um mínimo essencial. É neste último sentido que a lei os deve interpretar, de modo a viabilizar o seu tratamento jurídico sem esquecer o virtual concurso de outros direitos e valores. Descer abaixo daquele conteúdo mínimo é transformar a lei em serva do poder". p.149; VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. A ordem económica portuguesa. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998: "Sabemos já que o legislador constitucional configura este direito como um direito fundamental dos cidadãos e que sua inserção formal nos direitos 'sociais' não prejudica a aplicação do regime dos 'direitos, liberdade e garantias', na medida em que a iniciativa econômica privada é garantida como direito essencialmente 'negativo' ou 'de defesa', revestindo-se de natureza análoga aos 'direitos, liberdades e garantias' e beneficiando, assim, do regime destes (*cfr.* art. 17º)". p.164-165; "A liberdade de iniciativa econômica privada tem o seu fulcro sensível na liberdade de empresa, quando esta se entenda nas suas três vertentes ou subliberdades: liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa), liberdade de organização e liberdade de contratação (direito de empresa)". p.165; "A liberdade de investimento significa o direito que possui o titular de um capital de colocá-lo na atividade ou indústria que julgue conveniente. O investimento pode levar à criação de uma empresa, à aquisição de empresas já existentes ou ao aumento de capital dessas empresas. Em sentido negativo, esta liberdade significa o direito de retirar o capital investido quando o proprietário o julgue conveniente". p.165; "A liberdade de organização é o direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, definir objetivos, combinar os fatores de produção e dirigir a atuação das pessoas empregues na atividade empresarial". p.165; "esta liberdade é inerente à atividade empresarial, pois esta consiste basicamente na combinação trabalho/capital para a obtenção de um produto. Ao empresário compete maximizar a produção, minimizando os custos, de modo a assegurar rentabilidade ao capital investido". p.165; "A liberdade de contratação ou liberdade negocial significa o direito do empresário de escolher os seus fornecedores e os clientes dos seus produtos, assim como fixar o preço das mercadorias. Também significa a liberdade de contratação da mão de obra e a fixação de salários e de outras condições de

Book_RMP-70.indb 104 05/06/2019 11:51:01

Claro que esta liberdade não é absoluta em face da conexão existente no interior do próprio ordenamento constitucional quando se tratar de atividade tipicamente estatal ou cooperativista, sendo certo que esta atividade será menos livre quanto mais intervenha o Estado, via intervenção direta na atividade econômica, ou que venha a sofrer abusos do poder econômico ou ainda que venha a exercer atividade objeto de monopólio (participação estatal na economia por exclusão da iniciativa privada).

Disso resulta que a liberdade de iniciativa, como direito fundamental, é plenamente aplicável às situações de contratação onde se estabelecem os princípios

---

trabalho". p.166; "[...] para que estes preceitos não entrem em contradição com os princípios fundamentais da constituição econômica, impõe-se uma interpretação contida destes preceitos, de modo que fique sempre a salvo a liberdade de empresa privada na sua dupla qualidade de direito subjetivo fundamental e de princípio ou garantia institucional da ordem econômica portuguesa". p.170; FRANCO, António L. Souza *et alii*. *A Constituição Económica Portuguesa*. Ensaio interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993. "A iniciativa econômica privada (que tomaremos como prototípica) é, pois, um direito que consiste em tomar todas as iniciativas que sejam conformes ao ordenamento (a constituição e a lei) para produzir bens e serviços. Por vezes, identifica-se livre iniciativa com a liberdade de empresa (iniciativa empresarial), mas esta identificação não é inteiramente correta: a iniciativa econômica abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, e as empresas são apenas as formas de organização com características substancial e formal (jurídica) de índole capitalista, normalmente contempladas, quando são privadas, como objeto principal ou exclusivo, pelo Direito Comercial. As formas não empresariais da iniciativa tendem a ser residuais em economias capitalistas, nas áreas de indústria e serviços; mas já são muito importantes no domínio do Direito Agrário, no qual também vigora a liberdade de iniciativa privada". p.196-197; SANTOS, António Carlos dos *et alii*. *Direito Económico*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014: "O direito de iniciativa privada (art. 61º) é explicitamente considerado como um direito econômico e não apenas como um princípio de organização econômica. Trata-se direito independente do direito de propriedade, pesem embora as naturais conexões entre ambos, mas que goza de idêntica proteção (art. 17º e art. 18º CRP)". p.51; "Ele traduz a possibilidade de exercer uma atividade econômica privada nomeadamente através da liberdade de criação de empresas e da sua gestão. Compreende a liberdade de investimento ou de acesso a qual se traduz no direito de escolha da atividade econômica a desenvolver a liberdade de organização, ou seja, liberdade de determinação do modo como a atividade vai ser desenvolvida (incluindo a forma, qualidade e preços dos produtos ou serviços produzidos) e a liberdade de contratação ou liberdade negocial, que abrange a liberdade de estabelecer relações jurídicas e de fixar, por acordo, o seu conteúdo". p.51-52; MIRANDA, Jorge *et alii*. *A Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2005: "Num primeiro momento, trata-se da liberdade de iniciativa em sentido estrito ou, de outra óptica, da liberdade de estabelecimento. É o direito de iniciar uma atividade econômica; o direito de constituir uma empresa; o direito que pode ser individual e que pode ser institucional, de organização de certos meios de produção para um determinado fim econômico". p.620; "No segundo momento, é o resultado da iniciativa e, ao mesmo passo, a condição da sua prossecução – a empresa – que ressalta. Trata-se agora da liberdade de empresa, do direito da empresa de praticar os atos correspondentes aos meios e fins predispostos e de reger livremente a organização em que tem de assentar. E este direito tem um caráter fundamentalmente institucional, mesmo quando, porventura, seja ainda uma empresa constituída por uma só pessoa: uma vez criada a empresa, ela adquire maior ou menor autonomia em relação àquele ou àqueles que a tenham constituído". p.621; GOMES CANOTILHO, J. J. *et alii*. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. vol. 1. "Ao reconhecer a liberdade de iniciativa econômica privada (nº 1), a Constituição considera-a seguramente (após a primeira revisão constitucional) como um direito fundamental (e não apenas como um princípio objetivo da organização econômica), embora sem a incluir diretamente entre os direitos, liberdades e garantias (beneficiando, porém, da analogia substantiva com eles, enquanto direito determinável e de exequibilidade imediata). Este entendimento constitucional do direito de iniciativa privada está em consonância com o estatuto da empresa e do setor privados no âmbito da 'constituição econômica'". p.789; "A liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade econômica (liberdade de criação da empresa, liberdade de investimento, liberdade de estabelecimento) e, por outro lado, na liberdade de organização, gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário, liberdade empresarial). No primeiro sentido, trata-se de um direito pessoal (a exercer individual ou coletivamente); no segundo sentido, é um direito institucional, um direito da empresa em si mesma. Ambas estas vertentes do direito de iniciativa econômica privada podem ser objeto de limites ou restrições mais ou menos extensos". p.790.

Book_RMP-70.indb 105 05/06/2019 11:51:01

da autonomia da vontade e seus consectários lógicos da liberdade de celebração e de estipulação, os quais serão enfrentados em seguida.

4. O Princípio da Autonomia da Vontade: Liberdade de Celebração e de Estipulação

Em conexão com o postulado da dignidade da pessoa humana e o princípio do direito da personalidade, o princípio da autonomia da vontade implica o poder que as pessoas têm de dar leis a si próprias e de se regerem por elas, sendo neste espaço de liberdade que as pessoas podem atuar e reger seus interesses entre si da forma que entenderem por meio de negócios jurídicos.

Não se olvida que este espaço de liberdade não é absoluto e tem como limites as leis imperativas, a moral, os bons costumes e a ordem pública e as limitações naturais da natureza das coisas.

Assim, são os negócios jurídicos e não a lei que dão o regime às regulações estipuladas, no caso, o regime será traçado pela vontade das partes interessadas, veiculando a liberdade de celebrar, a liberdade de optar pelo tipo de contrato e a liberdade de fixação do conteúdo do negócio jurídico.[6]

---

[6] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. "Em sentido amplo, a autonomia excede o campo do Direito Civil, e até do Direito Privado, e abrange o conceito de autodeterminação do Direito Internacional Público e o poder constituinte no Direito Constitucional. A autonomia em sentido amplo é o poder que as pessoas têm de se dar leis para si próprias e de se reger por elas". p.14. "Num sentido restrito, a autonomia privada pressupõe um espaço de liberdade em que as pessoas comuns podem reger os seus interesses entre si, como entenderem, através da celebração de negócios jurídicos ou de contratos e do exercício de direitos subjetivos, sem terem de se sujeitar a diretrizes de terceiros. Este espaço de liberdade não é absoluto e tem como limites os ditames da lei e da moral, e as limitações impostas pela natureza. Dentro deste espaço, as pessoas têm liberdade de se autorreger e de criar direito". p.14. Tratando o negócio jurídico como ato de autonomia privada, assevera: "os negócios jurídicos são atos que põem em vigor as regulações queridas pelos seus autores. Como acentua Larenz, são os negócios jurídicos, e não a lei, que dão vigência às regulamentações estipuladas. Diferentemente do que sucede com os atos jurídicos simples e com os meros fatos jurídicos, no caso dos negócios jurídicos, não é a lei que determina unilateral e fixamente as consequências jurídicas. O regime jurídico e as consequências jurídicas dos negócios jurídicos são instituídas pelos próprios negócios. A causa eficiente é a autonomia privada, é o ato da autonomia privada, é a ação das partes e não a lei". p.362. "A liberdade de celebração postula uma livre decisão por parte do autor de celebrar ou de não celebrar o negócio. O negócio é uma ação não vinculada, é uma manifestação do livre arbítrio da pessoa que se decide, que se determina, a interromper a inércia e a vincular de certo modo. Além da liberdade de celebrar, ou não, intervém também no negócio jurídico a liberdade de determinar o seu conteúdo. Na celebração do negócio, o papel do livre arbítrio não se confina à livre determinação quanto à sua celebração; o autor tem também o poder de determinar em que termos se quer vincular, qual o conteúdo da regulação que com o negócio vai se por em vigor, quais os moldes em que o negócio vai produzir modificações na sua esfera jurídica". p.368. Quanto aos limites da iniciativa privada, leciona que: "A autonomia privada não significa a liberdade de estipulação de quaisquer conteúdos negociais. São vários os preceitos legais, no Código Civil, que limitam a liberdade de estipular o conteúdo dos contratos e dos negócios. Desde logo, o artigo 405º do Código Civil estatui em geral que a formação do conteúdo contratual deve conter-se 'dentro dos limites da lei'. Ainda que geral, os artigos 280º, 294º e 398º a 401º do Código Civil limitam a liberdade de estipulação e submetem-na à lei, à moral, à ordem pública e à natureza. Noutros locais do Código e na demais legislação, as limitações à liberdade de fixação de conteúdos negociais são multidão, embora, em regra, se apliquem a domínios setoriais e muito específicos da vida negocial privada e, por vezes, pouco ou nada acrescentem às limitações mais genéricas já contidas no Código Civil". p.374. Na dicção de José Engrácia Antunes, discorrendo sobre o princípio da liberdade contratual, assevera que: "Tal princípio jusprivatístico geral possui, desde logo, uma primeira dimensão: a liberdade de celebração dos contratos (*abschluBfreitheit,*

Book_RMP-70.indb 106 05/06/2019 11:51:01

freeedom of contract) consistente na faculdade de os sujeitos jurídicos livremente concluírem contratos ou recusarem a sua celebração". p.125. Destaca o autor as exceções ao princípio: "Tais exceções consubstanciam-se em obrigações legais de contratar (*AbschluBzwan*), impostas por normas cogentes ou imperativas, que, suprimindo a autonomia e liberdade negocial dos sujeitos de diversos contratos mercantis (usualmente, o seu sujeito ativo, isto é, o empresário), fazem recair sobre estes um dever jurídico de os concluir". Prossegue aduzindo que: "Os exemplos desta contratação mercantil forçosa ou obrigatória são inúmeros, multiplicando-se *'ad nauseam usque'*. É o caso dos numerosos contratos celebrados por empresas concessionárias de serviços públicos, os quais, independentemente de se tratar de empresa pública ou privada, estão impedidas de recusar a celebração de contratos com os utentes dos seus bens ou serviços que preencham os requisitos legais ou regulamentares exigidos". p.127. Acrescenta, afirmando que: "O princípio da liberdade contratual possui ainda uma segunda dimensão fundamental: a liberdade de modelação ou estatuição dos contratos (*Inhaltsfreihei*) consistente na faculdade conferida aos contraentes de fixar livremente o conteúdo ou os termos do contrato. Semelhante dimensão encontra também hoje relevantes exceções no domínio da contratação mercantil, traduzidas em regimes legais de controle do conteúdo contratual que visam essencialmente a assegurar os pressupostos de uma efetiva autodeterminação e igualdade das partes contraentes: estão, neste caso, o regime das cláusulas contratuais gerais. (LCCG, aprovada pelo Decreto-Lei nº 446/85, 25 de outubro) e do abuso de dependência econômica (art. 7º da LGC)" p.129. Arremata dizendo que: "O conjunto destes novos processos, alternativos e especiais, de contratação mercantil tem o significado de uma crise do modelo legal clássico da formação contratual previsto no Código Civil, tornando necessária uma reflexão sobre o verdadeiro alcance e atualidade dos paradigmas legais e dogmáticos tradicionais no âmbito do Direito Comercial: goste-se ou não da ideia, a verdade é que a formação e a celebração dos contratos mercantis mais relevantes e mais complexos deixaram, há muito, de se realizar segundo o modelo único e arquetípico previsto pelo legislador civil". p.132. Segundo Mario Julio de Almeida Costa, dissertando sobre a liberdade contratual: "Do referido princípio derivam várias consequências: os contraentes são inteiramente livres, tanto para contratar ou não contratar, como na fixação do conteúdo das relações contratuais que estabelecem, desde que não haja lei imperativa, ditame de ordem pública ou bons costumes que se oponham (art. 405º) a declaração de vontade das partes não exige, via de regra, formalidades especiais (art. 219º) e pode ser expressa ou tácita (art. 217º)". p.207. Prossegue afirmando que: "[...] convirá explicitar o pensamento legislativo que, no seu máximo âmbito, comporta analiticamente três aspectos. Assim: a liberdade de celebração quer dizer, é à iniciativa privada que pertence a decisão de realizar, ou não, o contrato; a liberdade de seleção do tipo contratual – no sentido de que cabe à vontade dos particulares a escolha do contrato a celebrar, tipificado na lei ou qualquer outro; e a liberdade de estipulação que se reconduz à faculdade de os contraentes modelarem, de acordo com os seus interesses, o conteúdo da espécie negocial eleita". p.207. Pires de Lima e Antunes Varela, no seu *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987 a fl. 355, lecionam que: "O princípio da liberdade contratual é uma aplicação da regra da liberdade negocial, sendo ambos eles um corolário do princípio da autonomia privada, só limitado, em termos gerais, nas disposições dos artigos 280º e seguintes (*cfr.* art. 398º) e, em termos especiais, na regulamentação de alguns contratos". Prosseguem: "Em virtude da liberdade contratual, ninguém pode ser compelido à realização dum contrato. Esta regra também tem exceções. Há, por ex., obrigação de celebrar um contrato, se essa celebração for o conteúdo dum contrato preliminar, chamado contrato-promessa (*cfr.* arts. 410º e ss.)". Aduzem que: "Pelo próprio texto do artigo, se verifica que o princípio da liberdade contratual se desdobra em vários aspectos, a saber: a) a possibilidade de as partes contratarem ou não contratarem, como melhor lhes aprouver; b) a faculdade de, contratando, escolher cada uma delas, livremente, o outro contraente; c) a possibilidade de, na regulamentação convencional dos seus interesses, se afastarem dos contratos típicos ou paradigmáticos disciplinados na lei (celebrando contratos atípicos) ou de incluírem em qualquer destes contratos paradigmáticos cláusulas divergentes da regulamentação supletiva contida no código civil". Arrematam ao afirmarem que: "A liberdade contratual, no entanto, é apenas reconhecida – diz logo no começo do nº 1 – 'dentro dos limites da lei'". E são cada dia mais numerosas e intensas as limitações que a lei põe à autonomia privada. Uma dessas limitações, visando à proteção do contraente mais fraco ou menos experiente, foi recentemente estabelecida, no domínio dos contratos de adesão, pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro, que disciplina através de preceitos de natureza imperativa as chamadas cláusulas contratuais gerais". (p.356). Importantes as lições de *Francisco Amaral*, em seu Direito Civil, Introdução. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.343 e ss., ao discorrer sobre a autonomia privada: "[...] poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, *i.e.*, o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal". "[...] constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente em espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre seus

Book_RMP-70.indb 107 05/06/2019 11:51:01

Neste sentido, é preciso destacar que são vários os preceitos que limitam a liberdade de estipular, podendo ser mencionados, numa relação meramente exemplificativa, os seguros obrigatórios de veículos, o casamento, as cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei nº 446/85) e o contrato-promessa.

Disso se constata que a liberdade de celebração, a liberdade do tipo contratual e a liberdade de estipulação sofrem a compressão da dignidade da pessoa humana, o direito da personalidade, a ordem pública, como limite de proteção à sociedade e aos bons costumes, como proteção da mentalidade datada de um povo, implicando que a atipicidade dos negócios jurídicos encontra um dique no Direito Comunitário, na Constituição da República, no Código Civil, especialmente nos artigos 219º, 223º, 227º, 271º, 280º, 281º, 335º, 405º e 473º bem como na legislação especial de cunho imperativo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça já enfrentou o tema, destacando-se o seguinte julgado, *verbis*:

> 1. O regime jurídico da garantia bancária autônoma, à primeira solicitação (*on first demand*), é determinado pelas cláusulas acordadas e pelos princípios gerais dos negócios jurídicos (arts. 217º e ss. do CC) e dos contratos (arts. 405º e ss. do CC).
>
> 2. A função da garantia autônoma não é a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato, mas antes a de assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas nos termos da garantia, uma determinada quantia em dinheiro. E, por isso, perante uma garantia autônoma à primeira solicitação, de nada servirá vir-se esgrimir com argumentos retirados do contrato principal, pois a garantia tem fins próprios, autossuficientes, servindo, como diz Galvão Telles, como um simples sucedâneo de um depósito em dinheiro.
>
> *3. Contudo, mesmo no caso de tal garantia, deve impor-se a exigência de um limite, cuja violação implicaria um desrespeito de princípios basilares da ordem jurídica portuguesa e que o contrato em questão, mesmo dotado da referida autonomia, não pode pôr em causa.*

próprios interesses". (p.347). "Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes. Ordem pública como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica. E bons costumes como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc." Na mesma toada, o clássico Inocêncio Galvão Telles, no seu Direito das Obrigações, 7ª ed., Coimbra: Coimbra Editora: "A liberdade, em princípio, refere-se ao se e ao como do contrato: se há de ser lembrado e como há de sê-lo. Dentro dos limites da lei, as partes são livres de celebrar, ou não, o contrato e de atribuir a este o conteúdo que lhes aprouver, fazendo figurar nele as cláusulas do seu agrado". p.62. "A determinação do conteúdo pode inclusivamente afastar-se dos modelos expressamente previstos na lei (contratos típicos), adotando fórmulas da sua inventiva ou apenas consagradas pelos usos ou pela prática (contratos atípicos). Podem também formar contratos resultantes da conjugação de cláusulas correspondentes a dois ou mais tipos regulados na lei (contratos mistos). O princípio da liberdade contratual está formulado no artigo 405º". (p.62).

Book_RMP-70.indb 108 05/06/2019 11:51:01

> *Podendo o garante recusar o pagamento quando, comprovadamente, for manifesta a improcedência do pedido. Pois a autonomia da garantia bancária tem, desde logo, como limite, a ofensa dos princípios gerais de direito, como sejam os do abuso de direito, da boa fé e da confiança.*
>
> 4. E está entre esses limites a cessão da posição contratual por banda do dador da ordem, operada entre ele e um terceiro, com a anuência expressa do beneficiário e com o desconhecimento do garante. Pois que a garantia autônoma à primeira solicitação vale somente para o negócio-base nela mencionado, não podendo o mesmo ser afetado com outros sujeitos, sem o consentimento do garante. *(grifo nosso) (STJ 2ª Seção, Serra Baptista, 27/05/2010 – 25878-7)*

Do que se verifica do ordenamento comunitário, constitucional e legal português, a autonomia da vontade, voltada à livre estipulação e celebração de negócios jurídicos, encontra parâmetros aptos à limitação da sua referida autonomia, em razão de postulados maiores e do prestígio de valores imperativos da ordem pública, os quais conferem uma circunscrição para os negócios atípicos, a exemplo da garantia autônoma bancária, e outras, como se verá no ponto seguinte.

5. Garantias Atípicas: o Caso da Garantia Bancária Autônoma

5.1. A Garantia Bancária Autônoma

O contrato de garantia bancária, não se encontrando previsto na legislação Portuguesa, é aquele pelo qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato.

A garantia autônoma é uma figura triangular, supondo três ordens de relações jurídicas: (i) relação entre o garantido e o beneficiário (credor principal); (ii) relação entre o garantido e o garante (banco); (iii) relação entre o garante (banco) e o beneficiário (credor principal).[7]

---

[7] Conforme anota Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, no seu Garantias das Obrigações, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, a respeito das garantias especiais atípicas: "Desde sempre a doutrina reconheceu a existência de certas situações em que o credor possui um reforço da garantia geral, mas que não se reconduzem nem a garantias pessoais, nem a garantias reais, nem sequer às outras modalidades que autonomizámos de utilização de propriedade em garantia e garantias especiais sobre direitos ou sobre universalidades. Para alguns autores, trata-se de garantias eventuais, uma vez que o efeito de o credor se subtrair ao regime do concurso com outros credores aparece como resultado de um instituto, cuja função primordial não é propriamente a de atribuir uma garantia. Outros preferem falar em garantias indirectas. Preferimos, por nosso lado, falar em garantias especiais atípicas, em ordem a referir os institutos que, representando um reforço da posição dos credores, não se deixam reconduzir a nenhuma das modalidades acima referidas". (p.279). *Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte*, em trabalho já clássico, Garantias de Cumprimento, Coimbra: Almedina, 1994, ao se referirem às garantias indiretas, asseveram que: "A imaginação dos interessados,

Book_RMP-70.indb 109 05/06/2019 11:51:02

Nela estão em jogo três negócios jurídicos: (i) o contrato-base, em que são partes o garantido, o mandante da garantia e o beneficiário; (ii) o contrato qualificável como de mandato, mediante o qual o mandante incumbe o banco de prestar garantia ao beneficiário; e (iii), por último, o contrato de garantia, celebrado entre o banco e o beneficiário, em que o banco se obriga a pagar a soma convencionada logo que o beneficiário o comunique de que a obrigação garantida venceu e não foi paga e solicite o pagamento, sem possibilidade de invocar a prévia excussão dos bens do beneficiário ou a impossibilidade da obrigação por este contraída.

Entre as situações de garantia autônoma, figura a garantia *on first demand*, que se pode traduzir por uma promessa de pagamento à primeira interpelação ou solicitação, não podendo ser discutido o cumprimento ou incumprimento do contrato, bastando a interpelação do beneficiário da garantia, autonomia que a distingue, assim, da fiança.

A garantia autônoma à primeira solicitação vale somente para o negócio-base nela mencionado e, ocorrendo cessão da posição contratual pelo garantido, operada entre ele e um terceiro, com a anuência expressa do beneficiário e com o desconhecimento do garante, a garantia extingue-se, sendo legítima a recusa do garante.

---

associada com a autonomia privada, permite criar um sem número de figuras jurídicas, mediante as quais se pode obter uma garantia de cumprimento de deveres obrigacionais. A multiplicidade das situações depende dos casos concretos, mas sempre se podem indicar dois institutos que, indiretamente, podem apresentar uma função de garantia de cumprimento". (p.84-85). Outro trabalho de relevo é o de *L. Miguel Pestana de Vasconcelos*. Direito das Garantias, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, leciona sobre as garantias atípicas que: "Grande parte das garantias são já antigas e estão previstas e reguladas na lei: exemplo claro é o da fiança. São garantias típicas. Outras vezes, são fruto da autonomia privada, da constante necessidade de se criarem figuras mais aptas aos fins que se pretendem alcançar e que aqui se ligam à tutela do crédito. A permanente criação de novas garantias é mesmo uma das características deste quadrante. Essas figuras, embora, por vezes com contornos bem fixados na prática negocial, não estão previstas e reguladas na lei, sendo, nessa medida, garantias (legalmente) atípicas. Contudo, como se deixou antever, são muito frequentemente socialmente típicas. Exemplo claro, entre nós, é a garantia autônoma à primeira solicitação". (p.70-71); Sobre as garantias autônomas, escreveu António Menezes Cordeiro em seu Manual de Direito Bancário: "A função de garantia autônoma não é, tanto, a de assegurar o cumprimento dum determinado contrato. Ela visa, antes, a assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da própria garantia, uma determinada quantia em dinheiro. Por isso, perante uma garantia autônoma à primeira solicitação, de nada servirá vir esgrimir com argumentos retirados do contrato principal: a garantia tem fins próprios, autossuficientes, servindo, nas palavras de Galvão Telles, como um simples sucedâneo de um depósito em dinheiro. Mas não um equivalente perfeito, uma vez que, em casos de má-fé manifesta, ela pode ser bloqueada. Acessoriamente, a garantia autônoma tem ainda outras finalidades. Ela vem dar credibilidade ao mandante, mesmo no plano do contrato principal. Na verdade, no domínio das relações internacionais, as partes, muitas vezes, não se conhecem. Assim, quando surgem com garantias, elas sossegam-se mutuamente: isso significa que são conhecidas nas respectivas praças e que, pelo menos nelas, uma instituição bancária reconhecida se responsabiliza. Logo, é de se presumir que sejam capazes de honrar a obrigação principal. Um segundo aspecto, acessório mas importante, tem a ver com o papel financeiro das garantias: pelo atalho da garantia, o garante concede fundos ao mandante, entregando-os diretamente ao beneficiário. Tudo visto, resta constatar que a garantia autônoma é um negócio muito enérgico, que requer uma série de cuidados por parte dos intervenientes. O mandante vê-lhe escapar o controle do pagamento. Assim, ele poderá ter de assistir , impotente, ao pagamento, pelo garante, de uma quantia que ele poderia reter e que, depois, ele terá de reembolsar, com juros e comissões, ao próprio garante. O garante, por seu turno, assume uma responsabilidade que terá de honrar, mesmo quando descubra que o mandante não oferece a necessária confiança. Por isso – em regra – a garantia autônoma é prestada mediante contragarantias idóneas ou através de esquemas que tornem comportável o risco que representa." p.764-765.

Book_RMP-70.indb 110 05/06/2019 11:51:02

Neste sentido, esclarecendo os contornos da garantia, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em arestos insertos no dgsi.pt, sob a rubrica, garantia bancária autônoma, esta se aperfeiçoa como garantia atípica e submetida ao pálio do art. 405 do Código Civil, *verbis*:

> I) *O contrato de garantia autônoma é um negócio atípico, inominado, que o princípio da liberdade contratual – art. 405º, nº 1, do Código Civil – consente*. Com base nesse contrato, o garante, em regra um Banco, obriga-se a pagar a um terceiro *beneficiário* certa quantia, verificado o incumprimento de um contrato-base, sendo mandante ou ordenante o devedor nesse contrato.
>
> II) A independência do contrato de garantia autônoma em relação ao contrato-base é um dos traços distintivos da garantia bancária e uma das características que lhe conferem *autonomia*, que na fiança não existe por esta ser caracterizada pela acessoriedade. A característica da autonomia é mais patente quando a garantia deva ser prestada à primeira solicitação, "*on first demand*".
>
> III) Na *garantia autônoma,* o garante não pode, em regra, opor ao garantido (beneficiário) os meios de defesa ou as exceções decorrentes das relações credor-devedor no contra-base, ao invés do que sucede na fiança, aí o fiador pode opor ao credor, não só os meios de defesa que lhe são próprios, como também os que competem ao devedor/afiançado.
>
> IV) O pagamento à 1ª solicitação *(on first demand),* assumido pelo garante, implica a sua obrigação de pagar ao beneficiário a indenização objeto da garantia, não podendo opor-lhe quaisquer exceções reportadas à relação principal (contrato-base), a menos que haja evidentes e graves indícios de atuação de má fé, nela se incluindo a conduta abusiva do direito.
>
> V) Valendo a garantia autônoma durante o período de vigência do contrato-base e não podendo o garante invocar as relações entre credor e devedor nesse contrato, não se compreende que o garante, quando interpelado pelo beneficiário, possa invocar que a garantia caducou pelo simples fato de este, ante o incumprimento do devedor/ordenante, tenha exigido o pagamento da garantia após a cessação do contrato-base.
>
> VI) *In casu*, a exigência da garantia, depois de cessado o contrato-base, está justificada pela necessidade de, entre o credor e o devedor no contrato-base ter sido acordado que haveria um prazo para *acerto*

Book_RMP-70.indb 111 05/06/2019 11:51:02

> *de contas*, após a revogação do contrato, o que seria decisivo para que o credor/beneficiário da garantia pudesse exigir ao garante a quantia devida pelo incumprimento.
>
> VII) Não se afigura lesiva da boa fé que, na ausência de qualquer prazo para que o beneficiário reclamasse do garante o seu direito, se deva considerar que existe um prazo de caducidade no contrato de garantia para o exercício do direito do beneficiário, sobretudo, se, como é inerente aos contratos em causa (credor-devedor no contrato-base e na relação entre o ordenante e o garante), o beneficiário, além de ter um fundamento para não reclamar logo o *quantum* da garantia, mais não pede que aquilo que, inquestionavelmente, resulta do incumprimento pelo devedor no contrato-base reportado ao tempo por que este vigorou.
>
> VIII) Com a celebração do contrato de garantia autônoma, nenhum crédito *nasce* no momento da celebração do contrato para o *beneficiário*, mas não deixa de existir um seu direito subjetivo logo que verificado o incumprimento do ordenante/devedor, o que implica a sua *proteção*, ainda que no mero domínio da expectativa jurídica do seu potencial direito de crédito, pois o beneficiário sabe que, em caso de incumprimento pelo ordenante seu devedor, obterá imediatamente do garante o pagamento do crédito tão logo o solicite, fazendo prova, em regra, documental do inadimplemento.
>
> IX) O não exercício do direito pelo beneficiário em relação ao garante, na vigência do contrato, ante o incumprimento evidenciado pelo devedor-ordenante que só pôde ser quantificado após a cessação do contrato-base, não demonstra ter havido por parte de beneficiário abuso evidente nem manifesta fraude ou lesão do princípio da boa fé, pelo que a recusa do garante exprime incumprimento do contrato de garantia. (*grifo nosso*) STJ, 7279/08, Rel. Fonseca Ramos, 6ª Seção, 20/03/2012.

Em síntese, não só a doutrina, mas também a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça[8], percebem a garantia bancária autônoma como negócio atípico,

[8] *I – O contrato de garantia autônomo entronca a sua legalidade no princípio da liberdade contratual.*
II – Será através de todas as cláusulas introduzidas na convenção negocial e da interpretação do sentido das declarações de vontade das partes que o contrato de garantia acabará por ser caracterizado (qualificado) de fiança ou de garantia bancária.
III – Tanto a garantia autônoma como a fiança têm um traço comum: estão vinculadas a uma função garantia; mas a garantia é autônoma, porque é independente da validade e subsistência do contrato-base, ao passo que a fiança é acessória, porque subordinada a essa validade e subsistência.
IV – A garantia autônoma assegura ao beneficiário determinado resultado, desde que o beneficiário diga que o não obteve da outra parte, sem que o garante possa opôr ao beneficiário as exceções de que o garantido pode prevalecer-se.

Book_RMP-70.indb 112 05/06/2019 11:51:02

deixando claro que a autonomia da vontade na vertente de celebração de negócios que não estejam tipificados expressamente em lei se submetem aos postulados gerais dos ordenamentos que dialogam em fontes diversas, demonstrando que não há um critério absoluto de formulação absolutamente livre para as garantias atípicas.[9]

V – A recusa de pagamento por parte do garante só pode ter lugar desde que este esteja na posse de prova líquida de um comportamento abusivo do beneficiário. *(grifo nosso). STJ 086426, Miranela Gusmão, 23/03/1995.*
I. Com base no contrato de garantia bancária autônoma, o garante, em regra um Banco, obriga-se a pagar a um terceiro – beneficiário – certa quantia, verificado o incumprimento de um contrato-base, sendo mandante ou ordenante (preferimos "ordenante" a "ordenador") o devedor nesse contrato, sem que o garante possa opor ao beneficiário (credor no contrato-base) quaisquer exceções reportadas ao contrato fundamental.
II. A autonomização em relação ao contrato-base é um dos traços distintivos da garantia bancária e uma das características que lhe conferem autonomia, que, na fiança, não existe por esta ser caracterizada pela acessoriedade. A característica da autonomia é mais patente quando a garantia deve ser prestada à primeira solicitação, "*on first demand*".
III. Dada a característica da autonomia, o garante, sendo a garantia bancária autônoma à primeira solicitação, não pode socorrer-se de meios de defesa senão os decorrentes do próprio contrato de garantia.
IV. A garantia bancária pode ser automática ou não automática. *Sendo automática*, em regra, à *primeira solicitação* (mas podendo não revestir esta modalidade), o garante deve pagar, não podendo discutir ou fundamentar a recusa, reportando-se ao contrato-base, como, no caso, entrar a discutir se houve, ou não, incumprimento do contrato-base.
V. Na garantia *à primeira solicitação*, o garante bancário está obrigado a pagar, em face da autonomia, à potestividade e à automaticidade do contrato, mas esta obrigação não é incompatível com a exigência de prova do incumprimento do ordenante.
VI. A fronteira entre a *garantia automática* ou *não automática* não passa pela consideração de que naquela, o beneficiário pede ao garante e este, sem mais, deve pagar, por contraponto à garantia não automática em que o garante pode, reportando-se ao contrato de garantia, questionar se o pressuposto da sua responsabilidade se verifica, mormente, no caso em que se *acertou* que o pedido de pagamento contemplado na garantia ficava dependente de prova, não de fatos relacionados com o contrato-base (em relação ao qual o garante é alheio), mas em relação ao contrato de garantia.
VII. Na fiança, em função da sua característica da acessoriedade – art. 627º, nº 2, do Código Civil – não existe o efeito automático de responsabilização do fiador ante o incumprimento *lato sensu* do afiançado, porque o fiador, só renunciando ao benefício da excussão prévia – arts. 638º e 640º a) do Código Civil – e assumindo a qualidade de obrigado principal, ou principal pagador, deixa de poder opor ao credor os meios de defesa deste.
VIII. Exercendo o correcorrente a atividade profissional bancária, não pode, como se leigo fosse, prevalecer-se de qualquer equivocidade das suas declarações, sabendo o contexto em que, como no caso, emite uma garantia solicitada pelo ordenante.
Não valendo como ultima ratio *interpretativa a literalidade do texto, não é, contudo, razoável considerar que um Banco, quando presta uma garantia bancária, possa afirmar que prestou uma fiança, escudando-se no fato de o texto da garantia dizer que "se obriga como principal pagador" para sustentar que o que prestou foi uma fiança bancária, sendo que no texto utiliza as palavras "beneficiário" e "parte ordenadora", que, segundo os usos bancários, são utilizadas quando se está perante garantia autônoma, figura diversa da fiança bancária.*
IX. Na *garantia autônoma simples*, sendo ela condicionada e não absoluta, compete ao beneficiário a prova do incumprimento por parte do ordenante/devedor. Tendo o beneficiário executado o garante, pedindo o pagamento da garantia, compete ao executado a prova da inexistência de fatos que evidenciem o preenchimento do requisito de que depende o cumprimento do contrato de garantia.
X. Da junção do contrato promessa, da declaração emitida pelo ordenante e do contrato de garantia, não resultando, desde logo, uma situação de incumprimento pontual das obrigações do ordenante, não se pode afirmar que tais documentos *"importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético..."*, como exige o citado art. 46º c) do Código de Processo Civil, na redação aplicável e, por isso, não dispõe o exequente/beneficiário de título executivo. *(grifo nosso)* STJ 526/12, Rel. Fonseca Ramos, 6ª Seção, 25/11/2014.

[9] Na lição autorizada de *Pedro Pais de Vasconcelos*, em seu Contratos Atípicos, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p.216-217: "Dentro dos contratos atípicos devem distinguir-se desde logo os que são completamente diferentes dos tipos contratuais legais e os que não são. Os contratos atípicos podem ser completamente diferentes dos tipos contratuais legais. São os contratos atípicos puros, que a literatura em língua alemã designa como *'sui juris'*, *'sui generis'* ou ainda *'eigener Art'*. Não é fácil imaginar e criar um contrato que não tenha nada dos tipos já reconhecidos na lei ou na prática. No entanto, nada impede, em princípio, que

Book_RMP-70.indb 113 05/06/2019 11:51:02

5.2. Exceção de Não Cumprimento do Contrato

No que concerne à exceção de não cumprimento do contrato, cujo preceito relativo se encontra no art. 428 e seguintes do Código Civil, considera Luis Menezes Leitão (nota *op. cit.,* p.280) que, embora a exceção não se possa considerar uma garantia típica, "acaba por desempenhar, numa menor medida, a mesma função das garantias de cumprimento".

Isto se dá porque a parte pode se recusar ao cumprimento de sua contraprestação, enquanto a parte adversa não cumprir sua parte no contrato.

Nesse diapasão, Menezes Leitão assinala que "enquanto a outra parte não efetuar a que lhe cabe, implica que aquela seja uma posição superior a dos credores comuns em relação à satisfação do seu crédito, desempenhando assim o *exceptio* não apenas uma função coercitiva, mas também uma função de garantia" (nota *op. cit*. p.280).

Neste sentido, são os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

> I – A exceção de não cumprimento do contrato é a faculdade que, nos contratos bilaterais, cada uma das partes tem de recusar a sua prestação enquanto a outra não realizar ou não oferecer a realização simultânea da sua contraprestação.
>
> II – Tendo havido estipulação de prazos diferentes para o cumprimento das prestações, a limitação constante da parte inicial do art. 428º, nº 1, do CC, aplica-se apenas ao contraente que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, continuando a ser admissível para o outro o recurso à exceção de não cumprimento, não entrando em mora se não realizar a sua prestação enquanto a sua contraprestação não for realizada.
>
> III – Esta exceção também se aplica às situações de cumprimento defeituoso ou de incumprimento parcial da prestação contratual.

---

assim aconteça. Tem acontecido com alguma frequência a importação de tipos contratuais originários de outros sistemas e que são muito diferentes de tudo quanto está consagrado tipicamente quer na lei quer na prática. Tal tem sucedido com contratos que são típicos no sistema anglo-americano como, por exemplo o *'leasing'*, o *'factoring'*, o *'franchising'* e que, em grande parte dos ordenamentos europeus continentais, são legalmente atípicos, embora socialmente típicos. Em Portugal, a maior parte deles foi já tipificada na lei. Estes contratos encontram, quer na prática, quer na literatura da especialidade, abundantíssima matéria para a referência do tipo social normativo e para o processo de comparação que permite a analogia e, com ela, a qualificação e a concretização da disciplina, na interpretação e na integração. Estes contratos só legalmente são contratos atípicos puros. Socialmente, nem sequer são atípicos. Na maior parte dos casos, os contratos atípicos não são puros; são construídos a partir de um ou mais tipos, que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes. Estes são os chamados contratos mistos. Na prática, quase todos os contratos atípicos são mistos. Os contratos mistos não são um *'tertium genus'* em relação aos contratos típicos e aos atípicos nem uma categoria intermédia; os contratos mistos são atípicos, embora estejam mais próximos dos típicos do que os contratos típicos puros".

Book_RMP-70.indb 114 05/06/2019 11:51:02

IV – Nos casos referidos em IV, o alcance da exceção de não cumprimento do contrato deve ser feito em conformidade com o princípio da boa fé e a possibilidade de recurso ao abuso de direito, por forma a que o alcance da exceção de não cumprimento seja proporcional à gravidade da inexecução.

V – Se o preço total da obra era de € 190 000 e a parte retida correspondia ao valor de € 50 000, valor de um prédio dado em pagamento, esta não é excessiva quando os defeitos da obra exigiam uma intervenção em todos os compartimentos do edifício. (4871/07.1TBBRG.G1.S1, 7ª Seção, Rel. Granja da Fonseca, 22/01/2013, unanimidade.)

I. No contrato de empreitada relativo a imóveis de longa duração, tem o dono da obra a obrigação de respeitar dois prazos, com vista a obter a eliminação de defeitos, denunciando-os: um, de cinco anos, durante os quais "pode descobrir defeitos" (prazo de garantia supletiva), outro, de um ano, a partir do conhecimento (descoberta).

Tendo em conta as regras do **ô**nus probatório, cabe ao empreiteiro, enquanto A./Reconvinte, arguir a exceção da caducidade, com vista a obstar ao reconhecimento do direito dos AA., RR./Reconvintes, à eliminação dos defeitos invocados.

Porém, tendo sido respeitados estes dois prazos por parte do dono da obra, irreleva na decisão o incumprimento da sua obrigação de indicação de data precisa da descoberta do vício.

II. É perfeitamente invocar a *exceptio* no contrato de empreitada.

A referência legal à inexistência de prazos diferentes não é obstáculo. Com efeito, o que a lei pretende é que o excepcionante não se encontre obrigado a cumprir antes da contraparte, o que significa que a diversidade de prazos apenas obsta à invocação da *exceptio* pelo contraente que primeiro deve efetuar a prestação, mas já não impede o outro de opô-la.

III. No caso de incumprimento parcial, o alcance da *exceptio* deve ser proporcional à gravidade da inexecução, sob pena de abuso do direito.

IV. Procedendo a *exceptio*, só a partir do cumprimento integral da sua obrigação é permitido ao A./empreiteiro exigir juros dos RR./donos da obra, caso estes não se expliquem atempadamente. (571/2002. P1.S1, 1ª Seção, Relator Urbano Dias, 20/10/2010, unanimidade)

Book_RMP-70.indb 115 05/06/2019 11:51:02

5.3. Compensação

Noutro giro, cumpre destacar a compensação como garantia atípica, como bem assinalou Menezes Leitão (nota *op. cit.* 280), com propriedade, que:

> A compensação possui igualmente uma função de garantia das obrigações na medida em que, para além de facilitar a extinção dos créditos, evitando a realização dos pagamentos, assegura ao credor um meio suplementar de realização do seu crédito, já que ele pode ser extinto, não apenas pelo pagamento, mas através da declaração de compensação com o contra-crédito que sobre ele tem o devedor. (nota – *op. cit.,* p. 280)

O Supremo Tribunal de Justiça, nesse passo, já se pronunciou com os seguintes julgados:

> 1) Tal como prevê o artigo 847º do Código Civil, a compensação é uma forma de extinção das obrigações quando os obrigados são simultaneamente credor e devedor, operando-se o que, em linguagem coloquial, se apoda de "encontro de contas".
>
> 2) Então, o compensante, se demandado (ou interpelado) para cumprir exonera-se do seu débito através da realização do seu crédito, na mesma lide.
>
> 3) A compensação legal ali prevista não é automática mas sempre potestativa, por depender de uma declaração de vontade, ou pedido, do titular do crédito secundário.
>
> 4) Esse pedido surge pela via da reconvenção se o crédito do demandado for superior ao do demandante mas sê-lo-á por exceção peremptória se o contra-crédito for de montante inferior ao pedido.
>
> 5) São pressupostos da compensação legal a validade do crédito principal e uma reciprocidade creditícia.
>
> 6) São requisitos do instituto a exigibilidade, em sentido forte (não mera expectativa, nem resultante de obrigação natural), do contra-crédito, a sua titularidade pelo compensante e a homogeneidade dos créditos, sendo irrelevante a sua iliquidez.
>
> 7) Impedem a extinção por compensação os créditos do Estado (ou outra pessoa coletiva de direito público), salvo exceção legal, a sua impenhorabilidade e a proveniência de fatos ilícitos dolosos (neste dois últimos casos exceto se ambos o forem).

Book_RMP-70.indb 116 05/06/2019 11:51:02

8) O fato ilícito tanto pode, para este efeito, ser gerado no âmbito da responsabilidade contratual como no da responsabilidade aquiliana.

9) O juízo de causalidade numa perspectiva meramente naturalística de apuramento da relação causa-efeito insere-se no plano puramente factual insindicável pelo Supremo Tribunal de Justiça, nos termos e com as ressalvas dos artigos 729º, nº 1, e 722º, nº 2, do Código de Processo Civil.

10) Assente esse nexo naturalístico, pode o Supremo Tribunal de Justiça verificar da existência de nexo de causalidade, que se prende com a interpretação e aplicação do artigo 563º do Código Civil.

11) O artigo 563º do Código Civil consagrou a doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa nos termos da qual a inadequação de uma dada causa para um resultado deriva da sua total indiferença para a produção dele, que, por isso mesmo, só ocorreu por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias.

12) De acordo com essa doutrina, o fato gerador do dano só pode deixar de ser considerado sua causa adequada se se mostrar inidóneo para o provocar ou se apenas o tiver provocado por intercessão de circunstâncias anormais, anômalas ou imprevisíveis.

13) O disposto nos artigos 916º e 917º do Código Civil é aplicável apenas à venda de coisas defeituosas, que não à denúncia de danos causados pela mora no cumprimento de contratos de compra e venda.

14) O abuso de direito, que dispensa o "*animus nocendi*", tem por base a existência de um direito subjetivo na esfera jurídica do agente, já que tem como principal escopo impedir que a estrita aplicação da lei conduza à notória ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante, comportando duas modalidades: "*venire contra factum proprium*" e situações de desequilíbrio, como sejam o exercício danoso inútil, a atuação dolosa e a desproporção grave entre o exercício do e o sacrifício por ele imposto a outrem. (2226/07-7.TJVNF.P1.S1, 11/01/2011, 1ª Seção, Relator Sebastião Póvoas)

I – A compensação é uma forma de extinção das obrigações em que, no lugar do cumprimento, como sub-rogado dele, o devedor opõe o crédito que tem sobre o credor (art. 847º do CC).

II – A compensação legal ali prevista não é automática, mas sempre potestativa por depender de uma declaração de vontade, ou pedido, do titular do crédito secundário.

III – Para que a extinção da dívida por compensação possa ser oposta ao credor, exigem-se a verificação dos seguintes requisitos:

Book_RMP-70.indb 117 05/06/2019 11:51:02

> a) a existência de dois créditos recíprocos; b) a exigibilidade (forte) do crédito do autor da compensação; c) a fungibilidade e a homogeneidade das prestações; d) a não exclusão da compensação pela lei; e, e) a declaração de vontade de compensar.
>
> IV – A referida exigibilidade pressupõe que se configure um direito de crédito, decorrente de uma obrigação civil, vencida, incumprida e ainda não extinta.
>
> V – Isso não ocorre quando, como no caso vertente, o crédito invocado depende de uma condenação, a proferir em processo penal, de pessoas singulares e decorrente atribuição de uma indenização à ré, a pagar solidariamente pelos seus autores materiais, pela autora e outra pessoa coletiva, pelo deve o mesmo ser tido como incerto, hipotético, não dando direito ainda à ação de cumprimento ou à execução do patrimônio do devedor, nem habilitando, quem o invoca, a obter a respectiva compensação. (11148/12.9 YIPRT-A. L1.S1, 1ª Seção, Paulo Sá, 01/07/2014, unanimidade)

5.4. Cláusula *Negative Pledge*

Instigante tema é o da garantia atípica denominada "Cláusula *negative pledge*".

Com efeito, tal garantia gera uma obrigação de não fazer, no sentido de que o devedor deverá se abster de onerar seu patrimônio com outras garantias reais ou pessoais.

Para Menezes Leitão, trata-se de:

> [...] uma garantia fraca, na medida em que não garante ao credor qualquer direito sobre bens presentes ou futuros do devedor, pelo que, em caso de violação da garantia, não se permite ao credor afetado opor a sua posição aos outros credores, mas apenas obter do devedor uma indenização ou, eventualmente, a exigibilidade antecipada de cumprimento (nota *op. cit*. p.284).

5.5. Cláusula *Cross-Default*

Destaca o Prof. Menezes Leitão a garantia atípica da cláusula *cross default*, em sua obra (nota *op. cit*. p.284), lecionando que:

> A cláusula *cross default* determina consequentemente que o cumprimento da obrigação perante um dos credores desencadeie um efeito dominó, permitindo a reação imediata de todos os outros credores. Mas, para além disso, representa uma garantia

Book_RMP-70.indb 118 05/06/2019 11:51:02

> da *par conditio creditorum*, evitando que a estipulação de prazos de vencimento das obrigações impeça os outros credores de exigir atempadamente o cumprimento (nota *op. cit.* p.281).

5.6. A Consignação de Receita em Garantia

No que concerne à garantia atípica da consignação de receita em garantia, alerta o Prof. Menezes Leitão (nota *op. cit.* p.285) que tem sido corrente o uso de consignação de receitas de determinado negócio de devedor para garantia do cumprimento de uma obrigação, tais como receitas de filmes ou de estádios de futebol.

Como ilustração pertinente ao tema, deve ser mencionada no ordenamento jurídico brasileiro a recente Lei nº 13.155/2015, que, no seu art. 4º, §6º, considera como receitas dos clubes de futebol, as referentes a transmissão e de imagens, receitas de patrocínios, publicidade, luva e *marketing*, receitas com transferências de atletas, receitas de bilheteria e receitas das atividades sociais dos clubes de futebol.

5.7. Cláusula *Step-in-Rights*

Dita cláusula refere-se ao direito de intervenção e assunção de controle de determinado projeto e consiste no direito do credor de intervir no controle e na administração da sociedade, com a finalidade de resolver determinados inadimplementos e/ou falhas da sociedade do projeto, regularizando as atividades do empreendimento, além de preservar as garantias e contratos do projeto.

Tal garantia tem como finalidade que o financiador possa garantir a integridade do empreendimento como um todo, podendo, inclusive, em situações extremas, preparar o empreendimento para venda por meio da excussão das garantias oferecidas pelo devedor.

5.8. *Covenant*

Trata-se de garantia atípica, que consiste no fato de que as obrigações de fazer ou não fazer, denominadas *covenants*, fornecem importante garantia ao financiador, haja vista que compõem uma disciplina exigente à sociedade do projeto, podendo o financiador monitorá-la diretamente.

Em preciso verbete no seu glossário de Administração Pública, Paulo Cesar Fulgêncio esclarece que:

> *Covenant* – constitui um sistema de garantia indireta, próprio de financiamentos, representado por um conjunto de obrigações contratuais acessórias, positivas ou negativas, ou seja, é um compromisso ou promessa em qualquer contrato formal de dívida, reconhecido em lei, protegendo os interesses do credor e

Book_RMP-70.indb 119 05/06/2019 11:51:02

> estabelecendo que determinados atos devem, ou não, cumprir-se, podendo ser compromissos restritivos ou obrigações de proteção. (Rio de Janeiro: Mauad, 2007. p.175)

6. Conclusão

À guisa de inventário das ponderações alinhavadas a respeito dos negócios atípicos, como produto da autonomia da vontade, vê-se que o *iter* a ser percorrido para sua configuração deve levar em linha de consideração o Tratado de Lisboa, a Constituição da República Portuguesa e a ordem legal interna do Código Civil Português, bem como as leis especiais de caráter imperativo, as quais fornecem o ambiente de conformação e limitação dos referidos negócios.

Os contratos atípicos partem do exercício da autonomia da vontade, sempre com o olhar voltado para a dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) e do Direito da Personalidade (espaço de desenvolvimento livre da personalidade), os quais compõem os valores e princípios delimitadores da vontade negocial autônoma.

Destacou-se o princípio da ordem econômica da livre iniciativa como direito fundamental ao lançamento à uma atividade econômica lícita, também visualizado sob a perspectiva do desenvolvimento livre da personalidade, bem assim da autonomia da vontade, nas vertentes da liberdade de celebração e estipulação.

De outra banda, a jurisprudência portuguesa, pela mão do Supremo Tribunal de Justiça, no caso da garantia bancária autônoma, vem no mesmo sentido de esclarecer que a autonomia da vontade sofre conformação ao sistema como um todo, onde encontra sua força normativa e seus limites, cuja inobservância poderá gerar a nulidade da avença.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos I*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANASTÁCIO, Gonçalo. *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora. vol. I, 1997; vol. II, 1998.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito*. Introdução e Teoria Geral. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Teoria Geral*. Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. vol. I, 2010; vol. II, 3ª ed., 2010; vol. III, 2ª ed., 2010.

Book_RMP-70.indb 120 05/06/2019 11:51:02

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et alii*. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. vol. 1.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Bancário*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Tratado de Direito Civil Português*. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010. vol. II.

COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Noções Fundamentais de Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

DANZ, Erich. *A Interpretação dos Negócios jurídicos*. Trad.: Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1941.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora. vol. I, 6ª ed., 2012; vol. II, 5ª ed., 2014.

FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais*. Teoria geral e Aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAGA, Luis Alves. *Metodologia da Investigação*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.

FRANCO, António L. Souza *et alii*. *A Constituição Económica Portuguesa*. Ensaio interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993.

FULGÊNCIO, Paulo Cesar. *Glossário de Administração Pública*. Rio de Janeiro: Mauad, 2007, verbete *covenant*.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Transformações Gerais do direito das Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1980.

LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014. vol. I, 13ª ed., 2016; 9ª ed., vol. II; vol. III, 10ª ed., 2015.

_____. *Direitos Reais*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Garantia das Obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *O Enriquecimento Sem causa no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005.

LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. vol. I.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Garantias de Cumprimento (Estudo teórico-prático)*. Coimbra: Almedina, 1994.

MIRANDA, Jorge *et alii*. *A Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

Book_RMP-70.indb 121 05/06/2019 11:51:03

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lições de Direito civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da Pessoa Humana*. Coimbra: Almedina, 2015. vol. I.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de Cumprimento*. Coimbra: Almedina, 1994.

PORTO, Manuel Lopes. *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 19ª ed. Quidjuris, 2015.

_____. *Código de Processo Civil*. 32ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Código Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

PRATA, Ana. *Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. *Verbetes "crédito" e "garantia"*. Dicionário Jurídico. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1990.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, António Carlos dos *et alii*. *Direito Económico*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito Comercial Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. vol. I.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. *Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. vol. I, 10ª ed., 2000; vol. II, 7ª ed., 2003. Coimbra: Almedina.

_____. *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. vol. I.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *Contratos Atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. A ordem económica portuguesa. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

Book_RMP-70.indb 122 05/06/2019 11:51:03

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial*. Teoria Geral do Contrato. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Jurisprudências

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 25878/07.3 yylsb - A.L1.S1, 2ª secção, Relator Serra Batista, julgamento em 25/05/2010, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/11abe277ae566bb1802577340035df90?OpenDocument. Acessado em: 27/12/2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 7279/08 TBMAL.P1.S1, 6ª secção, Relator Fonseca Ramos, julgado em 20/03/2012, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/11abe277ae566bb1802577340035df90?OpenDocument. Acessado em: 27/12/2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 086426 JSTJ00026890, Relator Miranda Gusmão, julgamento em 23/03/1995, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5783feb0691284e1802568fc003b3845? OpenDocument. Acessado em: 27/12/2106.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 526/12.3 TBPVZ - A.P1.S1, Relator Fonseca Ramos, julgamento em 25/11/2014, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2a668ee728231b0380257d9c003f1d55? OpenDocument. Acessado em: 27/12/2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 571/2002.P1.S1, Relator Urbano Dias, julgamento em 26/10/2010, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/92c08f4e45b4842d802577cf00398be8? OpenDocument. Acessado em: 16/03/2017.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 2226/07 – 7TJVNF.P1.S1, Relator Sebastião Póvoas, julgamento em 11/01/2011, unanimidade. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/70facfcb82cd53d6802578150057a56f? OpenDocument. Acessado em: 16/03/2017.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 11148/12.9YIPRT-A.L1.S1, *1ª*. Secção, Relator Paulo Sá, julgamento em 01/07/2014, unanimidade http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/30dda26db90a26df80257d0900359d06?OpenDocument. Acessado em: 16/03/2017.

Book_RMP-70.indb 123 05/06/2019 11:51:03

Interface entre o CPC15 e os Processos Coletivos

Fabrício Rocha Bastos*

Sumário

1. Evolução Histórica das Ações Coletivas. 1.1. Ações Coletivas no Brasil. 1.2.1. Do Microssistema da Tutela Coletiva. 1.2.2. Do Diálogo de Fontes. 1.3. Do Processo Coletivo. 1.3.1. Direito Processual Coletivo como Ramo Autônomo. 1.3.2. Conceito de Processo Coletivo. 1.3.3. Tipos de Processo Coletivo: Comum e Especial. 1.3.4. Modelos de Tutela Coletiva: Ações Coletivas e o Julgamento de Questões Repetitivas. 1.3.4.1. Processo-Piloto e Processo-Modelo. 1.3.5. Características do Modelo dos Processos de Questões Repetitivas. 1.3.6. Características do Modelo das Ações Coletivas. 1.4. Conceito de Ação. 1.4.1. Ação Meramente Individual. 1.4.2. Ação Individual com Efeitos Coletivos. 1.4.3. Ação Pseudoindividual. 1.4.4. Ação Pseudocoletiva ou Acidentalmente Coletiva. 1.4.5. Ação (Essencialmente) Coletiva. 1.4.6. Técnicas de Repercussão Individual e Coletiva.

Resumo

No presente artigo, abordo a temática referente ao histórico das ações coletivas no Brasil como forma de introduzir a interface entre o CPC e os processos coletivos. Como uma das temáticas principais, as nomenclaturas das ações e a sua tipologia e como o CPC/15 gerou uma interface entre os sistemas.

Abstract

In this article I discuss the theme of the history of collective actions in Brazil as a way of introducing the interface between the CPC and the collective processes. As one of the main themes, the nomenclatures of the actions and their typology and how the CPC/15 generated an interface between the systems.

1. Evolução Histórica das Ações Coletivas

Em que pese à divergência doutrinária acerca da origem histórica das ações coletivas[1], a primeira forma de tutela dos direitos da coletividade remete ao direito romano através das ações populares.

---

* Mestrando em Direito pela Universidade *Degli Studi Tor Vergata* – Roma. Especialista em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro do *International Association of Prosecutors*. Membro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil. Professor dos cursos de Pós Graduação da FGV/RJ, UCAM/RJ e EMERJ. Professor dos cursos preparatórios da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e FESMPMG.

[1] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p.38.

Book_RMP-70.indb 125 05/06/2019 11:51:03

As ações populares ganharam destaque como mecanismo de proteção dos interesses metaindividuais no período moderno e contemporâneo, com o surgimento do Estado de Direito.

Na Idade Moderna, a Revolução Industrial teve acentuada importância para o desenvolvimento de uma consciência de classe e organização coletiva de trabalhadores. Na idade contemporânea, período da história compreendido entre a Revolução Francesa (1789) até a atualidade, vários episódios contribuíram para o surgimento de uma consciência de coletividade.

A Revolução Francesa, com seus ideais Iluministas, influenciou uma revolução social de massas, estabelecendo-se conflitos até então inexistentes na ordem jurídica. Com o surgimento de um modelo de Estado Liberal, consagrou-se o reconhecimento de direitos individuais civis e políticos, direitos de liberdade, propriedade, segurança são os *direitos de primeira dimensão* que têm como pressuposto o absenteísmo Estatal, decorrem da reação do indivíduo contra atuação do Estado Absolutista.

Mas a representação jurídica dos interesses difusos e coletivos assumiu especial importância na transição do Estado Liberal para o Estado Social; o processo, até então com características notadamente individualistas e patrimonialistas, passou a abranger direitos e interesses transindividuais.

Os indivíduos começam a organizarem-se em forma de grupos, categorias e classes, em uma posição intermediária entre o Estado e o indivíduo, entre o público e o privado. Tem-se a preocupação em assegurar uma igualdade material, por meio de uma atuação positiva do Estado com o reconhecimento dos direitos de *segunda dimensão* e do reconhecimento de interesses de natureza coletiva.

Com a recessão de 1930, surgiu o Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*, ocasião em que o Estado assumiu a responsabilidade pela proteção dos direitos sociais dos cidadãos.

Após a Segunda Guerra Mundial, há um consenso internacional de reconhecimento e afirmação de uma nova ordem de interesses de fraternidade e solidariedade; são *direitos de terceira dimensão,* em que o direito é instrumento garantidor da paz social.

A Carta das Nações de 1945 reconhece que "os direitos humanos devem ser protegidos pelo *estado de direito* para que o homem não seja obrigado a recorrer, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão". A Carta tem a preocupação de preservar as gerações futuras, reconhecendo os direitos fundamentais do homem, a dignidade e o valor da pessoa humana. Tem-se um novo modelo, em que a afimação da dignidade da pessoa humana ocupa centralidade no debate e não mais a afirmação de direitos eminentemente individuais e patrimoniais.

Esse novo modelo afirma direitos difusos com vistas a proteger gerações atuais e futuras, afirma direitos referentes à justiça intergeracional, ao meio ambiente, à sadia qualidade de vida, à democracia. O titular desses novos direitos é uma coletividade indeterminada, não mais o indivíduo isoladamente considerado, ou uma classe ou categoria de indivíduos. Para a tutela desses direitos, o modelo de processo tradicional tornou-se inadequado, sendo necessário um regramento processual conformado a essa nova ordem de valores, de conteúdo transindividual.

Book_RMP-70.indb 126 05/06/2019 11:51:03

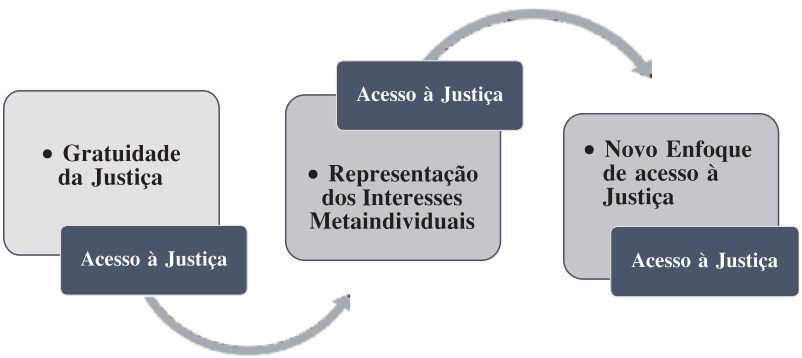
Neste contexto, discute-se o processo como instrumento de direito material, há a preocupação com a efetividade do processo no *denominado movimento de acesso à justiça* na fase instrumentalista do processo. Após a Segunda Guerra, o processo passou a ser visto como um instrumento de satisfação do direito material. Começou a haver preocupação com a efetividade do processo, com o acesso à justiça, com a tutela coletiva.

O *movimento de acesso à justiça* teve como principal defensor o processualista e professor italiano MAURO CAPPELLETTI, cujo estudo versava sobre três correntes mundiais ("ondas" de acesso à justiça) que discutiam soluções para os problemas da justiça e que podem ser assim resumidas:

> a) *Primeira onda renovatória* dispunha sobre a necessidade de providenciar a assistência judiciária aos menos favorecidos;
>
> b) *Segunda onda renovatória* tratava da urgência em se proteger os direitos metaindividuais; e
>
> c) *Terceira onda renovatória* propõe um novo enfoque sobre acesso à justiça a partir de três dimensões: a primeira abrange as ondas anteriores; a segunda propõe um amplo e moderno programa de reforma nos sistemas processuais a partir de três diretrizes: a) criação/ampliação de equivalentes jurisdicionais/substitutivos jurisdicionais; b) ampliação das tutelas jurisdicionais diferenciadas; c) Reformas pontuais para tornar o sistema processual mais eficiente.[2]

O movimento de acesso à justiça e o surgimento de instrumentos de tutela coletiva foram impulsionados pela inaptidão do direito processual clássico, de conteúdo individualista e patrimonialista, para tutelar direitos transindividuais.

Movimento de acesso à justiça:



[2] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

Book_RMP-70.indb 127 05/06/2019 11:51:04

1.1. Ações Coletivas no Brasil

O Brasil alinhou-se à tendência internacional de ampliar os mecanismos de defesa coletiva, não de forma codificada, mas por meio de legislações esparsas.

Apesar da regulamentação, até de certa maneira tardia, hoje, nossa "coletânea legislativa" disseminada em todo o nosso ordenamento jurídico positivado, criando um verdadeiro microssistema, serve de fonte de inspiração a diversos países e é reconhecida como uma das legislações mais avançadas sobre o tema.

Contudo, a evolução do tratamento no plano legislativo ocorreu de maneira deveras lenta, enfrentando alguns retrocessos pelo caminho.

Inicialmente, destaca-se o *Código Civil de 1916*, com normas jurídicas impregnadas da visão individualista e patrimonialista da assim chamada "Era das Codificações", normas aquelas que possuíam a pretensão da completude. O referido texto normativo, em seu artigo 76, sepultou, ao menos naquele momento histórico, qualquer regulamentação de tutela coletiva, na medida em que preceituava, *in verbis:* "Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral. Parágrafo único – o interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor ou à sua família."

Esse dispositivo foi um obstáculo a qualquer demanda que trouxesse repercussão transindividual, vez que permitia tão somente o exercício do direito de ação para a tutela de interesses meramente individuais.

Salientando que o objetivo do código era a purificação do sistema, Fredie Didier Júnior afirma que este artigo foi o réquiem para as ações coletivas e para as tutelas adequadas aos direitos não patrimoniais, ou seja, a norma jurídica em testilha foi pensada para afastar do direito civil do Código, marcadamente individualista, centrado no proprietário e na autonomia da vontade do cidadão, qualquer possibilidade de abertura para as tutelas coletivas.[3]

Nada mais é do que uma das implicações jurídicas de uma época nascida sob o pálio e a regência do individualismo que se pautava por relações jurídicas processuais instauradas em razão de conflitos interindividuais.[4]

---

[3] DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume IV. Salvador: Editora Jus Podivm. 2009. Página 25.

[4] ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas*: o problema da legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007. Página 08 "Aliás, é raro encontrar estudos de juristas (sejam processualistas ou civilistas) que chegam a analisar a obrigatória questão que envolve o artigo 76 do Código Civil de 1916 que, 'segundo as próprias palavras do condutor daquela codificação (de índole individualista), teve a intenção de extinguir as ações populares que remanesciam no nosso sistema jurídico, a partir do direito romano. Clóvis Beviláqua, em suma, entendia que tais matérias teriam mais afinidade com o direito público, justificando-se a exclusão do diploma codificado (...).'" MAZZEI, Rodrigo Reis. *A ação popular e o microssistema da tutela coletiva*. Tutela Jurisdicional Coletiva. Coordenadores: Fredie Didier Júnior e José Henrique Mouta. Salvador, 2009. Páginas 377-378. "É digna de nota a circunstância de que o advento do Código Civil, em 1916, propiciou um certo consenso doutrinário e até jurisprudencial, no sentido de que seu art. 76 teria ab-rogado de vez os últimos vestígios da ação popular, na medida em que condicionava o exercício do direito de ação à existência de um legítimo interesse econômico e moral." MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Páginas 48-55. "O artigo 76 extingue as ações populares, que o direito romano admitiu e que podiam ser intentadas por qualquer pessoa do povo." VAMPRÉ, Spencer. *Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1917. Página 61.

Book_RMP-70.indb 128 05/06/2019 11:51:04

De certa maneira, os Códigos de Processo Civil (1939 e 1973) seguiram a mesma linha paradigmática do Código Civil de 1916, com normas jurídicas totalmente impregnadas do individualismo característico das codificações da época, contribuindo para a dificuldade de implementação da sistemática da tutela coletiva. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, trouxe algumas normas que podem gerar uma proximidade com os processos coletivos, tais como aquelas previstas nos artigos 139, X, e 976.

A Ação Popular, que representou um avanço para a tutela de interesses coletivos, foi positivada inicialmente na Constituição de 1934 em seu artigo 113, inciso XXXVIII[5], mas foi suprimida pela Polaca (Constituição de 1937) e novamente introduzida na Constituição de 1946 em seu artigo 141, inciso XXXVIII.

Em seguida, foram instituídas ainda duas ações de natureza popular no âmbito da legislação infraconstitucional, quais sejam: uma pelo artigo 35, §1º, da Lei nº 818/49 (relacionada à aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade e perda dos direitos políticos) e ainda outra pelo artigo 15, §1º, da Lei nº 3052/58 (relativa à impugnação do enriquecimento ilícito). Em época mais recente, a Carta de 1967 manteve a previsão da demanda popular e a Emenda Constitucional 01/69, em seu artigo 153, inciso XXXI, manteve-a no texto constitucional.[6]

A sua disciplina normativa, contudo, somente ocorreu em 1965 com a edição da Lei nº 4.717, que foi recepcionada pelas demais Cartas Constitucionais, até ser erigida à categoria de Ação Constitucional em 1988 (artigo 5º, LXXIII, da CRFB/88).

Este remédio constitucional ganhou amplitude significativamente maior apenas com a sua regulamentação, por intermédio da Lei nº 4.717/65. A dilatação da abrangência, embora se tenha manifestado também em relação à esfera das pessoas protegidas, atingiu, principalmente, o conceito de patrimônio que, nos termos do artigo 1º, §1º, da Lei nº 4.717/65, passou a compreender os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico (alteração legislativa decorrente da Lei nº 6513/77).[7]

No momento histórico da edição da Lei de Ação Popular, não existiam, ainda, estudos doutrinários sistemáticos acerca dos instrumentos jurídicos para a tutela dos interesses transindividuais.[8]

Houve ampliação de seu objeto e fundamento também no texto constitucional de 1988, na medida em que o artigo 5º, inciso LXXIII, passou a determinar que qualquer cidadão pode ajuizá-la a fim de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

---

[5] "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios."

[6] BARROS LEONEL, Ricardo de. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Página 54.

[7] CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. Página 192.

[8] CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. Página 192.

Book_RMP-70.indb 129 05/06/2019 11:51:04

Em 1943, foi promulgada a *Consolidação das Leis Trabalhistas,* que positivou uma forma de tutela coletiva por intermédio dos dissídios coletivos entre categorias de empregados e empregadores, representados pelos respectivos sindicatos que deveriam ser judicializados (artigos 513 e 856).

Em 1950, a *Lei nº 1134* estabeleceu a legitimação de associações de funcionários públicos para representá-los coletivamente perante autoridades administrativas e judiciais.

Em 1963, a *Lei nº 4215*, antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, estabelecia, em seu artigo 1º, parágrafo único ser possível a representação judicial ou extrajudicial pela OAB na defesa dos interesses gerais da classe dos advogados.

Em 1965, foi promulgada a *Emenda Constitucional 16 à Constituição de 1946,* que positivou o controle concentrado abstrato de constitucionalidade em nosso ordenamento. As ações de controle de constitucionalidade configuram uma das espécies de ações coletivas, consideradas como especiais.

Em 1979, o *Decreto nº 83540* regulamentava a aplicação da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em danos causados por poluição por óleo, de 1969. Este Decreto conferia legitimação ativa *ad causam* ao Ministério Público para oferecer ação com pedido de responsabilidade civil por danos decorrentes da poluição de óleo (artigo 9º).

Em 1981, a *Lei nº 6938* (Política Nacional do Meio Ambiente) e a *Lei Complementar nº 40* (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) trazem a previsão expressa de legitimação ativa *ad causam* do Ministério Público para a propositura de Ação de Responsabilidade Civil por danos ao meio ambiente (artigo 14, §1º) e para promover Ação Civil Pública (primeira referência expressa em texto legislativo), nos termos da lei (artigo 3º, inciso III).

Podem ser citadas outras hipóteses que possibilitavam a tutela de alguns interesses comuns. O acionista já era legitimado para pleitear a declaração de nulidade de deliberação da assembleia geral da sociedade anônima ou para buscar a responsabilização de algum diretor por ato lesivo ao patrimônio social. O condômino também já podia agir contra outro que estivesse em mora com as contribuições devidas ao condomínio.[9]

Contudo, Ada Pellegrini Grinover afirma que tais hipóteses supramencionadas não se referem, propriamente, a interesses difusos ou de tutela de massas, *in verbis:*

> Ainda não se trata, porém, de interesses difusos propriamente ditos, pois facilmente se distinguem aí uma relação-base (sociedade, condomínio, família) e um interesse derivado, que para cada um dos sujeitos nasce em função dela, mas com ela não se confunde. E justamente em virtude disso, o conjunto de interessados oferece contornos precisos, tornando possível a individualização de todos os componentes.[10]

[9] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Editora Saraiva, 2003. Página 264.

[10] GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos, *in: A tutela dos interesses difusos*. Página 43.

Book_RMP-70.indb 130 05/06/2019 11:51:04

Posição da qual discordamos por vislumbrarmos nas hipóteses destacadas a tutela de interesses individuais homogêneos e, portanto, enquadrados estão os casos entre as espécies de interesses transindividuais.

Conforme acima destacado, não existia, em nosso ordenamento, qualquer sistemática legislativa que trouxesse alguma regulamentação para a tutela dos interesses transindividuais.

Assim, em 1985, houve verdadeira revolução na sistematização e regulamentação da tutela coletiva no Brasil com a promulgação da Lei nº 7347/85, doravante denominada *Lei de Ação Civil Pública*, sofrendo influência indireta do regime jurídico das *class actions* do Direito Norte Americano.

Esta lei representava, de maneira sublime, o *debut* do Brasil na segunda onda renovatória do acesso à justiça, pois positivava a tutela dos interesses transindividuais. Porém, o legislador não contava com o veto presidencial ao inciso IV do artigo 1º da Lei nº 7347/85, que tornava o rol dos objetos tuteláveis via Ação Civil Pública taxativa, quase relegando a oblívio a tão festejada conquista.

O inciso vetado permitia a veiculação de Ação Civil Pública para a tutela de outros interesses difusos ou coletivos, além daqueles já previstos nos demais incisos.

Como, diante do veto, nem todos os interesses transindividuais poderiam ser tutelados no plano judicial, o sistema era deveras insuficiente, não permitindo, ainda, a afirmação da existência de um sistema de tutela coletiva.[11]

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 (artigo 129, inciso III), observa-se que a taxatividade, até então existente, não foi recepcionada, o que se tornou incontestável com a edição do Código de Defesa do Consumidor.

Toda a evolução legislativa sobre tutela coletiva em nosso ordenamento se divide em duas fases bem definidas, quais sejam, antes e depois da Lei de Ação Civil Pública.[12]

Com a promulgação da *Carta Constitucional de 1988*, houve a instituição de uma nova ordem constitucional com diversos paradigmas, até então, sem positivação. A

[11] "Portanto, se o rol era taxativo, não se poderia falar em direito processual coletivo comum, já que nem todos os direitos difusos e coletivos poderiam ser tutelados jurisdicionalmente. O que houve foi um grande avanço do sistema processual brasileiro, o qual, repita-se, ingressou, pela ação civil pública, no movimento mundial para a tutela jurisdicional dos direitos e interesses massificados." ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Editora Saraiva, 2003. Página 265.

[12] "Não há como falar ou pensar em direito processual coletivo comum, no Brasil, antes da entrada em vigor da Lei nº 7347/85, que instituiu a ação civil pública. Isso porque não existia em nosso país um microssistema próprio, como existe hoje, de tutela dos direitos de massa." (...) "A partir da entrada em vigor da Lei nº 7347/85, de 24 de julho de 1985, que verdadeiramente instituiu a ação civil pública no Brasil, operacionalizou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma revolução, transformando-se de ordenamento de tutela jurisdicional de direito individual, para ordenamento de tutela jurisdicional também de direitos e interesses massificados."ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito *Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Editora Saraiva, 2003. Páginas 263-265. "Até a edição da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, a tarefa da ordem jurídica estava voltada a harmonizar, basicamente, os conflitos interindividuais, ou entre grupos bem delimitados e restritos de pessoas, próprios de uma sociedade predominantemente agrária e artesanal e, portanto, muito diversa da nossa." MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. Página 06.

Book_RMP-70.indb 131 05/06/2019 11:51:04

tutela coletiva não passou despercebida, tanto que foi alçada a condição de garantia fundamental. O artigo 5º da CR/88 tem em seu título referência expressa tanto ao plano individual quanto ao coletivo. Assim, todos os remédios, direitos e garantias lá positivados deverão ser implementados nos prismas individual e coletivo.

Assim, além de conferir *status* constitucional para a ação civil pública (artigo 129, inciso III), trouxe o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, incisos LXIX e LXX), o mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI), ampliou o campo de atuação da ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII), a legitimação coletiva geral (artigo 5º, inciso XXI e artigo 8º, inciso III), o acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV) e a previsão de regulamentação da proteção e defesa do consumidor no plano legislativo (artigo 48 do Ato de Disposições Transitórias).[13]

A partir deste momento, passa a ser possível a afirmação da existência do direito processual coletivo comum como um ramo autônomo do direito processual.[14]

Em 1990, foi promulgada a *Lei nº 8078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor),* outro marco legislativo na sistematização da tutela coletiva em nosso ordenamento. Esta norma jurídica teve a importância de positivar, entre outros instrumentos, o esboço do conceito dos interesses transindividuais, gerando uma divisão tricotômica (artigo 81, parágrafo único, incisos I ao III); a possibilidade da intervenção individual em processo coletivo (artigos 94 e 103, §2º); o *fair notice* e o *right to opt* (artigo 104); o regime jurídico geral da imutabilidade das sentenças coletivas (artigo 103, incisos I ao III); o transporte *in utilibus* da sentença coletiva para a esfera jurídica individual (artigo 103, §3º) e a atipicidade das ações coletivas (artigo 83).

Outros diplomas legislativos foram editados, dentro da sistemática da tutela coletiva, para regulamentar interesses transindividuais específicos e/ou institutos específicos. Tais diplomas, a seguir elencados, nem sempre têm como objetivo a regulamentação do processo, mas, em alguns casos, repercutem no processo coletivo ou possuem um capítulo ou passagens versando sobre, tais como: *Lei nº 7797/89* (criação do fundo nacional do meio ambiente); *Lei nº 7853/89* (proteção às pessoas portadoras de deficiências físicas); *Lei nº 7913/89* (proteção aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado); *Lei nº 8069/90* (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 208-224); *Lei nº 8429/92* (Improbidade Administrativa); *Lei nº 8437/92* (cautelares contra o poder público); *Lei nº 8625/93* (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); *Lei Complementar nº 75/93* (Lei Orgânica do Ministério Público da União); *Lei nº 8884/94* (proteção da ordem econômica, artigos 29 e 88); *Lei nº 9394/96* (diretrizes e bases da educação, artigo 5º); *Lei nº 9494/97* (alterou o artigo 16 da Lei nº 7347/85); *Lei nº 9868/99* (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade); *Lei nº 9870/99* (valor das anuidades escolares, artigo 7º); *Lei nº 9882/99* (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental); *Lei nº 10671/03* (Estatuto de Defesa do

[13] CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2002. Página 196. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. RePro, nº 61. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Janeiro/março de 1991.
[14] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Editora Saraiva, 2003. Página 266.

Book_RMP-70.indb 132 05/06/2019 11:51:04

Torcedor, artigo 40); *Lei nº 10741/03* (Estatuto do Idoso, artigos 78-92); *Lei nº 11340/06* (Maria da Penha, artigo 37); *Lei nº 12016/09* (regulamentou o mandado de segurança coletivo, artigos 21 e 22); *Lei nº 12529/13* (Lei de defesa da concorrência); *Lei nº 12846/13* (Lei Anticorrupção) e *Lei nº 13300/15* (lei do mandado de injunção).

Assim, sem a pretensão de esgotamento, foram elencadas as mais relevantes etapas legislativas da inserção em nosso ordenamento da tutela de interesses transindividuais.

Não só no plano legislativo houve transformação. Hoje, a sociedade civil brasileira está começando a se conscientizar dos novos direitos e interesses massificados e dos instrumentos predispostos na legislação para a tutela desses direitos. E já começa a reivindicá-los.[15]

A implementação do sistema de tutela jurisdicional coletiva no Brasil, muito mais do que representar um aperfeiçoamento das técnicas de acesso à justiça, caracteriza verdadeira revolução científica no campo do processo civil, na medida em que desafia a descoberta de novos princípios, métodos e objetivos operados por via das ações coletivas.[16]

Impende ressaltar, contudo, que as citadas previsões normativas positivadas em nosso ordenamento jurídico ainda carecem de maior sistematização, vez que tais normas encontram-se espalhadas e disseminadas e, em alguns casos, versando somente sobre algumas categorias de direitos ou interesses, com intervenções pontuais. Com isso, há certa dificuldade tanto na absorção das normas quanto em sua aplicação.

Assim, nos encontramos em um momento crucial no qual se debate a criação de um Código de Processo Coletivo que reunirá toda a sistemática da tutela coletiva e do processo coletivo em um único diploma legislativo revogando todas as normas jurídicas positivadas que possuam qualquer regulamentação do tema.

Percebe-se, dentro deste atual contexto, que a codificação ou a sistematização do Direito Processual Coletivo em um único diploma normativo certamente trará maior visibilidade, ordenação e uniformidade ao conjunto de princípios e regras que disciplinam o processo coletivo.

A trajetória nacional em torno das ações coletivas, marcadas por avanços e retrocessos, esbarra nos dias de hoje numa crise de crescimento: o direito processual coletivo precisa ocupar espaço mais central no ordenamento jurídico, com a construção de princípios e normas que reflitam e respondam às indagações pertinentes aos processos coletivos de modo geral, preenchendo as lacunas existentes e respondendo às dúvidas e controvérsias acumuladas na doutrina e nos tribunais. A elaboração do Código Brasileiro de Processos Coletivos passou a ser o ponto central das discussões relacionadas com o aprimoramento do direito processual coletivo.[17]

---

[15] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Editora Saraiva, 2003. Página 268.

[16] VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. Página 24.

[17] GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Página 05.

Book_RMP-70.indb 133 05/06/2019 11:51:04

Apesar do acerto legislativo para a reunião das diversas normas em um único corpo legislativo, há, no plano doutrinário, aqueles que não concordam com a codificação da tutela coletiva, por entenderem tal tentativa como um verdadeiro retrocesso.

Elton Venturi afirma em sua obra que a intervenção legislativa não deve gerar um "fechamento" do sistema jurídico e que a tutela jurisdicional coletiva já conta com seu próprio microssistema, conformado por leis já assimiladas e cuja integração viabiliza uma efetiva proteção aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ainda que algumas intervenções pontuais sejam necessárias:

> Neste passo, não se pode deixar de anotar sérias preocupações de ordem técnica e política que parecem depor contra a iniciativa referida.
>
> Inicialmente, em uma época de descodificações, na qual se preconiza a aplicação, tanto direta e imediata quanto possível, dos princípios e normas constitucionais, assim como uma intervenção legislativa mínima que propicie não o fechamento, mas a abertura do sistema jurídico para a pluralidade e multiplicidade de fatores que sobre ele atuam dinamicamente, através do emprego de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados como forma de fomentar uma necessária integração heterônoma do Direito, a proposta de codificação do processo civil coletivo, com pretensões de autonomização de sua disciplina, parece soar descontextualizada.
>
> A indagação acerca da conveniência da codificação proposta assume contornos hipercomplexos quando se verifica que o tema dos direitos meta-individuais insere-se em uma conjuntura multidisciplinar que em muito extrapola a análise pura e formalmente normativa, envolvendo aspectos fortemente sociológicos, econômicos, políticos, filosóficos e até mesmo religiosos que, se não inviabilizam, certamente desabonam uma tentativa de unificação de seu tratamento legal, ainda que sob o enfoque processual.
>
> De fato, se tomarmos em conta o atual cenário brasileiro – no âmbito do qual, apesar de se preconizar a existência de um microssistema de tutela coletiva, necessariamente aberto e prospectivo, a jurisprudência e a doutrina dão veementes sinais de reacionarismo e dogmatismo –, não parece provável que a unificação do tratamento dos procedimentos coletivos em torno de uma codificação tenha força suficiente, por si só, para reverter tal quadro.[18]

[18] VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. Páginas 36 - 38. Segundo avalia Antônio Junqueira de Azevedo, uma das características da pós-modernidade é a hipercomplexidade que, "no mundo jurídico, se revela na multiplicidade de fontes do Direito, quer materiais – porque, hoje, são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade mas sem valores compartilhados (*shared values*), e cada um querendo uma norma ou lei especial para si –, quer formais – com um sem número de leis, decretos, resoluções, códigos

Book_RMP-70.indb 134 05/06/2019 11:51:04

Avaliando o fenômeno da descodificação, Gustavo Tepedino assenta:

> Se o pluralismo ensejou a desconstrução do sistema fechado (o código) das categorias e dos institutos jurídicos (basta pensar na propriedade e no negócio jurídico), inútil seria buscar recompor o sistema com um novo e unificado corpo legislativo, por melhor que fosse, sem que se altere, profunda e radicalmente, a cultura jurídica em cujo meio se pretenda inseri-lo.[19]

Apesar de alguma resistência em pontuais setores da doutrina, existem hoje três linhas de projetos de codificação, quais sejam:

> 1) Códigos-modelos: a) Código-Modelo de Processo Civil Coletivo para Países de Direito Escrito, elaborado por Antônio Gidi; b) Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, cuja relatoria pertence à Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Antônio Gidi.
>
> 2) Anteprojetos: a) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que foi enviado ao Ministério da Justiça e é fruto do programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo; b) Anteprojeto de Código de Processos Coletivos dos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá.
>
> 3) Anteprojeto da Nova Lei da Ação Civil Pública (PL nº 5139/2009).

O novo Código de Processo Civil, dentro deste contexto evolutivo apresentado, não teve o condão precípuo de regulamentar os processos coletivos, pois direcionado exclusivamente à regulamentação dos processos civis individuais, mas são inegáveis os reflexos gerados. Tais reflexos serão analisados em capítulo específico, para o qual remetemos o leitor.

Nada obstante, forçoso salientar que, apesar de o CPC/15 ser, em sua essência, voltado para a resolução de conflitos individuais, há nítida preocupação com as demandas coletivas. Tal fato verifica-se com certa facilidade com a sistematização de um outro modelo de processo coletivo (como veremos a seguir) através do microssistema das questões repetitivas.

O legislador, com razão, preocupado com a recorrente situação das demandas repetitivas, positivou um microssistema com o fito precípuo de regulamentar a

---

deontológicos, avisos etc. – [que] quebram a permanente tendência à unidade no mundo do Direito" (O Direito pós-moderno e a codificação. *Revista de direito do consumidor 33/123)*.

[19] TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil. Os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, *in*: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. Página 12.

Book_RMP-70.indb 135 05/06/2019 11:51:04

temática e, com isso, conseguir buscar a harmonia na aplicação do ordenamento jurídico. Assim, podemos citar a possibilidade de notificação dos legitimados coletivos para a propositura das demandas coletivas, quando verificada a existência de demandas individuais repetitivas (art. 139, X, CPC); conversão da ação individual em ação coletiva (art. 333, CPC, que foi vetado!); incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, CPC) e os recursos excepcionais repetitivos (art. 1036, CPC).

À guisa de conclusão do aspecto evolutivo das ações coletivas no Brasil, é factível sustentar que a regulamentação das ações coletivas em nosso ordenamento divide-se em três fases distintas[20] com as seguintes características:

1ª Fase: Absoluta predominância individualista da tutela jurídica

Nesta etapa, o legislador preocupou-se somente com o direito material individual, bem como com a tutela jurisdicional meramente individual. Nada mais natural dado o contexto histórico no qual se encontrava inserido. Neste momento, vale destacar o Código Civil de 1916, notadamente o seu art. 75[21] e o Código de Processo Civil de 1939. Apesar disso, impende salientar que na Constituição de 1934 foi feita, pela primeira vez, menção à Ação Popular.

2ª Fase: Proteção fragmentária dos direitos transindividuais ou taxativa dos direitos massificados

Nesta etapa, o legislador, sensível à existência dos direitos transindividuais, a despeito das poucas obras sobre o tema, trouxe para o plano infraconstitucional duas ações coletivas de extrema relevância para o microssistema: Ação Popular (Lei nº 4717/65) e Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85). Estas normas tinham o condão de tutelar alguns dos direitos transindividuais, mas não de forma ampla. O objeto destas demandas era ainda muito restrito e de pouca efetividade. Não é demais lembrar que o objeto da ação popular sofreu sensível incremento com o advento da Constituição de 1988 (art. 5º, LXIII), que permitiu a utilização desta ação coletiva para a tutela do patrimônio público e com a Lei nº 7347/85 (com as posteriores alterações) que, além de ampliar o objeto da Ação Civil Pública, tornou possível a veiculação dos mesmos objetos.[22] No mesmo sentido, houve grande incremento, ao longo dos anos, no objeto tutelável via Ação Civil Pública.

As leis que regulamentam a Ação Popular e a Ação Civil Pública foram assaz relevantes para fins de fixação das regras processuais do microssistema das ações coletivas.

As principais alterações trazidas para o microssistema da tutela coletiva com a LAP, que foi um marco legislativo inaugural da tutela processual coletiva, ao sistematizar e instrumentalizar a tutela do patrimônio público[23], foram: a)

---

[20] ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos Difusos e Coletivos*. Salvador: Juspodivm, 5ª ed., 2014.

[21] "A todo direito corresponde uma ação que o assegura."

[22] *Vide* a expressão: *sem prejuízo da ação popular* no art. 1º da Lei nº 7347/85.

[23] ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

Book_RMP-70.indb 136 05/06/2019 11:51:04

legitimidade extraordinária conferida ao cidadão-eleitor para a propositura da demanda coletiva (art. 1º); b) possibilidade da intervenção móvel ou multifacetária da Fazenda Pública (art. 6º, §3º); c) possibilidade da sucessão processual por outro legitimado ou Ministério Público nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 9º); d) possibilidade da sucessão processual em sede de execução por outro legitimado ou Ministério Público (art. 16); e) possibilidade da fazenda pública promover a execução da sentença de procedência, mesmo quando figurar como ré e oferecer contestação (art. 17); f) possibilidade ampla da recorribilidade das decisões interlocutórias (art. 19, §1º); g) possibilidade de reexame necessário de sentença terminativa e de sentença de mérito em favor da fazenda pública (art. 19); regime jurídico condicionado para a formação da coisa julgada material (art. 18).

As principais alterações trazidas para o microssistema da tutela coletiva com a LACP foram: a) previsão expressa da possibilidade de instauração de inquérito civil (art. 9º); b) ratificação do modo condicionado de formação da coisa julgada material (art. 16); ampliação do rol dos legitimados ativos para a propositura da Ação Civil Pública (art. 5º); c) limitação territorial da eficácia *erga omnes* da sentença de procedência das demandas coletivas (art. 16, com a alteração advinda pelo art. 2-A da Lei nº 9494/97); d) previsão da possibilidade da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (art. 5º, §6º, que foi incluído através do CDC).

Sobreleva notar, nesta etapa, a promulgação do CPC/73, que manteve a verve eminentemente individualista, apesar da existência da Lei de Ação Popular. Inegável que a intenção do legislador com a novel codificação foi a de manter as regras processuais somente para os fins de resolução de conflitos individuais[24]. Foi ignorada a existência dos assim chamados "novos direitos". A vertente individualista era tão sólida que o art. 472, CPC/73 dispunha sobre a impossibilidade de terceiros serem beneficiados com o resultado da demanda que deveriam, portanto, promover ações próprias autônomas com o fim de obterem resultados práticos em suas esferas jurídicas individuais.[25]

[24] "Numa singela leitura do CPC/73, não teremos dúvidas de que a nossa regra fundamental de direito processual civil foi montada num ideal individualista. A própria estrutura do processo de execução, do tipo credor e devedor, mostra-se clara na terminologia empregada pelo legislador brasileiro (art. 588). A regra dos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472) dá o sabor inconfundível do individualismo do Código. As técnicas processuais coletivas do CPC/73 apontam, no máximo, para o instituto do litisconsórcio, mas, ainda aqui, o próprio sistema encontra dificuldades para resolvê-lo, mormente quando se está diante da proteção de um bem indivisível, cuja solução deve ser uniforme para todos os titulares do direito, estando ou não presentes na demanda. Portanto, o sistema da coisa julgada e o da legitimidade para agir no CPC, inclusive da dicotômica regra da legitimidade ordinária e extraordinária, são voltados, repita-se, para a proteção de direitos individuais ou com dimensões individuais." ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

[25] Merece destaque o art. 506, CPC/15, que corresponde ao art. 472, CPC/73. No CPC/15 foi suprimida a referência acerca da impossibilidade do resultado da demanda repercutir na esfera jurídica de terceiros para beneficiá-los. Podemos, portanto, afirmar que o CPC/15 acolheu a possibilidade do regime jurídico *in utilibus* da sentença individual.

Book_RMP-70.indb 137 05/06/2019 11:51:04

3ª Fase: Tutela jurídica integral, irrestrita e ampla ou tutela jurídica coletiva holística

Nesta etapa, o legislador, como o próprio nome da fase faz supor, ampliou o objeto da tutela coletiva para todos os demais direitos transindividuais, bem como ampliou o rol de legitimados coletivos (legitimação concorrente e disjuntiva). Nesta fase, o principal marco legislativo foi a promulgação da Constituição da República de 1988, pois com o seu advento houve uma extensão à tutela coletiva das garantias processuais, então atinentes aos processos individuais. Fácil notar este novo paradigma, pois o capítulo dos direitos e garantias fundamentais refere-se tanto ao prisma individual quanto ao coletivo. Ademais, para fins de sistematização, vale destacar os seguintes artigos como exemplos desta ampliação da tutela dos direitos transindividuais: a) art. 5º, LXXIII (ampliação do objeto da ação popular); b) art. 5º, LXX (previsão do mandado de segurança); c) art. 8º, III (previsão da legitimidade dos sindicatos para o exercício da pretensão de tutela da coletividade); d) art. 129, III (legitimidade do Ministério Público para a tutela da coletividade); e) art. 232 (legitimidade dos índios, suas comunidades e organizações para a defesa de direitos do grupo); f) art. 14, §10 (a previsão da ação de impugnação de mandato eletivo); g) arts. 15, V; 37, §§ 4º e 5º, 85, V (previsão da responsabilização dos agentes públicos por ato de improbidade administrativa); h) art. 134 (legitimidade da Defensoria Pública para a propositura das demandas coletivas); i) arts. 5º, XXXII, CR/88 e 48 do ADCT (determinação constitucional que gerou a edição do Código de Defesa do Consumidor), entre outros.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/81) guarda extrema relevância na evolução da tutela coletiva, pois fixou a responsabilidade civil dos causadores dos danos ao meio ambiente, bem como conferiu ao Ministério Público a legitimidade extraordinária para a propositura da Ação Civil Pública.[26]

Nesta etapa, também merece destaque o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), que gerou consequências importantes para a regulamentação, principalmente com a referência de aplicação recíproca da Lei de Ação Civil Pública (art. 90), criando, com isso, uma integração e sistematização do microssistema da tutela coletiva. A doutrina reconhece que o CDC é o agente unificador e harmonizador do microssistema da tutela coletiva.[27]

As principais inovações para a sistematização do microssistema da tutela coletiva, com o advento do CDC, são as seguintes: a) atipicidade e não taxatividade das demandas coletivas (art. 83); b) possibilidade de adoção das medidas atípicas para fins de efetivação da tutela coletiva (art. 84); c) regime jurídico *in utilibus* da sentença de procedência na demanda coletiva para a esfera jurídica individual (art. 103); d)

[26] À época a legitimidade extraordinária era exclusiva do Ministério Público, mas com o advento das modificações que atingiram a Lei de Ação Civil Pública, tal legitimidade foi ampliada para alcançar, inclusive, setores da esfera privada.

[27] ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

Book_RMP-70.indb 138 05/06/2019 11:51:04

ratificação da gratuidade das demandas coletivas (art. 87); e) ratificação do modo de produção condicionado da coisa julgada material (art. 103); f) previsão expressa da tutela dos direitos individuais homogêneos (art. 81, p.u., III); e g) regulamentação do regime do *fair notice* e *right to opt* (art. 104), entre outras. Vale lembrar que o CDC inteiro funciona como diploma normativo do microssistema da tutela coletiva e não somente o capítulo referente aos direitos transindividuais.

1.2.1. Do Microssistema da Tutela Coletiva

O microssistema[28] da tutela coletiva é o conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas[29] sobre o processo coletivo nas diversas normas jurídicas positivadas em nosso ordenamento. Estas normas jurídicas disseminadas formam um conjunto (ainda que de maneira informal, sem a sistematização em um único diploma legislativo) de regras jurídicas que regulamentam a tutela coletiva.

Como ainda não há uma regulamentação própria corporificada em uma codificação, a doutrina, com respaldo da jurisprudência, reconhece que as diversas leis existentes se comunicam entre si, formando um verdadeiro sistema policentrado de tutela coletiva.

Entre as normas mais importantes que formam o arcabouço básico do microssistema, podemos apontar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública.

Estas normas formam o que podemos denominar de regramento geral da tutela coletiva por intermédio das normas de reenvio existentes em ambas as leis.

No Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o artigo 90 determina a aplicação das normas ínsitas na Lei de Ação Civil Pública: "Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições."

A Lei de Ação Civil Pública, por seu turno, determina uma remissão ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como demonstra o artigo 21: "Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990)."

Da conjugação destes dois artigos, podemos concluir que a LACP preceitua a aplicação das normas do CDC nas Ações Civis Públicas em geral e o CDC "reenvia" a aplicação das normas da LACP às ações coletivas consumeristas. Assim, encontramos

---

[28] Há quem prefira usar a terminologia "minissistema", como GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. Outros afirmam a existência de um "sistema único coletivo", como GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: SRS, 2008.

[29] São normas de direito material previstas em diplomas processuais e normas de direito processual em diplomas materiais. É perfeitamente normal o direito processual sofrer influências do direito material, com a estruturação de procedimentos adequados ao tipo do direito material, adaptando a correlata tutela jurisdicional.

Book_RMP-70.indb 139 05/06/2019 11:51:04

as denominadas "normas de reenvio"; tal reenvio é consequência da aplicação do chamado "diálogo de fontes" comumente encontrado nas normas de direito material.

Nesse panorama, reconhece-se o CDC como o agente unificador e harmonizador do microssistema coletivo, na medida em que esse diploma promoveu verdadeira integração e sistematização com a LACP, especialmente pela ligação entre o art. 90 do CDC e o art. 21 da LACP.[30]

Apesar disso, não há qualquer óbice para a aplicação do "diálogo de fontes" em direito processual. Ademais, existem diversos pontos de tangenciamento entre o direito material e o direito processual, seja no plano abstrato (legislação), seja no plano concreto (aplicação das normas); podemos encontrar, inclusive, institutos que são regulados tanto por normas de direito material quanto por normas de direito processual, como, por exemplo, a prescrição.

Existem normas jurídicas, por fim, que regulam, ao mesmo tempo, o direito material e o direito processual e são chamadas de normas heterotópicas ou de natureza híbrida.

O microssistema de tutela coletiva gera um "Sistema de Vasos Intercomunicantes". Tal sistema decorre do policentrismo do ordenamento jurídico brasileiro e significa que a normatização das situações ou das relações jurídicas se encontra em normas esparsas. À guisa de exemplo, existem diversas normas jurídicas que regulam o processo civil coletivo (Constituição da República, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei do Mandado de Segurança). Entre estas diversas normas jurídicas positivadas existe uma "comunicação", que alguns denominam de aplicação integrada, ainda que informal para regular determinado instituto da tutela coletiva. É exatamente esta reunião intercomunicante de vários diplomas que regulam a mesma matéria que é denominada de sistema de vasos comunicantes.[31]

Apesar de as normas do CDC e LACP formarem o núcleo essencial ("núcleo duro") do microssistema da tutela coletiva (formando um procedimento padrão para as demandas coletivas), elas não exaurem a regulamentação do tema. Forçoso concluir, portanto, que outras leis poderão (e o fazem!) regular temas afetos ao processo coletivo, participando, com isso, através de um verdadeiro diálogo de fontes, do microssistema da tutela coletiva.

Assim, podemos afirmar que a formação do microssistema de tutela coletiva decorre das normas de reenvio e do sistema de vasos comunicantes por intermédio

[30] ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

[31] "O microssistema coletivo tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microssistemas que, em regra, tem formação enraizada em apenas uma norma especial, recebendo, por tal situação, razoável influência de normas gerais". MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. *In*: Luiz Manoel Gomes Junior (Coord.). *Ação Popular* – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei nº 4717/65. São Paulo: RCS, 2006, p. 408-410.

Book_RMP-70.indb 140 05/06/2019 11:51:05

dos diversos diplomas legislativos[32]. Os diplomas legislativos, portanto, que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si.[33]

Assentada a premissa da existência do microssistema de tutela coletiva, forçoso asseverar que as normas integrantes do mesmo aplicam-se toda vez que houver uma omissão na legislação que regulamenta determinada ação coletiva, ou seja, as normas ínsitas no microssistema são aplicáveis, de maneira subsidiária, a fim de evitar lacunas legislativas.

Considerando que as normas que integram o microssistema da tutela coletiva deverão ser aplicadas de forma subsidiária, imprescindível afirmar que as normas do CPC serão aplicáveis de maneira residual[34], ou seja, somente quando não for encontrada solução decorrente da aplicação do microssistema. Deste modo, deverá ser corretamente interpretada a aplicação do artigo 15 do CPC, que assevera a sua aplicação supletiva e subsidiária aos processos administrativos, eleitorais e trabalhistas. Este entendimento, que determina a aplicação residual do CPC, parte da premissa de que tal norma não figura no microssistema da tutela coletiva. Caso a referência seja feita ao CPC/73, concordamos com a premissa e com a conclusão, mas entendemos, conforme será exposto abaixo, que o CPC/15 passa a integrar o microssistema, o que ensejará uma releitura acerca da aplicabilidade destas normas. A doutrina, neste tópico, diverge acerca da sua inserção no microssistema, bem como, da aplicabilidade das próprias normas do microssistema.

Diante deste quadro de dispersão de normas jurídicas regulamentadoras e da existência de divergência doutrinária, surge a necessidade de fixar como deverá ser aplicável o microssistema da tutela coletiva.

---

[32] "Este, em síntese, o sistema integrado de defesa dos interesses supraindividuais em nosso país: interação da legislação específica e suprimento recíproco de lacunas, de sorte que todos os interesses sejam tutelados processualmente do mesmo modo e com um mesmo perfil procedimental e processual; e a aplicação sempre subsidiária do Código de Processo Civil." LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2ª edição. RT, 2011, página 138. "Antes de voltar os olhos para o sistema geral, o intérprete deverá examinar, no conjunto legislativo que constitui o microssistema, se não existe uma norma melhor e mais adequada à correta pacificação com justiça (...) Quando não houver no diploma específico norma que contradiga essa solução ou, mesmo havendo, esta norma for mais estreita na aplicação, deverá prevalecer a interpretação sistemática decorrente das regras do CDC e da Lei nº 7347/85." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* – Processo Coletivo. 4ª edição. Juspodivm. Página 123.

[33] "Quer dizer, as leis especificamente relacionadas à tutela coletiva assumem-se incompletas e, para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e muito dinâmica, encontram no CPC a regulamentação subsidiária e supletiva." DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo Coletivo. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

[34] "Residual e não imediatamente subsidiário, pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microssistema coletivo." MAZZEI, Rodrigo. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. Coord. Susana Henriques da Costa. *Quartier Latin*, 2006. No mesmo sentido, podemos mencionar: "Essas duas normas de remissões ou normas de envio fundam um 'sistema processual integrativo', levou a doutrina a afirmar que as disposições do Código de Processo Civil – aqui compreendido o CPC/73 – são aplicáveis ao processo coletivo, desde que inexista norma expressa dentro do microssistema e não transgrida seus princípios, isto é, 'residual e não imediatamente subsidiário, pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microssistema coletivo.' Em conclusão, afirma-se que a aplicação do Código de Processo Civil (CPC/73) seria residual não integrativa" CARVALHO, Fabiano. O Princípio da eficiência no processo coletivo – Constituição, Microssistema do Processo Coletivo e Novo Código de Processo Civil. *In*: Processo Coletivo. Coordenador: ZANETI JR., Hermes. Salvador: Juspodivm, 2016. *Coleção Repercussões do Novo CPC*. Vol.8. Coordenador geral: DIDIER JR., Fredie.

Book_RMP-70.indb 141 05/06/2019 11:51:05

Para uma primeira tese doutrinária, a aplicação dar-se-á da seguinte forma: a) aplicação da lei específica que regulamenta determinada lei específica; b) verificada a omissão na lei específica, aplicar-se-á o microssistema da tutela coletiva, de forma subsidiária ou supletiva; c) permanecendo a omissão, ou seja, caso as normas do microssistema não sejam suficientes para resolver a situação, aplicar-se-á o CPC, de forma residual. Esta é a formatação mais comum de ser encontrada na doutrina.[35]

Para uma segunda tese doutrinária, para fins de verificação de qual deverá ser a norma aplicável ao caso concreto, imprescindível observar-se os seguintes passos: a) definição dentro do núcleo duro, formado pelo CDC e LACP, qual norma deve ser aplicável; b) fora do núcleo duro, quais as normas das demais leis integrantes do microssistema deverão ser aplicadas; c) fora do microssistema, como devem ser aplicadas as normas do CPC.

Para este entendimento, assim como no anterior, o CPC/15 não é parte integrante do microssistema da tutela coletiva e deve ser aplicável somente nos casos de inexistência de solução, ou seja, a aplicação será residual ou eventual, como querem alguns.[36]

Além de refutar, como faz a primeira tese, a presença do CPC/15 no microssistema, esta segunda tese gera as seguintes indagações: a) existe alguma ordem de prevalência entre as normas integrantes do núcleo duro (essencial) do microssistema da tutela coletiva? b) como deve ser resolvido o conflito entre as normas que compõem o núcleo duro (essencial) e as demais leis que compõem o microssistema da tutela coletiva?

Quanto ao primeiro questionamento, podemos assim sistematizar a divergência: a) para um primeiro entendimento, deve ser aplicada prioritariamente a LACP e de forma subsidiária o CDC[37]; b) para um segundo entendimento, deve ser aplicado prioritariamente o CDC e supletivamente a LACP quando o direito material veiculado na demanda versar sobre relação de consumo[38]; c) para um terceiro entendimento, não há que se falar em existência de hierarquia entre as normas, mas em aplicação

---

[35] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, 2ª edição, RT, 2011. DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

[36] "Por fim, a aplicação das normas existentes no Código de Processo Civil será imprescindível, mas para isso é indispensável que não exista norma expressa aplicável ao caso concreto dentro do próprio microssistema. Além disso, a norma processual presente no Código de Processo Civil não pode afrontar os princípios do processo coletivo estudados no Capítulo 5, o que leva a doutrina a afirmar que a aplicação não deve ser subsidiária, mas sim eventual." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*. Volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

[37] "Nos termos do art. 21, só se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor no que for cabível, o que significa dizer que algumas normas poderão ser apropriadas para a tutela específica de interesses dos consumidores, mas não servirão como regras para a tutela genérica dos interesses difusos e coletivos, prevista na Lei nº 7.347/85. Necessário, pois, será o respeito a princípio da adequação, segundo o qual a incidência normativa só ocorre se a norma jurídica for compatível com a natureza da tutela contemplada na lei da ação civil pública. Além disso, é preciso lembrar que a incidência do Código de Defesa do Consumidor é de natureza supletiva, ou seja, irradia sua eficácia naqueles espaços não preenchidos pela Lei nº 7.347/85 e, repita-se, desde que haja adequação com a natureza da tutela." CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[38] NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. 1.

Book_RMP-70.indb 142 05/06/2019 11:51:05

coordenada, pois, dependendo da necessidade de regulamentação, será aplicável uma ou outra. Ademais, a quase inexistência de conflitos entre as normas gera uma perfeita interação entre elas e, portanto, formam o núcleo duro (essencial).[39]

Quanto ao segundo questionamento, podemos assim sistematizar a divergência: a) para um primeiro entendimento, devem ser aplicadas as normas jurídicas do núcleo duro (essencial) e, caso não seja encontrada a solução, aplicar-se-ão as demais leis[40]; b) para um segundo entendimento, deverão ser aplicáveis as leis específicas que regulamentam a ação coletiva e, somente nos casos de omissão, deverão ser aplicadas as normas do núcleo duro (essencial), pois deve ser privilegiado o critério da especialidade;[41]c) para um terceiro entendimento, com o qual nos filiamos, deve ser aplicada a norma mais benéfica à tutela do direito material, pouco importando se será aplicável a norma jurídica geral ou especial, pois o que deve ser buscado é sempre o resultado mais adequado e efetivo para a tutela da coletividade.[42]

Para uma terceira tese doutrinária, contudo, o CPC/15 é parte integrante do microssistema da tutela coletiva e deve ser, portanto, seguido outro tipo de caminho para a aplicação do ordenamento jurídico. Considerando que o CPC/15 tem eficácia direta[43] nos processos coletivos e que passa a ser fonte do próprio microssistema, aplicação dar-se-á da seguinte forma[44]:

> a) aplicação direta do diploma legislativo que regulamenta a ação coletiva posta em análise;
>
> b) caso seja verificada omissão nesta regulamentação ou sendo esta insatisfatória, aplicam-se as normas do núcleo essencial do microssistema da tutela coletiva (normas do CDC e da LACP). Vale mencionar que, para alguns, o título III do CDC configura verdadeiro Código Brasileiro de Processos Coletivos;
>
> c) caso não seja encontrada solução para a hipótese, devem ser aplicadas as demais normas regulamentadoras dos demais processos coletivos, pois, como já afirmado, todas as normas fazem parte do

[39] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*. Volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

[40] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo Coletivo. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

[41] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

[42] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*. Volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

[43] Exemplos de eficácia direta: arts. 139, X; 333; 928 e 982, I, CPC.

[44] "Ou seja: o CPC-2015, diferentemente do CPC-1973, passou a dialogar de outra maneira com o microssistema do processo coletivo, seja porque o pressupõe expressamente, seja porque incorporou a esse microssistema novas normas jurídicas. A relação com o microssistema passou a ser mão dupla, em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeta). A eficácia do CPC sobre esse microssistema deixou de ser exclusivamente supletiva, subsidiária ou residual e passou a ser, também, direta." DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo Coletivo. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Book_RMP-70.indb 143 05/06/2019 11:51:05

> microssistema da tutela coletiva. Tais normas deverão ser aplicadas em regime de coordenação com as normas previstas no CPC/15, desde que não conflitem com a lógica e com as próprias normas do microssistema e com a Constituição. Assim, forçoso concluir que o CPC passou a ser aplicável de forma direta aos processos coletivos e não mais de forma subsidiária, supletiva ou residual.

Trata-se de posição mais consentânea com o nosso sistema processual inaugurado com o CPC/15, sendo, portanto, possível sustentar que o microssistema da tutela coletiva deve ser articulado em um diálogo de fontes com a Constituição da República e o CPC/15.[45]

Assim, o CPC deixou de ser fonte meramente residual das questões processuais que não encontravam solução no microssistema, pois passou a ser norma integrante do próprio microssistema. O CPC/73 aplicava-se de forma residual, mas não o CPC/15.

1.2.2. Do Diálogo de Fontes

No sistema processual de tutela coletiva há uma relação de complementariedade entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública que se pode inferir da leitura dos art. 21 da LACP do art. 90 do CDC, denominadas normas de reenvio.

O CDC inseriu o art. 21 na Lei nº 7.347/85 dispondo que "aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor". Por seu turno, o CDC, em seu art. 90, estabelece que se aplicam às ações coletivas nele previstas as disposições da Lei da Ação Civil Pública.

Já o art. 83 do CDC estabelece que "para a defesa dos direitos e interesses protegido por este Código *são admissíveis todas as espécies de ações* capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Tem-se, assim, um sistema de complementaridade entre as disposições processuais do CDC e da LACP sendo aplicáveis no que forem compatíveis as leis que compõem o

[45] "Igualmente, a recodificação empreendida com o CPC/2015 partiu da premissa de que o novo texto processual deveria manter sintonia fina com as diretrizes constitucionais, na linha do moderno entendimento acerca da posição e da função da Constituição como diploma central e orientador do ordenamento jurídico. Assim, o CPC/2015 foi idealizado para a concretização, no plano processual, dos valores constitucionais, apresentando, sob essa perspectiva, função participativa com os microssistemas, mormente para permitir uma ligação mais eficiente entre as diversas leis processuais e as normas constitucionais. Nesse novo paradigma, é estreme de dúvida reconhecer que o microssistema coletivo deve ser articulado em um diálogo de fontes com a Constituição e o CPC/2015. O CPC/2015, ao pressupor a existência de microssistemas, inclusive o do processo coletivo, e ao apresentar-se no sistema com o propósito de servir de ponte entre a Constituição e as demais leis, adere à intertextualidade imanente ao microssistema da tutela coletiva, conferindo-lhe maior coesão e funcionalidade constitucional. Portanto, se o CPC/1973 havia perdido sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, o CPC/2015 não será um mero diploma residual e irá retomar, com bases diversas, a comunicação com o microssistema, mantendo com ele um diálogo de especialidade, coordenação e influência, colocando-o na trilha dos objetivos constitucionais." ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

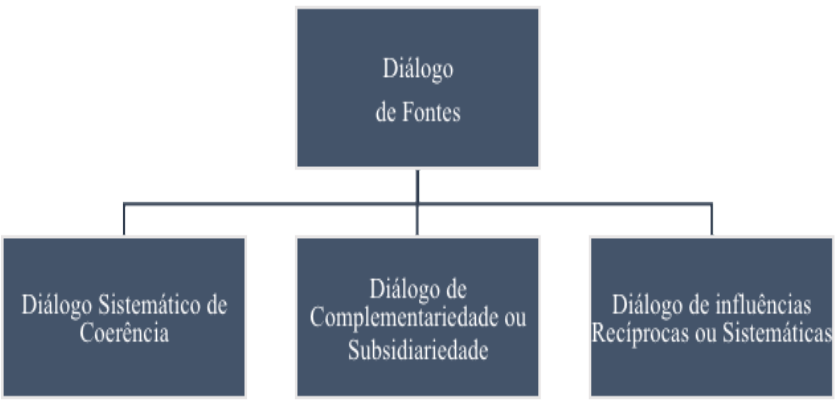
Book_RMP-70.indb 144 05/06/2019 11:51:05

microssistema de tutela coletiva, Constituição da República, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança. Essa multiplicidade de fontes normativas pode resultar na existência de conflitos aparente de normas ou na necessidade de aplicação conjunta de normas, sendo a utilização Diálogo de Fontes a solução que confere maior efetividade ao processo coletivo.

A teoria do diálogo das fontes, desenvolvida por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, propõe que as normas jurídicas, mesmo que pertencentes a ramos jurídicos distintos, não devem se excluir, mas se complementar.

Assim, pelo Diálogo de Fontes, prestigia-se a unidade do ordenamento jurídico, além de conferir maior efetividade ao processo coletivo, pois parte-se da premissa de que as leis não se excluem, mas se complementam, principalmente quando possuem âmbitos de aplicação convergentes.

Segundo Cláudia Lima Marques, são possíveis três os tipos de diálogos a partir de sobredita teoria:



Diálogo sistemático de coerência, onde as normas em análise podem se complementar, sendo assim, uma norma pode servir de base para outra. *O segundo diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade* de antinomias aparentes ou reais, permitindo uma relação complementar entre as leis supostamente conflitantes, buscando-se uma relação de coordenação entre as leis e até mesmo uma complementariedade principiológica, afastando o sistema clássico da revogação ou ab-rogação. *O terceiro diálogo é o das influências recíprocas sistemáticas*, no qual se tem a redefinição do campo de aplicação, através da influência do sistema especial no geral e do geral no especial.[46]

[46] MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRANGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p.34-37

Book_RMP-70.indb 145 05/06/2019 11:51:05

1.3. Do Processo Coletivo

1.3.1. Direito Processual Coletivo como Ramo Autônomo

O Direito Processual Coletivo, como um novo ramo do direito processual, surgiu no Brasil com a Constituição Federal de 1988 e não com a Lei de Ação Civil Pública, porque o sistema era da taxatividade quando foi aprovada e a Constituição da época de 1969 só garantia o acesso à justiça para direito individual.

A Constituição Federal de 1988, no Capítulo II do Título II, erigiu os direitos coletivos à categoria de direitos fundamentais. A Constituição reconheceu como direitos fundamentais a garantia do acesso à justiça, seja para a tutela de direitos individuais, seja para a tutela de direitos ou interesses coletivos em sentido *lato sensu*.

Estabelece, em seu art. 5º, LXXIII, a garantia de ação popular para anular atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa, ao patrimônio histórico e cultural. Tem a previsão do mandado de segurança coletivo, art. 5º, LXX. Consagra, em seu art. 170, a defesa do consumidor e do meio ambiente como princípios da ordem econômica. Estabelece como função institucional do Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, estabelecendo-se o princípio da não taxatividade. Os arts.102, I, *a*, parágrafos 1º e 2º, 103, e 125, parágrafo 2º, trazem disposições sobre o controle concentrado de constitucionalidade, que é objeto do denominado direito processual coletivo especial.

O direito processual coletivo tem um aspecto formal e um aspecto material. O *aspecto formal* do processo coletivo é a sistematização das normas e dos princípios do processo coletivo. Essas normas e princípios estão sistematizados em leis esparsas, gerando o que se chama de *policentrismo do ordenamento jurídico*.

O aspecto material diz respeito à tutela jurisdicional, que pode ser analisada em abstrato ou em concreto. A *tutela jurisdicional em abstrato* é exercida como instrumento potencializado de proteção do Estado Democrático de Direito e tem como finalidade tutelar a higidez do direito objetivo. Aqui, estamos diante do processo coletivo especial. Já a *tutela jurisdicional em concreto* é o instrumento potencializado de efetivação material do Estado Democrático de Direito. Aqui se tutela a higidez do direito subjetivo. Nesse caso, se trabalha com o processo coletivo comum, que são as ações coletivas – ACP, MS, APOp, AIME, AI, HD, HC. Como o objeto é completamente distinto, também não há comunicação entre os dois sistemas.

O processo coletivo, assim, deve ser visto como instrumento de integração democrática, participativa, de cunho técnico-jurídico e político, como vertente metodológica do denominado instrumentalismo substancial.[47]

[47] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Book_RMP-70.indb 146 05/06/2019 11:51:05

1.3.2. Conceito de Processo Coletivo

Para o fim de conceituação do processo coletivo, é preciso fixar como premissa a sua finalidade. O processo coletivo sempre terá como finalidade obter a tutela jurisdicional coletiva de um direito (através da demanda acidentalmente coletiva) ou a tutela jurisdicional de um direito coletivo (através da demanda essencialmente coletiva). Em outras palavras, o objeto do processo coletivo será sempre a tutela da coletividade. É o instrumento para efetivar, no plano jurisdicional, a tutela coletiva. Para identificar, portanto, um processo coletivo é imprescindível verificar se a situação ou relação fática ou jurídica posta em análise é coletiva.

Na doutrina, há certa divergência acerca do correto conceito de processo coletivo e até mesmo de ação coletiva.

Para uma primeira tese doutrinária[48], para que haja um processo coletivo, é imprescindível a propositura de uma ação coletiva através da atuação de um legitimado coletivo, na defesa de um direito transindividual, com a possibilidade do resultado definitivo da demanda (coisa julgada material) repercutir na seara de uma coletividade. Assim, são necessários três elementos para considerar um processo como sendo coletivo: legitimidade para agir, objeto do processo e o regime jurídico da coisa julgada material.

Para uma segunda tese doutrinária, ações coletivas seriam aquelas por meio das quais se defendem direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.[49]

Para uma terceira tese doutrinária, ação coletiva é o instrumento processual colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional, para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo.[50]

Para uma quarta tese doutrinária[51], com a qual nos filiamos, a legitimidade para agir e o regime jurídico da coisa julgada material não são elementos indispensáveis

---

[48] "Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada."GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.16.

[49] WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Apontamentos sobre as ações coletivas. *Revista de Processo*. Vol. 75. p.273.

[50] ALMEIDA Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

[51] "Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas." DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo Coletivo. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. No mesmo sentido, podemos destacar: "… o processo é dito coletivo se a relação jurídica conflituosa (objeto do processo) é coletiva. Por sua vez, pode-se afirmar ser coletiva a relação jurídica se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (grupo é gênero que abrange comunidade, categoria, classe etc.) e se no outro termo a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Em síntese, o processo será coletivo quando presentes o grupo e a situação jurídica coletiva." ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

Book_RMP-70.indb 147 05/06/2019 11:51:05

para qualificar juridicamente o processo como sendo coletivo, pois basta que a situação/relação fática/jurídica conflituosa deduzida em juízo seja coletiva, posto pertencente a uma determinada coletividade.

De fato, este último posicionamento parece ser o mais correto, pois a legitimidade extraordinária e o regime jurídico da coisa julgada do processo coletivo não são exclusivos para o processo coletivo. Processo coletivo, portanto, é aquele cujo objeto é a obtenção da tutela jurisdicional de uma coletividade, seja através da afirmação da existência de uma situação jurídica coletiva ativa (ação coletiva ativa) ou passiva (ação coletiva passiva).

A legitimidade extraordinária não é de aplicação exclusiva aos processos coletivos. Verifica-se, nos processos individuais, através da autorização prevista no ordenamento jurídico (art. 18, CPC) e sendo possível, ainda, a sua estipulação através de negócio jurídico processual (art. 190, CPC). Existem, portanto, tanto a legitimidade extraordinária individual quanto a coletiva. Ademais, existe a possibilidade de legitimidade extraordinária nos processos coletivos proposta pela própria coletividade, sem a necessidade de um representante processual (art. 37 da Lei nº 6001/73).

O regime jurídico da coisa julgada nos processos coletivos possui duas peculiaridades importantes[52]: a) modo de produção condicionado ao resultado da instrução probatória, denominada de coisa julgada *secundum eventus probationis* (arts. 18 da LAP, 16 da LACP e 103, I e II do CDC), quando o objeto for a tutela de direitos coletivos e condicionado ao próprio resultado do processo, denominada de *secundum eventus litis,* quando a tutela for coletiva de direitos (art. 103, III, do CDC). Estes modos de produção da coisa julgada material podem ser aplicados nos processos individuais, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Especial nº 1.414.323/GO[53]; b) a possibilidade do aproveitamento do resultado

[52] A sua sistematização ocorrerá em capítulo próprio.

[53] RECURSO ESPECIAL Nº 1.414.323 - GO (2013/0359210-7) RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES RECORRENTE : ANTÔNIA ALVES MARTINS ADVOGADO : RODRIGO ALVES DA SILVA BARBOSA E OUTRO(S). RECORRIDO: INSS INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. INOBSERVÂNCIA. EXTENSÃO DE DOCUMENTO QUE QUALIFICA O CÔNJUGE COMO RURÍCOLA. IMPOSSIBILIDADE. DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE URBANA DO CONSORTE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO EM NOME PRÓPRIO. TEMA SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-CDO CPC NO JULGAMENTO DO RESP 1.304.479/SP. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto por Antônia Alves Martins, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fl. 163): PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR(A) RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. 1. Para que sirvam como início de prova material do labor rural alegado os documentos apresentados pela parte autora devem ser dotados de integridade probante autorizadora de sua utilização, não se enquadrando em tal situação aqueles documentos que, confeccionados em momento próximo ao ajuizamento da ação ou ao implemento do requisito etário, deixam antever a possibilidade de sua obtenção com a finalidade precípua de servirem como instrumento de prova em ações de índole previdenciária. 2. Os documentos que em regra são admitidos como início de prova material do labor rural alegado passam a ter afastada essa serventia, quando confrontados com outros documentos que ilidem a condição campesina outrora demonstrada. 3. Coisa julgada *secundum eventum litis*, permitindo o ajuizamento de nova demanda pelo segurado na hipótese de alteração das circunstâncias verificadas na causa. Precedentes. 4. Apelação desprovida. A recorrente aduz, além de

Book_RMP-70.indb 148 05/06/2019 11:51:05

do processo na esfera jurídica individual (arts. 18 da LAP, 16 da LACP, 103, I ao III e §3º do CDC), que se denomina regime ou transporte *in utilibus*, porém tal possibilidade não é igualmente exclusiva dos processos civis individuais, pois o art. 506 do CPC permite a possibilidade de terceiros serem beneficiados pelo resultado do processo. Ademais, parte da doutrina, nos casos de substituição processual (legitimidadade extraordinária), sustenta a aplicação deste regime em favor do substituído.[54] Por fim,

---

dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91 e art. 476 do CPC. Argumenta que a atividade rural restou devidamente comprovada pelas testemunhas, que corroboraram a informação contida nos documentos acostados aos autos. Alega a validade das provas que apresentou. Afirma que, não obstante o exercício de atividade urbana por seu cônjuge, sua qualificação de trabalhador rural deve a ela ser estendida. Contrarrazões às fls. 198/203. Decisão que admitiu o recurso especial às fls. 205/209. É o relatório. Passo a decidir. Cuida-se de ação proposta contra o INSS na qual se pretende aposentadoria por idade rural, em razão de labor rurícola sob o regime de economia familiar. O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição, constando da sentença: "No entanto, a consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais de folhas 28/31 em nome da autora e de seu esposo revela que seu esposo trabalhou em diversas empresas desde o ano de 1975 [...] Assim, da análise dos documentos carreados aos autos, entendo que não merece prosperar o pedido inicial, vez que ausentes todos os requisitos legais para comprovação da qualidade rural da autora a qual perdeu sua condição de rural em virtude do exercício de atividade urbana pelo seu esposo em data posterior à prova material produzida". A Corte de origem, em sede de apelação, manteve a sentença de improcedência nos mesmos termos. A questão da extensão da qualificação de trabalhador rural do cônjuge à sua consorte foi submetida à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil pela Primeira Seção no julgamento do REsp 1.304.479/SP (DJe de 19/12/2012). A Primeira Seção analisou as condições para a extensão da prova material em nome de um dos cônjuges para o outro, notadamente quando aquele a que o documento se refere passa a exercer atividade urbana. Adotou-se o entendimento de que nestes casos, em que o consorte que figura no documento como lavrador, mas passa, posteriormente, a laborar em atividade urbana, não é possível estender a prova ao outro cônjuge. Exige-se, nesses casos, que a parte apresente prova material em nome próprio, conforme se verifica neste trecho do acórdão: Assim como é tranquilo nesta Corte Superior o entendimento pela possibilidade da extensão da prova material em nome de um cônjuge ao outro, é também firme a jurisprudência que estabelece a impossibilidade de estender a prova em nome do consorte que passa a exercer trabalho urbano, devendo ser apresentada prova material em nome próprio. Na hipótese, foi juntada aos autos, para comprovar a condição de rurícola, CTPS do cônjuge e certidão de casamento das filhas em que consta o marido como lavrador. No entanto, consta também dos autos, conforme transcrito da sentença, que ele trabalhou em atividades tipicamente urbanas, o que impossibilita, como aclarado acima, a extensão da qualidade de rurícola à autora. Inexistente, portanto, início de prova material apta a comprovar a atividade rural da autora, não sendo possível, a teor da Súmula 149/STJ, a concessão do benefício previdenciário apoiada exclusivamente em prova testemunhal. No mais, a revisão do julgado com a perquirição da existência de provas outras da condição de rurícola da autora esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 23 de outubro de 2014. Ministro BENEDITO GONÇALVES Relator.

[54] O art. 506 do CPC/15 não reproduziu a vedação para o benefício de terceiros que existia no art. 472 do CPC/73. Ademais, podemos citar, ainda como exemplos os seguintes artigos que permitem que um titular de um direito material seja atingido pelo resultado do processo, mesmo que não tenha sido parte formal, quais sejam art. 109, §3º do CPC e art. 274 do CC. No mesmo sentido, mas referindo-se especificamente aos casos de substituição processual, podemos citar: "Muitas vezes a lei reconhece que o próprio titular da relação jurídica de direito material pode não estar em condições de concretamente exercer a sua postulação ou defesa em juízo. Nesses casos, confere a algum outro sujeito a legitimação extraordinária para figurar como sujeito do processo em que a demanda vai ser objeto de exame. São os casos de substituição processual. Se a garantia do contraditório efetivo significa que ninguém pode ser atingido por uma decisão desfavorável na sua esfera de interesses sem ter tido a mais ampla e concreta possibilidade de influir eficazmente na decisão, não podem mais ser toleradas hipóteses de legitimação extraordinária exclusiva, ou seja, que confiram unicamente ao substituto a defesa do interesse do substituído, como ocorria, por exemplo no regime dotal (Código Civil, art. 289, inciso III), em que apenas o marido podia propor as ações judiciais em defesa do dote da mulher. Também é incompatível com aquela garantia a subordinação do substituído à imutabilidade da coisa julgada decorrente da ação proposta pelo substituto sem a sua participação. A legitimação extraordinária visa a assegurar o direito de acesso à Justiça a quem, sem mandato, o poder de pôr a perder um direito alheio pela propositura de ação

Book_RMP-70.indb 149 05/06/2019 11:51:05

vale ressaltar que, como será adiante apresentado, o microssistema das questões repetitivas é um dos modelos de tutela coletiva em nosso ordenamento, mas não gera coisa julgada material, tão somente tese jurídica com eficácia vinculante (arts. 927, III, 985 e 1040 do CPC).

Assim, forçoso concluir que duas das três características apresentadas como sendo essenciais para um processo ser coletivo não lhe são exclusivas, portanto, não podem compor o seu conceito.

O processo coletivo, conforme o conceito *supra*, não se confunde com ação coletiva e tutela coletiva. A ação coletiva nada mais é do que o instrumento jurídico utilizado para provocar o exercício da tutela jurisdicional coletiva. A tutela coletiva (tutela de direito coletivo), por sua vez, é a proteção do direito material essencialmente coletivo (direito difuso ou coletivo em sentido estrito). Quando deduzido em juízo, será tutela jurisdicional coletiva. A tutela coletiva de direitos, por fim, é a proteção do direito material acidentalmente coletivo (direito individual homogêneo). Portanto, não há como confundir os conceitos de ação, processo e tutela coletiva.

Impossível, assim, negar a existência de um processo coletivo e de um ramo específico de processo civil, qual seja, direito processual coletivo. Trata-se de "novo" ramo do direito processual. Há, então, a bem da verdade, uma tricotomia do direito processual: a) direito processual penal; b) direito processual civil; e c) direito processual coletivo.[55]

O Direito Processual Coletivo possui dois objetos: a) objeto formal; b) objeto material.[56]

O objeto formal constitui-se no conjunto de princípios e regras processuais que disciplinam a ação coletiva, o processo coletivo, a defesa no processo coletivo, a jurisdição coletiva e a coisa julgada coletiva.

O objeto material compõe-se da tutela de direito coletivo em sentido amplo e da tutela de interesse coletivo objetivo legítimo, também em sentido amplo. Diante do objeto material do processo coletivo, é factível afirmar a bipartição entre processo coletivo comum e processo coletivo especial.

1.3.3. Tipos de Processo Coletivo: Comum e Especial

A) Processo Coletivo Comum

O direito processual coletivo comum tem por objetivo disciplinar a tutela dos interesses *supra* ou metaindividuas, assim compreendidos, como uma terceira categoria

cujo resultado seja desfavorável ao interesse do substituído. Nesse caso, apesar de toda a resistência da doutrina, a coisa julgada se formará *secundum eventus litis*, isto é, apenas *in utilibus*." GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

[55] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

[56] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

Book_RMP-70.indb 150 05/06/2019 11:51:06

de interesses, não sendo públicos nem privados. Os interesses metaindividuais, também conhecidos como transindividuais ou interesses coletivos, em sentido lato, encontram-se em posição intermediária entre o interesse público e privado e são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas.

A tutela dos direitos coletivos *lato sensu* tem feição estrutural no CDC. Denominam-se direitos coletivos *lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.

De acordo com o art. 81 do CDC, *Interesses ou Direitos Difusos* são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. *Direitos ou interesses coletivos* são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. *Interesses ou direitos homogêneos* são aqueles decorrentes de origem comum.

O processo coletivo comum é composto pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85); Lei de Ação Popular (Lei nº 4717/65); do Mandado de Segurança Coletivo (Lei nº 12016/09); Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92); Lei do *Habeas Data* (Lei nº 9507/97); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90); Estatuto do Idoso (Lei nº 10741/03); Estatuto da Cidade (Lei nº 10257/01); Anticorrupção (Lei nº 12846/13); Mandado de Injunção Coletivo (Lei nº 13300/15); entre outras.

Na clássica divisão de Barbosa Moreira, os interesses metaindividuais se subdividem em dois grandes grupos, os naturalmente ou essencialmente coletivos e os acidentalmente coletivos, sendo que os primeiros caracterizam-se pela indivisibilidade do objeto, são os chamados interesses (direitos) difusos e os interesses (direitos) coletivos em sentido estrito. Já os acidentalmente coletivos se caracterizam pela divisibilidade do objeto, são os chamados interesses (direitos) individuais homogêneos. A análise das características destes direitos transindividuais ocorrerá em capítulo específico.

Podemos concluir, portanto, que o objeto do processo coletivo comum é a tutela jurisdicional da higidez do direito material subjetivo transindividual, ou seja, o objeto material é a tutela de direito coletivo lesionado ou ameaçado de lesão em decorrência de um ou vários conflitos coletivos surgidos no plano da concretude.[57]

B) Processo Coletivo Especial

O direito processual coletivo especial tem por objeto manter um sistema de constitucionalidade coeso. O objeto deste tipo de processo coletivo é a tutela jurisdicional da higidez do direito objetivo. Em outras palavras, o objeto material é o controle abstrato de constitucionalidade, onde também são tutelados interesses coletivos em sentido amplo, mais precisamente o que aqui se denomina interesse

[57] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

Book_RMP-70.indb 151 05/06/2019 11:51:06

coletivo objetivo legítimo na congruência do sistema jurídico em vista dos ditames estabelecidos na Constituição Federal.[58]

São as ações objetivas de controle de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

1.3.4. Modelos de Tutela Coletiva: Ações Coletivas e o Julgamento de Questões Repetitivas

Em nosso ordenamento, mormente após o advento do CPC/15, podemos afirmar, com segurança, que houve a inserção de dois microssistemas dentro da codificação: a) microssistema da resolução de questões repetitivas (art. 928); b) microssistema da teoria dos precedentes (art. 926). A regulamentação da resolução das questões repetitivas e a das ações coletivas possuem sistemática procedimental diversa, mas são complementares e dialogam entre si. A existência destes microssistemas gera repercussões para o estudo da tutela coletiva, pois passamos a contar, a partir de então, com dois modelos: a) modelo das ações coletivas; b) modelo do julgamento/resolução das questões repetitivas.[59]

---

[58] "A utilização da denominação interesse coletivo legítimo, aqui empregada, leva em consideração as peculiaridades do controle concentrado da constitucionalidade, onde não há a tutela dos direitos subjetivos, sejam individuais, sejam coletivos. Como é cediço, no controle concentrado (ou em abstrato) da constitucionalidade, o processo é do tipo objetivo, tendo em vista que o controle da constitucionalidade se dá no plano abstrato. Assim, a tutela formada por um legitimado ativo por meio de, *v.g.*, uma ação direta de inconstitucionalidade, traz em si a busca de proteção a interesse coletivo objetivo legítimo na manutenção da congruência do sistema jurídico, que tem como seu alicerce a Constituição."ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

[59] "Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, será acrescida ao ordenamento jurídico brasileiro a previsão de um processo incidente para corroborar a solução coletiva de conflitos, somando-se às ações coletivas e aos meios extrajudiciais de solução de conflitos coletivos. Ter-se-á, portanto, desejado sistema pluralista, porque, em primeiro lugar, nem sempre se está diante de uma ação coletiva, independente das razões para o seu não ajuizamento. Por outro lado, a realidade demonstra que nem sempre as ações coletivas ajuizadas foram capazes de conter uma grande quantidade de litígios, tendo em vista, por exemplo, a limitação do próprio pedido ou a legitimidade do autor. Do mesmo modo, a questão comum poderá advir não de direitos individuais homogêneos propriamente ditos, mas de pretensões variadas. Nesse sentido, o incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas possuem sistemática procedimental

Book_RMP-70.indb 152 05/06/2019 11:51:06

O modelo das ações coletivas é o modelo clássico que vem sendo objeto de estudo e regulamentação há tempos e que visa, em seu panorama regra, à tutela da higidez do direito material subjetivo transindividual (processo coletivo comum). Fazem parte deste microssistema, como já visto, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o *habeas data* coletivo, o mandado de injunção coletivo etc.

O modelo do julgamento das questões repetitivas, por sua vez, é em que se busca a fixação de uma tese jurídica com o fim de uniformizar a aplicação de uma questão de direito (material ou processual) com eficácia vinculante[60]. É, a bem da verdade, uma técnica de julgamento de litígios agregados com o fim de evitar a dispersão de precedentes e, com isso, proteger a isonomia e a segurança jurídica. Fazem parte deste microssistema o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (art. 976, CPC) e os recursos excepcionais repetitivos (art. 1036, CPC). Estas questões repetitivas, como o próprio nome faz supor, precisam estar em curso perante o Poder Judiciário e podem ter sido ventiladas tanto no primeiro grau quanto nos tribunais, bem como em demandas individuais ou coletivas. Em rigor, a existência de demanda coletiva em curso não configura pressuposto processual negativo para a ocorrência de julgamento das questões repetitivas, apesar de a finalidade da demanda coletiva ser a molecularização dos litígios.

Impende salientar que, ao contrário do que pode ocorrer no modelo da tutela coletiva através das ações coletivas, na resolução das questões repetitivas, não há matéria de fato a ser objeto da tese jurídica. Em outras palavras, o modelo da resolução das questões repetitivas não admite questões de fato, mas unicamente de direito, apesar da severa dificuldade, como bem apontada pela doutrina, para divisar o que é, no caso concreto, questão de fato e de direito.[61]

Nada obstante, quando for a hipótese de aplicação, inaplicação, superação ou distinção, imprescindível para o aplicador/intérprete analisar (cotejo analítico) as circunstâncias de fato do precedente e as circunstâncias de fato para o caso no qual será utilizado. Trata-se de regra natural para utilização de um precedente ao caso concreto futuro posto em análise (fatos relevantes para a solução jurídica).

---

diversa, mas um caráter complementar e de apoio, precipuamente se relacionado à economia processual e ao princípio da igualdade." MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Ações Coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. *In*: *Processo Coletivo*. Coordenador: ZANETI JR., Hermes. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 8. Coordenador geral: DIDIER JR., Fredie.

[60] Não são aplicáveis as restrições legais existentes para o modelo das ações coletivas como por exemplo o art. 1º, p.u. da LACP.

[61] "A limitação do objeto do IRDR às questões 'unicamente de direito' foi infeliz, sobretudo pela dificuldade, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, na definição de questão de fato ou questão de direito. Aqui deveria o código ter optado pela admissão das pretensões isomórficas (questões de direito que possuem elementos de fato ou de direito comuns), tal como comumente adotado no direito comparado. Isso porque o texto não se confunde com a norma e esta é o resultado da interpretação (os fatos contribuem para a reconstrução do ordenamento jurídico, quando da interpretação operativa)." ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017. No mesmo sentido, CABRAL, Antonio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *In*: CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Book_RMP-70.indb 153 05/06/2019 11:51:06

Por fim, vale dizer que os casos (questões) repetitivos(as) podem conter objeto litigioso comum/semelhante (litígios homogêneos) ou objeto litigioso que não seja semelhante, mas com questão de direito comum (litígios heterogêneos).

1.3.4.1. Processo-Piloto e Processo-Modelo

Na técnica de julgamento de questões repetitivas, existem dois modelos aplicáveis: a) processo-piloto; b) processo-modelo.

No modelo do processo-piloto, o julgamento das questões repetitivas importará na fixação da tese jurídica que será aplicável aos demais casos concretos, bem como a resolução de um ou mais casos afetados/selecionados para o julgamento. Haverá, portanto, a resolução do caso concreto e a fixação da tese jurídica. Para fins de aplicação deste modelo, é imprescindível a existência de uma relação jurídica processual pendente (processo em primeiro grau, recurso, reexame necessário ou causa da competência originária do tribunal).

No processo-modelo, ao contrário, o julgamento das questões repetitivas ensejará somente a fixação da tese jurídica sem a resolução de um caso concreto. O órgão jurisdicional será provocado somente para fixar a correta interpretação/aplicação da questão de direito que será replicada, pois é um precedente (tese jurídica fixada), para os demais casos concretos pendentes e futuros. Tanto isso é verdade que o abandono do incidente de julgamento das questões repetitivas não ensejará óbice para a fixação da tese jurídica, conforme se verifica da análise dos arts. 998, p.u., 976, §1º e 1040, §§ 1º e 2º, CPC. Assim, a fixação da tese jurídica independe da resolução do caso concreto. O CPC/15 adotou, como regra geral, o processo-modelo, mas há excepcionalmente hipóteses nas quais será possível verificar a aplicação do processo-piloto. Tal fato leva alguns autores a afirmarem que o nosso ordenamento jurídico adotou uma posição mista, por ser possível a adoção dos dois modelos.[62]

1.3.5. Características do Modelo dos Processos de Questões Repetitivas

Neste tópico serão apresentadas, de forma sistematizada, as características do modelo dos processos de questões repetitivas[63].

---

[62] "Podemos sintetizar, esclarecendo que, no processo-modelo (também chamado de causa-modelo), há somente uma tese, não nenhum caso a ser julgado; já, no processo-piloto (causa-piloto), temos, além da tese, o julgamento simultâneo de um caso concreto. O Brasil adotou posição mista no julgamento dos casos repetitivos, utilizando para isto o julgamento de um processo-piloto como regra, conforme afere-se no art. 98, par. Único, somado ao art. 1040, III, e o julgamento de um processo-modelo, no caso de desistência do recurso afetado (art. 976, §1º). Nesta hipótese de desistência o tribunal poderá, ainda, afetar novos recursos para julgamento." ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017. No mesmo sentido, podemos citar: "A causa-piloto caracteriza-se por uma unidade de processo e julgamento, pelo qual o órgão decisor conhece e julga não apenas a questão comum, mas também todas as demais questões, resolvendo o caso por completo." CABRAL, Antônio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *In*: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (Coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense 2016.

[63] Usamos como roteiro o quadro sinótico existente no brilhante artigo de ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos:

Book_RMP-70.indb 154 05/06/2019 11:51:06

A) Quanto ao Tipo de Tutela Aplicável

Aplica-se o regime *opt in*, ou seja, todos que forem partes em processos (individuais ou coletivos) que versarem sobre a mesma questão de direito objeto do IRDR ou dos Recursos Repetitivos serão atingidos pela tese jurídica que for criada. Haverá aplicação da tese jurídica qualquer que seja o resultado prático (benéfico ou prejudicial).

B) Quanto ao Pressuposto Objetivo para Verificação do Modelo

O pressuposto inafastável é a existência de alguma relação jurídica de direito processual pendente. Nos casos do IRDR, a demanda poderá estar pendente em qualquer etapa procedimental e deverá o requerente do incidente demonstrar o risco à isonomia e à segurança jurídica, ou seja, risco de dispersão de precedentes (art. 976, CPC). Nos casos dos Recursos Repetitivos, será imprescindível a pendência de recurso excepcional versando sobre a mesma questão de direito (art. 1036, CPC).

C) Quanto ao Pressuposto Processual Negativo, Obstativo ou Impeditivo

Existem duas situações jurídicas ensejadoras de óbice para a utilização deste tipo de modelo: 1) existência de recurso afetado por Tribunal Superior que verse sobre a mesma questão de direito objeto do instrumento (arts. 976, §4º e 1030, III, CPC); 2) já ter ocorrido o julgamento com a fixação da tese jurídica sobre a mesma questão de direito e não ser caso de revisão da tese.

D) Quanto à Aplicabilidade da Causa-Modelo ou da Causa-Piloto

Como regra, aplica-se a causa-piloto, com a instauração do IRDR ou a afetação do recurso (arts. 978, p.u. e 1036, §§ 1º e 5º, CPC) e, em casos excepcionais previstos no ordenamento jurídico, a causa-modelo (arts. 976, §1º, 998, p.u. e 1040, §§ 1º e 2º, CPC).

E) Quanto ao Órgão Jurisdicional que Exerce a Admissibilidade e o Órgão Julgador

O órgão jurisdicional competente para o exercício do juízo de admissibilidade, no caso do IRDR, é o próprio órgão colegiado (indicado pelo regimento interno do próprio tribunal) responsável pela fixação da tese jurídica, enquanto que, no caso dos Recursos Repetitivos, a admissibilidade será realizada pelo Relator no Tribunal Superior, enquanto que o julgamento será realizado pelo órgão colegiado.

F) Quanto à Possibilidade de Suspensão dos Processos Individuais e Coletivos Pendentes

É da essência do próprio modelo de tutela coletiva a suspensão dos processos individuais e coletivos para prevenir a ocorrência de dispersão de precedentes. No caso

---

modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

Book_RMP-70.indb 155 05/06/2019 11:51:06

do IRDR, a simples admissibilidade do incidente acarreta a suspensão, conforme art. 982, I, CPC, enquanto que, no procedimento dos recursos repetitivos, mera afetação acarretará tal consequência (art. 1037, §1º, CPC). Os processos ficarão suspensos por, no máximo, um ano, podendo ser prorrogável por decisão expressa, no caso do IRDR (arts. 980, p.u. e 1037, §4º, CPC). Existe a possibilidade de suspensão nacional de todos os processos que versam sobre a mesma questão de direito. No caso do IRDR, será requerido na forma do art. 982, §3º, CPC, enquanto que, no caso de recurso repetitivo será determinado pelo relator, conforme art. 1037, *caput* e II, CPC.

G) Quanto aos Legitimados Ativos

No que tange à legitimidade ativa para gerar a aplicação deste modelo de tutela coletiva, vale diferenciar o IRDR do recurso repetitivo. No primeiro caso, os legitimados serão o juiz, o relator, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública (art. 977, CPC). No segundo caso, o presidente ou vice do tribunal de origem (TJ ou TRF).

H) Quanto à Possibilidade de Assunção da Condução do Processo

Caso ocorra desistência ou abandono do processo instaurado através deste modelo, não haverá óbice para a análise do mérito, quando será aplicada a causa-modelo (arts. 976, §1º, 998, p.u. e 1040, §§1º e 2º, CPC). Nos casos do IRDR, o Ministério Público poderá assumir a condução do incidente (art. 976, §2º, CPC).

I) Quanto à Necessidade da Intervenção do Ministério Público

Haverá intervenção obrigatória como *custus iuris*, quando já não for parte, conforme arts. 983 e 1038, III, CPC.

J) Quanto à Aplicabilidade da Limitação Territorial da Eficácia

No caso do IRDR, haverá limitação territorial, conforme o âmbito de abrangência da competência do órgão prolator, podendo ser o Estado (no caso de Tribunal de Justiça) ou uma Região (no caso do Tribunal Regional Federal). No caso dos recursos repetitivos, a abrangência será nacional, pois os Tribunais Superiores exercem as suas funções jurisdicionais em âmbito nacional.

K) Quanto à Eficácia Vinculante do Resultado

Haverá eficácia vinculante aos casos concretos pendentes (suspensos) e futuros, salvo quando houver revisão da tese. A tese jurídica fixada, portanto, será aplicável de forma obrigatória aos demais casos que ostentam a possibilidade fática e jurídica de extensão da *ratio decidendi*, conforme arts. 927, III; 985 e 1040, III, CPC.

Book_RMP-70.indb 156 05/06/2019 11:51:06

L) Quanto ao Regime Jurídico da Coisa Julgada Material

A bem da verdade, a fixação de uma tese jurídica com eficácia vinculante não se confunde com coisa julgada material. A tese jurídica não gera coisa julgada material, mas sim a aplicabilidade obrigatória aos casos concretos pendentes e futuros que sejam semelhantes. Nada obstante, a estabilização da tese jurídica decorre de um processo natural, mas não incide sobre ela o viés da imutabilidade, pois, desde que presentes os seus requisitos, poderá ocorrer a revisão da tese. A coisa julgada material será verificada no âmbito do processo suspenso (individual ou coletivo) no qual foi aplicada a tese jurídica, mas não guarda relação direta e exata com a criação da tese.

1.3.6. Características do Modelo das Ações Coletivas

Neste tópico, serão apresentadas, de forma sistematizada, as características do modelo clássico das ações coletivas.

A) Quanto ao Tipo de Tutela Aplicável

Neste modelo, existe a possibilidade dos autores das ações individuais, que estão pendentes no mesmo momento processual que a ação coletiva, exercerem, desde que sejam formalmente cientificados no bojo das suas demandas individuais (sistema do *fair notice)*, o direito de optarem pela inclusão (*right to opt in*) ou autoexclusão (*right to opt out)* do âmbito de repercussão do resultado do processo coletivo.

O legislador, de forma expressa, afastou a possibilidade de reconhecimento da litispendência entre uma ação coletiva e uma ação individual e permitiu, por via de consequência, que tenham curso simultâneo. Entretanto, fixou a necessidade da intimação dos autores das demandas individuais para que, no prazo decadencial de 30 dias, escolham se vão prosseguir com as suas demandas individuais (*right to opt out* – autoexclusão) ou se vão suspender o curso dessas demandas (*right to opt in* – inclusão no regime *in utilibus)*, conforme preconiza o art. 104, CDC.

Regime diverso existe na regulamentação do mandado de segurança (relação entre o individual e o coletivo), conforme art. 22, §1º, LMS e do mandado de injunção (relação entre o individual e o coletivo), conforme art. 13, p.u., LMI. Nestes casos, o legislador exigiu a desistência da impetração dos mandados de segurança e injunção individuais.

De qualquer forma, caso o autor individual opte pelo prosseguimento da sua demanda, não será atingido pelo resultado do processo coletivo, ainda que seja benéfico. Por outro lado, caso opte pela suspensão (ou desistência) será atingido somente pelo resultado benéfico do processo coletivo (regime jurídico *in utilibus)*.

Book_RMP-70.indb 157 05/06/2019 11:51:06

Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça[64], mediante a aplicação do regime dos recursos repetitivos, ainda sob a égide do CPC/73, fixou entendimento no sentido da possibilidade do juízo da ação coletiva determinar, *ex officio*, a suspensão de todas as ações individuais, pois há entre elas uma relação de prejudicialidade.

Por fim, impende destacar que, na hipótese de não existir demanda individual proposta por um dos membros da coletividade, haverá repercussão em sua esfera jurídica individual somente do resultado benéfico (art. 103, §3º, CDC). Caso o resultado do processo coletivo seja improcedência, não servirá de óbice para eventual propositura de ação individual (art. 103, §§ 1º e 2º, CDC).

B) Quanto ao Pressuposto Objetivo para Verificação do Modelo

Para fins de aplicação deste modelo clássico de ação coletiva, basta a existência de uma situação fática/jurídica coletiva. A rigor, apesar da controvérsia doutrinária acerca do conceito de ação coletiva, que será enfrentado no próximo tema, trata-se de elemento imprescindível para a existência de processo coletivo.

C) Quanto ao Pressuposto Processual Negativo, Obstativo ou Impeditivo

Neste item, aplicar-se-ão todos os pressupostos processuais impeditivos, obstativos ou negativos que já são verificados nos processos individuais e que versam sobre a originalidade da demanda (art.485, V, CPC). A bem da verdade, o pressuposto mais adequado para este propósito será a existência de coisa julgada material sobre o tema. A perempção dificilmente, apesar de juridicamente possível, será verificada em processos coletivos, pois a solução jurídica decorrente da verificação de abandono da demanda é a sucessão processual através da assunção do processo ou da legitimidade, conforme preconizam os arts. 5, §3º, LACP e 9º, LAP.

D) Quanto à Aplicabilidade da Causa-Modelo ou da Causa-Piloto

Para fins de utilização deste modelo de tutela coletiva, não há que se falar em causa-piloto e causa-modelo.

---

[64] RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e §1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8.5.2008). 3. Recurso Especial improvido. (STJ – REsp nº 1110549/RS 2009/0007009-2, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 28/10/2009, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: – DJe 14/12/2009)

Book_RMP-70.indb 158 05/06/2019 11:51:06

E) Quanto ao Órgão Jurisdicional que Exerce a Admissibilidade e o Órgão Julgador

A admissibilidade e o julgamento da ação coletiva serão realizados pelo órgão jurisdicional com competência para a matéria, desde que observadas as regras inerentes. Vale mencionar que, no âmbito da tutela coletiva cível, não existe foro por prerrogativa de função.

F) Quanto à Possibilidade de Suspensão dos Processos Individuais e Coletivos Pendentes

Considerando o sistema do *fair notice* e *right to opt* e do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da relação de prejudicialidade entre as demandas individuais e coletivas, conforme visto na letra A, é possível que uma ação coletiva gere a suspensão de uma demanda individual.

As demandas coletivas também são destinatárias da suspensão dos processos decorrente do IRDR e do sistema dos recursos repetitivos, tal como as demandas individuais.

As demandas coletivas não configuram óbice para a realização do IRDR e dos recursos repetitivos, entretanto, é recomendável que sejam as causas afetadas para tal desiderato.

G) Quanto aos Legitimados Ativos

A legitimação coletiva ativa é extraordinária concorrente e disjuntiva, como regra, e será verificada no caso concreto a depender do tipo de demanda coletiva que foi proposta, bem como a situação coletiva deduzida. Em suma, as demandas coletivas poderão ser propostas, conforme a hipótese, por órgãos públicos (Ministério Público, Defensoria Pública e Fazenda Pública), por pessoa física (cidadão, nos casos da Ação Popular), por entidades do setor privado (associações civis, sindicatos, entidades associativas, partidos políticos e estatais) e pela própria comunidade (art. 37 da Lei nº 6001/73).

H) Quanto à Possibilidade de Assunção da Condução do Processo

Há previsão expressa no microssistema da tutela coletiva para a assunção da condução do processo tanto na fase de conhecimento quanto na fase de cumprimento de sentença (arts. 5º, §3º e 15 da LACP e 9º, 16 e 17 da LAP).

I) Quanto à Necessidade da Intervenção do Ministério Público

Nas demandas em que não figura como órgão agente, haverá a obrigatória intimação e intervenção do Ministério Público para atuar como *custus iuris* (art. 5º, §1º da LACP; art. 12 da LMS; art. 6º, §4º da LAP e art. 17, §4º da LIA entre outras).

Book_RMP-70.indb 159 05/06/2019 11:51:06

J) Quanto à Aplicabilidade da Limitação Territorial da Eficácia

Conforme redação dos arts. 16 da LACP e 2º-A da Lei nº 9494/97, a sentença de procedência nos processos coletivos terá eficácia *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão. Esta limitação territorial, que ainda encontra-se em vigor, sofre severas críticas doutrinárias por violar o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e fomentar a possibilidade de decisões judiciais conflitantes.

Tal limitação territorial não pode ser aplicada nas demandas coletivas de consumo, pois o art. 103, CDC não traz qualquer previsão neste sentido.

Apesar da vigência desta limitação territorial, o Superior Tribunal de Justiça vem afastando a sua aplicabilidade, inclusive com precedente vinculante extraído do regime jurídico dos recursos repetitivos ainda sob a égide do CPC/73.[65]

K) Quanto à Eficácia Vinculante do Resultado

As decisões proferidas em sede de processo coletivo podem gerar, nos casos de procedência, repercussão prática e direta na esfera jurídica individual (vítimas e sucessores do evento danoso), permitindo a realização, no plano individual, de liquidação e execução da sentença (transporte *in utilibus*), conforme arts. 95, 97 ao 100 e 103, §3º, CDC.

---

[65] Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança. Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido. – A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogênios surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. – A distinção, defendida inicialmente por *Liebman*, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada àquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. – O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 411529 SP 2002/0014785-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/06/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: – DJe 05/08/2008)
DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474,CPC e 93 e 103, CDC).1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei nº 9.494/97.2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (STJ - REsp: nº 1243887 PR 2011/0053415-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/10/2011, CE – CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 12/12/2011)

Book_RMP-70.indb 160 05/06/2019 11:51:06

Apesar da aplicabilidade do regime jurídico *in utilibus*, não há que se falar em existência de precedente com eficácia vinculante da decisão. Como regra geral, o precedente criado no processo coletivo ostentará somente eficácia persuasiva, mas, caso estejam presentes todos os pressupostos (arts. 489, §1º, V e V, 926 e 927, CPC), poderá ter, eventualmente, eficácia vinculante.

L) Quanto ao Regime Jurídico da Coisa Julgada Material

O regime jurídico da coisa julgada material nos processos coletivos ostenta peculiaridades diante do regramento dos processos individuais. No plano objetivo (modo de produção da coisa julgada) são identificáveis os seguintes modos de produção da imutabilidade: a) incondicionado (*pro et contra)*; b) condicionado (*secundum eventus litis et vel probationis)*. No plano subjetivo (repercussão do resultado do processo), são identificáveis as seguintes eficácias subjetivas: a) *inter partes (res inter alios acta);* b) *erga omnes;* c) *ultra partes*.

No plano objetivo, como regra geral, aplica-se o regime jurídico condicionado da imutabilidade. A coisa julgada material, portanto, pode ser condicionada ao resultado da própria demanda, nos casos dos direitos individuais homogêneos, conforme se denota na redação do art. 103, III, CDC, chamada de *secundum eventus litis* ou pode ser condicionada ao resultado da instrução probatória, nos casos dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, conforme art. 103, I e II, CDC, art. 18, LAP e art. 16, LACP, chamada de *secundum eventus probationis*.

Somente haverá coisa julgada material a impedir a repropositura das demandas coletivas pelo mesmo ou por outro legitimado se o resultado for improcedência pura (sem o designativo "por falta de provas") ou procedência. Para a esfera jurídica individual, o resultado negativo da demanda coletiva não servirá de óbice para a propositura ou prosseguimento da demanda individual (art. 103, §1º, CDC), salvo se o indivíduo tiver participado do processo coletivo como interveniente (arts. 94 c/c 103, §2º, CDC e art. 18, p.u., CPC).

No plano subjetivo, conforme o direito material coletivo tutelado, haverá eficácia subjetiva diversa. Nos casos de direito coletivo em sentido estrito, aplicar-se-á a eficácia *ultra partes* (arts. 81, p.u., II c/c 103, II, CDC), enquanto que nos casos de direitos difusos e individuais homogêneos será aplicável a eficácia *erga omnes* (arts. 81, p.u., I e III c/c 103, I e III, CDC). Será aplicável, também, por óbvio, entre as partes formais da demanda coletiva a eficácia *inter partes*.

Por fim, vale mencionar que o resultado do processo coletivo, salvo quando ocorrer intervenção individual, somente atingirá a esfera jurídica individual para beneficiá-la, jamais para prejudicá-la.

1.4. Conceito de Ação: ação meramente individual; ação individual com efeitos coletivos, ação pseudoindividual, ação pseudocoletiva e ação (essencialmente) coletiva.

Book_RMP-70.indb 161 05/06/2019 11:51:06

1.4.1. Ação Meramente Individual

Ação meramente individual é aquela que tutela interesse individual com repercussão exclusivamente individual. Por exemplo, ação de cobrança entre credor e devedor. O CPC de 73 estabelecia, no art. 472, que a sentença fazia coisa julga entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Assim, o resultado de um processo individual tinha eficácia *inter partes*, ressalvando-se as causas relativas ao estado de pessoa em que a sentença produzia efeitos em relação a terceiros se citados.

O CPC/2015, no art. 506, estabelece que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros". Assim, pode se ter uma ação meramente individual, que, apesar de não prejudicar terceiros, pode beneficiar, portanto, autoriza o dispositivo e autoriza a utilização do regime jurídico *in utilibus*. O transporte *in utilibus* é uma forma de ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, permitindo que indivíduos que não integraram a relação jurídica processual venham a se beneficiar do resultado do processo.

De toda forma, na essência, ação meramente individual é aquela que tutela interesse individual com resultado na esfera jurídica das partes, sem repercussão no seio da coletividade.

1.4.2. Ação Individual com Efeitos Coletivos

Na denominada ação individual com efeitos coletivos[66], há uma demanda individual, porém, em virtude do pedido formulado, os efeitos da sentença atingem a coletividade. Um exemplo deste tipo de demanda é a denominada ação de dano infecto proposta com lastro no direito de vizinhança[67]. O resultado da demanda, sujeito à eficácia subjetiva da coisa julgada material, operar-se-á *inter partes*, porém, reflexamente atingirá todos circunscritos nos arredores.

Em verdade, na situação apresentada, haverá uma ação meramente individual com o fim de apreciar um direito meramente individual (puro), mas, por estar conectado

[66] "Ação ajuizada como sendo individual, mas na verdade, em função do pedido, os efeitos da sentença podem acabar atingindo a coletividade. Assim se um indivíduo, invocando seu direito subjetivo, afirma ter direito a uma prótese importada, que está excluída do seu plano de saúde, pedindo a revisão de uma cláusula contratual, de duas uma: ou o juiz só determina que a prótese lhe seja fornecida, e estará tratando a ação como individual; ou determina que a cláusula contratual seja revista, para beneficiar a todos, tratando o pedido individual como tendo efeitos coletivos. Neste segundo caso, teremos uma ação individual com efeitos coletivos". Texto extraído do Relatório de Pesquisa da FGV e CEBEPEJ http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judializacao_da_saude.pdf com o objetivo de avaliar a prestação jurisdicional individual e coletiva a partir da judicialização da saúde.

[67] Na doutrina, há outros exemplos: "Os exemplos são variados: Um cadeirante que ingressa com ação judicial para obrigar a Municipalidade a oferecer, num determinado trajeto, veículo com as especificidades necessárias ao seu transporte; um morador que, incomodado com o transtorno que uma feira livre lhe causa, ingressa com ação judicial para proibir sua realização; um sujeito que, inconformado com uma propaganda enganosa, que fere a sua inteligência e boa-fé, ingressa com ação judicial para retirá-la dos meios de comunicação; um sujeito que, entendendo que determinada intervenção em monumentos mantidos em praças públicas viola o seu direito a apreciar o patrimônio histórico e cultural, ingressa com ação para proibir tal conduta; um ouvinte de rádio que ingressa com ação para retirar a 'Voz do Brasil'da programação com o argumento que tem o direito de ouvir músicas e informações no tempo que dura o programa oficial." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*. Volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

Book_RMP-70.indb 162 05/06/2019 11:51:06

a uma circunstância de fato geradora de direito ou interesse transindividual (difuso), gera benefícios para a coletividade titular do direito.[68]

O benefício referido ocorre no âmbito dos fatos, pois o indivíduo não pode, no plano jurisdicional, tutelar um direito transindividual, ou seja, tal direito não pode ser objeto de uma demanda individual. Inegável, porém, que o resultado da demanda repercutirá no seio da coletividade, mormente nos casos de procedência do pedido formulado, mas os membros desta coletividade não poderão realizar o transporte *in utilibus* da sentença, por se tratar de processo individual.

Não se trata de um indivíduo apropriando-se individualmente de um interesse transindividual, pois isso não é juridicamente possível, na medida em que tais interesses são indivisíveis. No entanto, factível sustentar que os interesses transindividuais podem apresentar uma dimensão no plano individual. Como no exemplo citado acima, o morador tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (dimensão coletiva do direito transindividual) e à observância do direito de vizinhança (dimensão individual do direito transindividual).[69]

Em casos assim, há, a rigor, a proteção de um direito transindividual como decorrência do exercício e o acolhimento de uma pretensão individual.

Caso o magistrado verifique a potencialidade, apesar de a narrativa ser meramente individual, do resultado da demanda repercutir na seara da coletividade, deverá notificar os legitimados coletivos dando-lhes ciência para a adoção das medidas pertinentes. Tal notificação não poderia estar lastreada no art. 139, X, CPC, posto aplicável quando existirem demandas repetitivas sobre o mesmo tema. O

---

[68] "A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termo concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produzam efeitos apenas em relação ao autor individual." MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas*. *Processo Coletivo*: do surgimento à atualidade. GRINOVER, Ada Pellegrini … [*et al*.], Coordenadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[69] "Também pode ocorrer, como já analisado na parte introdutória do presente tópico, que o direito ou interesse difuso apresente dimensão individual. Nesses casos, se o indivíduo sofrer lesão ou ameaça diretas em sua esfera de direito, em decorrência da violação também de direito difuso (meio ambiente, por exemplo), ele poderá vir a juízo para buscar a tutela do seu direito, conforme lhe assegura a Constituição (art. 5º, XXXV), o que também atinge por via reflexa, no mundo dos fatos, direito difuso. O processo no caso é individual e não coletivo. Ocorre que o indivíduo, ao pedir que seja cessada, por exemplo, determinada atividade industrial que o está atingindo diretamente em sua residência pela poluição desenfreada, ele acaba por beneficiar, em caso de procedência do pedido, uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que são os titulares do direito ou interesse difuso em questão. Assim, essa comunidade de pessoas indeterminadas acaba sendo beneficiada de alguma forma, por força dos reflexos no mundo dos fatos dos efeitos da decisão proferida na ação individual. No mundo dos fatos poderá não haver forma de cessar a atividade em relação ao indivíduo lesado diretamente, sem que com isso não esteja beneficiando a comunidade titular do direito difuso ao meio ambiente equilibrado. O que na verdade haverá na ação individual, na hipótese levantada, é a apreciação de direito individual puro, que, por estar ligado às mesmas circunstâncias de fato geradoras do direito ou interesse difuso, acaba beneficiando, repita-se – no mundo dos fatos e não do direito, pois o direito difuso não poderá ser objeto de ação individual -, a respectiva comunidade de pessoas titulares do direito ao meio ambiente equilibrado." ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva. 2003. Página 496.

Book_RMP-70.indb 163 05/06/2019 11:51:07

fundamento jurídico de tal notificação deve ser o art. 7º da LACP.[70] O destinatário imediato de tal notificação deve ser o Ministério Público, pois a sua legitimação ativa é a mais ampla entre os legitimados coletivos. Os demais deverão somente ser cientificados, observadas as suas respectivas atribuições.

Com tal atuar, o magistrado evitará que a demanda repercuta no seio da coletividade sem que os legitimados coletivos tenham ciência, mas não resolve a questão de ordem prática, pois a demanda continuará em curso e não há a obrigatoriedade para que os legitimados efetivamente atuem.

Assim, surgem duas situações que merecem, ao menos, uma reflexão: a) poder-se-ia sustentar a inadmissibilidade da demanda individual com efeitos coletivos? b) qual será a consequência jurídica advinda da inércia dos legitimados coletivos cientificados?

Alguns autores sustentam que demandas desta natureza deveriam ser tratadas como coletivas, pois, apesar do supedâneo fático e da pretensão exercida individualmente, há evidente repercussão coletiva. Esta repercussão, por si só, denota que o tratamento deve ser de processo coletivo e, sendo assim, poder-se-ia alegar a inadequação da via procedimental eleita e, com isso, gerar a inadmissibilidade da demanda.[71]

Não concordamos com o tratamento de demanda coletiva, pois, conforme dito acima, trata-se de ação meramente individual que terá a aplicação das regras procedimentais do CPC (art. 318) e não do microssistema da tutela coletiva[72]. Assim, o resultado da demanda será, no prisma subjetivo, *inter partes*. Nada obstante, os efeitos fáticos poderão atingir a esfera da coletividade, mas os membros desta não ficarão jungidos à sua imutabilidade (efeito no mundo do direito).[73]

Não podemos concordar com a tese da inadmissibilidade da demanda individual, sob pena de vulnerar, de forma insuperável, o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/88), pois não se trata de defesa de interesse difuso através de demanda individual, mas da tutela de um interesse individual decorrente de interesse difuso. É o que se denomina direito difuso de dimensão individual.[74] Caso a demanda individual promova

---

[70] A depender do tema versado na demanda, poderá o juiz fulcrar a sua notificação nas seguintes normas: art. 221 do ECA e arts. 89 e 98 do Estatuto do Idoso.

[71] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*. Volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

[72] Na doutrina, há quem aponte o problema na certficação da ação como coletiva ou individual e, diante disso, as demandas deverão receber o tratamento correspondente. "A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançando o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito." MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas*. *Processo Coletivo*: do surgimento à atualidade. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[73] Vale mencionar que o art. 506, CPC permite a conclusão de que foi adotado o regime *in utilibus* na sentença, pois o resultado do processo não pode prejudicar terceiros, mas pode gerar benefícios.

[74] "No que tange aos direitos difusos de dimensão individual, tendo em vista que o indivíduo poderá ser atingido diretamente em sua esfera de direito subjetivo, a Constituição Federal garante-lhe o acesso

Book_RMP-70.indb 164 05/06/2019 11:51:07

a pretensão coletiva de tutela de interesse difuso, por óbvio, deverá ser inadmitida por inadequação da via eleita, mas na hipótese em testilha, a demanda é juridicamente possível e deve ser objeto da prestação e da entrega da tutela jurisdicional do estado.[75]

O Superior Tribunal de Justiça, em *obiter dictum,* reconheceu a possibilidade de os indivíduos ameaçados ou lesados promoverem uma demanda individual, ainda que o interesse subjacente, em uma visão macro, fosse difuso.[76]

Vale lembrar que o indivíduo, salvo na condição de cidadão para fins de propositura da ação popular (art. 5º, LXXII, CR/88 c/c art. 1º. LAP), não ostenta legitimidade ativa para a condução de um processo coletivo[77], ainda que verse sobre direito individual

---

à justiça (art. 5º, XXXV). Todavia, o que ele irá buscar, via tutela jurisdicional, não é a proteção de um direito difuso, cujo titular é uma coletividade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas de seu direito subjetivo, diretamente atingido. A ação, o processo e coisa julgada, na hipótese, pertencem ao direito processual individual; são aplicáveis, assim, as disposições processuais do CPC. O que se nota na hipótese é que, tendo em vista que se trata de um direito cujo bem jurídico tutelado é, no mundo dos fatos, de impossível divisão, a procedência do pedido formulado na ação individual ajuizada poderá atingir, favoravelmente, no mundo dos fatos – provocando até mesmo efeitos análogos aos da procedência do pedida da Ação Coletiva, caso fosse ajuizada -, a comunidade de pessoas indeterminadas, titular do respectivo direito difuso. Cita-se, como exemplo, a questão ambiental (…)" ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva. 2003. Página 528.

[75] "Parece que esta é uma forma de contornar o óbice da inconstitucionalidade, que consiste na violação ao princípio segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. A vedação do caminho individual só existiria, segundo esse raciocínio, para os direitos que definitivamente não apresentam essa dimensão individual. Observe-se que, na verdade, não se trata propriamente de uma vedação, senão que como o indivíduo, isoladamente, nada tem a ver com esse direito, não pode estar em juízo formulando pretensão a seu respeito, uma vez que o interesse não tem dimensão individual. Por outro lado, admitir que a via da defesa individual ficaria bloqueada e não se estabelecer a necessidade do litisconsórcio seria inconstitucional porque violaria o princípio da ampla defesa: se um direito meu está sendo discutido, e se a respeito dele vai haver uma decisão, eu tenho de ser cientificado para poder, se quiser, estar presente." WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. *Processo Coletivo*: do surgimento à atualidade. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[76] CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MAU USO DA PROPRIEDADE VIZINHA (DEPÓSITO DE LIXO MUNICIPAL). AÇÃO CAUTELAR E AÇÃO PRINCIPAL COM PRECEITO COMINATÓRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA REFLEXAMENTE CONSTITUCIONAL: COMPETÊNCIA DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – Vizinhos ajuizaram ação cautelar, seguida de ação principal com preceito cominatório, para que o Município se abstivesse de utilizar antiga pedreira como depósito de lixo. O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, sem interdição do depósito: "o interesse de poucos não podia prevalecer sobre o interesse de muitos". O Tribunal de Justiça, ao dar provimento parcial à apelação dos autores, manteve o funcionamento do depósito até que fosse concluída a usina de reciclagem do lixo. Levantou, também, a ilegitimidade ativa dos autores: a pendenga deveria ser resolvida através de ação civil pública. II – Os autores se acham ativamente legitimados para as ações, pouco interessando que o mesmo suporte fático também possa desencadear ação civil pública. No caso concreto, os autores se insurgem contra o mau uso de propriedade vizinha (CC, art. 554). III – Acórdão que fala *obiter dictum* em "meio ambiente" dá ensanchas a recurso especial e não a recurso extraordinário. IV – Recurso conhecido e provido. (REsp nº 163.483/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/1998, DJ 29/03/1999, p.150)

[77] Com uma bela síntese sobre as críticas à Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas, podemos mencionar as lições de Larissa Claire Pochmann da Silva: "No Brasil, a não inclusão expressa da legitimidade do indivíduo para a ação civil é associada a uma má experiência com a ação popular, em que o legitimado é o cidadão. Destaca Eurico Ferraresi que o que se temia era a 'banalização das demandas coletivas', a partir do raciocínio de que o 'brasileiro não está preparado para utilizar judicialmente as ações coletivas'. Se pudesse utilizá-las, poderia gerar 'inúmeras repercussões perniciosas que, mesmo nos casos de improcedência, jamais poderão ser reparadas.' De acordo com José Carlos Baptista Puoli, nem a condenação por litigância de má-fé, hoje prevista no artigo 17 da Lei nº 7.347/85, nem os filtros normais do sistema processual atual bastarão para o controle da atuação da pessoa física nas demandas coletivas, já que, na prática, seriam recursos pouco utilizados. Ademais, sustenta-se que muitas vezes os lesados sequer conhecem seus direitos e ficarão em situação de desvantagem em face do autor das lesões, que possui maior potencial

Book_RMP-70.indb 165 05/06/2019 11:51:07

homogêneo (art. 81, p.u., III, CDC). O que o ordenamento permite é a sua intervenção individual em processo coletivo, na forma do art. 94, CDC c/c art. 18, p.u., CPC e a sua intervenção como cidadão-eleitor nos casos em que a demanda coletiva proposta por um legitimado coletivo tenha o mesmo objeto de uma possível ação popular (art. 1º LAP).

Caso o juiz decida aplicar a norma do art. 139, X, CPC, conforme sugerido acima, para cientificar os legitimados coletivos e seja verificada a sua inércia, surge a necessidade de enfrentar a consequência jurídica inerente. O CPC não resolve o problema, pois se limita a indicar que os legitimados serão cientificados para a propositura da demanda coletiva.

Considerando que o Ministério Público é o principal legitimado coletivo (posto responsável pela maioria das demandas coletivas propostas) ativo, a solução pode ser encontrada em nosso próprio sistema. Na hipótese de o Ministério Público quedar-se inerte, apesar de o CPC sequer fixar um prazo para a sua manifestação, poder-se-ia sustentar a ciência ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28, CPP) para ratificar, ou não, a inércia do membro do Ministério Público, mediante aplicação analógica das regras do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação remetidas pelo órgão jurisdicional (art. 40, CPP). A melhor solução, ao meu sentir, seria a aplicação da norma do art. 139, X, CPC com a fixação de um prazo para que o legitimado coletivo se manifeste. Findo o prazo, sem manifestação expressa ou com manifestação expressa em sentido negativo, nos casos do Ministério Público, deverá o magistrado remeter as peças de informação ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º da LACP), por aplicação analógica do sistema de arquivamento do inquérito civil, para o devido reexame da manifestação do membro. Não há a necessidade de utilização do CPP, pois o próprio microssistema da tutela coletiva nos indica a melhor solução.

A questão ganha novos contornos quando o art. 139, X, CPC for usado para cientificar os demais legitimados coletivos referidos. Nestes casos, findo o prazo fixado pelo juiz, sem manifestação expressa ou com manifestação expressa negativa, deverá ser cientificado o Ministério Público para ciência e adoção das medidas pertinentes.

Não é demais lembrar que, ao contrário do que ocorre no processo penal[78], não há no processo coletivo a possibilidade de ajuizamento de ação civil privada subsidiária da pública, por ausência de previsão legal. Entretanto, há quem sustente, de *lege ferenda,* esta possibilidade.[79] Apesar de reconhecer a ausência de amparo legal

econômico para contratar bons profissionais para seu assessoramento, produzir provas e arcar com os custos processuais. Além desses argumentos, ainda caberia afirmar que a legitimação individual nas ações coletivas pertence ao ordenamento jurídico estadunidense, estando em desacordo com as tradições e raízes jurídicas brasileiras. Aponta-se, por fim, uma falta de interesse do indivíduo para defender interesses difusos, na medida em que inexistiriam vantagens econômicas diretas em seu patrimônio. Assim, pode-se perceber que todos os argumentos que rechaçam a atuação do indivíduo estão relacionados aos valores altos de custas processuais e de honorários advocatícios, ao seu despreparo para atuar em nome da coletividade e à falta de interesse de agir, se for considerado que sua lesão é de um valor muito pequeno diante do valor total de todos os afetados." SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas.* LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013. Página 163/164.

[78] Com a possibilidade de ajuizamento de uma ação penal privada subsidiária da pública.

[79] Impende salientar, contudo, que no âmbito do direito empresarial, há a possibilidade de uma legitimidade extraordinária subordinada derivada da inércia do legitimado originário, conforme se verifica no art. 159,

Book_RMP-70.indb 166 05/06/2019 11:51:07

para a possibilidade de o indivíduo promover uma ação civil privada subsidiária, há a necessidade de, ao menos, enfrentar o tema, pois, nem sempre, os legitimados coletivos poderão ou quererão agir, seja por questões afetas às suas atribuições funcionais (nos casos do Ministério Público, da Fazenda Pública e da Defensoria Pública) ou por falta na localidade de representantes da sociedade civil organizada.[80]

Para parte da doutrina, negar a possibilidade do indivíduo ostentar legitimidade ativa para a propositura da demanda coletiva é criar uma vedação ao seu acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/88), pois restringiria o exercício judicial de sua pretensão somente aos casos de processos individuais. Afirmar a possibilidade de tal legitimação acarreta, a rigor, uma efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, segundo este entendimento, vedar a sua legitimidade ativa acarretaria a possibilidade de manter-se uma situação de ameaça e/ou lesão ao direito material subjacente enquanto os legitimados coletivos ficam inertes.[81] Seguindo este entendimento, tanto o indivíduo afetado pelo evento quanto algum que não seja afetado poderá ostentar a legitimação ativa, mas sem afastar a possibilidade do controle *ope iudicius* da representatividade adequada, em virtude da inexistência de previsão legal expressa da sua legitimidade (controle *ope legis)*.[82]

Em suma, sobre a possibilidade de um indivíduo tutelar interesse transindividual, podemos apontar as seguintes posições: a) inadmissibilidade da atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas por absoluta ausência de previsão legal; b) possibilidade de atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas somente nos casos de inércia dos legitimados coletivos, através da ação civil privada

---

§3º da LSA. Há, na doutrina, quem sustente a possibilidade de utilização do mesmo sistema do processo penal ao processo coletivo, através da criação, de *lege ferenda*, da Ação Civil Privada Subsidiária da Pública. SANTOS, Ana Lucia Torres. *A Ação Civil Privada Subsidiária da Pública e a Legitimidade do Cidadão na Ação Civil Pública*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Defesa em 1º de agosto de 2010.

[80] "A questão é que se aguarda uma atuação de um dos legitimados, em uma presunção criada de que eles irão atuar quando nem sempre irão. Contudo, basta que não haja uma associação no local do dano, que o cargo da promotoria ou da defensoria estejam vagos ou simplesmente que a região do dano seja afastada da atuação dos legitimados para que tenham ciência da lesão ou da ameaça a lesão a direitos, que não haverá a ação coletiva ajuizada." SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

[81] "Especificamente sobre a legitimidade na tutela coletiva, não atribuir legitimidade ao indivíduo é denegar o seu acesso à justiça. O indivíduo não deve ter sua atuação restrita ao processo individual, apenas aguardando a atuação dos legitimados previstos na legislação. Em uma visão constitucional do processo civil, não faria sentido deixar um direito ficar exposto a uma lesão reiteradamente ou que uma ameaça de lesão a direito se transforme em uma lesão efetiva a direito. (…) Dessa forma, o que se pretende não é afirmar que o indivíduo deve atuar ou deve ser o único legitimado, mas sim que a legitimidade deve ser ampla para a tutela coletiva, de modo que as lesões ou ameaças de lesão a direitos transindividuais não deixem de ser tutelados." SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

[82] "Como a atuação do indivíduo enquanto legitimado ativo na ação civil pública não possui previsão legal expressa, poderia simplesmente se adotar o controle pelo juiz no caso concreto, ao fundamento de que esta atuação não estaria abrangida pelo sistema de legitimação *ope legis*. Este seria o melhor raciocínio para se instrumentalizar a atuação do indivíduo como legitimado ativo para a ação civil pública sem precisar realizar mudanças no sistema. (…) Todavia, em relação ao indivíduo será possível aferir a sua credibilidade, sua capacidade, sua representatividade perante o grupo, bem como seus conhecimentos em relação à lesão ou ameaça de lesão que pretende tutelar. Pode não ser ele o afetado pelo dano, mas deve ter conhecimento da tutela que buscará em juízo. É importante garantir que o indivíduo não atue como legitimado ativo para buscar apenas suas pretensões individuais: deve trazer a juízo as pretensões da classe." SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

Book_RMP-70.indb 167 05/06/2019 11:51:07

subsidiária da pública; e c) possibilidade de atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas diretamente com base no princípio do acesso à justiça com o devido controle judicial da representatividade adequada no caso concreto.

1.4.3. Ação Pseudoindividual

A ação pseudoindividual é uma ação meramente individual, lastreada em direito eminentemente individual, mas que gera efeitos *ultra partes* ou até mesmo *erga omnes*, conforme o caso concreto. A pretensão exercida deveria ser coletiva, a exemplo, ação de anulação de uma assembleia de uma determinada coletividade. Se um sócio ou um acionista propuser uma ação de anulação de assembleia, o direito material deduzido é incindível, é unitário. Ou a assembleia vai ser válida para todos que fizerem parte da sociedade ou vai ser inválida para todos, não havendo como cindir. Por isso, chamam de ações pseudoindividuais. Ação que deveria ter sido proposta com pedido coletivo.

Na denominada ação pseudoindividual, há uma demanda individual que, apesar de lastreada em direito subjetivo individual com uma pretensão individualmente exercida, deveria ter um pedido coletivo, pois o resultado do processo afetará todos que titularizam o direito subjetivo. Trata-se de demanda baseada em direito material unitário ou incindível. Assim, a relação jurídica de direito material, também incindível, somente poderá ser resolvida de maneira idêntica para todos. Como é um caso de direito material incindível, o resultado da demanda deverá ser igual para todos. A relação jurídica de direito material subjacente às ações pseudoindividuais é idêntica, portanto, às relações jurídicas de direito material que ensejam o litisconsórcio unitário.

Este tipo de demanda acarreta os seguintes problemas[83]: a) como será a eficácia subjetiva da coisa julgada material? b) os demais titulares do direito material deduzido deverão ser cientificados da sua propositura? e c) fomento à propositura de diversas demandas com o mesmo objeto, gerando, por via de consequência, risco evidente de decisões conflitantes.

---

[83] Afirmando a existência, mas exigindo intervenção legislativa para fins de regulamentação e solução dos problemas, se manifestou José Maria Tescheiner: "Para efeito de raciocínio, prefiro tomar como hipótese paradigmática a ação de sócio para anular deliberação de assembleia geral. No sistema tradicional das ações individuais, chega-se a um resultado paradoxal: julgado procedente o pedido, a sentença, por efeito reflexo, atinge todos os sócios, inclusive os interessados na declaração de validade da deliberação; julgado improcedente, a eficácia da sentença é restrita ao autor, podendo, pois, outros sócios, propor outra ação, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. Em consequência, há coisa julgada *secundum eventus litis*, uma aberração, em termos de ações individuais. A solução de estender-se a autoridade da coisa julgada aos demais sócios encontra óbice na regra de que a sentença faz coisa julgada às partes às quais é dada. Concebendo-se a hipótese como a de uma ação coletiva, admitindo-se a legitimidade de titular de direito individual, como no sistema norte-americano, chega-se a um resultado igualmente insatisfatório, porque, no sistema vigente, o julgamento de improcedência não impede ações individuais. Resultado satisfatório apenas se obteria com o sistema da ação popular: coisa julgada *erga omnes*, *pro et contra*, salvo se julgado improcedente o pedido por insuficiência de provas. Mas, é claro que, na hipótese considerada, não nos encontramos no âmbito de incidência da ação popular. A conclusão, pois, é que não temos como obter um resultado razoável, ainda que, negando a existência de direito individual, qualifiquemos como coletiva essa ação. Parece, pois, indispensável intervenção legislativa, seja para o caso específico de ações 'pseudoindividuais', seja pela alteração do sistema de nossas ações coletivas, com legitimidade individual de representante adequado e com formação de coisa julgada *pro et contra*." http://www.processoscoletivos.com.br/~pcoletiv/index.php/ponto-e-contraponto/587-acoes-pseudoindividuais.

Book_RMP-70.indb 168 05/06/2019 11:51:07

Considerando a natureza do direito material subjacente, é imprescindível que os demais titulares do direito material sejam cientificados (art. 238, CPC), sob pena de vulnerar o princípio do devido processo legal e do contraditório participativo. Assim, a demanda pseudoindividual somente poderá ser aceita e surtir os seus regulares efeitos se todos os titulares da demanda forem devidamente cientificados. A eficácia subjetiva da coisa julgada material, por seu turno, deverá ser *erga omnes,* tanto no caso de improcedência quanto na procedência (imutabilidade *pro et contra*), ou seja, deverá atingir todos que titularizam o direito material deduzido em juízo. Tal afirmação decorre da unitariedade da relação de direito material. Ademais, o autor da demanda figura como substituto processual (legitimidade conglobante prevista no art. 18, CPC) dos demais titulares do direito material.

Por fim, o problema da repetição das demandas poderá ser resolvido através da aplicação do art. 139, X do CPC, com a notificação dos legitimados coletivos para a propositura da demanda coletiva e, com isso, permitir a aplicabilidade da suspensão dos processos individuais (sistema do *fair notice* e *right to opt)*, na forma dos arts. 104 do CDC, 22, §1º da LMS e 13, p.u. da LMI. Caso a repetição das demandas veicule a mesma questão de direito, poderá ser suscitado, na forma do art. 976 do CPC, o IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas).

Entretanto, há na doutrina quem defenda a proibição das demandas pseudoindividuais[84] ou a extinção sem resolução do mérito por ausência de interesse processual em virtude da inadequação da via eleita[85]. O STJ, de certa forma, já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema.[86]

---

[84] "A solução que seria mais apropriada, em nosso sentir, na conformidade das ponderações acima desenvolvidas, seria a proibição de demandas individuais referidas a uma relação jurídica global incindível. Porém, a suspensão dos processos individuais poderá, em termos práticos, produzir efeitos bem próximos da proibição, se efetivamente for aplicada pelo juiz da causa." WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006. "(...) o direito do autor não é individual, porque, por mais justificáveis suas pretensões, os direito pleiteados não têm o indivíduo como titular, mas sim a coletividade, um grupo, classe ou categoria de pessoas. O autor, nesse caso, como membro dessa coletividade ou comunidade, tem o direito de ser tutelado, isso não se discute, mas não como indivíduo e sim como sujeito pertencente à coletividade ou comunidade. (...) Não vejo como admitir uma ação pseudoindividual, com a justificativa no direito constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), porque esse princípio deve respeito às condições da ação. Tal princípio não será violado se o autor da ação judicial não reunir no caso concreto as condições necessárias ao exercício do direito de ação. Trata-se, na realidade, de impedimento ao exercício de direito de ação em razão da ilegitimidade ativa do autor em tutelar em juízo um direito difuso ou coletivo." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*. Volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

[85] "É importante deixar claro que a configuração ou não de uma ação pseudocoletiva dependerá do pedido formulado pelo substituto processual, e não da prevalência das questões individuais sobre as comuns." DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas. p. 2010. 557.

[86] 1. A questão envolve a possível condenação da CEF ao pagamento da correção monetária residual relativa aos saldos das contas vinculadas de FGTS que foram levantados em razão de determinação judicial oriunda do juízo da 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Não houve aplicação de qualquer índice de correção monetária entre a data em que houve o início do novo período de contagem e a data do efetivo levantamento do saldo em razão de cumprimento de ordem judicial. 2. Os interesses individuais homogêneos se relacionam a uma mesma relação jurídica-base, têm uma mesma origem comum, em que o substituto processual (Associação, Ministério Público ou outra entidade legitimada) defende não o indivíduo como tal, e sim a pessoa enquanto integrante do grupo. Não há que se cogitar de prejuízo à pessoa que, eventualmente, não pretenda ser beneficiada com a tutela coletiva concedida: basta não promover as medidas indispensáveis à execução da tutela jurisdicional na situação jurídico-individual. 3. Não se reconhece legitimidade ativa extraordinária da

Book_RMP-70.indb 169 05/06/2019 11:51:07

1.4.4. Ação Pseudocoletiva ou Acidentalmente Coletiva

Ação pseudocoletiva ou acidentalmente coletiva é aquela através da qual há o exercício de tutela coletiva de direitos. O direito material transindividual veiculado na demanda é individual homogêneo (acidentalmente coletivo), conforme arts. 81, p.u., III e 103, III do CDC e 21, p.u., II da LMS, com a devida aplicação do microssistema da tutela coletiva.[87] Trata-se de conceito adotado por parcela significativa da doutrina.[88]

A demanda coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos visa ao exercício de uma pretensão para a fixação de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos (e não à questão jurídica), que pode aproveitar determinadas pessoas.[89]

Para que a demanda seja considerada como pseudocoletiva, é imprescindível a predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.[90]

Assim, mantém-se a natureza de coletiva da demanda que tutela direito individual homogêneo, apesar de, como afirmado acima, a maioria sustentar entendimento diverso. A rigor, trata-se de demanda coletiva, com aplicação do microssistema da tutela coletiva, pois a pretensão não fica adstrita aos direitos individuais. Os direitos foram coletivizados para possibilitar, através da demanda coletiva, a tutela da coletividade formada através da prestação jurisdicional adequada e efetiva. Tanto é verdade que, mesmo quando não compareça um número compatível com a gravidade do dano para habilitação no processo coletivo (art. 100, CDC), a demanda, na fase de cumprimento de sentença, prosseguirá

Associação-Apelada para figurar no polo ativo da demanda. Nas ações pseudocoletivas, conquanto tenha sido proposta a ação por um único legitimado extraordinário, na verdade, estão sendo pleiteados, específica e concretamente, os direitos individuais de inúmeros substituídos, caracterizando-se uma pluralidade de pretensões que é equiparável à do litisconsórcio multitudinário, devendo sua admissibilidade, portanto, submeter-se, em princípio, às mesmas condições, ou seja, somente poderiam ser consideradas admissíveis quando não prejudicassem o pleno desenvolvimento do contraditório ou o próprio exercício da função jurisdicional. (Resp 1216600/RJ, Min. Rel. Hermam Benjamim)

[87] "Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais." ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

[88] DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. ARAÚJO Filho, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas*: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.114. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.123-141.

[89] "Uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito." ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas*: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.114.

[90] "Há de atentar o leitor para o risco de tratar molecularmente as ações para tutela de direitos meramente individuais, aqueles desprovidos das características de 'predominância das questões comuns sobre as individuais'e da 'utlidade da tutela coletiva no caso concreto'que denotam e caracterizam os direitos individuais homogêneos (art. 26, §1º. CBPC-IBDP e art. 30 CBPC-UERJ/UNESA), e possibilitar a formação dessas ações pseudocoletivas." DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume IV. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007. Página 94.

Book_RMP-70.indb 170 05/06/2019 11:51:07

com a atuação dos legitimados coletivos (art. 82, CDC) para que o valor obtido com a sentença de procedência seja direcionado para o fundo de defesa dos direitos difusos.[91]

O Pleno do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão reconhecendo que os direitos individuais homogêneos são uma subespécie de direitos coletivos.[92]

Os direitos individuais homogêneos são, portanto, direitos coletivos e merecem, por conseguinte, a atuação integral e efetiva da tutela coletiva. Conforme aponta Fredie Didier, há, na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneas, três fases que precisam ser analisadas: a) fase de conhecimento; b) fase de liquidação e execução no plano individual e c) fase de recuperação fluída.[93] As duas primeiras fases foram expressamente reconhecidas em sede de *obiter dictum* pelo Supremo Tribunal Federal.[94]

---

[91] No mesmo sentido do texto, podemos destacar: "Ora, pelo que pudemos perceber até aqui, a tutela desses direitos não se restringe aos direitos individuais das vítimas. Vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano, com a reversão dos valores ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Assim, não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla. Ao contrário do que se costuma afirmar, não se trata de direitos acidentalmente coletivos, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral." DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume IV. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

[92] RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO *PARQUET* PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato, e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos, e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. "Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos". 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas que, conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação. (STF – RE: 163231 SP, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 26/02/1997, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737) (grifos nossos)

[93] DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. Volume IV.

[94] Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO

Book_RMP-70.indb 171 05/06/2019 11:51:07

Na primeira fase, que é a de certificação do direito (processo de conhecimento), há nítida tutela coletiva, pois há um núcleo de homogeneidade para fins de identificação do *an debeatur* (dever jurídico – se é devido), do *quid debeatur (*aquilo que é devido) e o *quis debeatur* (aquele que ostenta o dever jurídico, ou seja, quem deve). Trata-se de

---

DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III). 2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, têm titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo. 3. "Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei nº 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (*an debeatur, quid debeatur* e *quis debeat*); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o *cui debeatur* e o *quantum debeatur*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios". 4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender interesses sociais. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127). 5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos. 6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e §3º, e art. 301, VIII e §4º). 7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei nº 6.194/74, alterada pela Lei nº 8.441/92, Lei nº 11.482/07 e Lei nº 11.945/09)-, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais – e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável –, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE nº 163.231/SP, AI nº 637.853 AgR/SP, AI nº 606.235 AgR/DF, RE nº 475.010 AgR/RS, RE nº 328.910 AgR/SP e RE nº 514.023 AgR/RJ). 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (STF - RE: 631111 GO, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 07/08/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014) (grifos nossos)

Book_RMP-70.indb 172 05/06/2019 11:51:07

tutela jurisdicional individual, ainda que proposta por legitimado coletivo, até porque há um direito de preferência em favor das vítimas e dos seus sucessores (art. 99, CDC).

Na segunda fase, após a devida certificação do direito, que é a da liquidação e execução (cumprimento de sentença) do título executivo judicial (sentença com condenação genérica – art. 95, CDC), há heterogeneidade, pois o objetivo será a satisfação dos créditos individuais para identificar o *cui debeatur* (para quem é devido) e o *quantum debeatur* (o quanto é devido).

Na terceira e última etapa, que é do *fluid recovery,* tudo o que for devido valerá em favor de todo o grupo com o fito precípuo de assegurar a integral reparação do dano. O valor será revertido para o fundo de defesa dos direitos difusos e, portanto, em favor de toda a coletividade (art. 100, CDC). Nesta etapa, novamente, verificar-se-á o núcleo de homogeneidade que ensejará a tutela coletiva.

Há, na doutrina, entretanto, quem sustente que as ações pseudocoletivas são aquelas que tutelam direitos individuais, tal como ocorre nos direitos individuais homogêneos e nos direitos individuais indisponíveis da criança, do adolescente e do idoso, sem a aplicação do microssistema coletivo, pois são tutelados direitos individuais devidamente individualizados, com identificação prévia de seus titulares.[95] Assim, os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos, mas sim direitos individuais coletivamente tratados.[96]

As características do direito individual homogêneo serão delineadas em capítulo próprio para o qual remetemos o leitor, mas, neste tópico, é imprescindível a análise da repercussão subjetiva desta demanda para fins de diferenciá-la das anteriores.

---

[95] "Neste tipo de ação, apesar de algumas características típicas de tutela coletiva, na realidade tem-se a defesa de direitos estritamente individuais, de forma que sua natureza é individual e assim ela deve ser procedimentalmente tratada. Registre-se que não se trata das opções legislativas que nitidamente permitem a aplicação do microssistema coletivo a ações que tutelam direitos individuais, tal como ocorre nos direitos individuais homogêneos e nos direitos individuais indisponíveis da criança, do adolescente e do idoso. Trata-se de ações efetivamente individuais, não sujeitas ao microssistema coletivo. Na ação pseudocoletiva, passa-se uma impressão de que a demanda teria natureza coletiva porque decorre de uma ação genuinamente coletiva e por ter como legitimados coletivos os sujeitos previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Como, entretanto, se tutelam direitos individuais devidamente individualizados, com identificação prévia de seus titulares, a ação tem natureza nitidamente individual e não deve ser regida pelo microssistema coletivo." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. No mesmo sentido, podemos destacar: "frequentemente haveria litispendência entre as ações pseudocoletivas e as ações individuais, na proporção em que seriam idênticos os pedidos e as causas de pedir, sem falar na discutível sujeição dos particulares à coisa julgada da falsa ação coletiva, à falta de normas próprias, já que as regras do CDC apenas cuidam das genuínas ações coletivas, ou na irremissível probabilidade de decisões praticamente contraditórias." ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas*: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.199-202. "O 'coletivo', consequentemente, diz respeito apenas à 'roupagem', ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tratados. Porém, é imprescindível ter presente que o direito material – qualquer direito material – existe antes e independentemente do processo. Por isso não deixam de ser 'genuínos direitos subjetivos individuais' que apresentam 'características de direitos pertencentes a pessoas determinadas, que sobre eles mantêm o domínio jurídico.'" ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

[96] ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123-141.

Book_RMP-70.indb 173 05/06/2019 11:51:07

Nas demandas acidentalmente coletivas, a eficácia subjetiva da coisa julgada material é *erga omnes*, conforme art. 103, III, CDC, e atingirá a esfera jurídica das vítimas do evento danoso somente para beneficiá-las, jamais para prejudicá-las (regime jurídico *in utilibus*). Apesar da utilização pelo legislador da nomenclatura *erga omnes,* bem como pela doutrina largamente dominante, reputamos mais adequada a nomenclatura *erga victimae*, pois o resultado da demanda não atingirá a todos de forma indistinta, mas tão somente às vítimas do evento danoso. Assim, julgada procedente a pretensão da ação coletiva de responsabilidade, por exemplo, pelos danos individualmente sofridos, proposta nos termos do art. 91, CDC, a sentença beneficiará todas as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e execução (cumprimento) da sentença, na forma dos arts. 97 e 103, §3º, CDC. Há, na doutrina, quem também critique a adoção da nomenclatura legal, com base na premissa aqui veiculada, mas sustenta que o ideal seria o uso do termo *ultra partes*.[97]

Há que se ressaltar que a possibilidade de intervenção individual nas demandas acidentalmente coletivas, através da assistência litisconsorcial (art. 94, CDC e art. 18, p.u., CPC), gera a imutabilidade *pro et contra*, ou seja, uma imutabilidade incondicionada (independentemente do resultado positivo ou negativo), conforme se verifica na leitura a contrário senso do art. 103, §2º, CDC. Assim, podemos concluir que a regra geral é o regime jurídico *in utilibus* (somente o resultado benéfico atinge a esfera jurídica individual), exceto nos casos de intervenção individual, quando aplicar-se-á a imutabilidade *pro et contra*.[98]

1.4.5. Ação (Essencialmente) Coletiva

Considerando os conceitos supra-apresentados de processo coletivo, bem como a divergência acerca da existência de ações pseudocoletivas[99], imprescindível fixar, neste momento, o conceito de ação coletiva.

---

[97] "Não obstante, não se vislumbra fundamento para qualificar a coisa julgada coletiva benéfica a interesses individuais homogêneos como *erga omnes*, pois, assim como ocorre em relação aos interesses coletivos, e diferentemente do que se dá no tocante aos difusos, seus titulares são identificáveis, de modo que teria sido melhor haver empregado a locução ultra partes."ANDRADE, Adriano. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. ANDRADE, Adriano; MASSON Cleber; ANDRADE Landolfo. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. No mesmo sentido: "Mas então, se foi esse o intento, melhor teria sido que o legislador se tivesse valido do conceito de eficácia ultra partes também para referir-se aos interesses individuais homogêneos (ao contrário, aqui falou, contraditoriamente, em eficácia *erga omnes).* Quanto a estes, a lei também deveria ter mencionado efeitos ultra partes, e não erga omnes, porque a defesa de interesses individuais homogêneos abrange apenas os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas lesadas (as vítimas ou seus sucessores), do mesmo modo que ocorreria na defesa de interesses coletivos, em sentido estrito." MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21ª ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

[98] Vale ressaltar, conforme se verá em capítulo próprio, que somente será possível a intervenção individual nas demandas coletivas que tutelarem direito individual homogêneo.

[99] Diretamente derivado do debate sobre o direito individual homogêneo ser realmente um direito coletivo.

Book_RMP-70.indb 174 05/06/2019 11:51:07

Para uma primeira tese doutrinária[100], os requisitos da ação coletiva são: a) atuação de um legitimado coletivo (legitimidade para agir); b) objeto do processo, qual seja a defesa de um direito transindividual; c) coisa julgada material com aplicação do regime jurídico especial, tanto no plano subjetivo (eficácia subjetiva da coisa julgada) quanto no objetivo (modo de produção), conforme arts. 18, LAP, 16, LACP e 103, CDC.

Para uma segunda tese doutrinária, ações coletivas são definidas conforme o objeto veiculado na demanda (tutela jurisdicional pretendida), ou seja, aquelas por meio das quais se defendem direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (art. 81, p.u., I ao III, CDC).[101]

Para uma terceira tese doutrinária, ação coletiva é o instrumento processual colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional, para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo.[102]

Para uma quarta tese doutrinária[103], com a qual nos filiamos, a legitimidade para agir e o regime jurídico da coisa julgada material não são elementos indispensáveis para qualificar juridicamente o processo como sendo coletivo, pois basta que a situação/relação fática/jurídica conflituosa deduzida em juízo seja coletiva, posto pertencente a uma determinada coletividade.

---

[100] "Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada."GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995, p.16. No mesmo sentido, podemos citar: "(…) é o receber tratamento coletivo – e não ser o direito coletivo – que nos aproxima de uma definição para ação coletiva, também é verdadeiro que nos deparamos, então, como interessante tautologia: a ação coletiva proporciona tutela coletiva. Ora, é forçoso que evitemos definições autorreferenciais: somente lograremos escapar dessa definição que nada define, apelando para as notas distintivas entre o processo coletivo e o individual: a legitimidade e a coisa julgada." ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas* – no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: RT, 2002, p. 26.

[101] WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Apontamentos sobre as ações coletivas, *Revista de Processo*. p.273. Vol. 75. No mesmo sentido, vale mencionar: "A nosso ver, o que é relevante para caracterizar o que seja uma Ação Coletiva passa pelo seu objeto. Se tratar-se de demanda na qual esteja veiculada pretensão coletiva, terá tal natureza (coletiva). (…) Temos como correta a posição de que uma Ação Coletiva assim poderá ser conceituada, se for utilizada para a defesa de uma pretensão de tal natureza (coletiva)."GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

[102] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

[103] "Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres inidividuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas." DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo Coletivo. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. No mesmo sentido, podemos destacar: "(…) o processo é dito coletivo se a relação jurídica conflituosa (objeto do processo) é coletiva. Por sua vez, pode-se afirmar ser coletiva a relação jurídica se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (grupo é gênero que abrange comunidade, categoria, classe etc.) e se no outro termo a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Em síntese, o processo será coletivo quando presentes o grupo e a situação jurídica coletiva." ARGENTA, Graziela; ROSADO Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

Book_RMP-70.indb 175 05/06/2019 11:51:08

Fixado o conceito geral de ação coletiva, passamos a análise do conceito de Ação essencialmente coletiva. Trata-se de conceituação que somente pode decorrer da classificação das ações coletivas em essencialmente coletivas e acidentalmente coletivas.

Ação coletiva ou essencialmente coletiva é aquela através da qual há o exercício de tutela de direitos coletivos ou essencialmente coletivos. O direito material transindividual veiculado na demanda é difuso ou coletivo em sentido estrito, conforme arts. 81, p.u., I e II e 103, I e II do CDC e 21, p.u., I da LMS, com a devida aplicação do microssistema da tutela coletiva.

As características dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) serão delineadas em capítulo próprio para o qual remetemos o leitor, mas, neste tópico, é imprescindível a análise da repercussão subjetiva desta demanda para fins de diferenciá-la das anteriores.

Nas demandas essencialmente coletivas, a eficácia subjetiva da coisa julgada material é *erga omnes*, conforme art. 103, I, CDC, quando a tutela jurisdicional tiver como objeto o direito difuso e será *ultra partes,* conforme art. 103, II, CDC e art. 21, p.u., I, LMS, quando versar sobre a tutela jurisdicional do direito coletivo em sentido estrito.

Na tutela jurisdicional do direito difuso (art. 81, p.u., I, CDC), o resultado do processo atingirá todos de forma indistinta, pois os sujeitos que titularizam o direito material são indetermináveis.

Na tutela jurisdicional do direito coletivo em sentido estrito (art. 81, p.u., II, CDC e art. 21, p.u., I, LMS), o resultado do processo atingirá os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas que titularizam o direito material deduzido em juízo.

Não é demais lembrar que o resultado do processo coletivo somente atingirá a esfera jurídica das vítimas do evento danoso para beneficiá-las, jamais para prejudicá-las (regime jurídico *in utilibus).*

Por fim, vale mencionar a existência da limitação territorial da eficácia *erga omnes* da sentença de procedência do processo coletivo, conforme art. 16, LACP. Este tópico será mais adiante analisado, mas já podemos destacar que o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes no sentido da inaplicabilidade desta limitação.[104]

[104] Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança. Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido. – A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. – A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada àquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes* para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. – O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – Resp nº: 411529 SP 2002/0014785-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data

Book_RMP-70.indb 176 05/06/2019 11:51:08

1.4.6. Técnicas de Repercussão Individual e Coletiva

A doutrina indica a existência de duas técnicas processuais que repercutem nos temas acima tratados: a) Técnica Individual de Repercussão Coletiva; b) Técnica Coletiva de Repercussão Individual.[105] Estas técnicas podem ser utilizadas para a tutela dos mesmos direitos materiais individuais. Aplicam-se aos direitos individuais repetitivos (que versam sobre a mesma questão jurídica de origem comum) homogêneos.

A Técnica Individual de Repercussão Coletiva[106] é aquela que se aplica nas ações meramente individuais. Através dela, serão resolvidas demandas repetitivas. O pressuposto objetivo é a existência de diversas demandas versando sobre a mesma questão de direito. A solução (Técnica Processual) é a aplicação do regime das demandas repetitivas Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976, CPC)[107]; recursos repetitivos, se a causa estiver no tribunal (art. 1.037, CPC); notificação dos legitimados coletivos para a propositura da respectiva ação coletiva (art. 139, X, CPC). Apesar de ser uma técnica aplicável a demandas individuais, tem nítida repercussão coletiva.

---

de Julgamento: 24/06/2008, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: – DJe 05/08/2008). No mesmo sentido, vale mencionar o seguinte precedente: DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO XBANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL.FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DASENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474,CPC e 93 e 103, CDC).1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei nº 9.494/97.2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (STJ – Resp nº: 1243887 PR 2011/0053415-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/10/2011, CE – CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 12/12/2011)

[105] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? *In: Processo Coletivo/* coordenador, Hermes Zaneti Jr. – Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol.8. Coordenador geral: Fredie Didier Jr.

[106] "Por técnicas de repercussão coletiva (TIRC) nos referimos a certos instrumentos processuais que, conquanto sejam aplicáveis a ações individuais, possibilitam que uma mesma questão de direito, que se repita em um grande número de processos, seja apreciada de uma única vez, por amostragem. Incidem, destarte, nas chamadas demandas repetitivas (litígios de massa), isto é, naquelas que, embora veiculem pretensões individuais, relacionam-se por afinidade, justamente pela reiteração de uma mesma questão jurídica." RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? *In: Processo Coletivo*. Coordenador: Hermes Zaneti Jr. – Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 8. Coordenador geral: Fredie Didier Jr.

[107] O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode ser suscitado tanto nos direitos acidentalmente coletivos quanto nos essencialmente coletivos.

Book_RMP-70.indb 177 05/06/2019 11:51:08

A Técnica Coletiva de Repercussão Individual[108] é aquela aplicável aos direitos individuais/singulares, repetitivos (no sentido de que você encontra um grupo de pessoas com o mesmo direito individual) sob a forma coletiva. Não há ações em curso, mas existe a potencialidade de surgimento de inúmeras ações individuais. Esses direitos materiais têm origem comum (fato comum ou um fato de origem comum). A solução (Técnica Processual) é coletivizar a repercussão individual, ou seja, a propositura de ação coletiva. Vale lembrar que uma das finalidades da ação coletiva é justamente a molecularização dos litígios evitando, com isso, a denominada atomização dos litígios.

[108] "Já as técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI) são aquelas que tratam destes mesmos direitos singulares, repetitivos, sob a forma coletiva. Por meio delas, utiliza-se não o instrumental técnico individual previsto no Código de Processo Civil, mas sim aquele instituído pelo chamado microssistema processual coletivo, formado, sobretudo, pela Lei de Ação Civil Pública (nº 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (nº 8.078/90). Tutelam-se, destarte, direitos individuais (homogêneos) por uma perspectiva coletiva. Assim é que a decisão proferida sob a forma coletiva se estende a todas as situações jurídicas individuais que nela se enquadrem. Posteriormente, os titulares de cada um dos direitos singulares ajuízam demandas para dirimir apenas as questões que lhes sejam particulares, tendo por fundamento aquela decisão genérica, que lhes beneficia." RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? *In: Processo Coletivo*. Coordenador: Hermes Zaneti Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 8. Coordenador geral: Fredie Didier Jr.

Book_RMP-70.indb 178 05/06/2019 11:51:08

Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Civil Brasileiro e Seu Fundamento Constitucional

Fredie Didier Jr.*

Sumário

1. Generalidades. 2. Fundamento Constitucional do Princípio da Boa-fé Processual. 3. Destinatário da Norma. 4. Concretização do Princípio da Boa-fé Processual.

1. Generalidades

Os sujeitos processuais devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta ("boa-fé objetiva")[1]. Esse é o *princípio* da boa-fé processual, que se extrai do art. 5º do CPC brasileiro: "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé"[2].

Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o *manifesto propósito protelatório*, apto a permitir a tutela provisória prevista no inciso I do art. 311 do CPC. A boa-fé *subjetiva* é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é *fato*, portanto. A boa-fé *objetiva* é uma *norma* de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe *princípio da boa-fé subjetiva*. O art. 5º do CPC não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé *objetivamente* considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções.

Na doutrina brasileira produzida até o CPC-2015, não era comum a menção a uma "boa-fé objetiva processual".

Poucos doutrinadores brasileiros aproveitaram essa grande contribuição germânica (*Treu und Glauben,* a proteção objetiva da confiança e da lealdade) em seus estudos sobre o direito processual, que ainda se prendiam a uma concepção

---

* Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e da Associação Brasileira de Direito Processual. Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, Professor-visitante da Pontifícia Universidad Católica del Perú, Professor-colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Advogado e Consultor Jurídico.

[1] Sobre a boa-fé como norma de conduta, amplamente, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil.* 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p.632 e ss.

[2] Nessa linha, ampliando a incidência do princípio da boa-fé processual a todos os sujeitos processuais, inclusive ao juiz, o art. 52 do Código de Processo Civil Suíço, de 2009, fonte de inspiração do art. 5º do CPC brasileiro: "Art. 52. *Comportamento secondo buona fede. Tutte le persone che partecipano al procedimento devono comportarsi secondo buona fede*".

Book_RMP-70.indb 179 05/06/2019 11:51:08

subjetiva de boa-fé. Ignorava-se toda produção doutrinária sobre boa-fé objetiva no direito privado e no direito público. Parece não ter havido "comunicação doutrinária interdisciplinar". Olvidava-se, também, a doutrina europeia sobre a boa-fé objetiva no processo, principalmente os autores alemães e portugueses[3].

O *princípio da boa-fé* extrai-se de uma *cláusula geral processual.* A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal[4]. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que imponha o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o art. 5º do CPC é suficiente, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral[5].

Além do princípio da boa-fé processual, há, ainda, *regras de proteção à boa-fé*, que *concretizam* o princípio da boa-fé e compõem a modelagem do *devido processo legal* brasileiro. As normas sobre litigância de má-fé (arts. 79-81 do CPC) são um exemplo disso.

A consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. A jurisprudência alemã entendeu aplicável o §242 do Código Civil alemão[6] (cláusula geral de boa-fé) também ao direito processual civil[7] e penal[8]. De um modo geral, a doutrina seguiu o mesmo

---

[3] Cabe, então, mencionar alguns autores brasileiros que *expressamente* defendem a existência de uma "boa-fé processual objetiva": NORONHA, Fernando de. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:* autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, *cit*., p.137; CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, *cit*., p.76-78; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil, cit*., p.95-96; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. 1, p.173; VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, *cit*., p.169 e ss.; GÓES, Gisele. Defesa do devedor na execução de título extrajudicial: principiologia e técnicas processuais de efetividade. *In*: *A leitura.* Belém: Escola Superior da Magistratura, 2008, vol. 1, p.32-40; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento.* São Paulo: RT, 2009, vol. 1, p 48-50; PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro.* São Paulo: Núria Fabris, 2008; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual.* Curitiba: Juruá, 2006, p.45; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Abuso do procedimento especial. *In*: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2012, nº 204, p.58-60; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.159-213.

[4] TARUFFO, Michele. *General report – abuse of procedural rights:* comparative standards of procedural fairness, p.6; JUNOY, Joan Pico i. *El debido proceso 'leal'*, *cit*., p.370-371. Também reconhecendo a grande utilidade de uma *cláusula geral processual de boa-fé,* VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil.* São Paulo: Atlas, 2003, p.169 e ss.

[5] Embora examinando o inciso II do art. 14 do CPC brasileiro de 1973, nesse sentido, também, LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *In: Revista de processo.* São Paulo, 1980, nº 19, p.61. Assim, também, CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *In: Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2005, nº 126, p.69.

[6] §242 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*): "*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*". ("O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfego", de acordo com a tradução de CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil, cit*., p.325). Há outra tradução, bastante conhecida no Brasil, de Souza Diniz: "O devedor está obrigado a executar a prestação como a boa fé, em atenção aos usos e costumes, o exige." (*Código Civil Alemão.* Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, p.56)

[7] "A sua natureza instrumental perante o Direito Civil e uma certa tradição literária de escrita escrita sobre a boa-fé em Processo terão facilitado a transposição". (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil, cit*., p.375)

[8] O Supremo Tribunal Federal (a suprema corte brasileira) já decidiu que o processo penal *também* é regido pelo princípio da boa-fé, como forma de impedir comportamentos abusivos: STF, 2ª T., *HC* nº 92.012/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 10.6.2008.

Book_RMP-70.indb 180 05/06/2019 11:51:08

caminho[9]. Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do Direito, mesmo os "não civis"[10]. *Sempre que exista um vínculo jurídico*, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé[11]. Como acontece com qualquer relação jurídica, a boa-fé recai também sobre as relações processuais[12].

A expansão ao processo civil não se deu sem obstáculos.

Na própria Alemanha, no início do século XX, já se chegou a dizer que o direito processual impede qualquer apelo à boa-fé ou lealdade e os comportamentos processuais são "livres da moralidade"[13].

Mesmo atualmente, há doutrinadores que cerram fileiras contra o princípio da boa-fé processual, que, segundo afirmam, possui traços autoritários[14]. Segundo Juan Montero Aroca, a exigência de colaboração processual somente pode ser compreendida em um contexto ideológico que parte da premissa de que os cidadãos não têm direito a "pelear" por aquilo que acreditam que lhes é de direito e com todas as "armas" proporcionadas pelo ordenamento jurídico[15].

O argumento não convence. Até na guerra a proteção da boa-fé objetiva se impõe. O Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, reputa crime de guerra (art. 8º, 2, *b*, vi e vii) "provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido e utilizar indevidamente uma bandeira de tréguas, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves". São, como se vê, condutas abusivas, que ferem a ética da guerra. Hastear "bandeira branca", incentivando o avanço das tropas adversárias direto para uma emboscada, é *venire contra factum proprium*, conduta intolerável mesmo na guerra. A leitura do rol dos crimes de guerra previsto neste artigo revela, com alguma facilidade, a preocupação com a preservação e o incentivo à boa-fé e à cooperação em períodos de guerra. Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda que apenas metaforicamente, de modo civilizado e sob supervisão do juiz, as partes "guerreiam" por seus interesses?

---

[9] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil, cit*., p.376, especialmente a nota 437.

[10] "Essa expansão é notável e denota a compleição da boa-fé não como um instituto jurídico comum, mas como factor cultural importante, ligado, de modo estreito, a um certo entendimento do jurídico". (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil, cit*., p.371)

[11] LARENZ, Karl. *Derecho civil* – parte general. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea (Trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p.300.

[12] CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil.* José Casais y Santaló (Trad.). Madrid: Réus, 2000, t. 2, p.211*;* JUNOY, Joan Pico i. El debido proceso 'leal'. *Revista Peruana de Derecho Procesal.* Lima: Palestra, 2006, vol. 9, p.366.

[13] Sobre o tema, HESS, Burkhard. *Abuse of procedure in Germany and* Áustria, *cit*., p.155, inclusive as notas 28 e 29.

[14] AROCA, Juan Montero. *Los princípios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.* Valência: Tirant lo blanch, 2001, p.106-108.

[15] AROCA, Juan Montero. *Los princípios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cit*., p.108.

Book_RMP-70.indb 181 05/06/2019 11:51:08

Ademais, como afirma Leonardo Greco, "bem aplicado, esse princípio (...) serve com certeza mais adequadamente ao processo liberal"[16], pois serve à proteção dos direitos subjetivos dos litigantes, "pois a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade"[17].

2. Fundamento Constitucional do Princípio da Boa-fé Processual

É preciso encontrar o fundamento *constitucional* do princípio da boa-fé processual.

Mesmo que não houvesse texto normativo expresso na legislação infraconstitucional, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais. A exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais.

Há quem veja no inciso I do art. 3º da Constituição da República o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva[18]. É objetivo da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Haveria um *dever fundamental de solidariedade*, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade. Nessa mesma linha de raciocínio, há quem veja a cláusula geral de boa-fé como concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988)[19].

Para Menezes Cordeiro, por exemplo, a exigência de atuação de acordo com a boa-fé decorre do direito fundamental à *igualdade*: "a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser vista como se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual"[20].

Antônio do Passo Cabral entende que o fundamento da *boa-fé objetiva processual* é o princípio do contraditório, que não é apenas fonte de direitos processuais, mas também de deveres. O contraditório não serve apenas para dar aos litigantes o direito de poder influenciar na decisão, mas também "tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição"[21]. O direito ao contraditório não pode ser exercido ilimitadamente: o respeito à boa-fé objetiva é exatamente um desses limites.

Para Joan Pico i Junoy, o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do *devido processo legal*, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de

---

[16] GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2008, nº 164, p.49.
[17] GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*, *cit*., p.52.
[18] VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil.* São Paulo: Atlas, 2003, p.163.
[19] ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, p.186 e ss.; NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.224-274.
[20] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa* in agendo. Coimbra: Almedina, 2006, p.51. Assim, também, do mesmo autor, mais longamente, *Da boa-fé no direito civil*, *cit*., p.1.271 e ss.
[21] CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, *cit*., p.63. Assim, também, VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil,* i., p.172.

Book_RMP-70.indb 182 05/06/2019 11:51:08

proteção do direito à tutela efetiva[22], do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias ("processo devido"). O autor cria, para explicar o fenômeno, eloquente expressão: o *devido processo leal*[23].

O Supremo Tribunal Federal brasileiro segue também essa linha de argumentação, de maneira ainda mais incisiva: a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé[24]. A transcrição do trecho da fundamentação da decisão do STF é necessária:

> O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.
>
> A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.

O STF confirma que a exigência de comportamento segundo a boa-fé atinge a *todos* os sujeitos processuais, e não apenas às partes: "Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça".

Todas essas opções são dogmaticamente corretas. Adota-se, neste ensaio, a do Supremo Tribunal Federal brasileiro, principalmente em razão de um aspecto prático:

---

[22] *"(...) la efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho em otros* términos, *la mala fé procesal puede ponder em peligro el otorgamiento de uma efectiva tutela judicial (...).*" (JUNOY, Joan Pico i. *El debido proceso "leal", cit*., p.346)

[23] JUNOY, Joan Pico i. *El debido proceso "leal"*, cit., p.345 e ss.

[24] STF, 2ª T., RE nº 464.963-2-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006. Com fundamentação semelhante, STF, 2ª T., AI nº 529.733-1-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.10.2006, publicado no DJ de 01.12.2006. Repercutiu e aplaudiu essas decisões, MACÊDO, Lucas Buril de. A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2013, nº 216, p.395-396.

Book_RMP-70.indb 183 05/06/2019 11:51:08

a caracterização do devido processo legal como uma cláusula geral é pacífica, muito bem construída doutrinariamente e aceita pela jurisprudência.

É com base nesta garantia que, no direito estadunidense, se construiu o dever de boa-fé processual como conteúdo da garantia do *fair trial*. A referência ao *due process of law* como fundamento para reprimir os comportamentos temerários é frequente nos países do *common law*. Em tais países, a cláusula geral do devido processo legal é diretamente aplicada pelas cortes como um padrão geral para a avaliação de práticas processuais inadequadas[25].

É mais simples, portanto, a argumentação da existência de um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, convenhamos, o processo para ser *devido* (*giusto*, como dizem os italianos, *equitativo*, como dizem os portugueses) precisa ser ético e leal.

Não se poderia considerar *justo* um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos.

3. Destinatário da Norma

Note que o destinatário da norma é "aquele que de qualquer forma participa do processo" (art. 5º, CPC), o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional[26]. A observação é importante, pois parte dos trabalhos doutrinários sobre a boa-fé processual restringe a abrangência do princípio às partes[27].

A vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé nada mais é, senão, o reflexo do princípio de que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança.

---

[25] HAZARD JR., Geoffrey C. Abuse of procedural rights: a summary view of the common law systems. *In*: TARUFFO, Michele (Coord). *Abuse of procedural rights:* comparative standards of procedural fairness. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p.38; HAZARD JR., Geoffrey C. Abuse of procedural rights: report for the United States. *In*: TARUFFO, Michele (Coord). *Abuse of procedural rights:* comparative standards of procedural fairness. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p.43; TARUFFO, Michele. General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. *In*: TARUFFO, Michele (Coord). *Abuse of procedural rights:* comparative standards of procedural fairness. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p.7.

[26] O STF já reconheceu expressamente a vinculação do órgão jurisdicional ao princípio da boa-fé processual (STF, *HC* nº 101.132. ED/MA, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Informativo do STF nº 665, 7-12 de maio de 2012). No mesmo sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (mais alta corte brasileira para questões relativas ao direito infraconstitucional): STJ, 4ª T., AgRg no AREsp nº 91.311-DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 6.12.2012, publicado no informativo 511; STJ, 2ª T., REsp nº 1.306.463/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 04.09.2012, publicado no DJe de 11.09.2012. Assim, também, TARUFFO, Michele. General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. *In*: TARUFFO, Michele (Coord). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p.19; HESS, Burkhard. Abuse of procedure in Germany and Áustria. *In*: TARUFFO, Michele (Coord). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p.156.

[27] Por exemplo, JUNOY, Joan Pico i. El debido proceso "leal".*In*: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Palestra, 2006, vol. 9, p.341; MILMAN, Fábio. *Improbidade processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.81 e ss; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.177-178; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.84-85.

Book_RMP-70.indb 184 05/06/2019 11:51:08

4. Concretização do Princípio da Boa-fé Processual

A doutrina alemã agrupou quatro casos de aplicação da boa-fé objetiva ao processo[28].

a) Proibição de criar[29] dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má-fé. O dolo processual é conduta ilícita, por conta da incidência do princípio da boa-fé. Mas há regras expressas que concretizam isso, por exemplo: o requerimento doloso da citação por edital (art. 258, CPC), a litigância de má-fé (art. 80, CPC)[30] e a atuação dolosa do órgão jurisdicional (art. 143, I, CPC).

b) A proibição de *venire contra factum proprium*[31]. Trata-se de proibição de exercício de uma situação jurídica em desconformidade com um comportamento anterior que gerou no outro uma expectativa legítima de manutenção da coerência.

A doutrina costuma enumerar os seguintes pressupostos para a configuração do *venire contra factum proprium* como comportamento ilícito: a) existência de duas condutas de uma mesma pessoa, sendo que a segunda contraria a primeira; b*)* haja identidade de partes, ainda que por vínculo de sucessão ou representação; c) a situação contraditória se produza em uma mesma situação jurídica ou entre situações jurídicas estreitamente coligadas; d) a primeira conduta (*factum proprium*) tenha um significado social minimamente unívoco, a ser averiguado segundo as circunstâncias do caso; e) que o *factum proprium* seja suscetível de criar fundada confiança na parte que alega o prejuízo, confiança essa que será averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé ou o fim econômico-social do negócio[32].

Como exemplo de aplicação da proibição de *venire contra factum proprium* no processo civil: recorrer contra uma decisão que se aceitara (art. 1.000 do CPC) ou pedir a invalidação de ato a cujo defeito deu causa (art. 276 do CPC brasileiro) ou impugnar a legitimidade já aceita em processo anterior[33-34].

---

[28] BAUMGÄRTEL, Gottfried. Treu und Glauben im Zivilprozess. *In*: *Zeitschrift für Zivilprozess,* 1973, nº 86, Heft 3, p.355; ZEISS, Walter. *El dolo procesal:* aporte a le precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico. Tomas A. Banzhaf (Trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979*, passim*; HESS, Burkhard. *Abuse of procedure in Germany and* Áustria, *cit*., p.153-154.

[29] *Das Verbot zu schaffen,* no texto original BAUMGÄRTEL, Gottfried. Treu und Glauben im Zivilprozess. *Zeitschrift für Zivilprozess, cit*., p.355.

[30] É importante registrar, especificamente para a aplicação do art. 80 do CPC, que nem todos os casos de litigância de má-fé ali previstos exigem a "má-fé subjetiva"; há casos em que a "má-fé" é examinada objetivamente, como nos casos dos incisos V, VI, e VII do mesmo artigo. Advertindo sobre esse aspecto, MOREIRA, José Carlos Barbosa. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. *In: Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977, p.26. Trata-se de um dado relevante para confirmar a existência de uma cláusula geral de proteção da boa-fé objetiva.

[31] *Das Verbot des widersprüchlichen Verhalten*, no original, BAUMGÄRTEL, Gottfried. Treu und Glauben im Zivilprozess. *Zeitschrift für Zivilprozess, cit*. p.355.

[32] MARTINS-COSTA, Judith. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*". *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, nº 376, p.110.

[33] JUNOY, Joan Pico i. El debido proceso "leal". *In: Revista Peruana de Derecho Procesal.* Lima: Palestra, 2006, vol. 9, p.357.

[34] Com inúmeros exemplos e excelente abordagem, TUNALA, Larissa. *Comportamento processual contraditório* – a proibição de *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p.269-316.

Book_RMP-70.indb 185 05/06/2019 11:51:08

Nesses casos, temos concretizações típicas da proibição de comportamento contraditório. O princípio da boa-fé, no entanto, proíbe *atipicamente* o comportamento contraditório, que, assim, passa a ser um *ilícito processual atípico*.

c) A proibição de abuso de direitos processuais[35]. O abuso do direito é conduta ilícita; o abuso de um direito processual também. Qualquer abuso do direito no processo é proibido pela incidência do princípio da boa-fé processual.

Como, por exemplo, o *abuso do direito de defesa*, que pode autorizar a tutela provisória de evidência (art. 311, I, CPC brasileiro), o abuso na escolha do meio executivo (art. 805, CPC) ou o *abuso do direito de recorrer*, que é hipótese expressa de litigância de má-fé (art. 80, VII, CPC brasileiro).

Nesses casos, temos concretizações típicas de abuso de direito processual. O princípio da boa-fé, no entanto, proíbe *atipicamente* qualquer abuso de direito processual, que, assim, passa a ser um *ilícito processual atípico*.

d) Verwirkung (*suppressio,* de acordo com a sugestão consagrada de Menezes Cordeiro): perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido.

A *suppressio* é a perda de uma situação jurídica ativa, pelo *não* exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida[36]; o exercício tardio seria contrário à boa-fé[37] e abusivo. A *suppressio* é efeito jurídico cujo fato jurídico correspondente tem como pressuposto o não exercício de um direito e a situação de confiança da outra parte.

Três exemplos de *suppressio processual*: a) perda do poder do juiz de examinar a admissibilidade do processo, após anos de tramitação regular, sem que ninguém houvesse suscitado a questão; b) perda do direito da parte de alegar nulidade, em razão do lapso de tempo transcorrido, que fez surgir a confiança de que não mais alegaria a nulidade; c) perda do direito à multa judicial, em razão de a parte ter demorado excessivamente para comunicar o descumprimento da decisão[38].

É fácil constatar que o princípio da boa-fé é a fonte da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica "abuso do direito" processual[39] (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disso, o princípio da boa-fé processual torna *ilícitas* as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o

---

[35] *Der Missbrauch prozessualer Befugnisse,* no original, BAUMGÄRTEL, Gottfried. Treu und Glauben im Zivilprozess. *Zeitschrift für Zivilprozess, cit*., p.355.

[36] "*La giustificata aspettativa che il diritto stesso non sarebbe più stato fatto valere*". (RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung.* Padova: CEDAM, 1971, p.1.)

[37] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil.* 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p.797.

[38] DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, vol. 171, p.35-48.

[39] Sobre a relação entre boa-fé e abuso do direito, mais uma vez CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil, cit*., p.861-902.

Book_RMP-70.indb 186 05/06/2019 11:51:08

suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre boa-fé processual objetiva e subjetiva. Mas ressalte-se: o princípio é o da boa-fé processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir *com* má-fé.

É possível, porém, identificar *ao menos mais três aplicações do princípio da boa-fé* processual, além daquelas já sistematizadas pela doutrina alemã.

e) O princípio da boa-fé impõe *deveres de cooperação* entre os sujeitos do processo. O art. 6º do CPC brasileiro consagra essa derivação. A análise dessa repercussão escapa ao presente texto. Remetemos o leitor ao que escrevemos em outra sede, mais demoradamente[40].

f) A negociação processual, seja aquela relativa ao litígio, seja aquela que tem por objeto as normas e situações jurídicas processuais (art. 190 do CPC), deve observar o princípio da boa-fé processual (aplicação ao processo do art. 422 do Código Civil)[41].

g) O princípio da boa-fé ainda exerce uma função hermenêutica: a decisão judicial e as postulações devem ser interpretadas de acordo com este princípio (art. 489, §3º, e art. 322, §2º, CPC, respectivamente). Trata-se de aplicação do que já foi designado como *princípio da caridade* na interpretação, segundo o qual os textos devem ser interpretados a partir da premissa de que o seu autor agiu com racionalidade e com lealdade. "Para a interpretação da sentença, essas noções importam porque a primeira hipótese interpretativa deve ser – de acordo com o princípio da caridade – a de que o autor do texto tenha agido com racionalidade, razoabilidade e boa-fé, enfim, que tenha seguido as regras do modo de vida social e histórico no qual estava inserido"[42].

Clovis Kemmerich relaciona deste modo o princípio da boa-fé com a interpretação da decisão judicial:

> Pelo princípio da caridade – aqui já adaptado para a interpretação da sentença judicial –, presume-se que o juiz tenha proferido a sentença imbuído de boa-fé (concepção ética), isto é, sem pretender induzir as partes em crenças falsas e com observância do direito (logo, observância do art. 5º). O art. 489 fornece diretrizes interpretativas para chegar ao significado da sentença, da mesma forma que a *interpretação conforme a constituição* direciona a obtenção do significado da lei. É claro que a interpretação é uma atividade a ser exercida de boa-fé. Isso é o mais importante (...). Mas quando o art. 489, §3º, fala que a sentença "deve ser interpretada (...) em conformidade com (...)", está se referindo a como o texto da sentença deve, em princípio, ser entendido, e não à conduta subjetiva do

[40] DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos del principio de cooperación en el derecho procesal civil portugués*. Lima: Communitas, 2010.
[41] Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie. Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo Código de Proceso. *In: Convenciones procesales*. Lima: Raguel, 2015.
[42] KEMMERICH, Clovis Juarez. A interpretação da sentença judicial no processo civil. *In: Novo CPC – Doutrina selecionada*. Alexandre Freire, Lucas Buril e Ravi Peixoto (Coord.) Salvador: Editora Juspodivm, 2015, vol. 2, p.486.

Book_RMP-70.indb 187 05/06/2019 11:51:09

> intérprete. A diferença entre as duas concepções (repita-se, ambas aplicáveis à interpretação da sentença) é esta: (a) viola o art. 5º, o intérprete que simplesmente escolhe o sentido que lhe convém, sem aplicar um esforço racional ao entendimento do texto; e (b) viola o art. 489, §3º, o intérprete que, sem indícios razoáveis no texto ou nos autos, atribui à sentença um sentido que ela somente teria se o juiz tivesse agido de modo desleal [43].

A concretização do princípio da boa-fé processual é uma obra em progresso. A lista apresentada neste ensaio é um bom ponto de partida.

[43] KEMMERICH, Clovis Juarez. *A interpretação da sentença judicial no processo civil*, *cit*., p.487-488.

Book_RMP-70.indb 188 05/06/2019 11:51:09

A Influência do Constitucionalismo Brasileiro na História Constitucional Portuguesa

Luiz Fabião Guasque*

Sumário

1. Introdução. 2. A Ausência de Participação Popular. 3. Identidades Formais. 4. Parlamentarismo de Coalizão. 5. A Influência da Constituição Brasileira de 1824 e a Constituição da República Portuguesa de 1976. 6. Conclusões.

1. Introdução

A primeira carta, ou a lei primeira, ou o primeiro documento organizador do Brasil não foi uma constituição, mas um regimento. O Regimento de Tomé de Souza foi *avant la lettre*, nossa primeira "constituição". Outorgada de cima para baixo, determinando, desde então, tudo o que uma moderna constituição tem. Ou deveria ter.

Tomé de Souza era govenador geral, mas também um capitão-mor.

O Regimento outorgado pelo Rei Dom João III continha as tradicionais disposições de uma constituição – a organização do estado, a defesa do território, a organização da produção, a política de preços, e por aí vamos. Sobretudo dava como missão ao capitão-mor submeter e mesmo exterminar a maioria dos índios nativos e fazer aliança com os homens principais da terra. O instrumento desta aliança não era somente a defesa física do território. Mas, sobretudo, conceder o direito de propriedade:[1] "dareis de sesmaria as terras (...) às pessoas que vo-las pedirem".[2]

Também a história constitucional portuguesa é anterior à Revolução Liberal de 1820, pois desde que Portugal é um Estado em que existe uma normatividade reguladora do poder político e das relações entre governantes e governados, verificando-se que essa normatividade assume uma natureza materialmente constitucional, comprovando que não há Estado sem Constituição: Portugal, desde que é Portugal, sempre teve uma Constituição em sentido material, podendo falar-se em Constituição histórica ou institucional[3].

Aí a primeira correspondência na história do constitucionalismo brasileiro e a Constituição portuguesa, que, no seu preâmbulo, declara que em "25 de abril de 1974,

---

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1 FAORO, Raymundo. *In*: FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. *A Favor da Democracia*. Pernambuco: Massangana/Bagaço, 2004. p.19.

2 Artigo 9 do Regimento que levou Tomé de Souza a governador do Brasil. Lisboa: Almerin, 17/12/1548. AHU. Códice 112. fls.1-9.

3 OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. Almedina. vol. I. p.252.

Book_RMP-70.indb 189 05/06/2019 11:51:09

o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista"... expresso por uma "Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de abril de 1976, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa".

A mesma estratégia de pacto patrimonialista em dar patrimônio público para sedimentar o poder usada por D. Joao VI quando escapou de Napoleão trazendo para o Brasil toda a corte, toda a nobreza, toda a burocracia portuguesa se repetia, quando essa mesma "Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito Democrático e de abrir caminho para uma *sociedade socialista*..."[4], que apesar de ser expressão de um grupo que a outorga de cima para baixo, afirma fazer isso "no respeito da vontade do povo português." (preâmbulo)

2. A Ausência de Participação Popular

Essa ausência de representatividade popular, ou de manifestação do povo na elaboração do seu pacto social, também ocorreu no Brasil com a Constituição de 1988, que apesar de declarar no seu preâmbulo:

> Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Em 1987, a retomada da legitimidade perdida, ou nunca havida, do poder político haveria de vir através de uma constituinte de povo feita. Somente uma constituinte legítima nos conduziria a um regime de real participação popular, mas não foi o que ocorreu. A convocação da constituinte foi a arena principal de um obscuro jogo de forças, onde se explicitaram disputas internas de um regime autoritário que, com mão de ferro, esvaiu-se através da abertura lenta, gradual e segura.

Neste contexto, a democratização brasileira foi negociada, não como uma aproximação da democracia como destino, mas como interna rachadura do pacto patrimonialista dos militares, burocracia centralizadora, empresários e setores do operariado industrial,[5] bem semelhante ao que nos conta o preâmbulo da Constituição portuguesa.

---

[4] Grifamos.
[5] Ainda FALCÃO, Joaquim de. *A favor da Democracia*…p.20.

Book_RMP-70.indb 190 05/06/2019 11:51:09

Tivemos no Brasil, à semelhança de Portugal, uma assembleia nacional constituinte originária, convocada de cima para baixo, mas não de baixo para cima. Realizada por senadores biônicos, que lá se sentavam. Não como visitas de cerimônia, mas como coproprietários do futuro da casa.

Nossa primeira constituição como país independente na sequência do Regimento Tomé de Souza seria também fruto de um pacto dos "homens principais" a partir do estamento burocrático nobilizado e os proprietários.

A constituição de 1824 iniciou-se como pacto político nacionalmente ampliado. Mas fracassou diante de D. Pedro I, que foi seu começo e não abriu mão de ser também seu fim.

D. Pedro I até convocou uma constituinte mais representativa da recente independência. Mas o pacto político centralizador que lhe sustentava no poder não suportou a autonomia das províncias que se esboçava.

Dissolveu-a.

Não adiantou o ativismo, a militância e a conceituação democratizante de um Frei Caneca, lá de Pernambuco, escrevendo no jornal "Typhis Pernambucano", tal qual um federalista ou um abolicionista ou mesmo um Raymundo Faoro, a usar a imprensa como melhor meio de ser ao mesmo tempo observador e agente de seu tempo. Longe dos tratados coimbrãs.

O Frei do Amor Divino Caneca cunhou uma das definições mais sintéticas e poderosas sobre o que seja uma constituição. Constituição, dizia, é a ata do pacto social. O problema é que Pedro I entendia o pacto social diferentemente.

Já durante os debates, a Assembleia Constituinte de 1823 apontava para a descentralização do poder político em direção às províncias. O que para D. Pedro I era indigno dele. "Quero uma constituição que seja digna do Brasil e de mim mesmo" e outorgou, então, sua própria constituição.[6]

A ausência de convocação de uma constituinte autônoma e soberana, como o seguro e devido caminho para inclusões sociais mais amplas, parece ser um ponto forte e comum entre a pátria mãe e o filho Brasil.

Ambos os movimentos constituintes se expressam mais como um pacto de mãos dadas com os agentes políticos e funcionalismo público que detêm competência de fazer e interpretar leis, de usar a força legal.

3. Identidades Formais

Mas independente da origem do pacto social que representa, a existência do Estado democrático alicerçado nos valores do pluralismo, da juridicidade e do bem-estar será sempre débil se, apesar dos diversos princípios e regras constitucionais de concretização, não existirem mecanismos de garantia: o cumprimento dos imperativos

[6] Ainda FALCÃO, Joaquim de. *A favor da Democracia*…p.21.

Book_RMP-70.indb 191 05/06/2019 11:51:09

decorrentes do princípio democrático, do princípio do Estado de Direito e do princípio do Estado social, envolvendo vinculações de condutas por ação ou por omissão, exige controle, fiscalização e meios de reação contra situações de violação.[7]

Independente da natureza de Portugal ser um estado unitário descentralizado e o Brasil um modelo federativo, a segurança jurídica, base da existência de qualquer estado, se expressa através do controle de inconstitucionalidade das leis.

O art. 278 da Constituição da República Portuguesa prevê a fiscalização preventiva da constitucionalidade:

> 1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.
>
> 2. Os representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura.

O que é importante destacar, independente dos demais seis itens que explicitam o modelo de controle preventivo, é a inclusão do Poder Judiciário na análise técnica da lei que sempre tem um conteúdo político, posto que manifestação desta esfera de Poder.

Note-se que, ao incluir o Judiciário na instância política, o Presidente, que no regime parlamentarista português representa a república (*res* = coisa; pública = do povo), para garantir a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas (art. 120 da C.R.) desempenha o papel de um Poder Moderador, bem como garantidor da harmonia entre os Poderes, pois é ele que, depois de eleito pelo voto direto dos portugueses, (art. 121 C.R.) nomeia o Primeiro-Ministro (art. 133, letra "f" da C.R.), ouvidos os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais (art. 187 da C.R.).

Na Constituição Brasileira de 1824, o poder moderador, exercido pelo imperador, estava acima dos outros poderes. Através deste poder, o imperador poderia controlar e regular os demais. Tinha ele o poder absoluto sobre todas as esferas do governo brasileiro.

Na carta do Império restou estabelecida a existência de quatro poderes: executivo, legislativo, judiciário e moderador.

[7] OTERO, Paulo. Identidade Constitucional. *In: Direito Constitucional Português*. vol. I. p.106.

Book_RMP-70.indb 192 05/06/2019 11:51:09

> Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador
>
> I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43.
>
> II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim pede o bem do Império.
>
> III. Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.
>
> IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.
>
> V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado convocando immediatamente outra, que a substitua.
>
> VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.
>
> VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.
>
> VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas aos Réos condemnados por Sentença.
>
> IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

Esta semelhança inicial cede espaço quando abandonamos o modelo Monárquico e ingressamos no Republicano, com eleições de no máximo duzentos e trinta deputados, que são eleitos por círculos eleitorais plurinominais e uninominais… (arts. 148 c/c 149 da C.R.), para a Assembleia da República, que é a que representa todos os cidadãos portugueses (art. 147 da C.R.).

O idealizador do conceito de Poder Moderador foi o pensador suíço Henri-Benjamin Constant de Rebeque (1767 – 1830). Segundo sua concepção, a função natural do poder real em uma monarquia constitucional seria a de um mediador neutro, capaz de resolver os conflitos entre os três poderes instituídos e também entre as facções políticas.

Os únicos países a aplicarem a teoria de Benjamin Constant foram o Brasil, entre 1824 e 1889, e Portugal, entre 1826 e 1910, e ainda notado hoje na Constituição de 1976.

No regime monárquico, a teoria de Constant provou ser uma verdadeira anomalia, com apelo somente ao monarca, que via em seu mecanismo um meio de intervir pessoalmente nas decisões dos três poderes básicos definidos desde a época de Montesquieu e sua *Teoria da separação de poderes* de 1748.

Em um sistema parlamentarista de coalizão de partidos que se unem para dar base de sustentação ao governo ou ao Executivo, como o atual modelo português, pode se revelar essencial para a harmonia entre os poderes e a viabilidade do governo, estabelecendo uma identidade de correlação com as forças representativas do parlamento.

Em Portugal, D. Pedro IV (D. Pedro I do Brasil) incluiu o mesmo mecanismo na Constituição Portuguesa de 1826, que havia sido projetada para imprimir reformas na

Book_RMP-70.indb 193 05/06/2019 11:51:09

monarquia lusa. Assim, tanto no Brasil como em Portugal o monarca, com o recurso do poder moderador, "driblava" as barreiras contidas num regime de monarquia constitucional, onde o soberano estava programado para ser uma figura meramente decorativa.

No sistema de denominada *monarquia constitucional,* o governo vincula o monarca (rei, imperador ou figura similar) ao que restou estabelecido na constituição local. O Soberano governa de acordo com a constituição, isto é, de acordo com a lei, ao invés de tomar decisões baseado na sua livre vontade. A ele cabe o papel de chefe de estado e sua função é garantir o normal funcionamento das instituições da nação.

Com o progresso das ideias iluministas, o conceito de monarquia absolutista, onde o rei tinha controle total sobre os destinos do estado, começou a ser questionado. A crença de que o soberano tinha direta aprovação divina para governar do modo como bem desejasse era cada vez mais posta em dúvida.

Mas, se a monarquia constitucional se apresenta com a forma parlamentarista, o poder legislativo é atribuído a um parlamento, eleito, com o poder de criar e promulgar a legislação.

Para exercer as funções de chefe de governo é eleito um primeiro-ministro, pelo parlamento, cujas ações são fiscalizadas por este mesmo colegiado.

Em um sistema de monarquia constitucional parlamentarista, o soberano pode propor a criação de leis, mas não promulgá-las. Tal poder é atribuído ao parlamento após discussão. Em quase todos os assuntos, o monarca atua sob os conselhos dos ministros. No entanto, como chefe de estado, ele nomeia formalmente os primeiros-ministros, aprovando certas leis e concedendo honras. O monarca possui ainda o poder de veto, isto é, pode vetar um projeto de lei que deverá retornar ao parlamento para nova discussão, semelhante à maneira como ocorre hoje no Brasil quanto às relações entre o presidente da república e o congresso nacional. O chefe de estado possui ainda papéis oficiais em relação a outras organizações, como as Forças Armadas.

Esse tipo de monarquia parlamentarista constitucional se desenvolveu no Reino Unido nos séculos XVIII e XIX, quando o poder veio a ser exercido de fato pelos Ministros do Gabinete e por parlamentares eleitos pelo povo.

Desde meados do século XIX, o formato da monarquia parlamentarista constitucional se consolidou e, nos dias atuais, todos os países que adotam o regime monárquico de governo estão organizados sob o sistema de monarquia parlamentarista constitucional.

A origem da monarquia constitucional no Brasil independente data de 1824, quando a constituição imperial foi outorgada por Dom Pedro I. Em 1847, já no império de Dom Pedro II, o parlamentarismo surgiu de maneira extraoficial. A monarquia parlamentarista brasileira foi marcada por uma inovação adotada apenas por esta e pela portuguesa, que era o chamado poder moderador, um poder de reserva atribuído ao imperador que o permitia ter a última palavra sobre decisões dos outros três poderes. Em razão disso, a forma de governo ficou conhecida como parlamentarismo às avessas.[8]

[8] SANTIAGO, Emerson. *A Monarquia Constitucional*. Disponível em:< ww.infoescola.com>.

Book_RMP-70.indb 194 05/06/2019 11:51:09

Esta influência é notada hoje na Constituição da República Portuguesa de 1976, embora com uma maior atribuição de poder ao governo, que é constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e pelos Secretários e Subsecretários de Estado (art. 183 da C.R.), cabendo ao Presidente, sob proposta do Primeiro-Ministro, nomear e exonerar os membros do Governo (art. 133, "h" da C.R.).

O Primeiro-Ministro é nomeado pelo Presidente, ouvidos os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais (art. 187º, 1 da C.R.), ou seja, a composição do governo é expressão da representatividade dos deputados em decorrência do sufrágio direto do povo, o que deve expressar as tendências e os anseios da maioria da população.

Mesmo que decorrente de acordos de coalizão entre partidos, presume-se que esta decorre da identidade de ideias e ideais dos representantes eleitos como manifestação das ideologias partidárias.

Note-se que se busca uma perfeita integração no colegiado legislativo, que precisa ter uma composição favorável ao governo para viabilizá-lo.

Numa composição de forças plúrimas, se decorrentes de acordos de vários partidos ou mesmo com duplicidade majoritária dependente de composição com outras forças de menor expressão, o apoio ao governo representa sempre uma união de esforços pela governabilidade do executivo.

Decorre desta realidade de frágil composição de viabilidade do governo a possibilidade de o Presidente, como chefe do Estado, dissolver a Assembleia da República, ouvidos os partidos nela representados e o Conselho de Estado (art. 133, "f"), observado o disposto no artigo 172º[9], merecendo destaque as hipóteses de demissão do Governo, nos termos do nº 2 do artigo 195º, quando houver rejeição do programa de Governo; não aprovação de uma monção de confiança; aprovação de uma monção de censura por maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.

Essas hipóteses demonstram que, se não houver equilíbrio entre as funções essenciais da soberania do Estado Português, será dado causa à dissolução do executivo e do legislativo para nova manifestação popular através do voto direto da população, o que reforça a assertiva de que o executivo como poder de governo só se viabiliza quando apoiado pela maioria do legislativo.

O Poder estável e responsável pela segurança do Estado e dos valores que representa é o Presidente da República, que, uma vez vendo inviabilizada a composição entre parlamento e governo, devolve o poder ao povo, através da convocação de eleições (art. 133º, letra "b" da C.R.P.).

Também, como vimos, pode chamar à discussão prévia em relação à inconstitucionalidade das leis o Poder Judiciário, o que representa uma forma de antecipar os efeitos da elaboração de uma lei que contraste com a Constituição.

[9] Art. 172. Dissolução 1. A Assembleia da República não pode ser dissolvida nos seis meses posteriores à sua eleição, no último semestre do mandato do Presidente da República ou durante a vigência do estado de sítio ou estado de emergência.

Book_RMP-70.indb 195 05/06/2019 11:51:09

É interessante esta inclusão do Judiciário nas questões legislativas, que muitas vezes representam opções políticas sobre medidas drásticas que afetam direitos conferidos na Constituição, mas que, por este meio, podem receber a anuência prévia do Judiciário, que, afastando muitas vezes garantias, passa a optar pelo valor segurança do Estado.

4. Parlamentarismo de Coalizão

O Presidente exerce um Poder Moderador em um Parlamentarismo de coalizão, visto que apenas com a maioria parlamentar é viável o governo do Primeiro-Ministro, mas o Presidente pode ser eleito sem obter a maioria parlamentar, que pode ser decorrente da composição de partidos de menor expressão que apoiem o Primeiro-Ministro, embora possa ocorrer de o Presidente ter o apoio do maior partido na assembleia e mesmo assim a indicação do Primeiro-Ministro decorrer de um "acordo de minorias".

De qualquer forma, este "jogo de forças" tem o claro sentido de criar uma governança sintonizada com os representantes do povo.

5. A Influência da Constituição Brasileira de 1824 e a Constituição da República Portuguesa de 1976

Nota-se claramente a influência de um sistema de constitucionalismo monárquico que encontra suas bases na Constituição brasileira de 1824 para a transição de um regime de Parlamentarismo presidencial republicano, com a adequação deste "poder moderador", exercido pelo monarca, para o Presidente de uma república democrática de representação partidária entre o representante do Estado, eleito pelo voto direto e popular, e os deputados como representantes do povo em suas ideologias e interesses expressos através dos partidos.

Apenas a título de demonstração de comparação de semelhança entre o artigo 101 da Constituição do Império de 1824, que atribuiu ao Imperador o exercício do "Poder Moderador" e a atual Constituição portuguesa que, não expressamente, mas confere poderes semelhantes ao Presidente da República:

> I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43. (art. 101 da C.I.B.);
>
> Artigo 133º
>
> *Competência quanto a outros órgãos*
>
> *f. Nomear o Primeiro-Ministro, nos termos do nº 1 do art.187º; (art. 133º da C.R.P.)*
>
> *g. Demitir o Governo, nos termos do nº 2 do artigo 195º, e exonerar o Primeiro-Ministro, nos termos do nº 4 do artigo 186;*
>
> Artigo 187º
>
> Formação

Book_RMP-70.indb 196 05/06/2019 11:51:09

> 1. O Primeiro-Ministro é nomeado pelo Presidente da República, ouvidos os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais.

Aqui, se inverteram os papéis, pois quem indica o 1º Ministro é a maioria parlamentar, e, como o Poder de governar não é exercido pelo Presidente, este nomeia o 1º Ministro, podendo demitir o Governo e exonerá-lo (art. 133º letra "g " da C.R.P.).

Já no Império o Poder de Governar era do Imperador, que nomeava os Senadores.

> II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim pede o bem do Império. (art. 101 da C.I.B.);
>
> Artigo 133º
>
> *Competência quanto aos órgãos*
>
> *c. Convocar extraordinariamente a Assembleia da República; (C.R.P.)*

O Poder Moderador fica bem claro neste dispositivo, pois como "regente" das "forças políticas" que viabilizam o governo do Executivo, o Presidente convoca os representantes do povo para deliberarem sobre os assuntos do Estado Português.

> III. Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral para que tenham força de Lei: Art. 62. (C.I.B.)
>
> Artigo 134º
>
> Competência para a prática de actos próprios:
>
> b. Promulgar e mandar publicar as leis, os decretos-leis e os decretos regulamentares, assinar as resoluções da Assembléia da República que aprovem acordos internacionais e os restantes decretos do Governo; (art. 134º da C.R.P.)

Como o Imperador é o chefe de Estado e de governo, tem o poder de sancionar e vetar as leis, o que não ocorre com o Presidente da República Portuguesa, que, sendo apenas chefe de Estado, com a função de exercer um Poder Moderador, em um regime parlamentarista, entre as funções essenciais da soberania, visando à harmonia e à independência entre elas, apenas assina as manifestações do legislativo, mas com a possibilidade de trazer ao Judiciário previamente esta discussão, não apenas sobre a inconstitucionalidade, mas na prática, sobre a análise política em relação à lei, quando a situação envolver questão de segurança do Estado, como referimos, base de sua existência.

Book_RMP-70.indb 197 05/06/2019 11:51:09

> IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86 e 87. (C.I.B.)
>
> *j. Dissolver as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, ouvidos o Conselho de Estado e os partidos nelas representados, observado o disposto no artigo 172º com as necessárias adaptações;* (art. 133º da C.R.P.)

Modus in rebus, as finalidades se assemelham se considerarmos que na primeira hipótese é um governo Monárquico Constitucional e o segundo, um Parlamentarismo Republicano de coalizão entre partidos, cabendo ao Presidente da República esta função de "pacificador dos conflitos" nas instâncias políticas, de forma a devolver ao povo o poder para nova manifestação, como forma de viabilizar o governo do Poder Executivo.

> V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado convocando immediatamente outra, que a substitua. (C.I.B.)
>
> l. Nomear e exonerar, ouvido o Governo, os Representantes da República para as regiões autónomas; (art. 133º da C.R.P.)

O que foi dito para a comparação dos preceitos anteriores, aqui se aplica integralmente.

> VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. (C.I.B.)
>
> *h. Nomear e exonerar os membros do Governo, sob proposta do Primeiro-Ministro;* (133º C.R.P.)

Como na Monarquia Constitucional o Imperador é o chefe do governo, e no Parlamentarismo Português este é exercido pelo Primeiro-Ministro, cabe a este a iniciativa para a nomeação e a exoneração dos demais componentes do executivo, que, presume-se, sejam expressão das forças políticas que representam o povo.

> VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. (C.I.B.)
>
> *m. Nomear e exonerar , sob proposta do Governo, o presidente do Tribunal de Contas e o Procurador Geral da República; (art. 133º da C.R.P.)*
>
> *n. Nomear cinco membros do Conselho de Estado e dois vogais do Conselho Superior da Magistratura; (art. 133º da C.R.P.)*
>
> *p. Nomear e exonerar, sob proposta do Governo, o Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas, o Vice-Chefe do Estado-Maior-General das*

Book_RMP-70.indb 198 05/06/2019 11:51:09

> *Forças Armadas, quando exista, e os Chefes de Estado-Maior dos três ramos das Forças Armadas, ouvido, nestes dois últimos casos, o Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas.*

A mesma adaptação é feita em decorrência da chefia do Governo, pois os atos de nomeação pelo Presidente se dão sempre por "proposta do governo", ou seja, é sempre ato composto da manifestação de duas funções essenciais do Estado Português: do chefe de Estado e do chefe de governo apoiado pela maioria parlamentar.

6. Conclusões

Como se pode ver, a influência é marcante e não poderia ser de outra forma, pois não devemos esquecer que o Imperador Português passava a governar a colônia em decorrência da situação na Europa com a investida Napoleônica. É natural que, uma vez restabelecida a monarquia na pátria mãe, os desdobramentos da organização do Poder na República portuguesa seguissem a tradição do parlamentarismo monárquico com as adaptações para uma República parlamentarista, mas com a verdadeira função moderadora ao chefe do Estado Português, eleito pelo povo.

Book_RMP-70.indb 199 05/06/2019 11:51:09

O Trabalho nas Prisões dos EUA: "Não É um Sistema de Justiça, É um Negócio"

Nicole Mitchell Ribeiro da Silva*

Sumário

1. Introdução. 2. Origens Históricas do Trabalho Penitenciário. 3. O Racismo Institucionalizado: Conexão entre Prisão e Escravidão. 4. A Privatização das Prisões. 5. Não É um Sistema de Justiça, É um Negócio. 6. Conclusões. Referências.

Resumo

Nos Estados Unidos da América, uma nova forma de escravidão se manifesta, devidamente autorizada pelo ordenamento jurídico, envolvendo aqueles que estão cumprindo pena em complexo penitenciário industrial, já que grande parte do sistema prisional privado explora os detentos como se fossem escravos. Ao que parece, a escravidão norte-americana nunca foi abolida, apenas mudou para o sistema prisional moderno, alimentando, principalmente, o encarceramento em massa de cidadãos negros, pois o racismo é institucionalizado e refletido na seletividade do sistema prisional norte-americano. No Brasil, avançam projetos sobre a privatização das prisões. Assim, parece viável, útil e mesmo necessário discutir o tema.

Abstract

In the United States, a new form of slavery exists, authorized by the legal system, for those serving time in an industrial penitentiary complex, since much of the private prison system exploits detainees as if they were slaves. American slavery, it seems, has never been abolished; it has only changed to the modern prison system, ultimately fueling mainly the mass incarceration of black citizens, since racism is institutionalized and reflected in the selectivity of the US prison system. In Brazil, projects are being advanced for the privatization of prisons. Thus, it seems viable, useful and even necessary to discuss the theme.

Palavras-chave: Escravidão moderna. Sistema prisional norte-americano. Complexo prisional-industrial. Complexo penitenciário industrial. Privatização do sistema penitenciário. Racismo institucionalizado. 13ª emenda.

* Pós-graduada em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público (Amperj). Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Book_RMP-70.indb 201 05/06/2019 11:51:09

Keywords: *Modern slavery. US prison system. Prison-industrial complex. Industrial penitentiary complex. Privatization of the penitentiary system. Institutionalized racism. 13th Amendment.*

1. Introdução

Costuma-se pensar que o desfecho da Guerra Civil representou, nos Estados Unidos, o fim da escravidão. Isso porque a 13ª Emenda à Constituição, aprovada em janeiro de 1865, proibiu a escravidão, libertando milhões de escravos negros. A mesma emenda ressalvou, todavia, a escravidão como punição por crime. Pode-se dizer, assim, que os detentos passaram a ser considerados propriedade do Estado.

Em razão disso, diversas organizações voltadas à proteção dos direitos humanos têm condenado o que se pode denominar "nova forma de exploração desumana do trabalho". Hoje, uma população de até 2 milhões de prisioneiros, na sua maioria negros e pobres, presta serviços legalmente para grandes corporações industriais em troca de valores irrisórios.

Diz o texto da 13ª Emenda:

> Seção 1
>
> Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.
>
> Seção 2
>
> O Congresso terá competência para fazer executar este artigo por meio das leis necessárias.

Da leitura da emenda, não parece demasiado concluir que a escravidão norte-americana não foi abolida, apenas se transferiu para o sistema prisional moderno, no qual interesses econômicos incentivam o encarceramento em massa, notadamente de negros. A relação fundamental entre punição e interesses econômicos é traduzida nos termos "complexo penitenciário industrial" ou "complexo prisional-industrial". São expressões que denotam os interesses sobrepostos e convergentes do governo e da indústria no encarceramento em massa. Esse sistema utiliza a vigilância, o policiamento e a prisão como soluções para problemas econômicos, sociais e políticos.

Ora, a palavra prisão não é de difícil compreensão: é um lugar onde se restringe a liberdade, os movimentos e o acesso a basicamente tudo, em geral, como punição pelo cometimento de um crime. Mas, para quem já foi encarcerado, estar preso é muito mais do que isso. Os presídios, em sua absoluta maioria, são locais onde a dignidade, a privacidade e o controle acham-se entregues a guardas, agentes penitenciários e administradores, e onde o isolamento e o tédio podem retirar a sanidade.

Book_RMP-70.indb 202 05/06/2019 11:51:09

Pois, nos Estados Unidos, país em que mais de dois milhões de pessoas encontram-se detidas, essas prisões são, também, grandes negócios.[1]

2. Origens Históricas do Trabalho Penitenciário

O trabalho penitenciário nos Estados Unidos tem suas raízes na escravidão. Após a Guerra Civil de 1861-1865, um sistema de contratação de presos foi introduzido para continuar a tradição da escravidão. Os escravos libertos eram acusados de pequenos delitos ou, simplesmente, de não cumprir seus compromissos e, uma vez encarcerados, passavam a ser alugados para a colheita de algodão, o trabalho em minas e a construção de ferrovias.

Historicamente, os presídios foram usados para uma série de propósitos. O mais comum era encarcerar criminosos. Mas os presídios serviram também para prender dissidentes políticos, doentes mentais, prisioneiros de guerra e até mesmo pessoas que não pagavam suas dívidas. Nos sécs. XVIII e XIX, as pessoas que não conseguiam pagar suas dívidas eram frequentemente presas ou obrigadas a realizar trabalhos forçados. O tempo que passavam na prisão ou trabalhando era uma maneira alternativa de pagar as dívidas.

Nesse contexto, foi que se instalou o trabalho penitenciário, especialmente de negros, em benefício da indústria.

3. O Racismo Institucionalizado: Conexão entre Prisão e Escravidão

O racismo que permeia a vida na sociedade norte-americana se reflete na seletividade de seu sistema prisional. Há muitas semelhanças entre os complexos penitenciários industriais dos Estados Unidos e os sistemas de escravidão daquele país, não sendo difícil perceber que a população carcerária norte-americana é, em grau incrivelmente desproporcional, afro-americana.

Já no séc. XVIII, indivíduos negros libertos começaram a ser presos por pequenos delitos, como vadiagem, ou qualquer outro motivo banal e sem oferecer perigo à sociedade. Daí veio a ideia de colocar os presos para trabalhar para o Estado. Como referido anteriormente, segundo a Constituição norte-americana, o ex-escravo e agora detento pode e deve ser submetido a trabalhos forçados.

As pessoas de pele negra, afrodescendentes, compõem 13% da população americana, mas são seis vezes mais propensas ao encarceramento do que as pessoas de pele mais clara. Negros e hispânicos representam 58% da população prisional, isso significa um número desproporcional de pessoas negras forçadas a trabalhar (muitas das quais cometeram crimes não violentos relacionados a drogas).[2]

---

[1] A população carcerária nos EUA era, em 2016, de 2.145.100 pessoas, segundo publicação do *World Prison Brief* (*Institute for Criminal Policy Research*). Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america>.

[2] Esses e outros dados podem ser obtidos em: <http://www.sentencingproject.org/criminal-justice-facts/>.

Book_RMP-70.indb 203 05/06/2019 11:51:09

Os movimentos abolicionistas entendem o fenômeno do encarceramento em massa ocorrido na América do Norte como uma injustiça de classe, perpetrada contra as camadas trabalhadoras e impulsionada pelo racismo, dada a evidente seletividade do sistema prisional.

O documentário de Jeffrey Mark Goldberg,[3] denominado *"Angola for Life:* Reabilitação e Reforma Dentro da Penitenciária Estadual de Louisiana", mostra imagens de trabalho penitenciário em uma plantação no Sul dos Estados Unidos. E, como dito no documentário, a escravidão e a opressão racial persistem.

4. A Privatização das Prisões

Com a privatização do sistema carcerário, empresas administram as prisões, o que fazem, naturalmente, com intenção de lucro. Grandes empresas, por meio de convênios, são contratadas pelo governo como empreiteiras para projetar, construir e administrar presídios. Em contraprestação, o governo paga à empresa um valor por indivíduo preso. Assim, quanto mais detentos houver, mais dinheiro as empresas recebem.

O crescimento da privatização das prisões começou nos anos 1980 e atingiu seu auge nos anos 1990. Em 2000, à medida que esse sistema – a indústria da punição – tornou-se um dos principais empregadores dos Estados Unidos e enquanto as corporações privadas de segurança negociavam os lucros com a liberdade humana, as analogias entre escravidão e prisão aumentaram.

Todo o complexo industrial penitenciário norte-americano é, assim, voltado ao lucro. Além do ganho com as prisões privadas de acordo com o número de detentos por elas custodiados, muitas empresas também auferem lucros com o trabalho prisional, o que certamente poderia ser considerado trabalho escravo, na medida em que alguns detentos recebem poucos centavos por hora de trabalho.

A conclusão lógica é a de que a contratação privada de prisioneiros para o trabalho promove incentivos para encarcerar pessoas. Os números mostram que os Estados Unidos prendem mais pessoas do que qualquer outro país: meio milhão a mais do que a China, que tem uma população cinco vezes maior. Os Estados Unidos detêm, assim, 25% da população prisional do mundo, mas apenas 5% dos habitantes do globo terrestre. As prisões norte-americanas dependem das rendas que produzem e as corporações que lucram com esse sistema incentivam a imposição de sentenças mais longas a fim de expandir sua força de trabalho.

O sistema de trabalho prisional se aproveita de uma força de trabalho extremamente vulnerável, que não consegue defender a si mesma, formar um sindicato, lutar por seus direitos de trabalhadores ou buscar proteção legal para combater potenciais abusos trabalhistas.

Os presos são proibidos de sindicalização ou de lutar por melhores salários e condições de trabalho dignas, tornando-se o grupo ideal para servir de mão

[3] Jeffrey Mark Goldberg é jornalista americano e editor-chefe da revista "The Atlantic".

Book_RMP-70.indb 204 05/06/2019 11:51:09

de obra barata. Apesar de trabalharem efetivamente, eles não são considerados empregados pelo sistema de justiça americano, não tendo acesso a mínimos direitos trabalhistas, o que é especialmente vantajoso para as empresas, que não têm de arcar com o pagamento de qualquer benefício, contraprestação justa ou proteção. E, se os detentos se recusarem a trabalhar, serão colocados em prisão solitária e poderão receber outras punições, tudo com respaldo legítimo do sistema de justiça penal. Além disso, apesar de ganharem pouco ou nada por seu trabalho, os detentos também têm deduções e taxas que saem de seus parcos vencimentos. Até oitenta por cento dos salários dos presos são destinados a impostos e deduções.

As prisões privadas recebem, ademais, uma quantia garantida de dinheiro para cada prisioneiro independentemente do que custar para manter cada um. Nelas, os detentos podem ter suas sentenças reduzidas por bom comportamento, mas, para qualquer pequena infração, recebem trinta dias adicionados, o que significa mais dias presos, mais dias de trabalho e mais lucros para a indústria prisional.

5. Não É um Sistema de Justiça, É um Negócio

Nesse sistema, os indivíduos encarcerados são legitimamente tratados como propriedade do governo. Se algum detento se recusar a ser alugado ou cedido como propriedade, sofrerá consequências violadoras de direitos fundamentais à semelhança da antiga escravidão. Enquanto isso, corporações privadas, em convênio com o governo norte-americano, que exploram mão de obra penal para produzir bens e serviços, lucram milhões de dólares por ano.

O complexo prisional industrial preocupa-se, assim, em lucrar com os detentos, ainda que rotule esse sistema de "programa de treinamento de empregos". Contudo, aos detentos é ensinado um conjunto de habilidades não como um meio de reforma, mas sim com a finalidade de exploração para obter o maior lucro possível.

Mesmo quando a taxa de criminalidade dos Estados Unidos caiu, a população prisional do país aumentou. Em 1983 e 1984, duas empresas privadas de correção se formaram uma após a outra. Entre 1990 e 2009, o número de presos trabalhando como escravos em prisões privadas aumentou surpreendentemente.

Esse é um dos negócios de mais rápido crescimento nos Estados Unidos e seus investidores estão em *Wall Street*. Os lucros são tão bons que há um novo negócio em crescimento: a importação de detentos com sentenças longas, ou seja, os piores criminosos são disputados pelas corporações privadas, que exploram sua mão de obra barata, tudo de forma legal.

6. Conclusões

A escravidão e a prisão em massa têm uma longa relação histórica nos Estados Unidos. O sistema penitenciário daquele país pode ser descrito como uma instituição totalizadora, que representa sistemas modernos de dominação e controle social, aparentemente, ressocializando ex-criminosos pelo trabalho.

Book_RMP-70.indb 205 05/06/2019 11:51:10

A rede que liga penitenciárias, empresas de investimento, polícias, tribunais e o sistema de fiança/multa é chamada de complexo prisional-industrial. O nome é semelhante ao complexo militar-industrial, termo utilizado para caracterizar os bancos interligados, indústrias militares e petrolíferas, empreiteiros, lobistas corporativos e soldados profissionais que se beneficiam da guerra e da repressão.

Quase todas as prisões americanas, tanto do governo federal quanto do governo estadual, do condado e do município, permitem às grandes empresas a geração de altos lucros. Os títulos da prisão fornecem um retorno lucrativo para grandes investidores capitalistas e os detentos são negociados de um estado para outro com base num lucrativo acordo de pagamento.

As grandes multinacionais norte-americanas usufruem de algumas das taxas de mão de obra mais baixas do mundo e revendem os produtos acabados, armas, por exemplo, para o governo dos Estados Unidos com as maiores taxas de lucro. As principais corporações que se beneficiam do trabalho escravo dos detentos nas prisões privadas incluem nomes conhecidos, como *Motorola, Compaq, Honeywell, Microsoft, Revlon, Chevron, TWA, Victoria's Secret* e *Eddie Bauer.*

No complexo penitenciário industrial norte-americano, não há nenhum cuidado com a ressocialização dos presos ou com a justiça. Nesse sistema, viola-se a humanidade básica dos indivíduos como se fazia na escravidão do passado, mas de uma maneira diferente, mais velada e legitimada pela 13ª Emenda.

No Brasil, há projetos prevendo a privatização das prisões. É útil e oportuna, portanto, a discussão sobre o tema. Pesquisas e debates nessa matéria poderão nos ajudar a avançar em boa direção, valorizando, acima de tudo, os direitos e a dignidade do homem.

Referências

CORREA, Alessandra. *Por que os EUA decidiram deixar de usar prisões privadas*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37195944>. Acesso em: 23 fev. 2017.

DUVERNAY, Ava. *13th*. Documentário de 2016 dirigido por Ava DuVernay e escrito por DuVernay e Spencer Averick. (Netflix). Disponível em: <http://www.avaduvernay.com/13th/>.

GILMORE, Kim. *Slavery and Prison* – Understanding the Connections. Disponível em: <http://www.historyisaweapon.com/defcon1/gilmoreprisonslavery.html>. Acesso em: 23 fev. 2017.

LUSSENHOP, Jessica. *A polêmica experiência das prisões nos EUA que cobram pela estada dos prisioneiros*. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/11/a-polemica-experiencia-das-prisoes-nos-eua-que-cobram-pela-estada-dos-prisioneiros.html>. Acesso em: 23 fev. 2017.

Book_RMP-70.indb 206 05/06/2019 11:51:10

MORENO, Gisele Pompilio. *13th:* de escravo a criminoso em uma emenda. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/13th-escravo-criminoso/>. Acesso em: 28 fev. 2017.

STARR, Terrell Jermaine. *População carcerária dos EUA:* uma nova escravidão? Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/2015/07/13/populacao-carceraria-dos-eua-uma-nova-escravidao/>. Acesso em: 23 fev. 2017.

50FORFREEDOM. *A escravidão moderna: mitos e fatos.* Disponível em: <http://50forfreedom.org/pt/a-escravidao-moderna-mitos-e-fatos/>. Acesso em: 23 fev. 2017.

Book_RMP-70.indb 207 05/06/2019 11:51:10

A Busca pela Equidistância entre Garantismos: Identificação Criminal de Perfis Genéticos e Análise da Constitucionalidade do Art. 9-A da Lei de Execuções Penais no Recurso Extraordinário nº 973837/MG

Pedro Rabello Mariú*

> "Por meio-termo no objeto entendo aquilo que é equidistante de ambos os extremos e que é um só e o mesmo para todos os homens; e por meio-termo relativamente a nós, o que não é nem demasiado nem demasiadamente pouco – e este não é um só e o mesmo para todos."[1]

Sumário

1. Introdução. 2. Identificação Criminal Obrigatória. 3. Plena Constitucionalidade do Dispositivo. 3.1. Relação Especial de Sujeição e Restrição dos Direitos Fundamentais. 3.2. Respeito ao Direito à Não Autoincriminação. 3.3. Direitos Humanos da Vítima. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Em curso no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº 973837/MG objetiva a declaração de inconstitucionalidade incidental da Lei nº 12.654, de 28 de Maio de 2012, que instituiu a obrigatoriedade de armazenamento de perfil genético de condenados por crimes hediondos ou aqueles praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

Diante desse ônus imposto aos apenados que reúnem essas condições, foi o Excelso Pretório provocado, ante a possível incidência do princípio da não autoincriminação (CR, art. 5º, inc. LXIII) e do direito à intimidade e à vida privada (CR, art. 5º, inc. X).

Busca-se desconstruir tais argumentos, reafirmando a adequação constitucional do instituto, em atendimento a deveres impostos ao Poder Público de fornecer meios para possibilitar a persecução criminal e a segurança pública, assegurados tanto pela Carta Maior, quanto por obrigações internacionais assumidas pela República Federativa do Brasil.

---

* Pós-Graduando em Ciências Penais pelo Instituto de Educação e Pesquisa do MPRJ. Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

[1] ARISTÓTELES. *Ética à Nicômano.*

Book_RMP-70.indb 209 05/06/2019 11:51:10

Nesse sentido, propõe-se uma análise do tema sob a ótica do Garantismo Penal Integral, dimensionando as garantias do acusado sem olvidar a igualmente legítima pretensão do Estado, da Sociedade e das vítimas em ver processados e condenados transgressores da norma penal de modo eficiente.

Ademais, o tema encontra repercussão em moderna área de estudo do direito processual penal, qual seja: os direitos humanos das vítimas. Trata-se da correção de um histórico abandono do papel da figura atingida com mais intensidade pela conduta delituosa. Assim, é indubitável o reconhecimento de direitos como, por exemplo, à verdade. Ao atendimento de tal postulado, o esforço da persecução penal deve ser envidado no sentido da redução de crimes não resolvidos, sem que isso constitua qualquer tipo de embaraço aos direitos humanos fundamentais do indivíduo apontado como seu autor.

2. Identificação Criminal Obrigatória

De proêmio, cumpre salientar que o estabelecimento de um banco de dados de perfis genéticos – através da extração de ácido desoxirribonucleico (DNA) de condenados por crime hediondo ou praticado com violência ou grave ameaça à pessoa – é instituto trazido pela Lei nº 12.654, de 28 de Maio de 2012, que incluiu o art. 9º-A, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). Dirá o novo dispositivo:

> Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.
>
> §1º – A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.
>
> §2º – A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

O objetivo da norma é cristalino: promover a identificação criminal em crimes cuja autoria é desconhecida, valendo-se de vestígios biológicos deixados na cena do crime, comparando-os com padrões genéticos já previamente inseridos em um banco de dados.

Nesse contexto, a chamada identificação criminal por perfis genéticos é técnica de cruzamento de dados de compatibilidade de amostra de DNA do suposto autor do delito com um banco de dados de indivíduos já condenados pela prática de crime violento ou hediondo. A Lei nº 12.037, de 1º de Outubro de 2009, dispõe que:

Book_RMP-70.indb 210 05/06/2019 11:51:10

> Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.
>
> §1º – As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.
>
> §2º – Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.
>
> §3º – As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Com confessa índole prejudicial ao acusado, já que produz segura prova técnica de autoria, a norma enfrenta forte censura doutrinária, em especial pela suposta violação ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), pois induz o autor à produção de provas que apontam para a autoria própria de infrações penais outras, sem qualquer consentimento ou voluntariedade. Passa-se à desconstrução de tais conclusões.

3. Plena Constitucionalidade do Dispositivo

O instituto impugnado, a partir de detida análise, revela-se materialmente adequado aos princípios e garantias fundamentais do cidadão, insculpidos na Constituição Federal e nos tratados internacionais de Direitos Humanos.

De proêmio, destaca-se que a função do controle material de constitucionalidade incide sobre o conteúdo da norma, pois "desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais"[2].

Nessa medida, imprescindível reconhecer a afetação do Direito Penal como garantia dos investigados e acusados, restringindo o poder de punir do Estado a cânones fundamentais ou, na célebre citação de VON LISZT, constituindo verdadeira "Magna Carta do delinquente"[3].

Com efeito, a avaliação de compatibilidade vertical da norma penal à Constituição apresenta-se pela aferição de proporcionalidade da medida aparentemente invasiva aos direitos e garantias fundamentais do acusado/investigado.

---

[2] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.299.
[3] MASSON, Cléber. *Direito Penal Esquematizado*: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Método, 2014, 74.

Book_RMP-70.indb 211 05/06/2019 11:51:10

Destaca-se, de saída, que os direitos fundamentais, ainda que corriqueiramente lembrados como obrigações negativas titularizadas por cidadãos em face do Estado, possuem uma segunda face: a obrigação positiva de preservação dos mesmos direitos, através de diversos mecanismos de intervenção.

De acordo com RAMOS, "o direito penal não é só conformado e limitado pelas Constituições e seu rol de direitos, mas, em algumas situações, ele é invocado como instrumento essencial de proteção de bens jurídicos. É uma nova faceta, agora amistosa, na relação entre os direitos humanos e o direito penal"[4].

Essa dupla face é representada pelo binômio: vedação ao excesso (*Übermassverbot*), ou garantismo negativo, e a vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*), ou garantismo positivo. Sob o prisma do garantismo positivo, a proteção dos direitos fundamentais é feita *através do Estado*, por meio da legítima coação estatal, objetivando o não tolhimento desses direitos, ameaçados por terceiros[5].

Diante disso, assenta STRECK, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que constituem diretrizes desse agir positivo do Poder Público o seguinte:

> a) o *Verbotspflicht*, que significa "o dever de se proibir uma determinada conduta"; b) o *Sicherheitspflicht*, que significa, em linhas gerais, que o Estado tem o dever de proteger o cidadão contra ataques provenientes de terceiros, sendo que, para isso, tem o dever de tomar as medidas de defesa; c) o *Risikopflicht*, pelo qual o Estado, além do dever de proteção, deve atuar com o objetivo de evitar riscos para o indivíduo[6].

Nada obstante, reconhece-se um verdadeiro direito fundamental e social à segurança pública. Para ÁVILA[7], apesar das controvérsias em termos de Direito Comparado, no Direito Brasileiro a discussão é infrutífera. A própria Constituição Federal Brasileira enuncia o direito à segurança, seja sob o ponto de vista de direito individual em seu art. 5º, seja como direito social, no art. 6º. Sob o prisma de direito social, alude o autor:

---

[4] RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 62, 2006, p.15.

[5] STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option= com_docman&Itemid=40>. Acesso em 20 nov.2010. p.20.

[6] STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)*: O lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes". Disponível em: <http:// http://leniostreck.com.br/index.php?option =com_docman&Itemid=40>. Acesso em 20 nov.2010. p.07.

[7] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. *In*: Revista *do Conselho Nacional do Ministério Público*, 2014. vol. 4.

Book_RMP-70.indb 212 05/06/2019 11:51:10

> Em perspectiva coletiva (transindividual), o direito à segurança não corresponde ao direito a uma ação concreta e específica, mas o direito à existência de uma política pública de segurança que seja minimamente eficiente para assegurar a legítima expectativa de proteção dos direitos dos cidadãos (...). Em regra, a atividade de prevenção criminal e de estruturação da polícia para estar minimamente apta a reagir com eficiência diante do crime configura-se num direito à segurança numa perspectiva coletiva.[8]

Não há como se negar aplicação ao direito à segurança pública, especialmente no contexto do cometimento definido por lei como crime hediondo, especialmente quando praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa.

3.1. Relação Especial de Sujeição e Restrição dos Direitos Fundamentais

É entendimento sólido na doutrina constitucional que inexistem direitos de índole absoluta, por mais fundamentais que se apresentem. A Carta Política garante a todos prerrogativas extensas, que inevitavelmente se chocam com outros interesses constitucionalmente tutelados, impondo-se um método científico de restrição desses direitos tidos como fundamentais, de modo a preservar seu núcleo duro, sem olvidar a materialização de pretensões de igual guarida.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer que determinados grupos e indivíduos sujeitam-se à interferência em maior nível[9] pelos poderes estatais. Essas relações, oriundas de diversas causas, legitimam uma maior restrição dos direitos fundamentais, derivadas de uma condição eminentemente subjetiva do agente[10].

O marco jurisprudencial de reconhecimento dessa ligação (especial) foi desenhado pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), abordando, por coincidência, a constitucionalidade de dispositivo que restringia direitos de presos no ambiente penitenciário. Assenta a doutrina que:

> A doutrina aponta a decisão BVGE 33, 1 do Tribunal Constitucional alemão, de 1972, como o grande catalisador para a metamorfose da doutrina das relações especiais de sujeição, após o advento da Lei Fundamental de Bonn. O recurso foi motivado pela restrição

[8] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A atuação do Ministério Público... Op. cit.*, p.173/174.

[9] Destaca-se, por oportuno, que existe um verdadeiro poder de sujeição geral do Estado em relação ao indivíduo. Na Teoria dos 4 *status* de JELLINEK, tal conclusão é um desdobramento do *status* passivo, operacionalizando-se como uma relação de subordinação da liberdade do indivíduo à lei (império da lei), através de mandamentos e proibições (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.157).

[10] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 190

Book_RMP-70.indb 213 05/06/2019 11:51:10

> à liberdade de expressão de um preso, com fundamento em uma disposição administrativa. Na decisão, o Tribunal afirmou a vigência dos direitos fundamentais e do princípio da legalidade no âmbito das relações especiais de sujeição, determinando que (i) os direitos fundamentais dos presos somente podem ser restringidos por intermédio ou com base em uma lei; (ii) as intervenções nos direitos fundamentais dos presos, sem fundamento legal, somente podem ser de caráter provisório; (iii) a limitação dos direitos fundamentais dos presos somente pode ser considerada quando tal for indispensável para alcançar os fins da sociedade, abrangidos pela ordem de valores da Lei Fundamental; (iv) cabia ao legislador expedir uma lei de execuções penais em conformidade com a concepção moderna de direitos fundamentais, que contemplasse critérios rigorosos sobre as circunstâncias nas quais poderia haver intervenções nos direitos fundamentais[11].

Inevitável concluir, sem ambages, que os condenados à pena privativa de liberdade encontram-se em situação especial de subordinação, eis que acautelados pelo Estado em estabelecimentos penais, submetendo-se a regras rígidas de conduta, inerentes às próprias finalidades da pena (preventiva e retributiva) e ao próprio processo de reabilitação do apenado[12].

Percebe-se, portanto, que a sujeição ao cárcere não é a única supressão de direitos prevista ao apenado, que terá também exigências diretamente relacionadas à execução da pena. Como exemplo, pode-se citar o próprio afastamento do sigilo de correspondência, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas[13].

---

[11] WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. *In*: *Revista Direito Público (IDP)*, vol. 4, nº 18, 2007, p.42/43.

[12] Por todos: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume 1. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.642/648 e 660/663.

[13] *HC* nº 70814, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-00176-01 PP-01136.

Book_RMP-70.indb 214 05/06/2019 11:51:10

Tais restrições, conquanto afetem, a toda evidência, a vida privada e a intimidade do apenado, não constituem qualquer embaraço à persecução criminal, que maneja a relação especial de sujeição do indivíduo para impedir a continuidade de práticas criminosas durante o cumprimento da pena.

De igual sorte, a Lei de Execuções Penais impõe deveres ao condenado (art. 39), cuja inobservância acarreta sancionamento disciplinar. Entre as normas impositivas interessantes ao presente trabalho, destaca-se a urbanidade e o respeito no trato com os demais condenados (inciso III), execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas (inciso V), higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento (inciso IX) e conservação dos objetos de uso pessoal (inciso X).

Frise-se que, nas hipóteses destacadas, a norma de conduta invade de forma fundamental a personalidade e a intimidade do condenado. Isso porque o obriga ao trabalho, à conservação dos bens materiais por ele utilizados e à boa convivência com os demais. Nenhum desses elementos é, ontologicamente, inerente ao confinamento (e, por consequência, à sanção penal), mas constitui obrigação anexa, destinada à boa prestação jurisdicional, assim entendida como reinserção do apenado ao seio social, prevenindo eventual reincidência.

Essas prescrições estatais não dependem da voluntariedade do comportamento, estando o preso coagido à sua obediência, sob a ameaça de incidência em faltas leves, médias ou graves (art. 49).

O desenlace da controvérsia, em vista disso, não pode desconsiderar a categoria jurídica do preso como sujeito submetido, naturalmente, a uma maior intervenção estatal. Firma-se como premissa que a Execução Penal é meio de exercício de uma ação mais enérgica do Estado, que tem por finalidade última o resguardo da sociedade e recuperação do *status quo* existente antes da infração penal.

3.2. Respeito ao Direito à Não Autoincriminação

Consagrado na Constituição da República (CR, art. 5º, LXIII) e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH, art. 8º, §2º, alínea *g*), o princípio do *nemo tenetur se detegere* é de importância central para o sistema de garantias do processo penal.

Conquanto os textos legislativos e convencionais imponham ao princípio uma dimensão restritiva, assenta a doutrina especializada que a garantia da não autoincriminação importa no adágio que "o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório"[14].

Portanto, trata-se de prerrogativa inerente à autodefesa (negativa), de modo que não está o investigado/acusado obrigado a colaborar ou participar da persecução criminal contra si intentada[15].

---

[14] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.232.

[15] Nas lições de FERRAJOLI, a Defesa Pessoal no processo penal garantista inclui a "proibição de qualquer lisonja ou pressão direta ou indireta ao imputado de modo a induzi-lo ao arrependimento e à colaboração com a acusação". (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.486).

Book_RMP-70.indb 215 05/06/2019 11:51:10

Nesse sentido, entendemos não haver qualquer embate entre o âmbito de incidência do princípio da não autoincriminação e a identificação criminal por perfis genéticos.

De saída, frise-se que, no momento de inserção de dados no banco de perfis, não há, necessariamente, qualquer procedimento criminal ou processo em curso contra o atualmente apenado por crime violento ou hediondo.

Assim, não há de se alegar o direito à defesa pessoal em face de um fato ainda sequer cometido, representando a virtual impossibilidade de extração uma indevida restrição ao direito à prova, bem como a permissão prescreveria uma carta de imunidade ao criminoso, gozando de espécie de direito subjetivo de não ser identificado pela prática de crimes futuros.

O que é certo é que este meio de prova técnica, capaz de identificar com satisfatória certeza científica o autor de fato criminoso, depende, indissociavelmente, do confronto de perfis encontrados na cena (vestígios) com dados armazenados. Assim, para a eficácia do meio de prova em estudo, é imperiosa a inserção de dados de perfis genéticos – o que por certo não será fornecido voluntariamente pelo suspeito da infração.

Data maxima venia, não se mantém a versão apresentada por setores da doutrina, no sentido de:

> Submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (gerando assim uma prova ilícita)[16].

Como exaustivamente salientado, a garantia processual não pode versar sobre fato ainda inexistente, sendo certo que o examinado não ostenta a condição de investigado ou acusado. Assim como não existe confissão do que se pretende fazer – eis que sequer é punível a fase da cogitação no caminho do crime –, não pode a inserção de amostras de DNA servir como fato equiparado à tortura.

Ademais, sequer se cogita que a incorporação do perfil genético do apenado representa uma espécie de pena acessória, pesando como a espada de Dâmocles sobre o condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça ou taxado como hediondo. Trata-se de medida preventiva e orientada à Segurança Pública, fixada com o claro objetivo de redução de cifras negras, orientada com os fins de política criminal típicos do Estado de Direito.

À vista disso, sucumbe o argumento que versaria sobre a Lei de Tortura oficial promovida pelos órgãos de regulação penitenciária.

Os atos de investigação e obtenção de prova não dependem, via de regra, do consentimento do investigado/acusado, já que a comprovação de autoria e

[16] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 642.

Book_RMP-70.indb 216 05/06/2019 11:51:10

materialidade delitivas naturalmente não lhe são interessantes – especialmente quando ensejam a edição de sentença condenatória.

Esse entendimento foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2040, notoriamente denominado "Processo Gloria Trevi". Na ocasião, salientou o Excelso Pretório que:

> EMENTA: Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradição nº 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte – HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei nº 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. *Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho*. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.

Book_RMP-70.indb 217 05/06/2019 11:51:10

> (Rcl. nº 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129 – Grifos nossos.)

Destaca-se da decisão elencada que, muito embora originariamente o pedido tivesse por fundamento a elisão da responsabilidade penal de suspeitos de crime de estupro, é certo que a negativa da parturiente corresponde a evidente e iminente responsabilização por delitos como Fraude Processual (CP, art. 347) ou Denunciação Caluniosa (CP, art. 339). Preservou-se, aqui, a noção de que o direito à não autoincriminação cinge sua proteção a comportamentos ativos do agente.

De maneira idêntica, não sendo indispensável o consentimento do apenado, é perfeitamente possível a coleta de material genético, bastando apenas que não se valha o órgão público de método invasivo ou que dependa da colaboração ativa do acusado.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos possui remansosa jurisprudência[17] no sentido da possibilidade de extração de material genético para estoque e prevenção de novas atividades criminosas. No julgamento do caso Saunders *v.* Reino Unido, a corte fixou entendimento no sentido de que o direito de não produção de provas contra si é primariamente destinado à possibilidade de permanecer em silêncio no ato de interrogatório e não se estende ao uso, em processos criminais, do material que possa ser obtido do acusado com o uso de poderes compulsórios, mas que tenham existência independente da vontade do suspeito, entre os quais, documentos adquiridos em mandado de busca, respiração, amostras de sangue e urina e tecidos corporais para o propósito de teste de DNA[18]. A Corte também já assentou que a manutenção desses dados por tempo indeterminado não ofende o direito humano à privacidade e à vida privada, no precedente Peruzzo e Martens *v.* Alemanha[19].

Por derradeiro, destaque-se que o TEDH fixou parâmetros à intervenção estatal no caso Jalloh *v.* Alemanha[20], complementando a tese apresentada em Saunders *v.* Reino Unido. Na ocasião, reafirmou-se a possibilidade de obtenção de evidência material presente no corpo do suspeito[21], respeitados a razoabilidade na natureza e no grau de coação usada para obtenção da evidência; o peso dessa obtenção para a investigação e punição da infração penal cometida; a existência de segurança no procedimento; e o uso a que o material assim obtido é emprestado.

---

[17] À guisa de exemplo, cite-se Peruzzo e Martens *v.* Alemanha Choudhary *v.* Reino Unido, JB *v.* Suiça, Jalloh *v.* Alemanha e o paradigmático Saunders *v.* Reino Unido, entre muitos outros.

[18] TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Saunders v. Reino Unido*. Julgamento em 17/12/1996. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>. Acesso em 02 jan.2018.

[19] _____. *Peruzzo e Martens v. Alemanha*. Julgamento em 04/06/2013. Disponível em: <http:// hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-7614&filename=002-7614.pdf>. Acesso em 02 jan.2018.

[20] _____. *Jalloh v. Alemanha*. Julgamento em 11/07/2006. Disponível em: < http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307>. Acesso em 02 jan.2018.

[21] No caso concreto, a Corte se debruçou sobre caso em que o Estado Alemão era acusado de intruduzir medicamentos à força no suspeito, a fim de que expelisse quantidade de drogas contida no interior de seu corpo, prática comumente denominada "mulas" de transporte de entorpecentes.

Book_RMP-70.indb 218 05/06/2019 11:51:10

Deste modo, vislumbra-se coexistência pacífica entre a eficaz persecução penal e os princípios constitucionais do processo. Ademais, sendo prova naturalmente invasora da intimidade, submete-se à reserva de jurisdição, mostrando-se imprescindível decisão judicial motivada para o regular acesso ao banco de dados de perfis genéticos.

Por derradeiro, não se dispensa o uso da técnica, ainda que irregular (*rectius*: fora dos ditames previstos em lei), para a instrução de revisão criminal e absolvição em processos em curso. Estando o processo penal democrático e garantista orientado para a preservação dos direitos individuais, não se pode negar ao injustamente acusado o acesso ao banco de dados, demonstrando a equivocada atribuição de autoria no processo-crime instaurado em seu desfavor.

3.3. Direitos Humanos da Vítima

Outrora relegado a um papel secundário no processo penal, a vítima cada vez mais deixa de ser identificada como objeto ou meio de prova, para tornar-se centralidade das preocupações do aparato repressivo estatal nacional e internacional.

Sobre essa evolução no tratamento desse importante sujeito processual, aponta a doutrina especializada que:

> Consolidou-se um modelo baseado na visão de que ao Estado, não à vítima movida por sentimento de vingança, interessava essencialmente a punição dos criminosos e a ele foram se adaptando os diversos sistemas legais. A vítima, de regra, poderia, no curso de um processo criminal, pleitear interesses de natureza civil e raramente lhe era permitido perseguir interesses de ordem penal. Tinha, isso sim, o dever de noticiar o fato criminoso e colaborar na apuração da verdade como principal testemunha.
>
> Mas, nesse século, essa visão tradicional passou a ser contestada. Aceita-se que a vítima manifeste no processo interesse na punição do agente criminoso. Ressalta-se a importância da sua colaboração, devendo por isso ser estimulada a ajudar mais intensamente o Estado na repressão e prevenção do crime. Indaga-se como poderia o processo ser dotado de mecanismos hábeis a proteger a vítima e garantir-lhe a plena realização dos seus direitos[22].

Diante desse quadro, surge a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder[23], da Assembleia das Nações

[22] FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p.25.
[23] BRASIL. Ministério Público Federal. *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/Dec_pincipios_basicos.pdf.> Acesso em 24 out.2017

Book_RMP-70.indb 219 05/06/2019 11:51:10

Unidas, afirmando a necessidade de adoção de medidas de participação das vítimas no processo, bem como a criação e o reforço dos meios necessários à investigação, à prossecução e à condenação dos culpados por prática de crimes (Parágrafo 4, alínea *d*), a fim de reduzir a vitimização.

Essa nova orientação foi seguida por diplomas internacionais como Estatuto de Roma, que contrabalanceia os direitos do acusado submetido ao Tribunal Penal Internacional aos interesses e à proteção das vítimas[24].

> Artigo 64, 2. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância zelará para que o julgamento seja conduzido de maneira equitativa e célere, com total respeito dos direitos do acusado e tendo em devida conta a proteção das vítimas e testemunhas.

No âmbito da Justiça Restaurativa, não é despiciendo acrescentar que os Princípios de Chicago envolvem, justamente, o desvelamento de autoria de crimes cometidos em contexto de período de exceção, de modo a respeitar o direito à verdade. Para JAPIASSÚ, "as vítimas, os familiares e a sociedade em geral possuem o direito de conhecer a verdade sobre as violações de direitos humanos, ocorridas em todas as suas faces, inclusive no que concerne à identificação e à responsabilização dos culpados"[25].

Esses postulados, conquanto expressados em documentos que veiculam situações extremas e, por vezes, pela via de Governos de Exceção, são, evidentemente, aplicáveis dentro da normalidade democrática constitucional.

Assim, é essencial compreender que a vítima, em qualquer contexto, possui direito de conhecer a verdade sobre a identificação criminal daquele que lesou bem jurídico próprio. Esse interesse transcende o processo criminal eventualmente intentado contra o agente, constituindo verdadeiro direito humano da vítima.

4. Conclusão

Seguindo tradição inaugurada e já deveras debatida em direito estrangeiro, a identificação criminal por perfis genéticos importa no reconhecimento de nova técnica de verificação de autoria delitiva, baseando-se na comparação de material genético encontrado no local do crime com amostras previamente selecionadas em uma universalidade. O critério legislativo adotado para a colheita do material cingiu-se aos condenados por crimes hediondos e aqueles praticados com violência ou grave ameaça contra pessoa.

---

[24] SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. 4ª ed. New York: Cambrigde University Press, 2011. p.342/362

[25] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Justiça de Transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira. *In*: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 01, vol. 1, p.35.

Book_RMP-70.indb 220 05/06/2019 11:51:11

Nessa medida, o Recurso Extraordinário nº 973837 – ainda sem decisão pelo Supremo Tribunal Federal – busca aferir a constitucionalidade do dispositivo, mormente em confronto com o princípio constitucional e convencional de vedação à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Com efeito, impende destaque à condição especial de sujeição do preso em relação ao Estado. Essa tese reconhece que o apenado detém um maior feixe de controle estatal sobre sua conduta, diferenciando-se, portanto, dos demais cidadãos. Essas reduções de fruição dos direitos fundamentais se percebem não apenas na restrição à liberdade ambulatorial, mas também pelo rígido sistema de normas disciplinares incidentes sobre o comportamento *intramuros*.

Em segundo plano, é curial a compreensão de que não pode ser aplicável o princípio do *nemo tenetur se detegere* a infrações penais que ainda hão de ser aplicadas, de modo que a titularidade da garantia depende da própria existência de fato típico. A expansão da incidência proporciona verdadeira cláusula de imunidade, absolutamente indevida, cerceando a legítima persecução criminal.

Ademais, rechaça-se a natureza de pena acessória da manutenção dos dados no banco sigiloso de perfis genéticos, reafirmando sua natureza de substrato a ato de investigação/prova, podendo inclusive embasar pleitos absolutórios e revisionais.

Argumentando nesse sentido, devem-se contrabalancear direitos do acusado de não ser molestado a colaborar com a investigação instaurada em seu desfavor e da vítima, de ver reconhecido o responsável pela lesão ao bem jurídico próprio e, em sequência, processado e julgado. A interpretação normativa dos princípios constitucionais processuais e penais deve levar em conta a proteção da integridade física/proibição da tortura do sujeito passivo em conjunto – e dirimindo a sua natural tensão – com o Direito à Verdade e à Justiça (pertencentes à vítima) e à Persecução Penal e Segurança Pública (de titularidade difusa).

Assim, reputamos constitucional e adequada a disposição legal, já que necessária aos fins do Direito Penal e adequada à dimensão do princípio da não autoincriminação – afinal, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, é permitida a produção de provas de comparação de DNA, desde que não seja imprescindível a participação ativa do agente –, servindo de forte aliado à repressão de delitos nocivos à sociedade e garantindo uma maior qualidade da prestação jurisdicional penal.

Bibliografia

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. *In*: *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, 2014. vol. 4.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.299.

Book_RMP-70.indb 221 05/06/2019 11:51:11

BRASIL. Ministério Público Federal (2017). *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/Dec_pincipios_basicos.pdf.>. Acesso em 24 out.2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Justiça de Transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira. *In*: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 01. vol. 1.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cléber. *Direito Penal Esquematizado*: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Método, 2014. p.74.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume 1. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos. *In*: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 62, 2006.

SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. 4ª ed. New York: Cambrigde University Press, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*):* O lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes". Disponível em: <http:// http://leniostreck.com.br/index.php?option =com_docman&Itemid=40>. Acesso em 20 nov.2010.

_____. *O princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal:* superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option= com_docman&Itemid=40>. Acesso em 20 nov. 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Jalloh* v. *Alemanha*. Julgamento em 11/07/2006. Disponível em: < http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307>. Acesso em 02 jan.2018.

_____. *Peruzzo e Martens* v. *Alemanha*. Julgamento em 04/06/2013. Disponível em: <http:// hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-7614&filename=002-7614.pdf>. Acesso em 02 jan.2018.

Book_RMP-70.indb 222 05/06/2019 11:51:11

_____. *Saunders* v. *Reino Unido*. Julgamento em 17/12/1996. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>. Acesso em 02 jan.2018.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. *In*: *Revista Direito Público (IDP)*, vol. 4, nº 18, 2007.

Book_RMP-70.indb 223 05/06/2019 11:51:11

O Ministério Público nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. Juizados Especiais da Fazenda Pública e Desvios Procedimentais. 2. A Intervenção do Ministério Público nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. 2.1. O Ministério Público como Fiscal da Ordem Jurídica: Generalidades. 2.2. Especificamente o Fiscal da Ordem Jurídica nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. 2.3. O Ministério Público como Autor. 3. Consequências Procedimentais. 4. Síntese.

1. Juizados Especiais da Fazenda Pública e Desvios Procedimentais

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública mais se prestam a uma política de gestão de processos do que efetivamente ao acesso do jurisdicionado a um procedimento especial que, sem dispensar as garantias fundamentais do processo, seja capaz de lhe proporcionar efetiva tutela de direitos.

Com efeito, na medida em que se trata de competência absoluta, a menor ou maior amplitude dos casos submetidos aos Juizados Especiais da Fazenda Pública pode ensejar significativos impactos nos acervos reconhecidamente assoberbados dos Juízos com competência em matéria fazendária.

Essa ilação decorre de duas questões específicas e que, além do impacto em si no alargamento de casos sujeitos à competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, faz com que o tema da atuação do Ministério Público receba enfoque diverso da indiferença com que vem sendo tratada na doutrina: 1) a admissão de pessoas incapazes como legitimados ativos nos Juizados da Fazenda Pública[1]; 2) a

---

* Pós-doutor pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

[1] "Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização por dano moral. Juizado Especial da Fazenda Pública. Menor incapaz. Legitimidade ativa. Interpretação do artigo 5º da Lei nº 12.153/2009. Inaplicabilidade subsidiária do art. 8º da Lei nº 9.099/1995. 1. A controvérsia gira em torno da possibilidade de menor incapaz demandar como autor em causa que tramita no Juizado Especial da Fazenda Pública, tendo em vista que o artigo 27 da Lei nº 12.153/2009, que regula aqueles juizados, determina a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95, a qual expressamente proíbe a atuação do incapaz no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. 2. A Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, ao tratar da legitimidade ativa das demandas que lhe são submetidas (art. 5º), faz alusão, tão somente, às pessoas físicas, não fazendo restrição quanto aos incapazes nem mesmo por ocasião das disposições acerca das causas que excepcionam a sua competência (art. 2º). 3. Tendo havido regulação clara e suficiente acerca do tema na Lei nº 12.153/2009, não há o que se falar em omissão normativa a ensejar a incidência do art. 8º da Lei nº 9.099/95, visto ser este dispositivo legal de cunho subsidiário e que conflita com aquele regramento específico do Juizado Fazendário. 4. Assim, não há razões para se alterar o entendimento externado no acórdão de origem, corroborado, inclusive, pelo Ministério Público Federal, porquanto, não havendo óbice legal, apresenta-se viável a participação de menor, devidamente representado, no polo

Book_RMP-70.indb 225 05/06/2019 11:51:11

competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para o julgamento de causas envolvendo o fornecimento de medicamentos e de tratamentos variados de saúde[2], independentemente do valor da causa[3].

---

ativo de demanda ajuizada no Juizado Especial da Fazenda Pública. 5. Recurso especial não provido" (REsp nº 1372034/RO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 21/11/2017).

[2] É difícil conciliar a desejada simplicidade procedimental dos Juizados com a complexidade das ações envolvendo o direito à saúde, com a multiplicação das demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos, motivadas por razões tão variadas quanto complexas, evidenciando a quebra de isonomia com os demais administrados, bem como o ensejado impacto político-financeiro em área sensível e escassa, o que vem motivando novos debates sobre o tema, como cristalizado em recente julgado do STJ, fixando-se a seguinte tese: "A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou da necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015" (REsp nº 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018). Já no Supremo Tribunal Federal, ainda não foram concluídos os julgamentos dos recursos que foram afetados para fixação de tese nessa matéria (Recursos Extraordinários nºs 566.471 e 657.718), mas há sinalizações nos votos já proferidos: Min. Marco Aurélio: "o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso". Min. Roberto Barroso: "O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com *expertise* técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS". Min. Edson Fachin: "Há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação ao direito individual líquido e certa a sua omissão ou falha na prestação quando injustificada a demora em sua implementação. As tutelas de implementação (condenatórias) de dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser – preferencialmente – pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a se conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde. A tutela prestacional individual não coletivizável deve ser excepcional; para a respectiva implementação, devem concorrer ampla produção probatória, em que se demonstre que a opção diversa (à disponibilizada pela rede pública) destinada ao paciente decorre de comprovada ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente para o seu caso e que, de outro lado, haja medicamento ou tratamento eficaz e seguro, com base nos critérios da MBE (Medicina Baseada em Evidências). Para aferir tais circunstâncias na via judicial, são propostos os seguintes parâmetros: 1. Prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; 2. Subscrição realizada por médico da rede pública ou a justificada impossibilidade; 3. Indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; 4. Justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; 5. E, ainda, laudo ou formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que indique a necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da Medicina Baseada em Evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia" (trechos obtidos a partir dos votos divulgados na íntegra em: https://www.conjur.com.br/2016-set-28/pedido-vista-suspende-julgamento-obrigacao-fornecer-remedio). (ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de saúde contra o Poder Público: ensaio de um roteiro decisório. *Revista de Processo, nº 259*. São Paulo: RT, setembro de 2016).

[3] Nesse sentido, o seguinte enunciado publicado do Aviso Conjunto TJRJ/COJES Nº 12/ 2017: "16. Tendo em vista tratar-se de obrigação de fazer sem conteúdo econômico imediato, os Juizados Especiais da Fazenda Pública

Book_RMP-70.indb 226 05/06/2019 11:51:11

Essas duas situações revelam muito mais do que apenas uma singela acomodação de um microssistema a questões práticas que se impuseram ao desenho normativo originalmente pensado pelo legislador. Na realidade, a discussão passa necessariamente por uma consciente apropriação pelos Tribunais de uma disciplina de política judiciária a partir da manipulação casuística de soluções procedimentais, que, não raro, caminham contra a facilitação do acesso à justiça e à celeridade dos julgamentos. É interessante notar que, quando o discurso deve ser elaborado para afastar a aplicação de regras ou institutos que podem tornar mais complexa a atividade judicante, a aplicação ortodoxa dos "princípios que regem os Juizados" é utilizada com desconcertante naturalidade, mesmo que seja para violar as básicas garantias do contraditório efetivo e da fundamentação das decisões, apenas para ficarmos em dois eloquentes exemplos.

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública tornaram-se campo propício para uma flexibilização do discurso travestido de flexibilização procedimental, quando interessante para administração judiciária, assim como a adaptação discursiva se presta a um engessamento do procedimento, desde que para evitar a aplicação de institutos que soam incômodos, configurando, assim, uma utilização cambiante e casuística de figuras retóricas, como "interpretação sistemática", "princípios que regem os Juizados", aplicação subsidiária[4] do "Código de Processo Civil" etc.[5], como se fossem fórmulas mágicas que

---

são absolutamente competentes para apreciar as demandas que tenham por objeto o fornecimento de insumos e de remédios, assim como a prestação de assistência hospitalar" (todos os enunciados sobre os Juizados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro estão neste endereço eletrônico: www.tjrj.jus.br/documents/10136/30422/juizados-especiais.pdf). Registre-se que considerar que tais pretensões não possuem interesse econômico imediato, e essa seria a nota caracterizadora do teto econômico estabelecido em lei para a competência dos Juizados, afigura-se como um contorcionismo hermenêutico que só pode encontrar explicação na utilização de tais órgãos jurisdicionais como meras engrenagens de administração provisória do acervo cartorário. Como a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é absoluta, simplesmente esse entendimento do TJRJ faz com que todas as causas individuais envolvendo o tema – e são dezenas *por dia* – não mais tramitem no Juízo comum, o que significa dizer, entre outras coisas, que tais causas podem ser conduzidas por juízes leigos e jamais chegarão ao Tribunal de Justiça, com todas as limitações procedimentais inerentes ao procedimento dos Juizados, incluindo a dificuldade para que a causa chegue aos Tribunais Superiores.

[4] *Cf.* NÓBREGA, Rafael Estrela. O novo Código de Processo Civil e os Juizados Especiais Cíveis: aplicação subsidiária, supletiva e diálogo das fontes. *Revista de Processo, nº 271*. São Paulo: RT, setembro de 2017. Enunciado nº 2 da 1ª Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: "As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente às Leis nos 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009, desde que não sejam incompatíveis com as regras e os princípios dessas Leis". É conhecida a controvérsia envolvendo a forma de contagem de prazos nos Juizados. De acordo com o enunciado nº 19 da 1ª Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, "o prazo em dias úteis previsto no art. 219 do CPC aplica-se também aos procedimentos regidos pelas Leis nos 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009". No mesmo sentido, o enunciado nº 415 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: "Os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis". Já o enunciado nº 13 do FONAJE, especificamente em referência à Fazenda Pública, é em outro sentido: "a contagem dos prazos processuais nos Juizados da Fazenda Pública será feita de forma contínua, observando-se, inclusive, a regra especial de que não há prazo diferenciado para a Fazenda Pública". A Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Cíveis de São Paulo decidiu no mesmo sentido: Processo nº 0000002-60.2017.8.26.9059, julgado em 1º de junho de 2018.

[5] A utilização de miscelânea de princípios invocados para coonestar os mais diversos atos vem se tornando uma prática comum na jurisprudência e na doutrina brasileiras, como se, por meio de palavras mágicas, as portas da tutela jurisdicional se abrissem para o lado que declamasse mais princípios, quase recriando a clássica sentença literária, que agora seria algo como "se os princípios existem, então, tudo é permitido", com a finalidade de conferir autoridade retórica ao argumento. Sobre o tema, vale conferir a crítica abordagem de Marcelo Neves em sua recente tese: *Entre Hidra e Hércules:* princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013: "a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia

Book_RMP-70.indb 227 05/06/2019 11:51:11

acomodam a legitimação de qualquer discurso. Apenas para exemplificar uma vez mais: o argumento básico para admitir o incapaz como legitimado ativo é a ausência de vedação expressa da lei dos Juizados especiais da Fazenda Pública[6]; ao mesmo tempo, não se permite que se observem as regras que concretizam o contraditório[7], sob o argumento de que não há esse comando expresso[8] e também que há incompatibilidade com os princípios que regem os Juizados Especiais (desconsiderando-se, no caso, a origem constitucional da garantia, evidentemente) ou, ainda, não permitindo a realização de prova pericial[9], mesmo havendo autorização legal[10]. Já para não aplicar a norma sobre

---

ao afastamento de regras claras e completas, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade" (p. IX/X), acrescentando que se vive um "contexto em que o principialismo tem um enorme significado e, ao provocar certo fascínio, estimula, em geral, abusos de princípio mediante argumentações *ad hoc*, comprometidas imediatamente com os particularismos a que elas tendem a encobrir sob o manto retórico da justiça inerente aos princípios invocados" (p. 220). Registre-se que essa distorção no manuseio da teoria dos princípios não se confunde com uma inadequada compreensão do "neoconstitucionalismo". Sobre o tema, há ampla bibliografia, mas é fundamental a leitura de um específico trabalho de Humberto Ávila, onde se encontram outras referências: "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 17*, jan., fev. e mar./2009, disponível em: www.direitodoestado.com. Na teoria processual, confira-se: DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012. Capítulo 3.

[6] Existem algumas peculiaridades na Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública em relação às demais leis de Juizados Especiais e as soluções variam bastante, como já apontado, com a lacuna normativa servindo para permitir ou proibir determinada aplicação normativa, caracterizando, assim, a utilização elástica da hermenêutica para fins de administração dos serviços jurisdicionais. Um exemplo interessante de aplicação do CPC diante da ausência de regra expressa nos Juizados Especiais da Fazenda Pública está na possibilidade de se remeter o processo ao juízo competente, evitando sua extinção. *Cf.*, sobre o ponto, Incompetência não deve extinguir. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Breves anotações sobre a competência nos Juizados da Fazenda Pública: a função social do Sistema dos Juizados. *Revista de Processo, nº 273*. São Paulo: RT, novembro de 2017. p. 329. Também, a questão da capacidade postulatória da parte não é regulada nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. No sentido da possibilidade de a parte comparecer sem assistência técnica em Juízo, com base no sistema dos Juizados Especiais: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2018. p.405. vol. 4. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.895. RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p.347. Já sobre a compatibildiade dos Juizados Especiais com o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, síntese da discussão em: TEMER, Sofia. *Incidente de Resoluçãod e Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p.123/127.

[7] Sobre o contraditório e a prova pericial nos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública:* uma abordagem crítica. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.236/237.

[8] Enunciado FONAJE nº 161: "Considerado o princípio da especialidade, o CPC/2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei nº 9.099/95".

[9] Nesse sentido, os seguintes enunciados do Aviso Conjunto TJRJ/COJES Nº 12/ 2017: "12. Inadmissível, em sede de Juizado Especial Fazendário, o pedido de reajuste da parcela de produtividade fiscal devida ao Auditor Fiscal da Receita do Estado diante da necessidade de realização de perícia contábil, situação que se contrapõe aos princípios da simplicidade, celeridade e à regra do parágrafo único, do artigo 38, da Lei nº 9.099/95, incidente nos Juizados Fazendários por força do artigo 27 da Lei nº 12.153/09"; "19. Não cabe pedido de internação compulsória em sede de Juizados da Fazenda Pública diante da necessidade de realização de perícia médica e psicológica, situação que se contrapõe aos princípios da simplicidade, celeridade e à regra do parágrafo único, do artigo 38, da Lei nº 9.099/95, incidente nos Juizados Fazendários por força do artigo 27 da Lei nº 12.153/09" (todos os enunciados sobre os Juizados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro estão neste endereço eletrônico: www.tjrj.jus.br/documents/10136/30422/juizados-especiais.pdf).

[10] "Processual civil. Ação proposta contra o estado do Rio de Janeiro. Juizado especial da fazenda pública. Artigo 2º da Lei nº 12.153/2009. Necessidade de prova pericial complexa. Valor da causa inferior a 60 salários mínimos. Competência absoluta. 1. O art. 2º da Lei nº 12.153/2009 possui dois parâmetros – valor e

Book_RMP-70.indb 228 05/06/2019 11:51:11

fundamentação da sentença, argumenta-se que há regra expressa[11], como se não fosse constitucional essa garantia.

2. A Intervenção do Ministério Público nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

Entre tantas possibilidades de discussão decorrentes do afirmado nos parágrafos anteriores, o presente trabalho se limita a analisar o impacto procedimental decorrente da atuação do Ministério Público nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, especialmente – mas não apenas – em razão daquelas duas situações antes assinaladas: incapaz como legitimado ativo e competência para julgamento de causas envolvendo o direito à saúde.

Em razão de não ser necessária a intervenção do Ministério Público no processo apenas em virtude da presença da Fazenda Pública – o que já era bem desenvolvido pela doutrina e jurisprudência e que agora está expresso no art. 178, parágrafo único, CPC –, a Lei nº 12.153/2009 não traz regra expressa prevendo sua atuação como fiscal da ordem jurídica, talvez pressupondo, equivocadamente, que o limite do valor da causa dispensasse esse tipo de atuação. Entretanto, além de os Juizados da Fazenda Pública não se limitarem a causas patrimoniais de menor valor, o fato é que, com a participação de incapazes ou a possibilidade de se discutirem causas relacionadas à prestação de serviços de saúde, torna-se inexorável a atuação do Ministério Público em processos que veiculem as hipóteses previstas no art. 127 da Constituição da República e no art. 178, I, II e III, do CPC.

Antes, porém, de examinarmos essa atuação específica, convém tecer algumas considerações genéricas sobre a atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

2.1. O Ministério Público como Fiscal da Ordem Jurídica: Generalidades

Anotávamos em trabalhos anteriores[12] que há certo silêncio da doutrina, que, em linhas gerais, persiste na análise do Ministério Público apenas na tradicional função de

---

matéria – para que uma ação possa ser considerada de menor complexidade e, consequentemente, sujeita à competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. 2. A necessidade de produção de prova pericial complexa não influi na definição da competência dos juizados especiais da Fazenda Pública. Precedente: REsp nº 1.205.956/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 01.12.2010; AgRg na Rcl nº 2.939/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 18.09.2009; RMS nº 29.163/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 28.04.2010. 3. Agravo Regimental não provido" (AgRg no AREsp nº 753.444/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 18/11/2015).

[11] Enunciado FONAJE nº 162: "Não se aplica ao Sistema dos Juizados Especiais a regra do art. 489 do CPC/2015 diante da expressa previsão contida no art. 38, *caput*, da Lei nº 9.099/95". Sobre o tema: SCHMITZ Leonard Ziesemer. Confirmar a sentença por seus "próprios fundamentos" não é motivar: A influência normativa do art. 489, §1º, do CPC/15 sobre o art. 46 da Lei nº 9.099/95. *Juizados Especiais*. Redondo; Santos; Silva; Valladares (Coords.). Salvador: JusPodivm, 2015.

[12] GODINHO, Robson Renault. *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. DIDIER, JR., Fredie; GODINHO, Robson Renault. Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no novo CPC. *Ministério Público*. Robson Renault Godinho; Susana Henriques da Costa (Coords.). 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Ministério Público*. Robson Renault Godinho; Susana Henriques da Costa (Coords.). 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Book_RMP-70.indb 229 05/06/2019 11:51:11

custos legis ou, na linguagem do novo CPC, fiscal da ordem jurídica[13], salvo quando se abordam questões envolvendo a legitimidade para ações coletivas. Se houve evidente modificação do Ministério Público[14], com necessárias repercussões processuais, a manutenção de uma interpretação "retrospectiva" é incompatível com uma realidade que, se não é exatamente nova, exige um tratamento condizente com tais transformações.

---

[13] ESTELLITA, Guilherme. *O Ministério Público e o Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. CAMPOS, Benedicto de. *O Ministério Público e o Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1976. LOPES, José Fernando da Silva. *O Ministério Público e o Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006. LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro como* Custos Legis. São Paulo: Método, 2007. MOREIRA, Jairo Cruz. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil à Luz da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

[14] Para a formação histórica geral do Ministério Público e/ou para notícias de direito comparado, vale conferir os seguintes estudos, que também trazem outras referências bibliográficas sobre o tema: GARCIA, Emerson. *Ministério Público* – organização, atribuições e regime jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal* – Promotor natural, atribuição e conflito. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. DIAS, Mario. *Ministério Público Brasileiro* (dois volumes). 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. RITT, Eduardo. *O Ministério Público como Instrumento de Democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na Construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público* – Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003. NERY, Rosa Maria de Andrade. Notas sobre a justiça e o Ministério Público no direito da Alemanha ocidental. *Revista de Processo, n° 47*. São Paulo: RT, julho/setembro de 1987. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A participação do Ministério Público no processo civil. *Ministério Público* – instituição e processo. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (Coord.). São Paulo: Atlas, 1997. PROENÇA, Luis Roberto. Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América. *Ministério Público* – instituição e processo. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (Coord.). São Paulo: Atlas, 1997. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Anotações sobre os Ministérios Públicos brasileiro e americano. *Ministério Público e Afirmação da Cidadania*. São Paulo: s/ed., 1997. COSTA, Eduardo Maia. Ministério Público em Portugal. *Ministério Público II* – democracia. José Marcelo Menezes Vigliar e Ronaldo Porto Macedo Júnior (Coords.). São Paulo: Atlas, 1999. SALLES, Carlos Alberto de. *A Legitimação do Ministério Público para Defesa de Direitos e Garantias Constitucionais*. 1992. Dissertação de mestrado – USP. SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. *Ministério Público II – democracia*. José Marcelo Menezes Vigliar e Ronaldo Porto Macedo Júnior (Coords.). São Paulo: Atlas, 1999. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Maria Tereza Sadek (Org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995. PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no Processo Não-Criminal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998. ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002. ALVES; RUFINO e SILVA (Orgs.). *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. FARIA; ALVES e ROSENVALD (Orgs.). *Temas Atuais do Ministério Público*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012. JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito:* perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. RODRIGUES, João Gaspar. *Ministério Público Resolutivo:* um novo perfil institucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. SACCO, Ricardo Ferreira. *Constitucionalismo e Ministério Público*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público:* organização, representação e trajetórias. Curitiba: Juruá, 2007. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público:* reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2009. ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas. *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. SABELLA; POZZO e BURLE FILHO (Coords.). *Ministério Público:* vinte e cinco anos do novo perfil constitucional. São Paulo: Malheiros, 2013. GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. Convém mencionar interessante livro que oferece um panorama comparado: DIAS e AZEVEDO (Coords.). *O Papel do Ministério Público:* estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008. Para uma visão crítica e interdisciplinar: ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002. SILVA, Cátia Aida Pereira da. *Justiça em Jogo:* novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça. São Paulo: Edusp, 2001. KERCHE, Fábio. *Virtude e Limites:* autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil. São Paulo: Edusp, 2009.

Book_RMP-70.indb 230 05/06/2019 11:51:11

Barbosa Moreira chegou a afirmar que o silêncio da Instituição no processo civil teria sido interrompido exatamente em razão do processo coletivo, que ensejou a "revitalização do Ministério Público, arrancado à relativa quietude em que usualmente o mantinham, no tocante ao processo civil, as atribuições tradicionais" [15]. E aqui está a unidade hermenêutica que didaticamente o novo CPC impõe para a análise de qualquer tema relacionado ao Ministério Público no processo civil: sua atuação somente se justifica a partir do que está estabelecido no art. 127 da Constituição da República. Essa obviedade é necessária e deve ser repetida à exaustão, sob pena de o hábito atávico – que enseja a inércia da reflexão e a repetição automática de comportamentos – obnubilar qualquer avanço institucional, permanecendo o Ministério Público em sua "relativa quietude" no processo civil, afastando-se inexoravelmente dos balizamentos constitucionais.

Toda análise da atuação e da participação do Ministério Público no processo civil, seja como agente, seja como interveniente, necessariamente deverá partir dessa ideia básica de ser constitucionalmente autorizada[16].

Em razão do perfil constitucional que indica uma atuação mais ativa, a intervenção do Ministério Público na condição de *custos legis* vem sendo fortemente questionada há anos, dando origem ao que se convencionou denominar de "racionalização da intervenção no processo civil", o que, como se sabe, provocou vários reflexos precisamente em causas envolvendo a Fazenda Pública. Busca-se evitar que a função do membro do Ministério Público se resuma ao que foi denominado de "parecerismo", entendido como o "fenômeno pelo qual os promotores de justiça passam a elaborar pareceres cada vez mais em tudo semelhantes a sentenças judiciais, atendendo a todos requisitos formais de uma sentença e esquecendo-se, por vezes, da própria finalidade com que intervinham no feito"[17].

Não há dúvidas de que a intervenção como *custos legis* deve ser redimensionada, mas nos parece que também há uma resistência injustificada a esse tipo de atuação, já que, inclusive por meio dela, é possível a tutela de direitos. Na realidade, exige-se uma nova compreensão de uma antiga função, não sendo mais compatível uma postura passiva e contemplativa do evolver processual[18].

---

[15] *Os novos rumos do processo civil brasileiro*. Temas de Direito Processual (Sexta Série). São Paulo: Saraiva, 1997. p.73.

[16] *Cf.* DIDIER JR., Fredie; GODINHO, Robson Renault. Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil. *Revista de Processo, nº 237*. São Paulo: RT, novembro de 2014.

[17] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *A evolução institucional do Ministério Público brasileiro*. Uma Introdução ao Estudo da Justiça. Maria Tereza Sadek (Org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995. p.44. Prossegue o autor: "Importa, todavia, apontar para um dado importante para a compreensão deste papel, de aparente 'assessor do juiz' no processo judicial (especialmente no cível). O Poder Judiciário de primeiro grau está organizado de tal modo que todo o poder da decisão repousa sobre a decisão de um juízo monocrático [...] Dentro dessa engenharia institucional, o promotor de justiça sempre representou um importante contrapeso contra a possível arbitrariedade do magistrado, situação particularmente verdadeira se lembrarmos que, em nosso sistema judicial, especialmente em cidades pequenas, os advogados contam com pouca possibilidade real de conflitarem com atitudes e decisões dos magistrados, sob pena de se indisporem e comprometerem sua própria sobrevivência profissional. Neste sentido, a atribuição de 'fiscal da lei' significa, concreta e salutarmente, ser o promotor de justiça um 'fiscal do juiz'" (p.45).

[18] Sobre a relação entre a atividade interventiva e a repercussão na legitimidade ativa do Ministério Público, vale conferir o REsp nº 1155793/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/10/2013, DJe 11/10/2013.

Book_RMP-70.indb 231 05/06/2019 11:51:11

Não só as hipóteses que ensejam a intervenção do Ministério Público e o número de órgãos que possuam atribuição exclusivamente interveniente devem ser objeto de profunda reflexão, mas também o modo como se deve dar essa participação no processo. Também a aceitação irrefletida da fixação legal de hipóteses de intervenção não é compatível com o perfil constitucional do Ministério Público, devendo haver uma filtragem constitucional das normas legais que criam causas de intervenção[19].

2.2. Especificamente o Fiscal da Ordem Jurídica nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

Não há previsão expressa de intervenção do Ministério Público na Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, o que, em geral, enseja silêncio na doutrina, havendo, porém, quem entenda o silêncio da lei como desnecessidade dessa intervenção[20] ou que se trata de situação a ser verificada a partir do art. 11 da Lei nº 9.099/1995, o que necessariamente remete ao Código de Processo Civil e outras leis especiais[21].

Se nos Juizados Especiais da Fazenda Pública tramitassem apenas causas patrimoniais de baixo valor econômico envolvendo partes capazes, realmente seria desnecessário esse debate e o Ministério Público não interveria em nenhum processo.

Entretanto, além de não existirem apenas processos com conteúdo patrimonial que tramitam nos Juizados, o fato é que a presença de incapazes e os processos versando sobre direitos indisponíveis tornam obrigatória a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e o fundamento normativo, na realidade, está no art. 127 da Constituição da República, de onde decorrem os demais fundamentos legais.

Ainda que não houvesse esse alargamento da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública com a inclusão de partes incapazes e das ações envolvendo tratamento médico e fornecimento de medicamentos e outros tratamentos de saúde, não se poderia excluir aprioristicamente a desnecessidade da intervenção do Ministério Público, já que, em casos concretos, pode estar presente o interesse público ou social.

Na hipótese da intervenção em razão da existência de interesse público ou social, na dicção do artigo 178, I[22], CPC, estamos diante de um conceito jurídico

---

[19] *Cf.* ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006. *passim*.

[20] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.667. vol. II.

[21] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.155.

[22] Sobre a discussão suscitada pela redação do art. 82, III, do Código de Processo Civil de 73, inclusive com abordagem histórica e de direito comparado, vale conferir o trabalho de Antônio Cláudio da Costa Machado, antes citado, especialmente páginas 315/345, onde se encontram outras referências bibliográficas valiosas. Também merece ser mencionado, pela maneira peculiar com que examina a matéria, um estudo de Calmon de Passos: Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do C. Pr. Civ. *Revista Forense,* vol. 268. Rio de Janeiro: Forense, 1978. E ainda: Humberto Ávila, repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998, e Marçal Justen Filho. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26. São Paulo: Malheiros, 1999, além de: Antonio Augusto Mello de Ferraz, Considerações sobre interesse social e interesse difuso. *A Ação Civil Pública após 20 anos*: efetividade e desafios. Edis Milaré (Coord.). São Paulo: RT, 2005.

Book_RMP-70.indb 232 05/06/2019 11:51:11

indeterminado e, embora possam ser retiradas algumas regras abstratas sobre a atuação do Ministério Público – como a de que não há interesse público nas ações patrimoniais envolvendo empresas públicas nem em execuções fiscais[23], chegando a afirmar Cândido Rangel Dinamarco que constitui aberração a intervenção do Ministério Público em causas nas quais é parte uma entidade estatal, só pela presença desta no processo[24] –, apenas as circunstâncias do caso concreto indicarão se haverá necessidade de intervenção da Instituição.

Nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, por exemplo, tramitam ações envolvendo anulação de concurso público, anulação de processo administrativo sancionador, questionamentos envolvendo progressões funcionais em cargos públicos, concessões de diplomas ou certificados de unidades de ensino, entre outras demandas, que, em tese, já ensejariam a intervenção do Ministério Público, sem contar as já citadas ações envolvendo partes incapazes ou direitos indisponíveis relacionados à saúde.

Não se trata, portanto, de analisar o tema somente de acordo com a existência de conteúdo patrimonial. Nesse particular, o CPC já é expresso ao acolher orientação

[23] Confiram-se os seguintes pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça: "Processual civil. Recurso especial. Intervenção do Ministério Público em ação reparatória de danos morais. Desnecessidade. 1. Tratando-se de ação indenizatória por danos morais promovida em face do Estado por abuso de autoridade em face de denúncia promovida pelo Ministério Público, não se impõe a atuação do *Parquet* como *custos legis*, consoante jurisprudência da E. Corte. (RESP nº 327.288/DF, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 17/11/2003; AGRESP nº 449643/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28.06.2004; AgRg no Resp nº 258.798, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 11.11.2002; Resp nº 137.186, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/09/2001). 2. O artigo 82, inciso III, do CPC, dispõe que compete ao Ministério Público intervir: 'III – em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.' 3. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado 'interesse público secundário'. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 3. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao 'interesse público'. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 4. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do *Parquet* no mister de *custos legis*, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União. Precedentes jurisprudenciais que se reforçam, na medida em que a atuação do Ministério Público não é exigível em várias ações movidas contra a administração, como, *v.g.*, sói ocorrer, com a ação de desapropriação prevista no Decreto-lei nº 3.365/41 (Lei de Desapropriação). 5. *In genere*, as ações que visam ao ressarcimento pecuniário contêm interesses disponíveis das partes, não necessitando, portanto, de um órgão a fiscalizar a boa aplicação das leis em prol da defesa da sociedade. 6. Hipótese em que se revela evidente a ausência de interesse público indisponível, haja vista tratar-se de litígio travado entre o Estado de Rondônia e INSS e o Procurador de Estado Beniamine Gegle de Oliveira Chaves, onde se questiona a reparação por danos morais, tendo em vista ter sido injustamente denunciado pelo crime tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/93. 7. Ademais, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins de justiça do processo, em razão do Princípio de que 'não há nulidade sem prejuízo' ('*pas des nullités sans grief*'). 8. Recurso especial desprovido". (RESP nº 303806 / RO – Rel. Min. Luiz Fux – DJ 25.04.2005, p. 224). Nos casos de execução fiscal, foi editado o enunciado nº 189 da súmula da jurisprudência predominante: "é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais".

[24] *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.679. vol. I. No segundo volume de suas Instituições, Dinamarco afirma que o Ministério Público sempre será parte no processo, tanto quando atuar como assistente (parte auxiliar), quanto como *custos legis* (4ª ed., 2004, p. 427).

Book_RMP-70.indb 233 05/06/2019 11:51:11

doutrinária[25] e jurisprudencial[26] no sentido de que "a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público" (artigo 178, parágrafo único).

Estando presente alguma das situações previstas no art. 178, CPC, a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica será obrigatória.

Registre-se que, por força de tudo o que foi exposto, haverá também intervenção do Ministério Público nos julgamentos das Turmas Recursais, nos processos que se enquadrem no citado art. 178, CPC. Além disso, em simetria às previsões do CPC que preveem a intervenção do Ministério Público sempre que houver a possibilidade de definição de tese sobre determinado tema (arts. 948 e 976, §2º, CPC)[27], ampliando-se o contraditório, haverá intervenção nos pedidos de uniformização de interpretação da lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais. Já em relação às sessões das Turmas Recursais, na prática, o Ministério Público comparece aos julgamentos, simetricamente ao que ocorre com os Procuradores de Justiça nas sessões dos Tribunais de segundo grau. Entretanto, esse paralelo não é exato e decorre de uma repetição automática, merecendo a devida reflexão, já que as atividades são diversas e não há as mesmas peculiaridades que ensejam a dupla intervenção nas sessões das Turmas.

2.3. O Ministério Público como Autor

A previsão do Ministério Público como legitimado ativo – seja como legitimado ordinário, seja como extraordinário – é uma solução legislativa com a qual já se convive há bastante tempo e, mais recentemente, está recebendo, em regra, o adequado tratamento jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça na tutela de direitos individuais indisponíveis após um período de confusa instabilidade jurisprudencial[28].

---

[25] *Cf.* DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.428/430. vol. II.

[26] "A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que o interesse patrimonial da Fazenda Pública, por si só, não se identifica com o interesse público para fins de intervenção do *Parquet* no processo" (REsp nº 1676131/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/09/2017, DJe 14/09/2017).

[27] Sobre a compatiblidade dos Juizados Especiais com o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, síntese da discussão em: TEMER, Sofia. *Incidente de Resoluçãod e Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p.123/127.

[28] *Cf.* GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como substituto processual. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, junho de 2007. p.179-200. vol. 106. Como ilustração dos julgados mais recentes sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça: "Administrativo e processual civil. Recurso especial sob a sistemática dos repetitivos. Demandas de saúde com beneficiários individualizados interpostas contra entes federativos. Legitimidade do ministério público. Suposta afronta aos dispositivos dos arts. 1º, V, e 21 da Lei nº 7.347/1985, bem como ao art. 6º do CPC/1973. Não ocorrência. Direito à saúde. Direito individual indisponível. Art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Aplicabilidade. Recurso especial conhecido e não provido. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do regimento interno do STJ. 1. Os dispositivos legais, cuja aplicação é questionada nos dois recursos especiais e a tramitação se dá pela sistemática dos repetitivos (REsp nº 1.681.690/SP e REsp nº 1.682.836/SP), terão sua resolução efetivada em conjunto, consoante determina a regra processual. 2. A discussão, neste feito, passa ao largo de qualquer consideração acerca da legitimidade ministerial para propor demandas, quando se tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, até porque inexiste qualquer dúvida da sua legitimidade, nesse particular, seja por parte da legislação aplicável à espécie seja por parte da jurisprudência. De outra parte, a discussão também não se refere à legitimidade de o Ministério Público

Book_RMP-70.indb 234 05/06/2019 11:51:12

A legitimidade ativa para os processos coletivos, embora seja fenômeno bem mais recente, é bastante estudada e trabalhada, mas, nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, não se admite a tramitação de processos coletivos, salvo, para parte da doutrina[29], se envolverem direitos individuais homogêneos. Não se vê, porém, esse tipo de ação coletiva tramitando nos Juizados, mas, se admitida, a legitimidade do Ministério Público deve ser considerada, a partir de todos os contornos, envolvendo essa específica discussão quando relacionada aos direitos individuais homogêneos[30].

Interessa-nos tratar mais especificamente da legitimidade ativa do Ministério Público envolvendo direitos individuais indisponíveis, especialmente quando relacionada ao direito à saúde de crianças, adolescentes e idosos em situação de risco, já que são esses os casos que mais frequentemente ensejam esse tipo de atuação em virtude da realidade fática, o que, porém, não a esgota.

Em relação à legitimidade ativa do Ministério Público nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, não há qualquer peculiaridade normativa em seu alcance, devendo guardar pertinência com o que consta no art. 127 da Constituição da República. Ou seja: a legitimidade ativa do Ministério Público não é genérica, como se fosse possível uma espécie de ecumenismo temático, mas, sim, limitada pelo

postular em favor de interesses de menores, incapazes e de idosos em situação de vulnerabilidade. É que, em tais hipóteses, a legitimidade do órgão ministerial decorre da lei, em especial dos seguintes estatutos jurídicos: arts. 201, VIII, da Lei nº 8.069/1990 e 74, II e III, da Lei nº 10.741/2003. 3. A fronteira para se discernir a legitimidade do órgão ministerial diz respeito à disponibilidade, ou não, dos direitos individuais vindicados. É que, tratando-se de direitos individuais disponíveis e uma vez não havendo uma lei específica, autorizando, de forma excepcional, a atuação do Ministério Público (como no caso da Lei nº 8.560/1992), não se pode falar em legitimidade de sua atuação. Todavia, se se tratar de direitos ou interesses indisponíveis, a legitimidade ministerial já decorreria da redação do próprio art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 4. Com efeito, a disciplina do direito à saúde encontra, na jurisprudência pátria, a correspondência com o próprio direito à vida, de forma que a característica da indisponibilidade do direito já decorreria dessa premissa firmada. 5. Assim, inexiste violação dos dispositivos dos arts. 1º, V, e 21 da Lei nº 7.347/1985, bem como do art. 6º do CPC/1973, uma vez que a atuação do Ministério Público, em demandas de saúde, assim como nas relativas à dignidade da pessoa humana, tem assento na indisponibilidade do direito individual, com fundamento no art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 6. Tese jurídica firmada: O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 7. No caso concreto, o aresto prolatado pelo eg. Tribunal de origem está conforme o posicionamento desta Corte Superior, mormente quando, neste caso, o processo diz respeito a interesse de menor, em que a atuação do Ministério Público já se encontra legitimada com base nesse único aspecto de direito. 8. Recurso especial conhecido e não provido. 9. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ" (REsp nº 1682836/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018). "Administrativo. Direito à saúde. Legitimidade do Ministério Público. Acórdão em confronto com a jurisprudência desta Corte. I – É entendimento assente nesta Corte de Justiça que o Ministério Público possui legitimidade para propositura de demandas de tal natureza, por configurar tutela de direito fundamental indisponível. No mesmo sentido: AgInt no REsp nº 1588315/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 07/10/2016; REsp nº 1520824/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016; AgRg no REsp nº 1470167/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014. II – Agravo interno improvido" (AgInt no REsp nº 1645716/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/03/2018, DJe 26/03/2018).

[29] *Cf.* CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.886, nota 79.

[30] *Cf.* DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.198/200 e 399/403.

Book_RMP-70.indb 235 05/06/2019 11:51:12

art. 127 da Constituição da República. De todo modo, ainda que se reconheça a legitimidade ativa do Ministério Público para algumas hipóteses, sua atuação deverá ser limitada à completa omissão do particular legitimado, cabendo-lhe, salvo se a urgência não indicar tal providência, instá-los à tutela do próprio direito ou de direito alheio, quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Não se aplica, nesse particular, a limitação do art. 5º, §1º, da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, já que o Ministério Público como legitimado ativo estará na defesa de direito individual indisponível, mantendo-se, assim, em última análise, a tutela de direito de pessoa física[31].

Além disso, caso efetivamente se entenda que as ações envolvendo direito individual à saúde podem tramitar nos Juizados Especiais da Fazenda Pública e considerando que se trata de competência absoluta, a legitimidade ativa do Ministério Público fica ainda mais evidente, como ilustra a ementa de recente julgado:

> Administrativo e processual civil. Recurso especial sob a sistemática dos repetitivos. Demandas de saúde com beneficiários individualizados interpostas contra entes federativos. Legitimidade do Ministério Público. Suposta afronta aos dispositivos dos arts. 1º, v, e 21 da Lei nº 7.347/1985, bem como ao art. 6º do CPC/1973. Não ocorrência. Direito à saúde. Direito individual indisponível. Art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Aplicabilidade. Recurso especial conhecido e não provido. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do regimento interno do STJ. 1. Os dispositivos legais, cuja aplicação é questionada nos dois recursos especiais e a tramitação se dá pela sistemática dos repetitivos (REsp nº 1.681.690/SP e REsp nº 1.682.836/SP), terão sua resolução efetivada em conjunto, consoante determina a regra processual. 2. A discussão, neste feito, passa ao largo de qualquer consideração acerca da legitimidade ministerial para propor demandas, quando se tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, até porque inexiste qualquer dúvida da sua legitimidade, nesse particular, seja por parte da legislação aplicável à espécie seja por parte da jurisprudência. De outra parte, a discussão também não se refere à legitimidade de o Ministério Público postular em favor de interesses de menores, incapazes e de idosos em situação de vulnerabilidade. É que, em tais hipóteses, a legitimidade do órgão ministerial decorre da lei, em especial, dos seguintes estatutos jurídicos: arts. 201, VIII, da Lei nº 8.069/1990 e 74, II e III, da Lei nº 10.741/2003. 3. A fronteira para se discernir a

[31] Em sentido contrário, entendendo que nenhum litigante habitual pode ser parte nos Juizados Especiais da Fazenda Pública: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.893.

Book_RMP-70.indb 236 05/06/2019 11:51:12

legitimidade do órgão ministerial diz respeito à disponibilidade, ou não, dos direitos individuais vindicados. É que, tratando-se de direitos individuais disponíveis e uma vez não havendo uma lei específica autorizando, de forma excepcional, a atuação do Ministério Público (como no caso da Lei nº 8.560/1992), não se pode falar em legitimidade de sua atuação. Todavia, se se tratar de direitos ou interesses indisponíveis, a legitimidade ministerial já decorreria da redação do próprio art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 4. Com efeito, a disciplina do direito à saúde encontra, na jurisprudência pátria, a correspondência com o próprio direito à vida, de forma que a característica da indisponibilidade do direito já decorreria dessa premissa firmada. 5. Assim, inexiste violação dos dispositivos dos arts. 1º, V, e 21 da Lei nº 7.347/1985, bem como do art. 6º do CPC/1973, uma vez que a atuação do Ministério Público, em demandas de saúde, assim como nas relativas à dignidade da pessoa humana, tem assento na indisponibilidade do direito individual, com fundamento no art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 6. Tese jurídica firmada: O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis na forma do art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 7. No caso concreto, o aresto prolatado pelo eg. Tribunal de origem está conforme o posicionamento desta Corte Superior, mormente quando, neste caso, o processo diz respeito a interesse de menor, em que a atuação do Ministério Público já se encontra legitimada com base nesse único aspecto de direito. 8. Recurso especial conhecido e não provido. 9. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ. (REsp nº 1682836/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018)[32]

3. Consequências Procedimentais

Havendo intervenção do Ministério Público, há evidentes consequências procedimentais, já que passa a integrar o processo outro sujeito que possui prerrogativas processuais.

[32] Confiram-se, ainda, os debates durante o julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal do RE nº 606533/MG, fixando tese com repercussão geral sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para fornecimento de medicamentos.

Book_RMP-70.indb 237 05/06/2019 11:51:12

Em seu formato abstrato, o procedimento nos Juizados Especiais da Fazenda Pública segue o seguinte roteiro: com a propositura da demanda, a parte ré deve ser citada e, no mesmo ato, intimada para a audiência de conciliação, com intervalo mínimo de trinta dias, quando devem ser apresentados documentos; não obtida a conciliação, no mesmo ato ou em outro a ser designado em data próxima, caso as circunstâncias concretas indiquem que a concentração procedimental trará prejuízos à defesa, seguirá para a fase de instrução e julgamento, quando, então, deverão ser apresentados a contestação e eventuais documentos, caso não haja consenso, proferindo-se sentença ao final do ato.

Segue-se, portanto, a ideia de procedimento oral e concentrado em audiências. Evidentemente, esse desenho normativo é idealizado e abstrato, já que, na prática, independentemente da intervenção, ou não, do Ministério Público, há peculiaridades que impedem essa celeridade, já que os fatos se sobrepõem a elucubrações normativas.

Com a intervenção do Ministério Público, surge um problema procedimental referente ao momento da intervenção, já que, de acordo com o art. 179, I, do CPC, a vista dos autos deverá ocorrer "depois das partes", com intimação pessoal (art. 180, CPC) e entrega dos autos (art. 41, IV, da Lei nº 8.625/1993, o que não apresenta problemas quando se trata de autos eletrônicos), prevendo o *caput* do art. 178, CPC, o prazo de trinta dias para sua manifestação. Ainda que se considere que o Ministério Público possa ser intimado desde logo da data da audiência de conciliação e que o prazo de trinta dias poderá ser atendido se observado esse intervalo (art. 7º, parte final, da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública), ainda haverá o problema de a manifestação necessariamente se dar após as partes, considerando-se que a contestação será oferecida apenas na audiência. Nesses casos, entendendo-se que a sentença deve ser proferida *incontinenti*, na forma oral, não se afigura razoável admitir que se aplique o CPC para conferir prazo ao Ministério Público, frustrando-se o procedimento que deve ser conduzido pela oralidade. Entretanto, o que normalmente se vê é a postergação do momento decisório, seja para "converter o julgamento em diligências", seja para melhor exame dos autos, seja em razão da apertada pauta de audiências, seja porque o juiz leigo quem elaborou o esboço da sentença, entre outras razões. Nesses casos, havendo requerimento de vista, pressupondo-se que o membro do Ministério Público tenha sido devidamente intimado, os autos devem ser remetidos para pronunciamento no momento processual oportuno.

Não raro, acontece de o procedimento assumir totalmente a forma escrita, sem a designação de audiências, praticamente na forma do procedimento comum, mantendo-se somente algumas poucas peculiaridades procedimentais. Isso acontece por razões variadas, mas quase todas podem ser reconduzidas a uma origem comum relacionada precisamente à interpretação heterodoxa da lei, com ampliação dos casos de competência dos Juizados. Em muitos casos, o Estado ou o Município avisam de antemão que não pretendem conciliar ou a própria demanda não admite autocomposição, o que faz com que não se designem audiências. Além disso, a repetição de causas com a mesma matéria, muito comum na Fazenda Pública, também

Book_RMP-70.indb 238 05/06/2019 11:51:12

enseja a adoção do procedimento escrito, com a maior parte dos atos processuais apenas reproduzindo conteúdos já utilizados em centenas de outros processos. Outras vezes, a maior complexidade da causa exige um tempo mais extenso para os atos instrutórios, com demora para obtenção de documentos essenciais e que não cabem no curto espaço de tempo previsto abstratamente em lei. Nessas e em outras hipóteses, se adota um procedimento escrito e sem audiências, com a intervenção do Ministério Público, seguindo igualmente a forma ordinária delineada no CPC.

Por fim, convém fazer breve registro sobre a figura do juiz leigo no contexto que se aborda no presente trabalho.

A Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em seu art. 15, prevê expressamente a participação de juízes leigos (ou juízes não togados ou juízes de instrução[33]) na conciliação, instrução e decisão dos processos, submetendo-a à homologação do Juiz de Direito, cuja atividade instrutória suplementar permanece preservada[34-35]. Dá-se, portanto, a máxima extensão ao previsto no art. 98, I, da Constituição da República, erigindo-se o juiz leigo à condição de um dos protagonistas do procedimento oral. Embora a lei determine que as atividades dos juízes leigos sejam supervisionadas pelo Juiz de Direito, na prática, ocorre, no máximo, uma supervisão remota e posterior, não raro com várias audiências sendo conduzidas simultaneamente por vários juízes não togados. As decisões por ele proferidas, igualmente, não são remetidas, em regra, imediatamente para homologação, assim como o Juiz de Direito não se faz presente em nenhum momento da audiência. Nesses casos, sendo hipótese de intervenção do Ministério Público, em razão de as leis orgânicas somente trabalharem com a atuação perante o Juiz de Direito, a participação nas audiências é mera faculdade e os autos devem ser remetidos para pronunciamento antes da homologação de eventual decisão.

4. Síntese

A aplicação heterodoxa da lei acarreta consequências procedimentais, não havendo como ampliar a competência dos Juizados sem o correlato impacto procedimental. A partir do momento em que os Juizados Especiais da Fazenda Pública passam a comportar, por exemplo, processos envolvendo direitos que não admitem composição, ações ajuizadas por pessoas incapazes, demandas envolvendo prestações

[33] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública*. Gomes Junior; Gajardoni; Cruz; Cerqueira. 2ª ed. São Paulo, 2011. p.184.

[34] No sentido de que a decisão do juiz leigo não pode ser modificada no mérito pelo Juiz de Direito, cujos poderes instrutórios também seriam delimitados pela atividade determinada pelo juiz não togado: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.278/279.

[35] É interessante notar que, na Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, há o uso de "juiz", sem qualquer outra qualificação, nos arts. 3º, 10, 12, 13, I, e §1º, 16, *caput*, e §2º, 17, *caput*, e §§ 1º e 2º, e 18, §2º, o que indicaria que seriam atividades exclusivas dos Juízes de Direito, já que sempre há referência expressa a "leigo" quando a ele se quis fazer referência e o art. 16 e respectivos parágrafos parecem afastar o juiz leigo no caso de haver conciliador. Entretanto, a referência às atribuições previstas nos arts. 22, 37 e 40 da Lei nº 9.099/1995 indica que os juízes leigos conduzirão, sim, audiências de instrução e submeterão as decisões para homologação judicial.

Book_RMP-70.indb 239 05/06/2019 11:51:12

referentes ao direito à saúde etc., necessariamente haverá simétrica complexidade procedimental. É cada vez mais frequente a imposição de situações fáticas e jurídicas que fazem com que os procedimentos, nos Juizados da Fazenda Pública, sejam escritos e sem audiências, desbordando do desenho legislativo abstrato, na mesma intensidade com que se utilizam os Juizados cada vez mais como alternativas para a administração judiciária. Uma dessas consequências procedimentais com que se passa a conviver mais amiúde consiste precisamente na intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, além da discussão sobre a possibilidade de sua atuação como parte. Em síntese, sobre a atuação como fiscal da ordem jurídica, devem ser registrados os seguintes pontos conclusivos: 1) a intervenção somente será necessária se estiver presente alguma hipótese do art. 178, CPC; 2) como o recurso de apelação somente passará pelo juízo de admissibilidade na Turma Recursal (artigo 1010, §3º, CPC), simetricamente, no caso de recurso inominado, também não haverá necessidade de qualquer pronunciamento como *custos legis* após a prolação da sentença do órgão que atua em primeiro grau, acabando, enfim, com o que foi denominado "parecer recursal"; 3) sem embargo dessa situação, haverá atuação do Ministério Público perante as Turmas Recursais, participando das sessões e sendo intimado das decisões; 4) no caso de uniformização de interpretação, em paralelo à sistemática do Código de Processo Civil para a formação de teses ou padrões decisórios, a participação do Ministério Público igualmente será obrigatória; 5) o momento procedimental da intervenção do Ministério Público deverá ser após as partes e antes da decisão final do Juiz de Direito, buscando-se, ao máximo, a compatibilidade entre o sistema dos Juizados Especiais, o Código de Processo Civil e as Leis Orgânicas do Ministério Público, que são elementos normativos fundamentais para o estudo do tema e, frequentemente, são ignoradas; por fim, registre-se que, em eventual reforma legislativa que vise a consolidar o fragmentado e lacunoso sistema dos Juizados, a atuação do Ministério Público deve merecer cuidadosa disciplina, a fim de evitar algumas perplexidades hoje existentes.

Book_RMP-70.indb 240 05/06/2019 11:51:12

Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico

Os 30 Anos da Constituição Federal[1]

Ives Gandra da Silva Martins*

Carta acertou ao fixar independência entre Poderes.

A sétima Constituição Brasileira comemora 30 anos no próximo dia 5 de outubro. Resultado de uma convocação (que muitos entenderam que teria a conformação de uma Constituinte originária) pela EC nº 26/86, foi instalada em começos de 1987 sob a presidência do ministro Moreira Alves, que esteve à frente da eleição para presidente dos trabalhos, caindo a indicação sobre o deputado Ulisses Guimarães. Foi nomeado relator o senador Bernardo Cabral, que venceu a disputa com o então senador Fernando Henrique Cardoso na eleição para a relatoria.

Para mim, foi um poder constituinte derivado, pois convocado por um poder constituído. Constituições originárias decorrem da ruptura da ordem pública anterior, visto que um poder constituído não pode convocar um poder constituinte originário que, de rigor, seria dele derivado.

Após audiências públicas com especialistas, por aproximadamente três meses, as oito comissões e as 24 subcomissões apresentaram suas conclusões, que foram encaminhadas à Comissão de Sistematização.

Esta, ao alterar, na tentativa de harmonização, as soluções propostas, a fim de garantir sua aprovação, criou um sistema de votação que dificilmente seria derrubado em plenário, o que levou o deputado Roberto Cardoso Alves a criar um grupo, que denominou de "centrão", levando 80% dos constituintes a poderem opinar plenamente e votar sem restrições – alterando, em muitos pontos, a imposição da comissão de sistematização. No mais importante deles, trocou o sistema parlamentar de governo, proposto originalmente, pelo presidencial.

Por decorrência, a Lei Suprema conformou o resultado de uma série de acordos de grupos de parlamentares, a que Ulisses Guimarães deu o título de "Constituição Cidadã", com direito a um "prefácio constitucional". O texto final, em face dessas negociações das diversas correntes políticas, tornou-se adiposo, com um elenco considerável de dispositivos sem nenhuma densidade constitucional, como aquele do artigo 242, §2º, que impunha a manutenção do Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, na órbita federal.

Teve, todavia, méritos como: exigir a harmonia e a independência dos Poderes (artigo 2º) e multiplicar o elenco dos direitos e das garantias individuais (artigo 5º).

---

[1] Texto publicado no Jornal "Folha de São Paulo", Caderno "Tendências", em 18 de setembro de 2018. Disponível em: <www.folha.uol.com.br>.

* Professor Emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra. Advogado.

Book_RMP-70.indb 245 05/06/2019 11:51:21

Em respeito ao artigo 2º, determinou que ao Poder Judiciário caberia apenas desempenhar o papel de legislador negativo, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal (STF) a incumbência de ser "guardião da Constituição" (artigo 102), não podendo legislar.

Em sendo o Congresso Nacional omisso na elaboração de leis destinadas a dar efetividade à Constituição, previu caber ao STF declarar a inconstitucionalidade da omissão e instar o Parlamento, mediante comunicação, a elaborar a lei necessária (artigo 103, §2º).

Ademais, autorizou o Congresso Nacional a não cumprir decisões do Poder Judiciário ou do Poder Executivo que invadissem sua competência normativa (artigo 49, inciso XI) e outorgou às Forças Armadas a obrigação de repor a lei e a ordem se qualquer um dos Poderes, em conflito com o outro, delas se socorrer, como poder moderador.

Infelizmente, nada obstante a inquestionável qualidade dos ministros da Suprema Corte, têm eles invadido as competências dos Poderes Legislativo e Executivo, legislando e tomando decisões administrativas, sem reação dos respectivos titulares, acuados que estão seus membros por denúncias e investigações.

Os mecanismos constitucionais de freios e contrapesos estão postos na Carta Magna, faltando apenas que os três Poderes os respeitem e que, no Estado democrático de Direito (artigo 1º), se comportem com harmonia e independência, não cabendo a nenhum deles invadir competências dos outros.

Book_RMP-70.indb 246 05/06/2019 11:51:21

Sobre a Eutanásia[1-2]

Jorge Miranda*

Não se concebem autonomia e liberdade sem responsabilidade.
A dignidade da pessoa começa com o respeito da dignidade da vida.

A vida humana é inviolável (diz o artigo 24º, nº 1, da Constituição), tal como a integridade moral e física das pessoas (segundo o artigo 25º). Não pode haver, em caso algum, pena de morte (artigo 24º, nº 2); e, em coerência, não se admite extradição para Estado cujo Direito a preveja.

Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a proteger (artigo 64º, nº 1), um direito que, para o Estado, implica a existência de um serviço de saúde universal, geral e tendencialmente gratuito (artigo 64º, nº 2, alínea *a*), com garantia de acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição econômica, aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação (artigo 64º, nº 3, alínea *c*) (a que deve acrescentar-se a medicina paliativa não só na lógica do sistema, mas também por força da cláusula aberta de direitos fundamentais do artigo 16º, nº 1).

Acrescem as incumbências, dentro da linha de efetivação dos direitos sociais – tarefa fundamental do Estado (artigo 9º, alínea *d*) –, relativas à família (artigo 67º) e à infância, à juventude, aos cidadãos portadores de deficiência e à terceira idade (artigos 69º e 72º).

Por outro lado, para essa efetivação, tem de contribuir a sociedade no âmbito do aprofundamento da democracia participativa (artigo 2º, *in fine*) e à luz do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 1º, 2ª parte).

As famílias, em primeiro lugar, e as instituições, as associações e os grupos da sociedade civil devem dar todo o apoio, material e espiritual, aos seus membros que se encontrem em estado de carência de qualquer ordem e, desde logo, aos que se receie que possam estar às portas da morte.

A solidariedade entre gerações não se esgota no ambiente (artigo 66º, nº 2, alínea *d*).

São bem distintas, como toda a gente ou quase toda a gente reconhece, duas situações:

– a situação da pessoa que, vítima de doença ou de acidente muito grave, já não tem tratamento médico possível ou em que o tratamento, a prolongar-se, seria inútil ou artificial;

---

[1] Artigo publicado no Jornal "Público", Caderno "Atualidade", seção "Opinião", em 30 de maio de 2018. Disponível em: <www.publico.pt>.
[2] O Texto foi escrito antes de ser conhecida a votação no Parlamento.
* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Book_RMP-70.indb 247 05/06/2019 11:51:21

– a situação da pessoa que, por causas próximas, ainda assim pode receber tratamento, pelo menos cuidados paliativos, embora com pouca esperança, a curto ou a médio prazo, de sobreviver.

No primeiro caso, é o estado físico que sobreleva. No segundo caso, com o sofrimento físico acumula-se o sofrimento psíquico, levando à perda de vontade de viver, a uma infelicidade profunda.

No primeiro caso, a não se cair em excessos terapêuticos sem qualquer resultado, tudo está em deixar morrer, em deixar morrer em paz.

No segundo caso, estaremos diante de eutanásia, se a pessoa, ainda podendo viver, deixar de ter cuidados médicos e morrer – for morta a seu pedido e com a intervenção de um ou de mais médicos.

No primeiro caso, não se afeta a inviolabilidade da vida humana. De resto, já temos, entre nós, o chamado testamento vital.

No segundo caso, ela é afetada flagrantemente, sejam quais forem as circunstâncias e as intenções. Ninguém pode dispor da sua vida, como ninguém pode alienar a sua liberdade ou o respeito por si mesmo.

Não se concebem autonomia e liberdade sem responsabilidade. A dignidade da pessoa começa com o respeito da dignidade da vida.

Os projetos agora apresentados na Assembleia da República podem ser considerados, porventura, relativamente moderados.

Merecem, todavia, além da sua raiz de inconstitucionalidade, mais estas observações: 1º) não foram objeto de intenso debate nacional que a matéria justificava; 2º) como a experiência do aborto mostra (em que se passou da despenalização em determinadas emergências para a legalização até dez semanas a pedido da mulher), podem conduzir a diplomas cada vez mais facilitadores da eutanásia; 3º) como a experiência das poucas legislações que a aceitam, há sempre o risco de aproveitamentos de tipo egoístico, econômico ou não.

Não basta invocar esta inconstitucionalidade. Importa, não menos, invocar a inconstitucionalidade por omissão, por o Estado não conferir exequibilidade plena às normas constitucionais sobre direitos econômicos, sociais e culturais, em especial à do serviço nacional de saúde. Redunda em hipocrisia dizer que se defende a vida humana e não defender a plena realização do serviço nacional de saúde, incluindo cuidados paliativos e cuidados continuados.

Book_RMP-70.indb 248 05/06/2019 11:51:21

Spams, Mala Direta e Direito de Petição: um Limite Necessário

José Marinho Paulo Junior*

Resumo

Spamming, direito de petição e investigação cível. Ausência de regulamentação expressa. A primeira mensagem enviada mecanicamente pode ser recebida ordinariamente. Nada obstante, as seguintes devem merecer manusear diverso e especial. A medida razoável será a mera juntada à original, no estado em que se encontrar, extraindo do silêncio ulterior o exaurimento do primeiro ato repetido.

Abstract

Spamming, right of petition and civil investigation. No clear regulation. The first message sent mechanically may be held as an ordinary one. Nevertheless, the following ones are to be given special and diverse handling. The reasonable measure is to simply put the new messages together with the first one, "as is". Silence will mean the full accomplishment of the repeated first act objetives.

Promotorias de várias áreas, especialmente as de Tutela Coletiva, sofrem com enxurradas de correspondências eletrônicas reproduzidas periodicamente por impulso robótico. O problema se mostra grave quando da condução de inquéritos civis quando, em ciclo meta-humano, divorciado de qualquer ânimo subjetivo específico do reclamante, chegam às mesas dos Membros do *Parquet* "mais e mais do mesmo", em diferentes fases pré, endo e pós-inquisitoriais, em contraproducente caos ritual.

Subprodutos da Era da Informática, o lixo eletrônico e o *spam* não podem ser desconsiderados pelo Ministério Público, cuja atuação não pode ser acéfala ou desconectada da realidade em que está imerso. Como afirmado por Erik Qualman, em seu festejado livro *Socialnomics*, não há aqui qualquer escolha de organização de se excluir (*opt-out*)[1]:

---

* Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

[1] A conclusão de QUALMAN é incontestável: "*This is an opportunity for government (...) to meet demands by using new and influential channels to address voters' needs and win people over, one citizen at a time.(…) Companies don't have a choice in whether they do social media; they have a choice in how well they do it (…) If you resist embracing the change, you could quickly find yourself in the same declining mode currently being experienced by newspapers, broadcast news, publishers, and the music industry, all of whom to date have failed to embrace and understand this new way of doing business. Isn't better to have a smaller piece of the pie than no piece at all?*" (QUALMAN, Erik. *Socialnomics* - How Social Media transforms the way we live and do business. 2nd ed. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013. p. 61, 148 e 158).

Book_RMP-70.indb 249 05/06/2019 11:51:21

ou bem se adota posição firme e clara neste novo mundo virtual ou bem outros (quiçá, computadores) o farão por nós[2].

Na seara da Tutela Coletiva, sob os auspícios da Lei nº 7347/1985, não há dúvida de que a RECLAMAÇÃO ORIGINAL, a primeira a aportar no MP, deva ser tratada como reclamação ordinária, com processamento usualmente dado a qualquer outra. *Vexata quaestio*: como devem ser processadas, todavia, as correspondências eletrônicas A SEGUIR REPRODUZIDAS?

Não há, neste diapasão, regramento claro sobre o que ser feito pelo presidente do Inquérito Civil, havendo aqui verdadeira lacuna da Resolução CNMP nº 23, de 17 de setembro de 2007, a ser integrada com base em interpretação teleológica e bom senso. A seu turno, a Resolução CNMP nº 174, de 4 de julho de 2017, tampouco enfrentou tal *quaestio* ao tratar de "arquivamento"[3] de notícias de fato.

Inúmeros Ministérios Públicos processam – perdoe-se o truísmo – maquinalmente as reiteradas representações, indeferindo-as, no mais das vezes, sob o argumento de que "já foram investigadas"[4-5].Não parece, *venia concessa*, o melhor desenlace, muito menos quando impõe atos outros que não o pleonástico indeferimento e a elástica leitura de que o anterior indeferimento liminar significaria que o fato fora sim investigado.

Pedra angular é a de se reconhecer que a VIRTUAL IDENTIDADE entre a primeira tombada como representação e as demais mecanicamente reiteradas[6-7] afasta

---

[2] Tenha-se o Informativo da Ouvidoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, datado de 01 de setembro de 2016, da lavra da eminente Ouvidora-Geral Georgea Marcovecchio Guerra, que assim deu dimensão empírica à realidade: "Decorridos dez anos da criação da Ouvidoria do MPRJ, que recebeu, até o momento, cerca de 450 mil registros, é preciso aprimorá-la e fortalecê-la, provendo-a de ferramentas e de estrutura adequadas para o alcance de sua missão."

[3] Muito embora a Resolução se refira a arquivamento de notícias de fato, dispondo em seu artigo 4º as hipóteses em que isto possa ocorrer, cuida ali, em verdade, de indeferimento.

[4] Tenha-se, a título de exemplo, o regramento do Ministério Público do Estado de São Paulo: "ATO NORMATIVO Nº 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006 – Art. 15. A representação poderá ser indeferida motivadamente, no prazo de até 30 dias: (Redação dada pelo Ato (N) nº 531-CPJ, de 11/04/2008) I – pela inexistência de atribuição do Ministério Público para apuração do fato; II – pela ausência dos requisitos previstos em lei e neste ato normativo; III – se o fato tiver sido objeto de investigação ou de ação civil pública proposta pelo Ministério Público."

[5] Nesta mesma direção, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio da RESOLUÇÃO CONJUNTA PGJ CGMP Nº 3, de 14 de dezembro de 2007, assim estatuiu: "Art. 7º. Em caso de evidência de que os fatos narrados na representação não configurem lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, ou se o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação civil pública, ou, ainda, se os fatos apresentados já se encontrarem solucionados, o membro do Ministério Público, no prazo máximo de trinta dias, indeferirá o pedido de instauração de inquérito civil, em decisão fundamentada, da qual se dará ciência pessoal ao representante e ao representado."

[6] Sobre a desnecessidade de as correspondências serem idênticas, vale a leitura do substancioso estudo desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas sobre o assunto, o qual, já em 2007, fez uma análise detalhada do Projeto de Lei nº 2.186, de 2003, em trâmite na Câmara de Deputados. Em apertada síntese, a uniformidade ou quase uniformidade de conteúdo não podem ser requisitos essenciais à identificação do *spam,* sendo curial atentar-se para sua substância. (Disponível em: <http://www.cgi.br/publicacoes/documentacao/ct-spam-EstudoSpamCGIFGVversaofinal.pdf)>.

[7] Adrede, no estudo da FGV acima indicado, também se demonstra que o MEIO da correspondência pode variar, pois já na atualidade mensagens com estas características podem ser enviadas por S.M.S., *chats on-line, Facebook* e outras plataformas tecnológicas, sendo previsível que o avanço da tecnologia torne algumas obsoletas e traga novas, mesmo interativas e cambiáveis entre si.

Book_RMP-70.indb 250 05/06/2019 11:51:21

o ânimo volitivo originário[8]. Não se cuida, gize-se, de nova representação, não sendo bastantes, para alguma diferenciação, palavras similares ou substituições simplórias de ordens de sentenças. Trata-se sim de singela reprodução da mesma correspondência eletrônica anterior.

É dizer no caso em tela: recebida a primeira correspondência eletrônica como representação, não podem jamais as seguintes, meras reiterações mecânicas, despidas sequer de verdadeira vontade humana de reclamar ou de se insurgir, ser recebidas como representações ou, pior, recursos contra indeferimentos ou, bem pior, recursos contra não acolhimento de recursos contra indeferimentos, em bizarro desdobramento ilógico do primado de controle da obrigatoriedade da ação coletiva. Neste exato sentido, o Ministério Público do Estado de Pernambuco assim editou a RESOLUÇÃO RES-CSMP nº 001/2012, cuidando de tal matéria:

> Art. 4º. A notícia de fato para apuração será dirigida ao órgão ministerial com atribuições relacionadas, devendo conter: I - nome, qualificação e endereço do noticiante e, se possível, do autor do fato; II - descrição do fato objeto da investigação; III - indicação dos meios de prova e juntada destes, se houver. (...) §4º. A notícia de fato deve ser submetida à triagem antes da primeira tramitação, de modo a evitar qualquer duplicidade, mediante consulta no sistema de gestão de autos Arquimedes.

Em voto luminar, a Exma. Procuradora de Justiça CONCEIÇÃO MARIA TAVARES DE OLIVEIRA, em relatoria junto ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro[9], bem professou que entender o contrário seria permitir, por via reflexa, violação do primado do Promotor Natural, *verbis*:

> Tal prática, além de caracterizar burla ao prazo estabelecido no art. 8º da Resolução GPGJ nº 1.769/2012, denota clara violação ao princípio do Promotor Natural. Senão vejamos.
>
> O art. 2º da Resolução GPGJ nº 1.769/2012 assegura o direito de representação a qualquer pessoa, devendo ser observado o disposto no art. 4º do mesmo diploma. No entanto, caberá ao membro do Ministério Público, a quem for distribuída a representação, o

[8] Nesta esteira de ideias, em homenagem ao direito constitucional de petição e ao verdadeiro ânimo do remetente, o projeto de lei originário sobremencionado previa a possibilidade do "primeiro envio", o que, por meio de substitutivo, foi excluído do texto legal por ter sido considerado válvula de escape para que técnicos utilizassem múltiplos remetentes para se virem livres da Lei.

[9] *Vide* por todos Processo CSMPERJ nº 2016.00383001/Origem: 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Duque de Caxias. Decerto, a maioria adotou entendimento diverso – o que não causa estranheza ante a novidade da matéria, sempre a enfrentar, compreensivelmente, fora sua complexidade, posições reacionárias.

Book_RMP-70.indb 251 05/06/2019 11:51:21

> exame do pedido de instauração de inquérito civil, que poderá ser indeferido, em decisão fundamentada, conforme preleciona o art. 8º. Nesta hipótese, a decisão de indeferimento pode ser objeto de recurso interposto pelo representante no prazo de 10 dias.
>
> Todavia, ultrapassado este prazo, deve-se reconhecer o efeito da preclusão, com a perda do direito de recorrer, não cabendo mais ao representante se insurgir contra a decisão de não instauração de investigação civil pelo Ministério Público.
>
> Na insólita situação de o representante insistir na formulação da mesma representação, decerto estará ele se utilizando de vias transversas para o exercício do direito – já perdido – de recorrer.
>
> Interpretação diversa permitiria ao representante insistir na formulação de notícia até que algum Promotor finalmente instaurasse procedimento investigatório, em verdadeira afronta à livre distribuição, assegurada no art. 26, §5º, da Lei nº 8.625/1993, e art. 35, §5º, da Lei Complementar nº 106/2003.

Disto decorre lógica e diretamente que não merece processamento autônomo a representação reproduzida exaustivamente por um *software* insistente e obtuso. Melhor, no vácuo legal, apensarem-se todas as novas àquela primeira, seguindo-se, nesta última, em seus termos regulares e no estado em que se encontrar, sem que OUTRA E NOVA vontade do noticiante seja presumida de qualquer forma ou em qualquer direção – o que demonstra desnecessária a cientificação do representante, quiçá computador, para dar o andamento que desejar.

E o subsequente silêncio haverá de significar como exaurida a manifestação veiculada na primeira correspondência, nada mais a ser feito que não o já ali realizado. Sobre tal peculiar silêncio, já se assinalou alhures:

> Há silêncio nas palavras, elas produzem silêncio. O próprio ato de falar exclui o que não foi dito, pois, quando se diz algo – porque se elegeu para dizer –, o que não foi dito vem em forma de silêncio, mas está em determinado lugar com seu significado (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio*: no movimento dos sentidos. 5ª ed. Campinas (SP): Unicamp, 2002. p.14).
>
> Aquilo que a literatura preguiçosa chamou durante muito tempo de silêncio eloquente não existe, os silêncios eloquentes são apenas palavras que ficaram atravessadas na garganta, palavras engasgadas que não puderam escapar ao aperto da glote. (José Saramago em *O Homem Duplicado*, por seu protagonista Tertuliano Maximo Afonso São Paulo, Companhia das Letras, 2002, 7ª edição, p.65)

Book_RMP-70.indb 252 05/06/2019 11:51:21

Assim, solução mais adequada é a de ser a nova correspondência simplesmente apensada à original, seguindo-se, nesta última, em seus termos regulares e no estado em que se encontrar, sem que a vontade do noticiante seja presumida de qualquer forma, sendo seu ulterior silêncio eloquente no sentido de que o impulso desejado já fora antes dado e exauridos os fins desta reprodução automática de mensagem virtual.

Bibliografia

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio*: no movimento dos sentidos. 5ª ed. Campinas (SP): Unicamp, 2002. p.14.

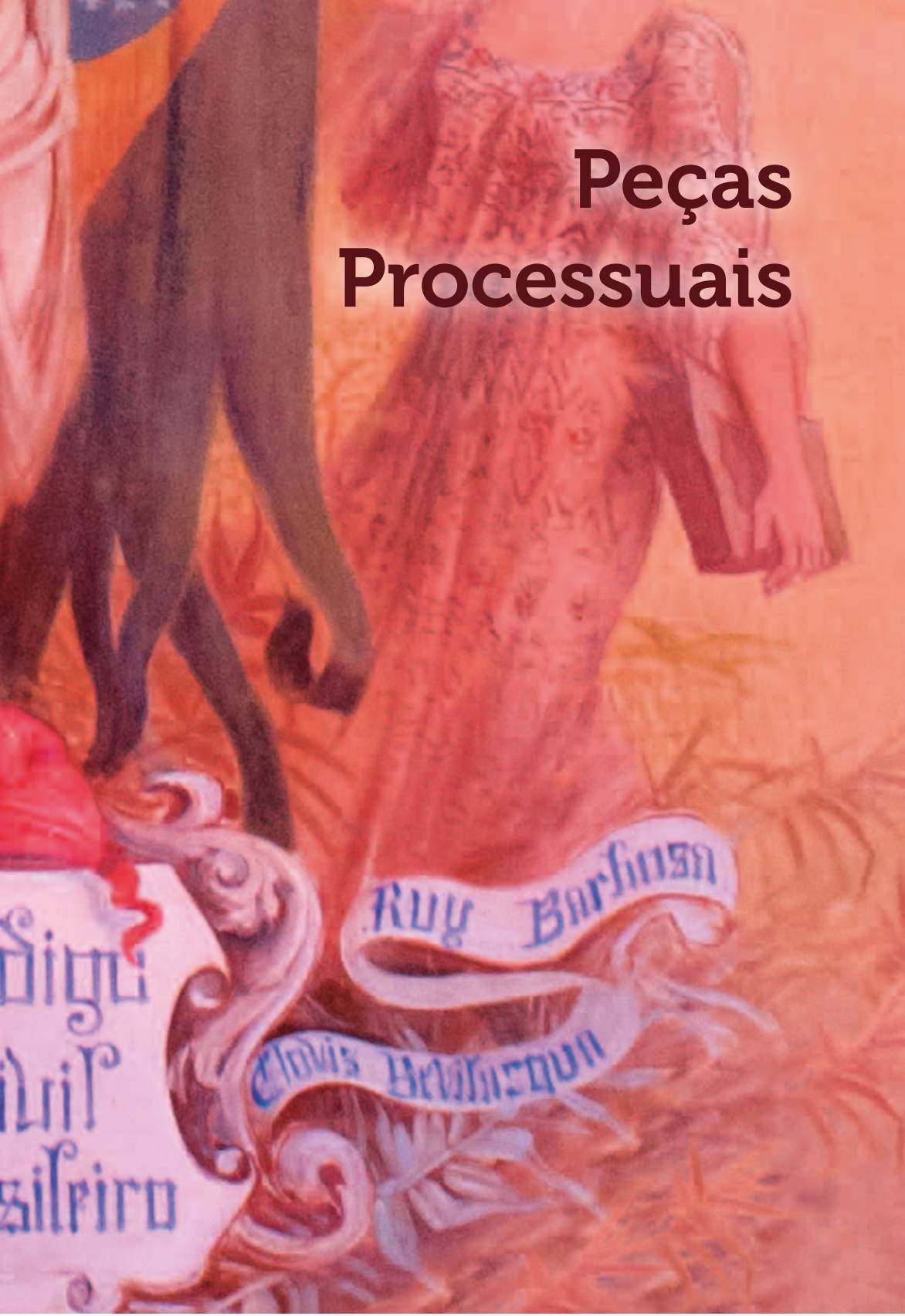
QUALMAN, Erik. *Socialnomics* - How Social Media transforms the way we live and do business. 2nd ed. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013. p. 61, 148 e 158.

SARAMAGO, José. *O Homem Duplicado*. 7ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.65.

Book_RMP-70.indb 253 05/06/2019 11:51:21

Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO ADMINISTRATIVO

MPRJ Nº 2017.00661045

I

Trata-se de expediente instaurado a partir do Ofício AE nº 153/2017, da Assessoria Executiva desta Procuradoria-Geral de Justiça, em que solicita ao Ouvidor do Ministério Público manifestação acerca da edição da Lei Federal nº 13.460/2017, em razão das alterações introduzidas no funcionamento das ouvidorias.

A Lei nº 13.460/2017, em seu art. 2º, II, considerou administração pública "órgão ou entidade integrante da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública". O Ministério Público, portanto, não foi objeto de menção expressa.

Manifestação desta Consultoria Jurídica à fl. 28, em que sugeriu o encaminhamento dos autos à Ouvidoria-Geral para apresentar proposta de ato normativo interno, caso necessário, de modo a ajustar o funcionamento da ouvidoria às inovações trazidas pela Lei Federal.

Manifestação do Exmo. Sr. Ouvidor à fl. 08, (i) quando trouxe aos autos a análise das assessorias do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (fls. 9-26); e (ii) à fl. 31, em que informa que, encampando manifestação do Conselho Nacional dos Ouvidores do Ministério Público, entende que a Lei Federal nº 13.460/2017 "não se afigura aplicável às ouvidorias do Ministério Público".

Para subsidiar o posicionamento acerca da não aplicabilidade da referida Lei no âmbito da ouvidoria do Ministério Público, o Exmo. Sr. Ouvidor fez juntada da ata da XXXV reunião ordinária do Conselho Nacional dos Ouvidores do Ministério Público, CNOMP, realizada em 30 de novembro de 2017, que, entre outras matérias, discutiu a sistemática da Lei nº 13.460/2017 e a sua não aplicabilidade às ouvidorias do Ministério Público (fls. 33-40).

O feito retorna a esta Consultoria Jurídica por força do despacho de fl. 42.

II

Conforme indicado por esta Consultoria Jurídica à fl. 28, a superveniência da Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2018, impôs a observância das regras ali

Book_RMP-70.indb 257 05/06/2019 11:51:31

estabelecidas, a respeito do funcionamento das ouvidorias, aos órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal.

Não obstante tal posicionamento, a Ouvidoria-Geral deste Ministério Público, órgão diretamente interessado, apresentou o entendimento de que o ato normativo em questão, por deliberação do Conselho Nacional dos Ouvidores do Ministério Público, não alcança o funcionamento das ouvidorias dos Ministérios Públicos.

A dúvida acerca da aplicabilidade, ou não, da Lei nº 13.460/2017 ao Ministério Público decorre, inicialmente, da tramitação da proposição legislativa, que se originou no Senado Federal. O Projeto de Lei do Senado nº 439/1999 foi apresentado com o objetivo de dar cumprimento ao disposto na Emenda Constitucional nº 19/1998. Essa Emenda Constitucional, em seu art. 27, dispôs que o Congresso Nacional deveria promulgar a lei de defesa do usuário de serviços públicos, o que deveria ocorrer no prazo de cento e vinte dias da sua promulgação.

No âmbito do Senado Federal, o texto original do projeto era voltado unicamente à União. A Câmara dos Deputados, ao apreciar, como Casa Revisora, o PL nº 6.953/2002, originário do PLS nº 439/1999, decidiu estender o alcance da futura lei para os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), além do Ministério Público, da Advocacia Pública e das concessionárias e outras empresas autorizadas a prestar serviços em nome do governo.

Ao retornar à Casa Iniciadora, o substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados foi analisado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a qual entendeu que:

> [o] Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 20, de 2015, ao PLS nº 439, de 1999, trata, sem sombra de dúvida, de normas gerais, constituindo matéria de lei nacional, não limitada ao âmbito da administração pública federal, haja vista o disposto no mencionado art. 27 da EC nº 19, de 1998, que estabelece o prazo para o Congresso Nacional elaborar a lei de defesa do usuário de serviços públicos, e no §3º do art. 37 da Lei Maior, que prevê a edição de lei para disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta[1].

Ainda segundo o relator daquela Comissão, o projeto aprimorava a prestação dos serviços públicos no Brasil, especialmente em termos de modernização desses serviços em face do direito dos usuários.

[1] Parecer (SF) nº 36, 2017. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, de relatoria do Senador Antonio Anastasia, sobre o Substituto da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 439, de 1999 (Projeto de Lei nº 6953, de 2002, na Câmara dos Deputados), que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. 3 de maio de 2017.

Book_RMP-70.indb 258 05/06/2019 11:51:31

Em continuidade às discussões travadas no Senado Federal no âmbito do PLS, observa-se que, antes do autógrafo final, foi aprovado destaque, para votação em separado, do requerimento da Senadora Regina Souza, que excluiu a expressão "Ministério Público" do texto sob os seguintes fundamentos:

> (i) [e]m primeiro lugar, trata-se de claríssima ofensa à prerrogativa institucional prevista no §2º do art. 127 da Constituição Federal, fundamentalmente porque ali reside tratamento autônomo do Ministério Público com o propósito de lhe salvaguardar a prerrogativa quanto à criação de seus cargos e serviços auxiliares, entre os quais, evidentemente, estão incluídas as relevantes Ouvidorias; (ii) [e]m segundo lugar, se a pretensão legislativa se prende à inclusão das Ouvidorias do MP no âmbito de órgãos do Poder Executivo, resplandece, ofuscantemente, a tentativa de condicionar a atividade ministerial a partir e com fundamento na perspectiva do Poder Executivo e do mandatário de plantão, e não a partir da perspectiva do próprio Ministério Público, o que delineia contornos mais do que graves quanto aos destinos da autonomia ministerial, mais ainda quando o *Parquet* tem se destacado no combate à corrupção e às mais distintas formas de rapinagem do erário, o que insidiosamente lhe atrai a ira daqueles que detêm o poder político; e (iii) [o]utra evidente inconstitucionalidade é a de cunho orgânico formal, pois não cabe a iniciativa legislativa a membro ou comissão do Congresso Nacional, seja da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, em tema da organização do Ministério Público Brasileiro. Uma vez que, se a disciplina de funcionamento das Ouvidorias do MP é assunto recoberto pela autonomia administrativa, somente o Procurador-Geral da República poderá iniciar o respectivo processo legislativo, conforme art. 26, II, da LC nº 75/93[2].

Eis o teor do art. 37, §3º, da Constituição de 1988, regulamentado pela Lei nº 13.460/2017, *verbis*:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)

[2] Requerimento nº 43, de 2017 – Plenário. Ao Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 20, de 2015, ao PLS nº 439, de 1999.

Book_RMP-70.indb 259 05/06/2019 11:51:31

> (...)
>
> §3º – A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)
>
> I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)

Releva destacar que o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/1998 fixou o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional promulgasse a "lei de defesa do usuário de serviços públicos". A mora legislativa ensejou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 24/2013, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que teve o pedido liminar deferido pelo Ministro Dias Toffoli em 1º de julho de 2013, para determinar o seguinte:

> [d]efiro em parte a medida cautelar pleiteada na presente ação, *ad referendum* do Plenário, para reconhecer o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que os requeridos, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, adotem as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo artigo 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 (STF, ADO 24 MC/DF. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 1º.08.2013).

Considerando a superveniência da Lei nº 13.460/2017, o processo foi extinto em 19 de dezembro de 2017, *verbis*:

> [a]ssim, ao editar a Lei nº 13.460/2017, o Congresso Nacional atendeu ao dever de legislar imposto pelo art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/1998, não remanescendo omissão inconstitucional a ser sanada, na presente ação. Sendo assim, forçoso reconhecer a perda de objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão[3].

Como visto, a edição da Lei nº 13.460/2017, ao contrário de afrontar a autonomia administrativa dos Poderes e Instituições autônomas, buscou atender à pauta social de maior participação na gestão administrativa. Aliás, os pressupostos que fundamentam nossa Constituição entrelaçam diferentes formas de combinação e complementação da prática democrática, participativa e representativa, na seara da Administração Pública.

[3] STF. Pleno, ADO 24 MC/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20.12.2017.

Book_RMP-70.indb 260 05/06/2019 11:51:31

O entrelaçamento entre gestão democrática representativa e participativa é facilmente perceptível pelos instrumentos utilizados para a conformação da participação administrativa. À guisa de ilustração, podem ser mencionados (i) os conselhos[4] (órgãos colegiados, ora com função deliberativa, ora com função consultiva); (ii) as comissões e comitês participativos; (iii) as audiências públicas; (iv) as consultas públicas; (v) o orçamento participativo; e, ainda, (vi) a ouvidoria pública, como bem delineado nos arts. 13 a 17 da Lei nº 13.460/2017.

Nessa linha, é tarefa assaz difícil defender, sob qualquer ponto de vista, que a incidência da Lei nº 13.460/2017 não deve alcançar o Ministério Público e os serviços prestados por sua Ouvidoria-Geral. Entendimento contrário, aliás, estaria a corroborar a não submissão da Defensoria Pública aos ditames da Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), já que essa Lei regulamentou especificamente o inciso II do parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição e não fez menção à Instituição. Ou, mais ainda, não haveria razão de o Ministério Público, o Tribunal de Contas e a Defensoria Pública cumprirem a Lei nº 8.666/1993 (que institui normas para licitações e contratos na Administração Pública), uma vez que essa Lei regulamentou o inciso XXI do art. 37 da Constituição e somente mencionou os "Poderes" em seu art. 1º.

Portanto, ao prevalecer a tese de que a Lei nº 13.460/2017 não é aplicável ao Ministério Público, sairíamos de uma situação de omissão total, já detectada pelo Supremo Tribunal Federal, para uma omissão parcial, pois a Instituição seria a única excluída do alcance de uma lei nacional.

Ainda vale lembrar que, em razão do disposto no art. 2º da Constituição de 1988, que somente faz menção aos três Poderes, não são poucas as vozes que inserem o Ministério Público no âmbito do Poder Executivo. A esse respeito, veja-se importante precedente do Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que após declarar a constitucionalidade de norma estadual que reconhecia ao Ministério Público a possibilidade de "adquirir bens e serviços e efetuar a respectiva contabilização", cuidando-se de mero corolário da autonomia administrativa e financeira da Instituição, sendo igualmente constitucional a outorga de "eficácia plena e executoriedade imediata" às decisões "fundadas em sua autonomia", averbou que tal se dava "não obstante sua integração na estrutura do Poder Executivo"[5].

Outro aspecto digno de nota é o de que, diversamente ao que se verifica em relação ao Poder Judiciário, expressamente alcançado pela Lei nº 13.460/2017, o Ministério Público brasileiro não é regido por uma única lei de caráter nacional, de iniciativa do seu órgão de cúpula, aliás, inexistente. A Instituição, no plano federal, é regida por uma lei específica, enquanto, no plano estadual, o é por uma lei nacional,

---

[4] O art. 18 da Lei nº 13.460/2017, disciplina os conselhos de usuários, com as seguintes atribuições: "Parágrafo único. Os conselhos de usuários são órgãos consultivos dotados das seguintes atribuições: I – acompanhar a prestação dos serviços; II – participar na avaliação dos serviços; III – propor melhorias na prestação dos serviços; IV – contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário; e V – acompanhar e avaliar a atuação do ouvidor."

[5] STF. Pleno, ADI nº 132/RO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/04/2003, DJU de 30/05/2003, p.28.

Book_RMP-70.indb 261 05/06/2019 11:51:31

de inciativa do Presidente da República e por vinte e seis leis estaduais. À luz dessa constatação, seria minimamente razoável afirmar, contrariamente ao que dispõe o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/1998, que a regulamentação do art. 37, §3º, I, da Constituição de 1988 não seria nacional e exigiria a edição de dezenas de leis?

Por fim, é simplesmente incompreensível a tese de que a autonomia do Ministério Público impede a sua sujeição aos ditames da Lei nº 13.460/2017. Será que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a Defensoria Pública, todos alcançados pelo art. 2º, II, do referido diploma normativo, não têm autonomia? Ou será que a Lei nº 13.460/2017 é totalmente inconstitucional? Por certo, uma resposta positiva a esses questionamentos tangenciaria a linha limítrofe do inusitado.

III

Considerando o exposto, entende esta Consultoria Jurídica que as regras da Lei nº 13.460/2017 devem alcançar o Ministério Público, muito embora tenha sido a Instituição omitida do rol do art. 2º, III, da Lei nº 13.460/2017. Apesar disso, em razão da omissão deliberada, como se percebe do processo legislativo, não é de se excluir, tecnicamente, a possibilidade de se aguardar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou, mesmo, do Conselho Nacional do Ministério Público, caso seja esse o entendimento de Vossa Excelência.

Rio de Janeiro, 9 de julho de 2018.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

Book_RMP-70.indb 262 05/06/2019 11:51:31

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0241488-84.2016.8.19.0001

Apelantes: Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro – DETRAN-RJ e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Apelado: Geraldo Soares da Silva

> Pretensão de Segurança. Taxista com acúmulo de 26 pontos na Carteira Nacional de Habilitação. Aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir por um mês. Ultratividade da Lei Estadual nº 3.375/2000, "enquanto persistirem os níveis de desemprego, *decorrentes de políticas e decisões socioeconômicas que afetam, de forma nociva, a cidadania*" (art.3º). Situação presente no Estado do Rio de Janeiro, com funcionários públicos com salários atrasados. Eficácia do direito fundamental ao trabalho, afastado com evidente afronta ao princípio da isonomia. O Direito à igualdade constitucional impõe tratamento igual a pessoas iguais e desigual a desiguais, na proporção da sua desigualdade. Inconstitucionalidade na interpretação e aplicação da lei ordinária federal. Desvio de finalidade na imposição das multas. O Direito, de índole fundamental, está sendo afastado, pela aplicação da lei federal de forma igual para pessoas em situações jurídicas desiguais. Existência de direito líquido e certo amparado na Constituição da República. A hermenêutica jurídica deve propor-se em primeiro lugar a descobrir o fim concreto perseguido pela norma; quando, porém, este não se apresentar claro e, por conseguinte, não puder servir de critério decisivo, deve atender-se ao fim geral da ordenação jurídica (justiça), em relação com as particularidades do caso de que se trata, ou seja, da ideia de equidade. Substituição da sentença por acórdão de igual teor, concedendo a segurança.

Egrégia Câmara,

O Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro – DETRAN-RJ e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro insurgem-se contra a sentença (doc. 000170) que concedeu a segurança, para determinar que o Réu se abstenha de cancelar ou suspender a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do Impetrante, bem como seu direito de dirigir veículos automotores, nos termos da Lei nº 3.375/2000, tornando definitiva a liminar anteriormente concedida.

Em suas razões recursais (doc. 000224), o DETRAN-RJ alega que a Lei Estadual nº 3.375/2000 tem caráter temporário, prevalecendo, conforme os ditames de seu

Book_RMP-70.indb 263 05/06/2019 11:51:32

art. 3º, por apenas dois anos, após a promulgação, bem como que tendo findado o referido período no ano de 2002, apenas ato do poder executivo poderia promover sua prorrogação, o que não ocorreu até o presente momento. Acrescenta que "não pode a administração ou o judiciário aplicar *a fortiori* referida lei, vez que se trata de competência exclusiva do poder executivo estadual, impassível de delegação", sendo, portanto, aplicável na íntegra o artigo 261 do CTB.

O Ministério Público de 1º grau ofertou suas razões recursais (doc. 000244) aduzindo, em síntese, que não houve comprovação inequívoca da falta de legalidade do ato coator, bem como que a Lei nº 3.375/2000 tinha vigência temporária. Argumenta, ainda, que a referida lei estadual viola o artigo 5º, *caput,* e 22, XI, da Constituição da República, bem como o artigo 261, §1º, do CTB.

Contrarrazões (doc. 000263) ofertadas pelo impetrante pugnando pelo desprovimento dos recursos interpostos.

Vejamos a quem assiste razão.

O mandado de segurança é remédio constitucional que visa à proteção de direito líquido e certo, lesionado ou ameaçado de lesão, em virtude de ilegalidade ou abuso de poder, praticado por autoridade pública ou agente jurídico privado, no uso de atribuição pública, consoante art. 5º, LXIX, da Constituição da República e art. 1º da Lei nº 12.016/09:

> Art. 5º. LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;
>
> Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data,* sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O *writ* exige prova inequívoca e pré-constituída do direito líquido e certo, por conseguinte, não permite dilação probatória. No presente caso, a ilegitimidade do ato administrativo restou demonstrada. Senão vejamos.

O ora apelante impetrou mandado de segurança aduzindo que é motorista de táxi, sendo esta a sua única e exclusiva fonte de renda. Alega, também, que em razão das infrações cometidas há dois anos (totalizando 26 pontos), foi notificado pelo impetrado da aplicação das penalidades de suspensão do direito de dirigir por um mês e a obrigatoriedade de frequência e aprovação em Curso de Reciclagem para Condutores Infratores, uma vez que foi excedida a pontuação máxima (20 pontos) para o período de doze meses.

Book_RMP-70.indb 264 05/06/2019 11:51:32

O artigo 261 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que:

> Art. 261. A penalidade de *suspensão do direito de dirigir* será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo *prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano* e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos, segundo critérios estabelecidos pelo CONTRAN.
>
> §1º Além dos casos previstos em outros artigos deste Código e excetuados aqueles especificados no art. 263, a suspensão do direito de dirigir *será aplicada sempre que o infrator atingir a contagem de vinte pontos, prevista no art. 259.* (g.n.)

Importante ressaltar que, em momento algum, o impetrante contesta o somatório dos vinte e seis pontos em sua carteira nacional de habilitação, consequência das seis infrações cometidas em oportunidades diversas. De igual modo, também não alega a existência de qualquer nulidade no processo administrativo deflagrado, mas tão somente pretende a isonomia de tratamento, sendo-lhe aplicado o disposto na Lei Estadual nº 3.375/2000.

A supramencionada Lei, nos termos de seu artigo 3º, abaixo transcrito, possui caráter temporário, não possuindo mais vigência à época da prática das infrações administrativas que culminaram na suspensão do direito de dirigir do impetrante:

> Art. 3º. As disposições desta Lei *prevalecerão por dois anos*, prorrogáveis por iguais períodos por ato do Poder Executivo, *ou enquanto persistirem os níveis de desemprego, decorrentes de políticas e decisões socioeconômicas que afetam, de forma nociva, a cidadania*.

Embora a jurisprudência deste Egr. Tribunal de Justiça, como se demonstra a abaixo colacionada, seja no sentido da legitimidade da medida:

> Apelação cível. Mandado de segurança. Direito de dirigir. Suspensão da carteira de habilitação. Infrações de trânsito. Superação do limite de 20 (vinte) pontos. Direito líquido e certo. Ausência. Direito alegado que carece de certeza e liquidez. Denegação da ordem. Incidência do novo Código de Processo Civil. Cidadão, taxista, a quem é imposta pena de suspensão do direito de dirigir por haver superado o limite de 20 (vinte) pontos no somatório de infrações do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23/09/1997). No total, 23 (vinte e três) pontos acumulados. Suspensão. *O impetrante não contesta o somatório*

Book_RMP-70.indb 265 05/06/2019 11:51:32

> *dos vinte e três pontos em sua carteira de habilitação, pelas infrações cometidas, nem a nulidade do processo administrativo instaurado, mas alega a falta de observância dos termos da Lei Estadual nº 3.375, de 28/03/2000, que possibilita a suspensão da referida penalidade aos taxistas. Esta lei é objeto da ADI nº 2764, ajuizada perante o STF, em 27/11/2002, pendente de decisão de mérito e, mais, que, apesar de a Lei Estadual nº 3.375/2000 ainda não ter sido julgada inconstitucional, ela possui evidente caráter temporário – dois anos – não estando em vigor, portanto, quando da prática das faltas administrativas, realizadas no ano de 2010. O ato administrativo goza da presunção de legalidade, legitimidade e veracidade. Pretensão quanto à anulação da penalidade. A suspensão do direito de dirigir está expressamente tipificada no art. 261, §1º, do Código de Trânsito Brasileiro.* Além dos casos previstos em outros artigos deste Código, excetuados aqueles especificados no art. 263, a suspensão do direito de dirigir será aplicada quando o infrator atingir, no período de 12 (doze) meses, a contagem de 20 (vinte) pontos, conforme pontuação indicada no art. 259. Não há nos autos elementos que levem a reconhecer o ato impugnado como flagrantemente ilegal capaz de ensejar o seu desfazimento. Sentença mantida. Recurso ao qual se nega provimento. (Apelação nº 0255622-87.2014.8.19.0001 – Des. Relator: Mario Assis Gonçalves – 3ª Câmara Cível – Data do julgamento: 26/10/2016) [g.n.]
>
> APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXISTA. ACÚMULO DE 20 (VINTE) PONTOS NEGATIVOS NA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (C.N.H.). APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. DENEGAÇÃO DA ORDEM. IRRESIGNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA EM SEDE ADMINISTRATIVA. IMPETRANTE E APELANTE QUE FOI DEVIDAMENTE NOTIFICADO QUANTO ÀS INFRAÇÕES DE TRÂNSITO. SUA INÉRCIA EM RECORRER ADMINISTRATIVAMENTE. *LEI ESTADUAL Nº 3.375/2000. CARÁTER TEMPORÁRIO. INAPLICABILIDADE NO QUE TANGE ÀS INFRAÇÕES COMETIDAS EM 2010. ART. 557,* CAPUT, *DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.* CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. (0045849-65.2015.8.19.0001 – APELAÇÃO – 1ª Ementa – DES. GILBERTO GUARINO – Julgamento: 01/02/2016 – DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL) [g.n.]

Parece-nos que existem outros direitos fundamentais como o acesso ao trabalho, que está sendo afastado com evidente afronta ao princípio da isonomia, ou seja, a

Book_RMP-70.indb 266 05/06/2019 11:51:32

lei trata de maneira igual pessoas em diferente situação de igualdade, o que revela inconstitucionalidade da interpretação e aplicação da lei e evidente desvio de finalidade na imposição das multas aos condutores de veículos no Estado do Rio de Janeiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 6º, arrola como Direitos Sociais, ou seja, de aplicabilidade imediata, mesmo na ausência de lei, o acesso ao trabalho:

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

Este direito, de índole fundamental, na nossa modestíssima opinião, está sendo afastado pela aplicação da lei de forma igual para pessoas desiguais.

Afirma-se isso pelo *fato de a penalidade ser imposta indistintamente a usuários de carros e motoristas profissionais*.

Ora, se o acesso ao trabalho do taxista está sendo negado por aplicação de penalidade que trata o profissional como se fosse usuário de veículo automotor, o faz com evidente contraste ao princípio da isonomia, que manda tratar como iguais os iguais e desigual os desiguais, na proporção da sua desigualdade.

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

Essa igualdade de tratamento lhe está sendo negada, posto que, ao aplicar a lei de maneira igual, a pessoas com atividades diferentes, lhe inviabiliza o acesso à igualdade como direito fundamental, lhe impedindo a efetividade de outro direito também fundamental, que é o trabalho.

Conclui-se isso pela singela razão de que o profissional do volante, por conduzir veículo como jornada de trabalho, está mais propenso a praticar infrações de trânsito.

Soma-se a isso o fato de que o senso comum do homem médio no Rio de Janeiro é de que as penalidades se destinam à arrecadação e não realmente à educação no trânsito, em momento de crise no estado, onde empregos e subsistência das famílias são as maiores carências.

Mas o que é que se procura com a interpretação: a vontade do legislador ou a da lei (no caso, a Constituição)?

Book_RMP-70.indb 267 05/06/2019 11:51:32

A lei, uma vez promulgada, se divorcia do legislador e, quando diz coisa diversa da que ele quis dizer, não é a vontade dele que prevalece, que vigora, que obriga, mas o que ele preceitua.

Além disso, o legislador é pessoa imaginária, nos Estados modernos, é órgão coletivo, e não seria possível determinar-lhe a vontade como se se tratasse de um problema de composição de forças, em que é fácil achar a resultante.

Soma-se a isso o fato de que se nos apegarmos à vontade do legislador estaríamos impedidos de buscar uma interpretação evolutiva do Direito, nos esquecendo de que a evolução da vida em sociedade não para, pois o legislador não pode ter a presciência das condições de vida futura.

No caso da Constituição, essa evolução deve buscar sua aplicação no sentido de alcançar as finalidades expostas no seu texto, como as expressas nos objetivos e princípios fundamentais.

Tudo isso não significa que não se deva pesquisar a vontade do legislador. Ao contrário, ela é importante elemento de informação; ajuda a conhecer a vontade da lei, mas não é decisivo nem é meta final da tarefa interpretativa.[1]

Portanto, interpretar é achar o valor da lei em determinado momento, pois a lei faz parte de um sistema e poderia romper-lhe a coerência se contemplada à luz de uma mentalidade ultrapassada ou dissociada das finalidades a que se propõe, em contraste com a realidade do momento em que vai ser aplicada.

É esta exatamente a hipótese dos autos, onde o impetrante pretende segurança para obter o acesso a um direito fundamental (trabalho) em virtude da aplicação da lei ordinária federal sem a individualização de seus preceitos, ou seja, sem observância do princípio da isonomia, ou da igualdade, resultado da interpretação literal da lei federal.

Na elegante lição de Hélio Tornaghi, a interpretação puramente gramatical faz da letra da lei um cadáver.[2]

Com abundância de exemplos, mostra Ihering que "na interpretação das leis, a jurisprudência antiga não seguia o texto cegamente, sem se preocupar com o resultado. Bem ao contrário, tinha ela o olhar permanentemente voltado para as necessidades da vida prática e sabia interpretar as leis em coerência com essas necessidades".[3]

Nesse sentido, os antecedentes do Direito Romano, confirmado na passagem de Celso: "conhecer as leis não é entender-lhes as palavras, mas a força e o poder", isto é, o sentido e a eficácia (*Scire leges non (hoc) est verba earum tenere sed vim ac potestatem*, 17 D.1, 3).

A razão é lógica, pois a interpretação da lei não deve ser tal que leve à injustiça, pois é de sua essência a presunção de que se destina a realizá-la.

---

[1] TORNAGHI, Hélio. *Instituições*... vol.I, p.23.
[2] TORNAGHI, Hélio. *Instituições*... vol. I, p.126.
[3] Parágrafo 49 do *Espírito do direito romano*. 3ª edição. vol. III, p.153. Tradução de O. de Meulenaere, 3ª edição.

Book_RMP-70.indb 268 05/06/2019 11:51:32

A interpretação teleológica se dirige a isto: pesquisar o fim colimado pela norma legal, pois esse trabalho intelectual vem de teologia, que é o estudo das causas finais. Tratando-se a lei de um meio de se alcançar a justiça, é imperioso se conhecer esse fim, ou seja, a finalidade a que se destina.

Note-se que neste processo é posto sempre algo de pessoal, de criação, uma vez que se encarrega o intérprete de desvendar o que a investigação gramatical não o fez.

Tratando-se de Constituição, devemos buscar essa intenção em consonância com os princípios e objetivos que se pretendem alcançar, dentro dos conceitos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como vetores de todo o atuar do agente público e na análise de equidade de que o objetivo do interesse público não pode se submeter ao individual.

Nesse sentido, a vida cotidiana de qualquer um de nós demonstra claramente o apetite voraz do Estado em arrecadar através da aplicação de penalidades de trânsito, em notório descompasso com a segurança na condução de veículos, mas afinada com a finalidade de gerar receita.

Esse desvio de finalidade fica evidente na pretensão de segurança.

Afirmamos isso, uma vez que, se a interpretação literal traça os limites da teleológica, essa é correta enquanto não ultrapassa aqueles lindes e estes limites são apurados com os elementos a que referimos para esclarecer os casos a que ela se aplica. Se a interpretação puramente gramatical leva à injustiça flagrante, manifesta, ou ao absurdo, cumpre investigar em que sentido as palavras devem ser interpretadas para que se chegue a uma solução de equidade.

Se a letra da lei enseja duas possíveis interpretações, há de preferir-se a que melhor responda às necessidades da vida, ao bem comum e à benignidade, e no nosso caso específico, à efetividade dos princípios que regem o atuar do agente público na prática de atos de imposição de penalidades sem a garantia da isonomia aos seus destinatários, como pretendeu restabelecer a lei estadual em análise no Supremo Tribunal Federal, e que teve vigência temporária.

A interpretação da lei deve atender aos elementos ministrados pela linguagem da lei e por sua razão de existir e de ser como é (*ratio legis*). A lei não é fim em si mesma, é meio para a obtenção de um fim: a disciplina social, com segurança e justiça.

Sendo a norma jurídica meio de alcançar estas finalidades, deve conhecer-lhe o fim: tanto o *finis operis*, quanto o *finis operantis*, ou seja, o fim que o Estado teve em mira ao fazer a lei, e interpretá-la de modo que possa atingir a sua finalidade.

Essa análise pressupõe o exame dos fatos e sua estimativa segundo padrões éticos, econômicos, naturais e culturais: são "os fins sociais a que a lei se destina".

Note-se que sempre nessa equação entra um coeficiente de equidade, ou seja, a valoração de todas as circunstâncias para se chegar a uma interpretação que não se afaste da ideia de justiça.

Book_RMP-70.indb 269 05/06/2019 11:51:32

Portanto, a hermenêutica jurídica deve propor-se em primeiro lugar a descobrir o fim concreto perseguido pela norma; quando, porém, este não se apresentar claro e, por conseguinte, não puder servir de critério decisivo, deve atender-se ao fim geral da ordenação jurídica (justiça), em relação com as particularidades do caso de que se trate, ou seja, da ideia de equidade.[4]

Temos hoje no Brasil um sistema misto de jurisdição, de forma a dar efetividade à soberania popular, e que antes mesmo do mandado de injunção na nossa Constituição já tínhamos a permissão ao cidadão de julgar por equidade no Tribunal do Júri, onde um fato adequado ao tipo de homicídio, com várias qualificadoras, pode ceder à adequação menos grave por razões da vida privada do acusado, as circunstâncias em que cometeu o crime, o conceito de que goza perante a sociedade etc., esse espaço é hoje dado ao magistrado na construção da tutela de valores fundamentais na gestão do bem comum.

Se a lei, ao regular as relações entre os homens de forma genérica, leva em conta hipóteses que encontrem denominador comum, desprezando as diferenças específicas, a equidade permite a valoração dos acidentes e a realização da justiça adequada a cada caso concreto, valorando se aquela situação de fato, expressa desvio de finalidade na gestão do interesse público.

Neste aspecto, nos parece que claramente o Estado está agindo com desvio de finalidade na tutela da segurança no trânsito, revelando notoriamente sua finalidade arrecadadora, pelo senso comum que todos temos como motoristas e, o que é pior, aplicando a lei e as sanções impostas com base nela, em absoluta discordância com os direitos fundamentais que a Constituição Cidadã protege, entre eles, o mais sagrado direito ao trabalho, afastado de um mínimo de isonomia na aplicação das penalidades.

Note-se que, por estarmos falando de direito social de aplicabilidade imediata, a ausência de lei ou sua negativa de vigência possibilita até mesmo o mandado de injunção, como remédio jurídico constitucional para dar efetividade ao Direito Fundamental ao trabalho.

Diz a Constituição da República de 1988, no seu artigo 5º, LXXI:

> LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11) e das prerrogativas inerentes à nacionalidade (art. 12), à soberania (popular arts. 14 a 16) e à cidadania (art. 1º, II; 22, inc. XIII).

A equidade é remédio jurídico para realizar a justiça no caso concreto e está previsto no Código de Processo Civil atual no seu art. 127, que limita a sua utilização aos "casos previstos em lei", o que consideramos revogado, pela norma constitucional que a introduz no ordenamento pátrio de forma mais ampla.

---

[4] CASTÁN TOBEÑAS, J. *Teoria de la aplicación e investigación del derecho*. p.243 e 244.

Book_RMP-70.indb 270 05/06/2019 11:51:32

Somente para o mandado de injunção é que se limitam as hipóteses de direitos ali elencados.

Não é a primeira vez que uma Constituição brasileira recorre à equidade como fonte supletiva do Direito.

A de 1934 o fazia explicitamente no art. 113, nº 37, a saber: "Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais do Direito ou por equidade".

A primeira parte desse dispositivo está inspirada no art. 4º do Código Civil francês, segundo o qual: "*Le juge qui refusera de juger, sous pretext de silence de l'obscurité ou de l'insufisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*".[5]

Para se ter em conta que é premente a necessidade de preencher as lacunas da lei por meio da equidade, basta recordar o que se passou na França ao tempo da feitura do Código Civil.

O projeto do ano VIII dizia no art. 11 do tít. V, do livro Preliminar que: "*dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi precise, est um Ministre d'equité*".[6]

Esse livro preliminar não foi acolhido no Código Civil, segundo a superstição de que a lei não tem lacunas. É curioso que o art. 565 desse mesmo Código subordine o direito de acessão, relativamente às coisas móveis, *aux príncipes de l'équité naturelle*.

Diante do texto constitucional brasileiro, uma coisa é certa:

Os problemas do Mandado de Injunção estão ligados à razão de ser da jurisdição de equidade:

a) Onde houver norma regulamentadora dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes: à nacionalidade (arts. 12 a 13); à soberania popular (arts. 14 a 16); ou à cidadania (arts. 12 e 13), funcionará a jurisdição legal, se qualquer deles for ameaçado ou ferido. O Judiciário aplicará a norma de lei, abstrata e geral, ao caso concreto e os remédios serão o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança e as ações pertinentes.

b) Quando não houver lei regulamentadora, funcionará a jurisdição de equidade: o Judiciário aplicará a norma que ele próprio estabeleceria se fosse legislador.

Já dispunha assim o art. 1º do Código Civil suíço: "*À defaut d'une costume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de legislateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la douctrine e la jurisprudence*"[7].

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939 (art. 114), quando outra lei autorizasse o juiz a julgar de acordo com a equidade individual, ele usaria também da equidade social, aplicando a norma que ele próprio estabeleceria se fosse legislador.

---

[5] "O juiz que se recusar a decidir, sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado, como culpado de denegação de justiça".

[6] "Nas matérias civis, o juiz na ausência de lei é um Ministro da equidade".

[7] "Na ausência de disposição legal aplicável, o juiz decide segundo o Direito Costumeiro e, na falta de costume, ele o faz segundo as regras que estabeleceria se tivesse de legislar. Ele se inspira nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência".

Book_RMP-70.indb 271 05/06/2019 11:51:32

Portanto, dispondo a vigente Constituição Brasileira tal como se vê do art. 5º, LXXI, alarga-se no Brasil a jurisdição de equidade.

Derroga-se o princípio: *aequitas legislatori, jus judici magis conventi*, isto é, a equidade é própria do legislador e o Direito o é do juiz.

O Judiciário vai, então, buscar a norma jurídica nas mesmas fontes materiais em que se abeberaria o legislador para formular a lei.

O Professor Hélio Tornaghi alerta para o fato de que não se trata de equidade individual (epiqueia), como acontecia, por exemplo, na Lei de Luvas, em que o juiz levava em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se, em contrário, da equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular a norma, em seguida aplicada ao caso concreto[8].

A equidade é sempre o modo de determinar o que é justo em cada caso concreto e completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1ª – a lei, que é genérica e abstrata, não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A equidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso. Aí funciona como a fita métrica usada pelos operários da ilha de Lesbos (semelhantes a que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a equidade individual, exatamente como reclama o caso concreto que merece a aplicação da lei federal em consonância com a efetividade do direito fundamental ao trabalho.

É possível a utilização da equidade nos casos em que a negação da norma atende ao seu sentido teleológico. É o exemplo da permissão de entrada de um cego acompanhado de seu cão-guia em lugares onde fosse proibida a entrada de animais: somente negando a norma é que se alcançaria a sua finalidade de melhor uso do espaço, respeitando o caráter singular de sua aplicação.[9]

2ª – de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a equidade social, que manda o juiz completar a lei formulando, ele próprio, a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a equidade social *contra legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vechio.

A equidade-criação serve de fundamento ao juiz para proferir decisões não lastreadas na lei. Se ao juiz é determinada a observância da lei e do Direito em atendimento ao princípio da vinculação da jurisdição, que lhe impõe decisões *secundum legis*, excepcionalmente deverá julgar "como se fosse legislador", criando a solução do caso e resolvendo o litígio. Quando exerce jurisdição lastreada somente

---

[8] TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista de Processo*, nº 5, p.62. A distinção entre equidade individual e social já vinha de Aristóteles. Na Ética de Nicômaco ele ensinava que a equidade se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a equidade social se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido, *apud* FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*. 2ª edição. Editora Freitas Bastos, 2013, p.140.
[9] FONTES, André. Jurisdição de equidade e equidade criação. *Revista Justiça & Cidadania*, nº 34, p.23.

Book_RMP-70.indb 272 05/06/2019 11:51:32

na lei, diz-se que se tem jurisdição legal. Ao contrário, quando se têm decisões lastreadas na equidade, tem-se a jurisdição de equidade, que é a forma como se revela a equidade criação.[10]

A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço.

O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto.

O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma regulamentadora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito, como o que se dá agora entre nós, com o Mandado de Injunção.

Deve-se ter em conta, porém, que na hipótese de equidade social, a atividade do Judiciário não é criadora do Direito objetivo, genérico e abstrato. É apenas declaratória de uma norma equitativa, ou seja, norma sim, mas para ser aplicada apenas ao caso levado à apreciação do judiciário.

Assim como a lei admite, por vezes, o costume como fonte subsidiária, assim também a Constituição recorre à equidade nos casos do art. 5º, LXXI, para suprir as lacunas do Direito.

Alerta mais uma vez Hélio Tornaghi, que não se deve supor que o juiz exerça, então, o mesmo papel do legislador. Ele não impõe normas gerais: apenas formula, em mente, a norma que aplicará no caso *sub judice*, onde a aplicação da norma pode ser até subentendida.[11]

Dessa reiteração de manifestações e estabelecimento de comportamentos considerados justos pelos juízes, pode acontecer o mesmo que ocorreu no campo do Direito Trabalhista, em que, da aplicação dos dispositivos sobre locação de serviços, se desenvolveu uma jurisprudência que iria desembocar em um novo ramo do Direito.

O mesmo ocorreu com o Direito Aeronáutico e, em época mais remota, com o Direito Comercial.[12]

No sentido de fazer justiça, duas possibilidades de juízo de valor se impõem:

1ª – ultratividade da lei estadual que distinguiu as hipóteses de uso de veículos automotores entre profissionais e amadores, por razões de equidade, uma vez que ela mesma autoriza estes efeitos futuros ao determinar sua vigência "*enquanto persistirem os níveis de desemprego, decorrentes de políticas e decisões socioeconômicas que afetam, de forma nociva, a cidadania*" (art. 3º *in fine*), exatamente o caso do Rio de Janeiro;

2ª – interpretação do preceito da lei federal em consonância com os Direitos Fundamentais assegurados na Constituição.

---

[10] FONTES, André, *idem*, p.23.
[11] TORNAGHI, Hélio. *O mandado de injunção*, p.63, *apud* FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*, p.142.
[12] TORNAGHI, Hélio. *O mandado de injunção*, p.44, *idem* p.142.

Book_RMP-70.indb 273 05/06/2019 11:51:32

Em qualquer dos caminhos o resultado é a concessão da segurança.

Pelo exposto, espera o Ministério Público, através desta Procuradoria de Justiça, a substituição da sentença por acórdão de igual teor, de forma a que seja concedida a segurança.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2017.

LUIZ FABIÃO GUASQUE
Procurador de Justiça

Book_RMP-70.indb 274 05/06/2019 11:51:32

• • •

PEÇA PROCESSUAL

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE PROTEÇÃO À EDUCAÇÃO DA CAPITAL

EXMA. SRA. DRA. DESEMBARGADORA-RELATORA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022873-62.2018.8.19.0000 – 5ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JUÍZO DE ORIGEM: 4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA CAPITAL

PROCESSO ORIGINÁRIO: 0054872-30.2018.8.19.0001

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUTOS DE Nº 0022873-62.2018.8.19.0000

EGRÉGIO TRIBUNAL,
COLENDA CÂMARA,
DD. PROCURADOR(A) DE JUSTIÇA,

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por intermédio do Promotor de Justiça subscritor, titular da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Educação da Capital, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, em atenção à intimação de fls. 240/243, vem, tempestivamente, no prazo do artigo 1.003, §5º do CPC, computado na forma do art. 180 do mesmo Código, oferecer suas

CONTRARRAZÕES
EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

pelos fatos e fundamentos que seguem.

PREÂMBULO – TEMPESTIVIDADE DAS CONTRARRAZÕES

Conforme certidão acostada à fl. 244, o agravado foi intimado para apresentar contrarrazões em 21 de maio de 2018, começando o prazo a fluir no dia 22 de maio.

Considerando a contagem do prazo apenas em dias úteis (art. 219 do CPC), bem assim considerando a suspensão dos prazos processuais nos dias 28 de maio

Book_RMP-70.indb 275 05/06/2019 11:51:32

(Ato Executivo TJ nº 145/2018 – paralisação dos caminhoneiros), 31 de maio (feriado de *Corpus Christi*), 01 de junho (ponto facultativo – Aviso TJRJ nº 35/18), 22 e 27 de junho (ponto facultativo – Decreto do Poder Executivo nº 46.335 e Ato Executivo TJ nº 155/18 – Copa do Mundo) e 02 de julho (ponto facultativo – Aviso TJRJ nº 46/18 – Copa do Mundo), conclui-se que o prazo final para apresentação da manifestação do agravado, contado em dobro na forma do art. 180 do CPC em virtude de prerrogativa institucional, se dará somente em 10 de julho de 2018.

Portanto, inequivocamente tempestiva a apresentação de contrarrazões pelo agravado.

I – BREVE SÍNTESE

O Ministério Público, ora agravado, ajuizou ação civil pública, distribuída à 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, sob o nº 0054872-30.2018.8.19.0001, a fim de obter ordem judicial visando ao estrito e regular cumprimento de normas Constitucionais e legais acerca do financiamento das ações estatais de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE), bem assim acerca dos mecanismos de controle e acompanhamento dos gastos do Estado do Rio de Janeiro em educação, aí incluídas as questões atinentes à administração financeira e contábil dos respectivos recursos e despesas.

Na exordial, o Ministério Público, ora agravado, evidenciou o descumprimento, pelo Estado-Réu:

– das *normas relativas à aplicação do mínimo de 25% da receita resultante de impostos*, na forma do *art. 212,* caput *da CR/88*, aí incluídos *tanto os critérios de administração contábil e financeira dos recursos, quanto os de cômputo de despesas,* visando ao atingimento do percentual constitucional;

– das normas legais concernentes à *administração financeira das verbas recebidas pelo ERJ por meio da contribuição social do Salário-Educação* (art. 212, §5º CR e Lei Federal nº 9766/98);

– dos dispositivos constitucionais e legais concernentes à *administração financeira dos recursos do FUNDEB* (art. 60 do ADCT e Lei Federal nº 11.494/07), tendo discriminado as práticas atualmente adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro e as irregularidades apuradas pelo *Parquet* no tocante a estes temas.

A decisão de fls. 635/639 do processo de origem, acolhendo os argumentos expostos pelo Ministério Público, deferiu em parte o pleito liminar, determinando ao Réu especificamente as seguintes providências:

> A) Que passe a reservar, de forma regular e na medida em que for realizada a receita, o percentual mínimo anual de 25% da receita realizada, abstendo-se de disponibilizá-lo ou destiná-lo a outros órgãos setoriais que não os responsáveis pela educação;

Book_RMP-70.indb 276 05/06/2019 11:51:32

> B) Que promova, em até 15 (quinze) dias, a abertura de conta ou contas setoriais da Educação, aberta em nome da SEEDUC, para o depósito do FUNDEB e Salário-Educação, abstendo-se de transferir à conta única do Tesouro (CUTE);
>
> C) Que se abstenha de computar os restos a pagar não processados e as despesas não pagas para fins do cumprimento do percentual de 25% previsto pelo art. 212 da CR.

Contra tal decisão interlocutória, o Estado do Rio de Janeiro interpôs o presente Agravo de Instrumento, postulando a concessão de efeito suspensivo ao recurso. Requereu, ainda, o provimento do agravo a fim de anular a decisão do Juízo *a quo* por suposto descumprimento do art. 2º da Lei nº 8.437/92, ou para reformá-la, a fim de que fosse mantida a "sistemática em vigor" atualmente neste Estado relativamente à administração contábil, orçamentária e financeira dos recursos da área educacional.

Às fls. 232/237, a Eminente Relatora atribuiu efeito suspensivo ao recurso para suspender imediatamente a decisão guerreada, fazendo-o provisoriamente, até o julgamento do presente agravo de instrumento, ao fundamento de que haveria *periculum in mora* reverso, uma vez que a SEEDUC não estaria, em princípio, preparada para gerir a folha de pagamento dos professores da rede estadual de ensino e que haveria risco de prejudicar o pagamento da remuneração dos servidores da Secretaria de Educação.

A decisão liminar em agravo de instrumento encontra-se, quanto ao ponto, assim redigida:

> (...)
>
> A decisão agravada deferiu liminarmente o pedido do Ministério Público para determinar que o Estado do Rio de Janeiro, entre outras medidas, promovesse em até 15 (quinze) dias a abertura de conta ou contas setoriais da educação, aberta em nome da SEEDUC, para o depósito do FUNDEB e Salário-Educação, abstendo-se de transferir à conta única do Tesouro (CUTE).
>
> Em atenção às peculiaridades do caso e considerando que a sistemática adotada pelo Estado na transferência dos recursos à educação vigora há mais de 03 anos e que, ressalvado um único exercício, as contas públicas apresentadas foram aprovadas, não vislumbro a presença dos requisitos necessários para a concessão da liminar na forma do art. 12 da Lei nº 7.347/85 c/c art. 300 do CPC.
>
> Por certo, a manutenção da decisão em cognição sumária demonstra evidente *periculum in mora* reverso diante da notícia de que a SEEDUC não está preparada para gerir a folha de pagamento dos professores da rede estadual de ensino e que há risco de prejudicar o pagamento da remuneração dos servidores da Secretaria de

Book_RMP-70.indb 277 05/06/2019 11:51:32

Educação. Destarte, ATRIBUO O EFEITO SUSPENSIVO ao presente recurso para suspender imediatamente a decisão agravada até o julgamento do presente Agravo de Instrumento.

(...)

II – DO MÉRITO

II. 1. Dos argumentos do agravante

Antes de rebater, um por um, os argumentos do agravante, pedimos vênia para, em favor da clareza expositiva, sumariar os argumentos brandidos pelo Estado do Rio de Janeiro.

Dessa forma, poderemos, nas seções seguintes, demonstrar a ausência de base constitucional e legal de cada uma das alegações e, em determinados casos, a ausência do substrato fático aduzido pelo agravante ou mesmo, o que é pior, a existência de fatos já comprovados e inequívocos *que demonstram exatamente o inverso* daquilo que alega o recorrente.

Prefacialmente, sustenta o Estado do Rio de Janeiro, ao arrepio de consolidado posicionamento doutrinário e jurisprudencial, a suposta impossibilidade de concessão de medida liminar em face da Fazenda Pública com base no art. 2º da Lei nº 8437/92, premissa da qual extrai a conclusão de que a decisão seria nula.

Em seguida, sustenta que a decisão agravada, tanto ao determinar a segregação dos valores correspondentes aos 25% previstos no art. 212, *caput* da CR/88, para aplicação em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE), quanto ao impedir o crédito dos recursos do Salário-Educação e do FUNDEB em conta aberta no CNPJ *da Secretaria de Fazenda*, estaria gerando impossibilidade fática de execução da despesa e quebrando a "sistemática de gestão em controle de gasto em vigor".

Em defesa da manutenção da "sistemática em vigor", o recorrente contrapõe olimpicamente a suposta força normativa de um mero Decreto executivo Estadual, qual seja, o Decreto nº 44899/14.

Pretende o Estado do RJ fazer crer – assim, pisoteando qualquer compreensão comezinha acerca da hierarquia das normas – que a sobredita "situação fática", somada ao ato normativo secundário que a respalda, seria suficiente para arrostar a sistemática de financiamento da Educação veiculada pela Constituição da República, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação e pelas leis do FUNDEB e do Salário-Educação.

Referido Decreto nº 44899/14 introduz a denominada sistemática de *Conta Única*, que corresponderia, prossegue o agravante, a uma prática administrativa "moderna e eficiente" no ordenamento dos gastos e execução do orçamento, querendo com isto dizer o recorrente, aparentemente, que tais supostas qualidades da conta única – se é que de fato existentes – seriam o quanto basta para vergar o sistema de financiamento *específico da educação* plasmado pelo constituinte e pelo legislador ordinário.

Book_RMP-70.indb 278 05/06/2019 11:51:33

Evoca o recorrente, ainda, ensinamento doutrinário segundo o qual – rendendo homenagem ao nulo reconhecimento devotado pelo Estado à expressa determinação constitucional de segregar os recursos destinados à Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) – o sistema de Conta Único é perfeitamente consentâneo com a *"fungibilidade* dos recursos financeiros do governo" (fl.09 destes autos).

Brandindo razões de ordem estritamente prática, sustenta o agravante que a sistemática da Conta Única do Tesouro (CUTE) seria supostamente necessária para a execução da despesa pública, inclusive o pagamento dos profissionais de educação através de Ordem Bancária a ser imperativamente emitida pela SEFAZ[1]. Mesmo porque, alega o Estado do RJ, "a SEEDUC não detém a gestão da sua folha de pagamento".

Ainda no campo das razões que justificam a suposta impossibilidade de evadir a estrita movimentação de todos os recursos via Conta Única (mesmo aqueles que provêm de âmbito federal ou possuem destinação específica expressamente prevista em lei, como os do Salário-Educação e do FUNDEB), o recorrente aduz que a transferência do numerário para o Banco Bradesco decorre de *obrigação contratual*, com isso, sugerindo que a exclusividade que o Estado do Rio de Janeiro outorga a determinada instituição financeira por *via contratual*, a despeito de sua compatibilidade ou não com a *sistemática constitucional e legal*, seria intocável.

Segue-se a isso a alegação de que o depósito de todos os recursos destinados à Manutenção e Desenvolvimento do Ensino na referida instituição financeira – inclusive os do FUNDEB e do Salário-Educação – não deveriam gerar, como de fato se viu no exercício de 2017, o arresto judicial de recursos da Educação.

No âmbito de uma gestão "moderna e eficiente" dos recursos, pretende o agravante, transferindo responsabilidade sua ao Poder Judiciário, sugerir que o problema seria equacionado caso simplesmente esse Tribunal se abstivesse de determinar arrestos em contas públicas ou, ainda, caso se certificasse que determinadas contas públicas não sejam atingidas (fl. 14 destes autos), sem, contudo, mencionar explicitamente que os recursos destinados à aplicação em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino alegadamente bloqueados pelo sistema desse Egr. TJRJ, *encontravam-se indevidamente depositados pelo agravante em contas correntes abertas no CNPJ da Secretaria de Fazenda* e sem esclarecer adequadamente a razão pela qual, a despeito da alegada obrigação contratual, tais recursos não estavam depositados (ainda que em contas abertas no próprio Banco Bradesco) pelo menos *no CNPJ da SEEDUC*, hipótese em que seriam mais facilmente passíveis de identificação como recursos específicos da área educacional.

Ainda no campo dos argumentos de ordem estritamente prática, o agravante sustenta que a SEEDUC, a despeito de ser formalmente uma unidade gestora do orçamento do Estado, não se encontra "estruturalmente preparada" para executar a despesa em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, pagando diretamente seus fornecedores e os profissionais da educação.

---

[1] Ainda que não haja *qualquer norma legal que assim o determine, muito pelo contrário*.

Book_RMP-70.indb 279 05/06/2019 11:51:33

Noutros termos, por razões administrativas ligadas a *problemas estritamente organizacionais – atribuíveis, como é evidente, única e exclusivamente ao agravante –*, pretende-se que, em menoscabo ao princípio da legalidade ao qual a administração pública está jungida, a suposta fragilidade estrutural da SEEDUC constitua argumento suficiente para que se tolha a execução das despesas com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, submetendo-se toda e qualquer ordem de pagamento, mesmo quando destinada a ser honrada com fontes de custeio constitucional e legalmente exclusivas da educação (como FUNDEB e Salário-Educação), aos supostos critérios e às prioridades estabelecidos unilateralmente pela Secretaria de Fazenda.

Relativamente à periodicidade dos repasses, o agravante, ainda defendendo a sistemática de Conta Única, sustenta que esta última não impediria o cumprimento do art. 69 da Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9394/96), dispositivo este que estabelece que a receita auferida seja constantemente, ao longo do ano (e não apenas no final do exercício), colocada ao alcance da efetivação das ações de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino no percentual de 25% do total arrecadado.

Quanto ao ponto, *confessa o agravante* que a norma é cumprida única e exclusivamente através de *"operações escriturais"* levadas a efeito pela Secretaria de Fazenda, querendo com isso sugerir que tais operações escriturais supostamente equivalem à disponibilização do recurso, como manda a lei. Segundo o agravante, conforme fl. 16 *in fine* destes autos, *acaso* não se impeça a utilização dos recursos[2], disponibilizar (escrituralmente apenas!) ou transferir os recursos à Secretaria de Educação seriam "apenas duas formas legítimas de operacionalizar o sistema de controle de gastos".

Assim, a despeito das evidências crepitantes em sentido contrário – tais como o *não atingimento do percentual de 25%* no exercício de 2017, a *rejeição das contas de governo de 2017 pelo TCE* (entre outros motivos, em razão deste fato), as inúmeras *Programações de Desembolso (PD's) que o ora agravado exemplificativamente aponta documentalmente na inicial como não pagas desde 2015* e o *acúmulo geométrico de restos a pagar –*, quer o agravante que esta Colenda Corte creia na equivalência entre a *mera escrituração* de uma suposta disponibilidade financeira e a efetiva aplicação dos 25% da receita em educação, como determinam a Constituição e a LDB (Lei nº 9394/96).

Finalmente, o agravante defende o atual critério de cômputo das despesas meramente empenhadas e das empenhadas e liquidadas (mas não pagas) com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino. Após repisar as etapas da execução da despesa e sem apresentar justificativa plausível para que despesas empenhadas e *sequer liquidadas* sejam consideradas, o agravante conclui que, quanto àquelas liquidadas, mas não pagas, tem-se a certeza de que o serviço foi efetivamente prestado, de modo que sua inscrição em restos a pagar constitui medida "corriqueira, legítima e amparada na legislação".

---

[2] *"Acaso"* este que parece ser a tônica, na medida em que os restos a pagar em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino pelo Estado do RJ crescem em proporção geométrica desde 2014, tendo, no período, ido de cerca de R$ 6 milhões no final de 2014 a QUASE R$ *1 BILHÃO* NO FINAL DE 2017. Tais dados constam dos Relatórios de Execução Orçamentária (documentos juntados em anexo à presente peça), transcritos na inicial, apresentados também em gráfico na exordial e juntados aos autos da ação civil pública.

Book_RMP-70.indb 280 05/06/2019 11:51:33

Demais disso, arremata o recorrente, "não há nada de anormal nestas situações [pois] a existência de restos a pagar significa que a dívida contraída num exercício será paga no outro" (fl. 22), afirmação esta que é lançada a despeito das *evidências e provas documentais trazidas à exorbitância na inicial, dando conta de que havia, por exemplo, dívidas liquidadas relativas a aluguel de prédios escolares datadas de 2015 e não pagas ou, ainda, a despeito da evidência de que os restos a pagar crescem em proporção geométrica desde 2014, tendo subido de R$ 6 milhões no final daquele exercício a quase R$ 1bilhão no final de 2017.*

II. 2. Da inexistência de nulidade na decisão agravada. Possibilidade de concessão de tutela antecipada *inaudita altera parte* em face da fazenda pública

Relativamente ao cabimento de tutela de urgência em face da Fazenda Pública sem sua prévia oitiva, cabe desde logo enfatizar que se trata de mero consectário da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrada no art. 5º, XXXV da CR/88, não podendo a apreciação de lesão a direito – mormente quando se trate de direitos dotados da amplitude e estatura daqueles ventilados na exordial – ser condicionada, limitada ou tolhida com base em prerrogativa odiosa tão só porque estampada esta última em dispositivo infraconstitucional.

Demais disso, após a edição da citada Lei nº 8437/92, a não menos controversa Lei nº 9494/97, ao pretender disciplinar os casos de cabimento de tutela antecipada em face da Fazenda Pública, sequer fez menção à necessidade de prévia oitiva da Fazenda Pública, tratando-se de diploma posterior àquele evocado pelo agravante e especificamente voltado aos provimentos judiciais de natureza idêntica ao ora combatido pelo recorrente.

O novo Código de Processo Civil, por seu turno, não estabeleceu qualquer condicionamento sequer semelhante ao estampado na Lei nº 8437/92, alinhando-se, quanto ao ponto, às mitigações que as próprias doutrina e jurisprudência já tinham cuidado de estabelecer de há muito.

Por fim, a jurisprudência é remansosa quanto ao cabimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não constando do verbete nº 60 da Súmula desse Egr. TJRJ qualquer condicionamento à prévia oitiva do Ente Público demandado, *verbis*: "Admissível à antecipação de tutela de mérito, mesmo contra a fazenda pública, desde que presente os seus pressupostos." Referência: *Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2001.146.00007.* Julgamento em 04/11/2002. Relator: Desembargador Amaury Arruda de Souza. Votação unânime. Registro do Acórdão em 26/11/2002.

Aplicando a Súmula anteriormente citada no mesmo sentido que se vem defender, confira-se exemplificativamente por todos:

> Processo AI nº 00709034120128190000 RIO DE JANEIRO SEROPÉDICA 2ª VARA Órgão Julgador SÉTIMA CÂMARA CÍVEL. Partes AGTE.: Município de Seropédica, AGDO.: MINISTÉRIO PÚBLICO. Publicação 29/05/2013. Julgamento 23 de Maio de 2013. Relator Des. CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA

Book_RMP-70.indb 281 05/06/2019 11:51:33

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MUNICÍPIO DE SEROPÉDICA – "LIXÃO" DE SEROPÉDICA – CONTROLE DE DANOS AMBIENTAIS – TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE
>
> – Cuida a hipótese de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão do juízo *a quo* que rejeitou a alegação de nulidade do deferimento de tutela antecipada, em Ação Civil Pública, sem a prévia oitiva da Fazenda Pública.
>
> – Tutela antecipada que teve por escopo determinar que o Município de Seropédica tomasse providências para controle de danos ambientais em razão da manutenção indevida de um "lixão".
>
> – Possibilidade de deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.
>
> – Ausência de violação ao art. 2º da Lei nº 8437/92, vez que o art. 1º da Lei nº 9494/97, que é posterior e disciplina a aplicação da tutela antecipada em relação à Fazenda Pública, não previu a necessidade de oitiva do ente público antes da apreciação da referida tutela.
>
> – Aplicação da Súmula nº 60 deste Tribunal.
>
> – Decisão agravada mantida.
>
> – Recurso que se nega liminar seguimento.

Manifestamente descabida, portanto, a alegação de nulidade da decisão.

II. 3. Da necessidade de segregação do percentual de 25% da arrecadação com vistas à aplicação em manutenção e desenvolvimento do ensino

Diferentemente do que afirma o agravante, o Decreto Estadual nº 44899/14, da forma como vem sendo aplicado pelo Estado do RJ, não se compatibiliza com a sistemática constitucional e legal de financiamento da educação. Demais disso, não há qualquer equivalência, considerada a normativa vigente, entre *mera escrituração* – como o agravante confessadamente o faz – e efetiva disponibilização do recurso reservado à educação com vistas à *aplicação* (observe-se *que tanto a Constituição, em seu art. 212, quanto a LDB, em seu art. 69, utilizam o verbo "aplicar"*) em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

Deixando claro que não se trata de mera operação escritural, o parágrafo 5º do art. 69 da LDB (Lei nº 9394/96) é taxativo ao especificar inclusive datas-base para o *repasse* do recurso destinado à educação, *in verbis* (Grifamos):

> Art. 69. A União *aplicará*, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas Constituições ou Leis

Book_RMP-70.indb 282 05/06/2019 11:51:33

> Orgânicas, da receita resultante de impostos, compreendidas as transferências constitucionais, na manutenção e desenvolvimento do ensino público. (*Vide* Medida Provisória nº 773, de 2017.)
>
> (*Omissis*)
>
> §5º *O REPASSE DOS VALORES referidos neste artigo* do caixa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ocorrerá imediatamente *AO ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELA EDUCAÇÃO*, observados os seguintes prazos:
>
> I – recursos arrecadados do primeiro ao décimo dia de cada mês, até o vigésimo dia;
>
> II – recursos arrecadados do décimo primeiro ao vigésimo dia de cada mês, até o trigésimo dia;
>
> III – recursos arrecadados do vigésimo primeiro dia ao final de cada mês, até o décimo dia do mês subsequente.

A leitura do dispositivo legal da LDB (Lei nº 9394/96) – à qual a suposta consolidação de uma "situação fática" ou um mero Decreto executivo estadual não podem evidentemente se contrapor – deixa absolutamente claro, ao utilizar os vocábulos "*repasse*" e "*recurso*", que se trata de uma *operação de natureza financeira e não puramente escritural*.

A realização de uma operação meramente escritural, seguindo o veio pragmático adotado pelo agravante, equivale a nada mais nada menos do que subjugar aquele que, para usar os próprios termos da Lei nº 9394/96, exerce o papel de "órgão responsável pela educação". Tal órgão "responsável pela educação" *certamente não é a Secretaria de Fazenda e o agravante obviamente não ousaria afirmá-lo*.

Todavia, do ponto de vista prático, a realização de operações meramente escriturais não impede – muito pelo contrário, favorece! – a administração absolutamente discricionária do recurso financeiro pela Fazenda, que é recebedora de todas as programações de desembolso emitidas pela Secretaria de Educação, honrando-as a seu talante, do que resulta que a efetiva *aplicação do recurso* em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino *não é uniforme nem sequer garantida ao longo do exercício e nem mesmo nos exercícios seguintes*.

Prova do caráter excruciante dessa sistemática para a área educacional foi apresentada fartamente com a peça exordial, ocasião em que se demonstrou cabalmente (e o Estado do RJ simplesmente não tem condições de negar tal *fato*) que havia, por exemplo, no final do exercício de 2017, programações de desembolso emitidas pela Secretaria de Educação em 2015, visando ao pagamento de aluguel de prédios escolares.

Tal situação – que, frise-se, constitui um simples exemplo entre outros – evidencia que a *mera escrituração* remete o cumprimento do percentual constitucional de 25% ao *plano quimérico*, instalando, para dizer o menos, *total imprevisibilidade* para o órgão responsável pela educação acerca do *quando* e *se* serão honrados os compromissos financeiros por ele assumidos.

Book_RMP-70.indb 283 05/06/2019 11:51:33

Assim, em termos práticos e bastante objetivos: ainda que a receita tenha sido auferida e esteja de fato financeiramente disponível na Conta do Tesouro estadual, não há absolutamente nenhuma segurança de que o gestor da educação poderá assumir compromissos em até 25% desse montante com alguma previsibilidade quanto à sua efetiva disponibilidade nem mensalmente, nem sequer em prazo razoável.

Pelo contrário, o que a experiência da "sistemática vigente" demonstra objetiva e cabalmente é exatamente o inverso, cabendo repisar que o montante de restos a pagar em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, conforme comprovam os Relatórios de Execução Orçamentária juntados à inicial, subiu da casa de R$ 6 milhões em 2014 para quase R$ 1 bilhão no final do exercício de 2017.

Com efeito, entre os exercícios financeiros de 2014 e 2017, os restos a pagar em MDE, conforme Anexo 8 do Relatório de execução Orçamentária[3], subiram progressiva e geometricamente de R$ 6.954.649,00 (seis milhões, novecentos e cinquenta e quatro mil, seiscentos e quarenta e nove reais)[4] para R$ 934.878.109,00 (novecentos e trinta e quatro milhões, oitocentos e setenta e oito mil e cento e nove reais)[5].

O gráfico a seguir mostra a evolução dos restos a pagar no período mencionado.

Dito de forma clara: o incremento exponencial de restos a pagar decorre inexoravelmente do fato de que o gestor educacional assume, exercício após exercício, compromissos financeiros – quase em sua totalidade ligados a *custeio* e pagamento de pessoal, sendo, aliás, menos que medíocre a capacidade de *investimento* do Estado do RJ em educação –, emitindo programações de desembolso sem qualquer *lastro*

[3] Conforme documentação acostada à inicial e disponível na página da Contadoria Geral do Estado na *internet*. Documentos juntados em anexo à presente peça.
[4] Linha nº 51 do Anexo 8 do Relatório Resumido de Execução Orçamentária do sexto bimestre de 2014, disponível na página da própria Contadoria-Geral do Estado. Documento juntado em anexo à presente peça.
[5] Linha nº 46 do Anexo 8 do Relatório Resumido de Execução Orçamentária do sexto bimestre de 2017. Documento juntado em anexo à presente peça.

Book_RMP-70.indb 284 05/06/2019 11:51:34

financeiro concreto, assim produzindo promessas de pagamento que podem ou não virem a ser efetivamente honradas pela Secretaria de Fazenda em prazo razoável.

Ocioso enfatizar, para além de sua incompatibilidade com a normativa Constitucional e legal, o caráter empiricamente nocivo de tal sistemática à gestão educacional. Basta que se tenha em mente que as unidades gestoras do orçamento da educação – a despeito de todas as garantias que a Constituição e a Lei pretenderam estabelecer, criando um sistema de normas específico do financiamento das ações de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) – têm seu planejamento inteiramente comprometido na medida em que se limitam, *sem qualquer garantia ou mínima previsibilidade para si e para os terceiros que lhe prestam serviços*, a formalizar seus contratos, verificar seu cumprimento e liquidar a despesa, emitindo programações de desembolso cujo pagamento somente será feito quando a Secretaria de Fazenda assim deliberar, *a despeito de ter-se atingido, ou não, o efetivo gasto do recurso correspondente a 25% da receita com as ações de MDE (isto é, a despeito de haver recurso financeiro em tese coberto pelo percentual de 25% da receita)*.

Como decorrência desse quadro, além do pífio percentual de investimento verificado há anos, políticas públicas como a de climatização da rede escolar ficaram longo tempo a descoberto, uma vez rescindido(s) o(s) respectivo(s) contrato(s). Outras políticas, como a de recuperação infraestrutural das unidades ou a de distribuição de uniformes escolares ou, ainda, a alocação de porteiros que controlem a entrada e saída de alunos (muitas vezes em locais perigosos) se encontram comprimidas no primeiro caso ou, simplesmente, suspensas nos dois últimos exemplos.

Ante tal estado de coisas, o Juízo *a quo* andou bem ao, restabelecendo a necessária previsibilidade e credibilidade do financiamento das ações em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, determinar ao agravante que *passe a reservar, de forma regular e, à medida que for realizada a receita, o percentual mínimo anual de 25% da receita realizada, abstendo-se de disponibilizá-lo ou destiná-lo a outros órgãos setoriais que não os responsáveis pela educação*.

Com efeito, somente com tal providência saneadora terão os órgãos responsáveis pela gestão das ações de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino condições não somente de *planejar* adequadamente suas políticas, como também de *implementá-las* sem incorrer em riscos sérios (e mais do que comprovados pela experiência empírica nos últimos anos) de que contratos formalizados sequer tenham sua execução iniciada, de que obras em execução sejam simplesmente paralisadas com verdadeiro desperdício de dinheiro público (como por exemplo se ilustra na ação civil pública tombada sob o número 0011329-74.2018.8.19.0001) ou, ainda, de que políticas públicas (como a de climatização escolar) sejam abruptamente interrompidas.

Finalizando o presente tópico, *é de suma importância atentar para o conteúdo e os estritos termos do que foi determinado pelo Juízo* a quo *ao Estado do RJ, na medida em que os argumentos trazidos pelo agravante* à *guisa de demonstração do* "periculum in mora reverso" *sequer arranham a lógica e a coerência da decisão guerreada neste capítulo.*

Book_RMP-70.indb 285 05/06/2019 11:51:34

Mais especificamente, caberia destacar que o argumento alusivo à suposta fragilidade estrutural da SEEDUC para a execução de uma série de medidas administrativas, como a gestão e o pagamento da sua folha de pessoal, em nada obsta o cumprimento desta parte da decisão guerreada. É o que passamos a demonstrar.

Quanto ao ponto, cabe repisar que a decisão guerreada, com relação aos aspectos aqui examinados, impôs ao agravante a obrigação de *reservar, de forma regular e na medida em que for realizada a receita, o percentual mínimo anual de 25% da receita realizada, abstendo-se de disponibilizá-lo ou destiná-lo a outros órgãos setoriais que não os responsáveis pela educação*.

Portanto, não se está na seara da execução da despesa pelo órgão educacional, tema que abordaremos mais adiante, mas sim no da segregação e disponibilização do recurso que toca às ações de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino em conta própria, sem que se confundam com as demais receitas do tesouro estadual.

Assim, considerando que um dos aspectos da "sistemática em vigor" defendida pelo agravante assenta na suposta fragilidade estrutural da SEEDUC para gestão e ordenação dos pagamentos, absolutamente nada impediria a segregação dos recursos na forma imposta pela decisão recorrida, pois o que se está ali a determinar é providência de natureza contábil e financeira a ser levada a efeito pelo órgão fazendário.

Noutros termos, o que ali se impõe é que, na medida em que a receita seja auferida, 25% do recurso financeiro efetivamente arrecadado seja, na forma do art. 212 da CR/88, segregado e posto à disposição do(s) órgão(s) setorial(is) da educação, conclusão a que se chega em face da vedação de que sejam disponibilizados ou destinados a outros órgãos. Logo, segundo se infere da decisão recorrida, ainda que se admitisse, apenas por amor ao debate, o argumento alusivo à fragilidade estrutural da SEEDUC, nada, absolutamente nada impediria que o Estado do RJ, por intermédio de sua Secretaria de Fazenda, ultimasse as providências determinadas pelo Juízo.

Nesse caso, se acolhida a tese da fragilidade estrutural da SEEDUC, o que, repise-se, é admitido apenas *ad argumentandum tantum*, o Estado do RJ poderia perfeitamente manter a sistemática de pagamento das programações de desembolso pela Secretaria de Fazenda, fazendo-o, porém, como determina a decisão *a quo*, necessariamente com lastro nos recursos financeiros reservados à educação e efetivamente disponibilizados em conta própria.

Portanto, como é cristalino, lógico e mesmo intuitivo, sob qualquer ângulo, *a alegação de risco à ordem ou ao regular funcionamento da máquina administrativa, trazida pelo agravante, simplesmente não decorre do que foi determinado pela decisão agravada neste ponto*, uma vez que se está, no referido *decisum*, tão somente a impedir que o recurso financeiro correspondente a 25% da receita seja disponibilizado a outros órgãos setoriais, o que vale dizer, se esta impedir que seja indevidamente disponibilizado para honrar despesas advindas de outros setores que não os da área educacional.

Em suma, o que se determina na decisão recorrida, pedimos vênia para insistir, é que o Estado do RJ, sob o viés de um *facere*, implemente medida consistente em

Book_RMP-70.indb 286 05/06/2019 11:51:34

segregar o recurso correspondente a 25% da receita auferida, depositando-o em conta própria e, sob a perspectiva de um *non facere*, se abstenha de disponibilizar ou destinar o recurso a outros órgãos setoriais estranhos à área educacional, *medidas estas que, rigorosamente, nada tem que ver com a alegada fragilidade estrutural da SEEDUC*, pois poderiam ser levadas a efeito pela área fazendária do Estado ainda que, a despeito da ilegalidade já apontada pelo ora agravado, se queira manter em mãos da SEFAZ a emissão das ordens bancárias, isto é, o pagamento das programações de desembolso.

Em outras palavras, a criação de conta específica para disponibilização dos recursos financeiros referidos no art. 212 da CR/88 se impõe como forma de viabilizar o cumprimento do art. 69, §5º da LDB e também para que o financiamento das ações em manutenção e desenvolvimento do ensino seja passível não só de um adequado escrutínio e controle, mas também dotado de eficácia prática, de maneira a não estarem os recursos vinculados indevidamente sujeitos a contingenciamentos por órgão estranho à seara educacional.

Mesmo que se atribua ao órgão educacional a gestão e administração plenas da conta em que devem ser segregados os recursos da educação, determinando os pagamentos devidos à conta dos recursos especificamente reservados à Manutenção e Desenvolvimento do Ensino – como sustenta o agravado na inicial, com base na Constituição e na LDB –, tal sistemática, frise-se desde logo, não guarda qualquer incompatibilidade com a operacionalização do SIAFE ou mesmo com o princípio da unidade de tesouraria.

Ora, estando consagrado na vetusta Lei nº 4320/64, o princípio da unidade de tesouraria deve ser interpretado conforme a Constituição de 1988, notadamente em se considerando as normas constitucionais específicas sobre financiamento da educação que são posteriores à aludida lei. Em face do conhecido princípio de hermenêutica segundo o qual as leis são interpretadas à luz da Constituição, *e não o contrário*, uma vez implementada a sistemática constitucionalmente determinada, o órgão educacional responsável pela conta específica em que são depositados os recursos vinculados à educação, evidentemente, prestará contas, viabilizando que o órgão fazendário, se esta for a decisão administrativa do demandado, consolide os dados, verifique a alimentação dos registros no SIAFE e adote todas as demais providências contábeis e de tesouraria cabíveis, gerando e atualizando os devidos relatórios.

O que definitivamente não faria sentido, dada a possibilidade de conciliação e interpretação conforme a Constituição acima assinalada, seria incorrer no raciocínio inverso, ou seja, interpretar a Carta Magna à luz da vetusta Lei nº 4320/64, vergando, amesquinhando ou mesmo submetendo a plena eficácia das normas constitucionais acerca do financiamento da educação à interpretação pedestre deste ou daquele artigo ou princípio da lei de 1964.

Registre-se, por oportuno, que a interpretação acima preconizada – bem assim seus desdobramentos práticos – foi expressamente encampada pelo Tribunal de Contas de MG, como se vê na seguinte ementa (Acórdão no Recurso Ordinário nº 952116, Relator Conselheiro Mauri Torres; grifos nossos):

Book_RMP-70.indb 287 05/06/2019 11:51:34

> RECURSO ORDINÁRIO. PREFEITURA MUNICIPAL. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. RECURSOS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. REPASSE ABAIXO DO MÍNIMO EXIGIDO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
>
> 1. A Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, determina no §5º do art. 69 que os recursos específicos da educação sejam repassados ao órgão responsável. Este Tribunal, por meio da Instrução Normativa nº 08/04, em seu art. 1º, §7º, dispõe que *os recursos a serem repassados nos termos do §5º deste artigo deverão ser depositados em conta corrente bancária específica.*
>
> *2. A falta de utilização da conta bancária específica para a movimentação dos recursos financeiros, além de ser imposição legal, inviabiliza a evidenciação das disponibilidades financeiras e o adequado controle de sua aplicação pelos órgãos de controle interno e externo, facilitando a ocorrência de fraudes.*

Na mesma linha caminhou a decisão da aludida Corte de Contas no julgamento do Recurso Ordinário nº 932738 (Grifamos):

> RECURSO ORDINÁRIO – PREFEITURA MUNICIPAL – PRELIMINAR – CONHECIMENTO – PREJUDICIAL DE MÉRITO – AFASTADA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE MÉRITO ARGUIDA PELO RECORRENTE – MÉRITO – MOVIMENTAÇÃO DOS RECURSOS DA EDUCAÇÃO – MDE – OBRIGATORIEDADE DE CONTA CORRENTE ESPECÍFICA – PRECEDENTES (PROCESSOS Nº 774817, Nº 757848, Nº 896580) – NEGADO PROVIMENTO.
>
> *1. É obrigatória a utilização de conta-corrente específica para movimentação dos recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, assim como do repasse no montante mínimo exigido ao órgão responsável pela educação.*
>
> 2. Nega-se provimento ao recurso ordinário para manter a decisão recorrida.

II. 4. Da inconsistência do cômputo de meros empenhos (restos a pagar não liquidados) e de dívidas liquidadas e não pagas para os fins do art. 212 da CR/88

Além de determinar a reserva do percentual financeiro de 25% destinado à educação, na forma da Constituição e da Lei de Diretrizes e Bases, a decisão agravada também impediu o Estado do RJ de utilizar indevidamente, no cômputo

Book_RMP-70.indb 288 05/06/2019 11:51:34

do cumprimento do percentual constitucional, o estratagema de considerar como *aplicação* em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino a despesa meramente empenhada e a despesa liquidada, mas não paga.

Quanto ao ponto, o Juízo determinou expressamente que o agravante, *in verbis:* "se abstenha de computar os restos a pagar não processados e as despesas não pagas para fins do cumprimento do percentual de 25% previsto pelo art. 212 da CR".

Como é cediço, a base de cálculo dos 25% a serem destinados à *aplicação* em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) é formada pelas seguintes receitas: i) receita proveniente de impostos (IPVA, ICMS, ITCMD, entre outros), descontadas as transferências feitas aos municípios; ii) transferências recebidas pelo Estado do Rio de Janeiro (Fundo de Participação dos Estados, IPI, IOF etc.); iii) dívida ativa dos respectivos impostos; iv) receitas de multas referentes a impostos e dívida ativa.

Tomando-se como exemplo o exercício financeiro de 2016, tal base de cálculo foi da ordem de R$ 36.277.521 (trinta e seis bilhões, duzentos e setenta e sete milhões, quinhentos e vinte um mil reais), de maneira que, considerando-se o percentual constitucional de 25%, o valor a ser aplicado em educação montava R$ 9.069.380 (nove bilhões, sessenta e nove milhões, trezentos e oitenta mil reais).

Como explicitado na inicial pelo ora agravado, no cálculo do atingimento do valor a ser aplicado em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE), o Estado do Rio de Janeiro adota o seguinte critério: somam-se as "*despesas empenhadas e liquidadas*" e os *"restos a pagar não processados" (isto é, despesas empenhadas e não liquidadas)*[6]. Ao resultado desta operação, soma-se a denominada *"perda líquida do Estado"* ou o chamado "resultado líquido das transferências do FUNDEB", que é representado pela diferença entre o valor com o qual o Estado do RJ *contribui* para o FUNDEB e a sua efetiva *participação* (isto é, os recursos que lhe tocam, já descontados recursos que se destinam aos municípios)[7]. No caso do Estado Rio de Janeiro, onde não há complementação do FUNDEB pela União, a *contribuição* do Estado para o Fundo é ordinariamente superior aos valores de que ele próprio irá dispor para executar despesas (ou seja, sua *participação*).

Mas o aspecto fundamental a destacar reside na primeira operação acima mencionada, isto é, no *cômputo de despesas EMPENHADAS E SEQUER LIQUIDADAS (!!) e também de despesas liquidadas e não pagas para fins de cálculo da aplicação do mínimo de 25% em MDE*.

O caráter prejudicial dessa forma de cômputo ao financiamento da educação só é plenamente apreendido caso se tenha em mente, como explicitado na seção

---

[6] Conforme informação prestada pela própria Contadoria do ERJ à fl. 437 do IC nº 08/17 que instruiu a exordial e faz parte do processo originário, bem como reconhecida pelo próprio agravante.

[7] Conforme informação constante do relatório das Contas de Governo de 2016, acostada às fl. 347v e 348 do IC nº 08/17. Em 2016, por exemplo, o ERJ contribuiu com R$ 5.773.678 (cinco bilhões, setecentos e setenta e três milhões, seiscentos e setenta e oito mil reais) e a sua participação foi de R$ 2.528.446 (dois bilhões, quinhentos e vinte oito milhões, quatrocentos e quarenta e seis mil reais), de modo que a "perda líquida" foi de R$ 3.245.232 (três bilhões, duzentos e quarenta e cinco milhões, duzentos e trinta e dois mil reais), importância esta que, conforme afirmado pelo Estado à fl. 348 do IC nº 08, é computada no gasto mínimo constitucional em educação.

Book_RMP-70.indb 289 05/06/2019 11:51:34

anterior, que é a Secretaria de Fazenda (SEFAZ) que detém a prerrogativa de efetivamente executar as programações de desembolso emitidas pela SEEDUC ou, noutros termos, em decorrência do sistema de Conta Única do Tesouro, é a SEFAZ quem efetivamente *paga* aos credores na área de educação.

Tendo isto em mente, veja-se que até mesmo o cômputo de despesas empenhadas e liquidadas (mas não pagas) como efetiva aplicação na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) envolve uma *alta dose de imprevisibilidade e risco para os órgãos da educação*. Isto porque, como já se disse anteriormente, há contratos celebrados pelo órgão da educação no âmbito dos quais, a despeito de prestado o serviço ou entregue o bem e efetivamente liquidada a despesa, simplesmente não há pagamento por parte da Secretaria de Fazenda.

Ora, mesmo se tratando de despesas liquidadas, a inexecução do contrato por parte do Estado do Rio de Janeiro – isto é, o não pagamento do que é devido pelo serviço prestado ou pelo bem entregue ao Poder Público – pode gerar, como de fato gera, suspensões de fornecimento, ajuizamento de ações judiciais contra o Estado que podem impactar a educação, rescisões contratuais ou simplesmente a não renovação de contratos.

Objetivamente, a SEEDUC tem, no atual momento, problemas dessa natureza, como mencionado na seção anterior, com a climatização da rede escolar (fornecimento e manutenção de aparelhos de ar-condicionado), com o serviço de portaria das escolas (mão de obra terceirizada que não é mais contratada, de modo que a entrada das escolas encontra-se, no momento, desguarnecida de pessoal de portaria) ou, ainda, de fornecimento de uniforme escolar. Todos estes problemas são, inclusive, objeto de apuração específica, respectivamente, nos Inquéritos Civis de nºs 11/15, 15/16 e 36/13, em curso nesta Promotoria de Justiça.

Situação mais frágil ainda é aquela relativa ao *cômputo de despesas empenhadas e não liquidadas*. Com efeito, em se tratando de mero empenho, *não há qualquer garantia de que a administração pública tenha sequer chegado próximo à "realização da despesa", como o exige expressamente a LDB (Lei nº 9394/96, art. 70,* caput*),* em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino. Isto porque o empenho, enquanto não liquidado, constitui uma mera reserva da quantia necessária ao pagamento da despesa. Noutros termos, a pura e simples realização do empenho, sem liquidação, não indica sequer que o serviço tenha sido efetivamente prestado, prestado integralmente ou o bem entregue pelo fornecedor. Demais disso, o empenho, enquanto não liquidado, pode ser cancelado pela administração pública.

Somem-se a todos os problemas anteriores os dados empíricos indicativos de que o Estado do Rio de Janeiro se contenta com um cumprimento puramente contábil do percentual de 25% previsto no art. 212 da CR/88[8], *sem que a isto corresponda uma*

[8] Cabendo lembrar que, *no exercício de 2017, nem mesmo o cumprimento estritamente contábil foi alcançado, tendo o Estado do RJ alcançado percentual inferior aos 25% previstos na Constituição*. Documento juntado em anexo à presente peça.

Book_RMP-70.indb 290 05/06/2019 11:51:34

efetiva aplicação dos recursos e realização da despesa – como o determinam a Lei Maior e a LDB – em manutenção e desenvolvimento do ensino. Um destes indicativos é o aumento galopante de restos a pagar em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

À luz de tais consequências práticas extremamente nocivas ao regular e efetivo financiamento da educação e mormente considerando a clara dicção da Constituição e dos arts. 69 e 70 da Lei nº 9394/96, conclui-se que a decisão combatida é irretocável nesse ponto. Além de irretocável e solidamente lastreada na evidência do bom direito alegado pelo autor, acrescente-se que a decisão, nesse ponto, encontra forte esteio ainda no que tange ao patente risco inerente à demora na prolação de provimento que estanque a prática atacada na ação civil pública.

Com efeito, a cada mês e a cada exercício ao longo dos quais tais práticas se protraem, o passivo do Estado do Rio de Janeiro ante o escorreito e efetivo financiamento da educação só aumenta em proporção geométrica – o antes mencionado acúmulo gritante de restos a pagar entre 2014 e 2017 o demonstra de forma gritante –, acarretando as consequências práticas que estão diante dos olhos de cada cidadão fluminense, é dizer, a precariedade da manutenção da rede estadual, as más condições prediais, o rompimento de contratos essenciais ao bom funcionamento da rede, os ridículos índices de investimento, entre outros problemas.

II. 5. Da impossibilidade de administração financeira dos recursos do fundeb e do salário-educação na conta única do tesouro

Rememore-se que, relativamente ao presente tópico, a decisão agravada estipulou obrigações de fazer e de não fazer ao Estado do RJ, estando assim redigida:

> Que promova, em até 15 (quinze) dias, a abertura de conta ou contas setoriais da Educação, aberta em nome da SEEDUC, para o depósito do FUNDEB e Salário-Educação, abstendo-se de transferir à conta única do Tesouro (CUTE).

Como se nota, foi determinada a abertura de contas setoriais da Educação para o depósito do FUNDEB e do Salário-Educação (*facere*), o que, logicamente, leva à imposição da abstenção (*non facere*) consistente em não transferir tais recursos à Conta Única do Tesouro (CUTE).

Como tais recursos já são, por força de lei, depositados em contas específicas do Banco do Brasil abertas em nome da SEEDUC, isto é, no CNPJ da SEEDUC, os recursos em questão já são originariamente depositados, por assim dizer, em uma conta "setorial". Sendo assim, a determinação judicial de abertura de "conta setorial" ou "contas setoriais", no caso específico do FUNDEB e do Salário-Educação, deve ser compreendida em conjunto com a abstenção que é imposta no mesmo tópico do *decisum*.

Book_RMP-70.indb 291 05/06/2019 11:51:34

É dizer, o que pretende o Juízo, ao mencionar "contas setoriais" no caso do FUNDEB e do Salário-Educação conjuntamente com a abstenção de que tal numerário seja depositado em conta única, é justamente impedir que se dê a confusão ou a fungibilidade de tais recursos com as demais fontes de recursos do Estado do RJ, o que faz todo sentido à luz da sistemática constitucional e legal vigente. Trata-se de assegurar plena transparência e possibilidade de escrutínio de todo o trânsito e destinação de recursos que são objeto de severa regulamentação legal.

Nunca é demais enfatizar que o FUNDEB e o Salário-Educação constituem fontes de recursos "carimbadas", isto é, com origem e destinação legalmente descritas e, mais do que isso, com controles (inclusive controle social legalmente previsto, no caso do FUNDEB) e mecanismos de prestação de contas específicos.

Não é por outro motivo que tais fontes recebem códigos numéricos próprios, isto é, código diverso daquele atribuído aos recursos do tesouro estadual, configurando uma sistemática de identificação e controle cuja alteração sequer se encontra na esfera de autonomia federativa do agravante. Tais códigos e demais mecanismos de segregação deveriam, em princípio, dar total *rastreabilidade e transparência* quanto à movimentação e utilização de tais recursos.

Assim, não se justifica, nem mesmo sob o prisma da suposta "modernidade" ou "eficiência" do sistema de Conta Única, o crédito do FUNDEB ou do Salário-Educação de forma indistinta em conta bancária em nome da Fazenda estadual, na qual serão financeiramente diluídos, *especialmente e de forma assaz preocupante no caso do FUNDEB, com os recursos originários de outras fontes*.

Em face do caráter insuperável de tais mecanismos de segregação, o que a decisão agravada viabiliza, no caso do FUNDEB e do Salário-Educação, é que, caso o agravante pretenda transferir os recursos já depositados em nome da SEEDUC no Banco do Brasil para o Banco Bradesco, abra conta(s) setorial(is) específica(s) *em nome do órgão educacional* nesta última instituição financeira. Ainda uma vez, a decisão não se mostra insensível à realidade do Estado – ainda que as obrigações contratuais com o Banco Bradesco não estejam acima da sistemática legal –, facultando ao agravante a movimentação do recurso entre instituições financeiras, desde que se preservem a especificidade, a destinação e os mecanismos de rastreabilidade e transparência dos sobreditos recursos, o que pode ser assegurado com a criação de conta específica no CNPJ da SEEDUC (e não em nome da SEFAZ, como indevidamente é feito pelo agravante) no Banco Bradesco.

Pedimos vênia para, quanto ao ponto, encarecer os argumentos trazidos com a exordial acerca dos mecanismos específicos de gestão financeira do Salário-Educação e do FUNDEB que o ora agravante vem desrespeitando.

II. 5.1. Do desrespeito, pelo agravante, à sistemática legal de administração financeira do salário-educação

O art. 15 da Lei Federal nº 9424/96 assim dispõe expressamente acerca da disponibilização dos recursos do salário-educação aos Estados federados (Grifamos):

Book_RMP-70.indb 292 05/06/2019 11:51:34

> Art 15. O Salário-Educação, previsto no art. 212, §5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*.
>
> §1º O montante da arrecadação do Salário-Educação, após a dedução de 1% (um por cento) em favor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, calculado sobre o valor por ele arrecadado, será distribuído pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, observada, em 90% (noventa por cento) de seu valor, a arrecadação realizada em cada Estado e no Distrito Federal, em quotas, da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003.)
>
> (...)
>
> II – Quota Estadual e Municipal, correspondente a 2/3 (dois terços) do montante de recursos, que será *CREDITADA MENSAL E AUTOMATICAMENTE EM FAVOR DAS SECRETARIAS DE EDUCAÇÃO DOS ESTADOS*, do Distrito Federal e dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental. (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003.)

A lei não poderia ser mais clara no tocante à destinação e movimentação dos recursos: os mesmos são creditados, *tout court*, em favor da Secretaria de Educação. Ocioso dizer que tal destinação legalmente determinada não poderia redundar em outro procedimento que não o crédito, pelo FNDE, do recurso em conta aberta em nome da Secretaria de Educação. É exatamente assim que procede o FNDE, depositando o recurso, de acordo com o mandamento legal, *em favor da Secretaria de Estado de Educação (SEEDUC)* no Banco do Brasil, Agência nº 2334-9, C/C nº 5716-9.

A única movimentação bancária que a lei admite é aquela prevista no art. 2º, parágrafo único da Lei nº 9766/98, que assim dispõe:

> Art. 2º. A Quota Estadual e Municipal do Salário-Educação, de que trata o §1º e seu inciso II do art. 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, será integralmente redistribuída entre o Estado e seus Municípios de forma proporcional ao número de alunos matriculados no ensino fundamental nas respectivas redes de ensino, conforme apurado pelo censo educacional realizado pelo Ministério da Educação. (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 2003.)
>
> Parágrafo Único. As contas específicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à movimentação das Quotas

Book_RMP-70.indb 293 05/06/2019 11:51:34

> do Salário-Educação serão abertas pelo FNDE e mantidas, a critério do respectivo ente federado, em instituição financeira oficial. (Incluído pela Lei nº 13.530, de 2017.)

Note-se que o artigo acima colacionado permite, no máximo, que o Estado movimente o recurso para outra instituição financeira oficial, mas *não traz qualquer derrogação ou ressalva quanto à previsão contida no art. 15, II, da Lei nº 9424/96 de que o crédito será necessariamente feito em favor da Secretaria de Estado de Educação*. Noutros termos, se interpretados sistematicamente os arts. 15, II, da Lei nº 9424/96 e 2º, parágrafo único, da Lei nº 9766/98, *a única movimentação legalmente autorizada, sempre mantida a SEEDUC como favorecida, seria a transferência do recurso para outra instituição financeira oficial, mas sem que em hipótese alguma isso implique colocar o recurso em conta vinculada a outra pasta*.

Pisoteando a norma legal, o Estado do Rio de Janeiro transfere os recursos do Salário-Educação da conta do Banco do Brasil acima mencionada para o Banco Bradesco, Ag. nº 6898-5, conta corrente nº 000005-1, de *titularidade da Secretaria de Fazenda*, conforme se vê claramente de fl. 364 do Inquérito Civil cuja cópia integral instruiu a inicial de ação civil pública.

Resta claro, portanto, o inequívoco dever que tem o demandado de reparar tal ilegalidade, ou bem mantendo o recurso em favor da SEEDUC na conta em que é originalmente creditado pelo FNDE, ou bem o mantendo em instituição financeira oficial diversa, mas sempre em nome e no CNPJ da Secretaria de Estado de Educação.

II. 5.2. Do desrespeito, pelo agravante, à sistemática legal de administração financeira do FUNDEB

De acordo com a Lei Federal nº 11.494/07, os recursos relativos à *contribuição* para o FUNDEB são creditados da seguinte forma:

> Art. 16. Os recursos dos Fundos *serão disponibilizados pelas unidades transferidoras ao Banco do Brasil S.A. ou Caixa Econômica Federal*, que realizará a distribuição dos valores devidos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.
>
> Parágrafo Único. São unidades transferidoras a União, os Estados e o Distrito Federal em relação às respectivas parcelas do Fundo cuja arrecadação e disponibilização para distribuição sejam de sua responsabilidade. (Grifamos.)

Especificamente no caso do Rio de Janeiro, o valor legalmente previsto é depositado na conta do Banco do Brasil nº 001.2234.00291674-6, de titularidade da

Book_RMP-70.indb 294 05/06/2019 11:51:34

Secretaria de Fazenda. Assim o é porque, nesta conta, isto é, na conta de *contribuição,* se dão os rateios cabíveis, transferindo-se para os municípios a cota que toca a cada um. No Estado do Rio de Janeiro, no qual não há complementação do FUNDEB pela União, o crédito nessa conta é feito pelo próprio demandado. Feitos os rateios e transferências devidos aos municípios (sempre para contas bancárias em uma das duas instituições financeiras referidas no art. 16, *caput,* da Lei nº 11494/07), o *saldo* é transferido a uma outra conta do Banco do Brasil.

Este saldo é denominado *participação* do Estado no FUNDEB, isto é, é o recurso de que o ente demandado disporá para aplicar em ações de desenvolvimento da educação básica. Esta conta bancária na qual se dá o crédito da participação do Estado do RJ é a conta do Banco do Brasil nº 001.2234.000058339-1, de titularidade da *Secretaria de Estado de Educação*, uma vez que este é, por força de lei, o órgão ordenador das despesas estaduais à conta do FUNDEB.

Até aqui, as operações descritas seguem o que reza o art. 17 da Lei nº 11.494/07, *verbis:*

> Art. 17. Os recursos dos Fundos, provenientes da União, dos Estados e do Distrito Federal, serão repassados automaticamente para contas únicas e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, vinculadas ao respectivo Fundo, *instituídas para esse fim e mantidas na instituição financeira de que trata o art. 16 desta Lei.*

As razões pelas quais a lei prevê de forma rigorosa os mecanismos de transferência e gestão dos recursos do FUNDEB são inúmeras, podendo-se destacar a necessidade de que haja conta específica administrada pelo órgão educacional e de que toda a movimentação desta conta seja absolutamente transparente e passível de controle. Assim, a *manutenção* do recurso na conta específica a que se refere a Lei busca alcançar, entre outras finalidades, que os *mecanismos de controle administrativo e social tenham uma perfeita visão do emprego que é dado aos recursos*. Para além disso, pretende-se, como expressamente diz a lei, que os *rendimentos financeiros, em se tratando de recursos vultosos, revertam ao próprio FUNDEB*.

Veja-se a relação que a lei estabelece entre a manutenção do recurso em conta específica e o controle social:

> Art. 17. (*Omissis*)
>
> §6º A instituição financeira *disponibilizará*, permanentemente, aos *conselhos*[9] referidos nos incisos II, III e IV do §1º do art. 24 desta Lei os *extratos* bancários referentes à conta do fundo.

[9] Rememore-se aqui o papel central que o *CACS – Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB* deve exercer, por expressa previsão legal, em relação a tais recursos.

Book_RMP-70.indb 295 05/06/2019 11:51:34

Como se conclui, o legislador quis evitar que o dinheiro saia da referida conta e transite por outra, *inespecífica*, na qual o controle dos referidos extratos certamente envolve *maior opacidade e dificulta o escrutínio social da aplicação dos recursos*.

Relativamente à segunda finalidade antes mencionada, qual seja, a incorporação ao próprio Fundo dos rendimentos financeiros do recurso, veja-se o que determina o art. 20 da Lei nº 11494/07:

> Art. 20. Os eventuais saldos de recursos financeiros disponíveis nas contas específicas dos Fundos cuja perspectiva de utilização seja superior a 15 (quinze) dias deverão ser aplicados em operações financeiras de curto prazo ou de mercado aberto, lastreadas em títulos da dívida pública, na instituição financeira responsável pela movimentação dos recursos, de modo a preservar seu poder de compra.
>
> Parágrafo Único. *Os ganhos financeiros auferidos em decorrência das aplicações previstas no caput deste artigo deverão ser utilizados na mesma finalidade e de acordo com os mesmos critérios e condições estabelecidas para utilização do valor principal do Fundo.* (Grifamos.)

Sucede que, ao arrepio da lei e frustrando ou, no mínimo, pondo em risco o cumprimento das finalidades normativas acima destacadas, o Estado do Rio de Janeiro *transfere indevidamente os recursos da conta específica do FUNDEB para a Conta Única do Tesouro*, o que é feito, segundo o agravante, à guisa de viabilizar o pagamento da folha de pessoal da educação, que é complementada com recursos do Tesouro.

Além de ir contra a previsão legal e promover a indevida confusão de recursos de naturezas distintas em uma conta única, gerida pela Fazenda, não há argumento razoável para que a viabilização do pagamento da folha não se dê por meio de medidas administrativas adequadas de organização da folha, em lugar de medidas financeiras e contábeis que prejudicam o perfeito controle e transparência da movimentação e utilização do recurso. Demais disso, o proceder adotado pelo Estado, como destacado anteriormente, envolve a realização de transferências em datas variadas e montantes significativos, de maneira que, até que se dê o efetivo pagamento da folha, os rendimentos financeiros do recurso são creditados na Conta Única do Tesouro, no Banco Bradesco, e não na conta do Banco do Brasil, de titularidade da SEEDUC.

III – CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, deseja o agravado encarecer os seguintes pontos:

– a decisão agravada, diferentemente do que afirma o agravante, não gera *periculum in mora* reverso nem obsta a gestão da folha de pagamento de pessoal da educação por parte do Estado do RJ;

Book_RMP-70.indb 296 05/06/2019 11:51:34

– como dito, a decisão guerreada, em seu item "a", estabelece condições mínimas para que o cumprimento do art. 212 da CR/88 não se transforme numa quimera, determinando tão somente a segregação do recurso correspondente a 25% da receita auferida, de modo que não seja a verba da educação mantida e movimentada financeiramente, de forma indistinta, com os demais recursos financeiros do Estado, do que decorre, como corolário, a abstenção de que sejam ditos recursos disponibilizados a outros órgãos setoriais que não aqueles incumbidos das ações de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, como determina expressamente, aliás, a LDB (Lei nº 9394/96);

– tal medida, além de preservar o recurso destinado à Manutenção e Desenvolvimento de Ensino de indevidos contingenciamentos e demais atos de gestão puramente discricionária por parte da área fazendária, revela-se salutar e, mais que isso, necessária para que se assegurem a transparência e a rastreabilidade na movimentação e destinação da verba destinada pela Constituição com exclusividade à educação;

– embora a desorganização ou fragilidade administrativa deste ou daquele órgão estatal não configurem, a toda evidência, argumento juridicamente válido para o descumprimento da Constituição e da Lei, as medidas elencadas no item "a" da decisão agravada envolvem providências a serem ultimadas exclusivamente pelo órgão fazendário;

– ainda que o Ministério Público sustente que compete ao órgão responsável pela educação a gestão plena do recurso, o que inclui a emissão, pelas unidades gestoras da área educacional, das ordens bancárias de pagamento atualmente centralizadas pela SEFAZ, a providência determinada no item "a" da decisão agravada, qual seja, a de segregação do recurso em conta própria e de abstenção de sua destinação a outros órgãos setoriais estranhos à educação não impacta estruturalmente a SEEDUC, na medida em que não lhe impõe de forma específica obrigação alguma;

– a providência determinada no item "a" tem caráter absolutamente urgente na medida em que as consequências práticas da clara violação da Constituição e da LDB pelo Estado do RJ se apresentam a olhos vistos e se aprofundam em proporção geométrica, mês a mês, exercício a exercício, com o cumprimento meramente escritural e contábil da meta definida na Lei Maior, sem que o recurso seja efetivamente *aplicado e a despesa com MDE realizada por completo*, do que constitui exemplo eloquente a verdadeira "explosão" dos restos a pagar em MDE entre 2014 e 2017, que foram alçados de R$ 6 milhões a quase R$ 1 *bilhão* no período;

– o impedimento do cômputo para os fins do art. 212 da CR/88 de despesas liquidadas e não pagas e, mais grave ainda, de *despesas apenas empenhadas e sequer liquidadas*, objeto do item "c" da decisão agravada, complementa e, nessa medida, liga-se inexoravelmente à providência anterior, impedindo que se aprofunde o verdadeiro abismo já verificado entre o cumprimento puramente contábil do percentual de 25% e a efetiva *aplicação* do recurso, como determinam mandatoriamente a Carta Magna e a LDB, em ações de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino;

– a impossibilidade de movimentação dos recursos do FUNDEB e do Salário-Educação da conta setorial específica em que são depositados no Banco do Brasil em nome da SEEDUC para conta bancária em nome da SEFAZ, como determinado

Book_RMP-70.indb 297 05/06/2019 11:51:34

no item "b" da decisão agravada, ampara-se em expressa disposição legal, estampada respectivamente nas Leis Federais nº 11.494/07 e nº 9424/96 c/c nº 9766/98;

– além de adequar o proceder do Estado do RJ ao que determinam a Constituição e as Leis Federais nº 11.494/07 e nº 9424/96 c/c nº 9766/98, a determinação judicial de abstenção de que sejam geridos os recursos do FUNDEB e do Salário-Educação em Conta Única, associada à imposição de abertura de conta(s) setorial(is) específica(s), objeto do item "b" da decisão agravada, constitui medida imperiosa a fim de que se assegurem a *transparência e o adequado controle (inclusive controle social, no caso do FUNDEB)* da movimentação e destinação final dos recursos;

– a decisão agravada, quanto ao ponto, não impede que o Estado do RJ transfira o recurso do Banco do Brasil para o Banco Bradesco, instituição financeira com a qual mantém contrato, cingindo-se a determinar, de forma absolutamente consentânea com a lei, que as contas bancárias abertas nesta última instituição financeira sejam separadas daquelas em que são movimentados os recursos do tesouro estadual e/ou que estejam no CNPJ da SEFAZ;

– no tocante ao pagamento da folha de pessoal da educação, para a qual concorrem os recursos do FUNDEB e os do Tesouro, absolutamente nada impede que, mantida a segregação legal dos recursos do FUNDEB em conta específica, ainda que no Banco Bradesco, o Estado do RJ utilize seus recursos organizacionais e administrativos para adequar a preparação da folha de pagamento com vistas a que, se esta for a hipótese, os pagamentos devidos se façam a partir de recursos vertidos de mais de uma conta bancária (no caso, a conta do tesouro e aquela específica do FUNDEB);

– noutros termos, ainda que suposta fragilidade ou inépcia organizacional não constituam motivo juridicamente válido para o descumprimento de normas que asseguram transparência e controle na gestão de recursos vinculados, a ultimação do pagamento da folha de pessoal a partir de recursos oriundos das contas específicas do FUNDEB e do Tesouro, sem que seja necessário movimentá-los em conta única, envolve providências de *ordem administrativa* que não são de forma alguma insuperáveis, cabendo enfatizar que o eventual óbice a ser equacionado, se existente, não é de ordem financeira ou contábil, mas puramente organizacional/administrativa.

Diante de todo o exposto, requer o Ministério Público seja improvido o agravo de instrumento, mantendo-se a decisão recorrida.

Rio de Janeiro, 05 de julho de 2018.

EMILIANO R. BRUNET D. PAES
Promotor de Justiça

Book_RMP-70.indb 298 05/06/2019 11:51:34

PEÇA PROCESSUAL

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS CÍVEIS E INSTITUCIONAIS
GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NO COMBATE À CORRUPÇÃO – GAECC
AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, inscrito no CNPJ sob o nº 28.305.963.0001-40, pelo SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS CÍVEIS E INSTITUCIONAIS e pelos Promotores de Justiça integrantes do GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIALIZADA NO COMBATE À CORRUPÇÃO – GAECC, todos por delegação do PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com endereço na Av. Marechal Câmara, 370, 2º e 8º andares, Castelo, Rio de Janeiro - RJ, onde serão recebidas as intimações, no uso de suas atribuições constitucionais e legais conferidas pelos artigos 127 e 129, inciso III, da CRFB/88; artigos 170 e 173, inciso III, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro; artigo 39, inciso VIII, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003; artigos 1º e seguintes da Lei nº 7.347/85; nos artigos 25, inciso IV, *a,* e 29, incisos VIII e IX, da Lei nº 8.625/93; artigos 1º, *caput*; 2º; 3º; 4º; 11, II; 12, III, da Lei nº 8.429/92; e artigos 294 e seguintes do Código de Processo Civil, pelas razões de fato e de direito adiante expostas, vem perante Vossa Excelência, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos, ajuizar a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CUMULADA COM PRETENSÕES DE RESSARCIMENTO POR DANOS MATERIAIS E POR DANOS MORAIS COLETIVOS

em face de **LUIZ FERNANDO DE SOUZA**, Governador do Estado do Rio de Janeiro, brasileiro, casado, inscrito no CPF sob o nº 569.211.957-91, com endereço no Palácio Guanabara - Rua Pinheiro Machado s/n, Laranjeiras, Rio de Janeiro.

DOS FATOS:

O **Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, por sua Chefia Institucional, instaurou o inquérito civil público nº 2017.00190594, a partir de representação encaminhada pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Saúde da Capital, a fim de apurar eventual ato de improbidade administrativa por parte do Governador do Estado do Rio de Janeiro, consistente no descumprimento de obrigação constitucional de aplicação, pelo ente público estadual, do percentual mínimo de 12% (doze por cento) da arrecadação no custeio das ações e serviços públicos de saúde, no exercício de 2016, na forma do artigo 198, parágrafo 2º, inciso II, da Carta Maior e artigo 6º da Lei Complementar nº 141/2012 e ainda de contabilização, naquele percentual, de despesas fora dos limites de disponibilidade de caixa do Fundo Estadual de Saúde, em violação ao artigo 24 desse último diploma legal.

Book_RMP-70.indb 299 05/06/2019 11:51:35

A portaria inicial foi instruída com a referida representação, acompanhada de documentação enviada pela Secretaria Estadual de Saúde ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde, a qual, instada a esclarecer certos fatos que poderiam consistir em irregularidades na área de saúde, informou, em síntese, que (1) os recursos destinados às ações e serviços públicos de saúde referentes ao exercício financeiro de 2016 foram apenas parcialmente repassados ao Fundo Estadual de Saúde, sem que atingissem o percentual mínimo exigido em lei, (2) que a totalidade das despesas com ações e serviços públicos de saúde prestados pelo Estado do Rio de Janeiro não foi financiada integralmente com recursos movimentados por meio do Fundo Estadual de Saúde (FES), (3) que a determinação nº 49 do TCE, vigente à época, que obrigava o Estado do Rio de Janeiro a constituir o Fundo Estadual de Saúde como unidade orçamentária para movimentação de todos os recursos destinados a ações e serviços públicos de saúde, descentralizando a execução de despesas apenas quando necessário, somente começou a ser atendida em julho de 2016, (4) os repasses de verbas da Secretaria de Fazenda Estadual ao Fundo Estadual de Saúde não ocorreram com periodicidade regular, (5) o Estado do Rio de Janeiro adotava como prática contábil incluir as despesas com ações e serviços públicos de saúde liquidadas e não pagas no cálculo de perfazimento do percentual de repasse mínimo previsto no art. 6º da LC nº 141/2012.

Por fim, no tocante ao serviço ofertado diretamente nas unidades, reconheceu expressamente que algumas unidades da Secretaria de Estado de Saúde estavam operando com "*evidente redução de atividades e suspensão de alguns serviços*" e as obrigações financeiras assumidas em inúmeros contratos firmados com organizações sociais (hospitais e unidades de pronto atendimento) e em contratos de serviços diversos (apoio administrativo, limpeza, vigilância e outros) não vinham sendo cumpridas pelo Estado do Rio de Janeiro, o que colocou em risco a continuidade dos serviços ofertados à população. Noticiou, ainda, que ao longo do primeiro semestre do ano de 2016 ocorreu limitação no fornecimento de material hospitalar e medicamentos em razão da falta de repasses periódicos e mensais das cotas previstas no art. 6º da Lei Complementar nº 141/2012 ao Fundo Estadual de Saúde pela Fazenda Estadual.

Paralelamente, para acompanhar o repasse e a respectiva periodicidade dos recursos públicos na área da saúde no exercício de 2016, munida do mesmo documento, a 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Saúde da Capital já havia instaurado o inquérito civil nº 025/2016, no bojo do qual foi expedida a Recomendação nº 06/2016[1], dotada dos seguintes termos:

> 1. Que, ao final do ano de 2016 – assim como ao final de cada subsequente ano –, seja complementado o percentual das verbas constitucionalmente vinculadas a ações e serviços públicos de saúde para que se alcance o total anual de aplicação nestas

[1] Fls. 131/134 do IC nº 25/2016 (MPRJ nº 2017.00190594) oferecido em anexo.

Book_RMP-70.indb 300 05/06/2019 11:51:35

> despesas o correspondente a percentual de 12% das receitas elegíveis arrecadadas ao longo do respectivo ano, nos termos do art. 198, §2º, II e §3º da CRFB/88 c/c art. 6º da LC nº 141/2012.
>
> 2. Que considere, para fins de cálculo dos 12% das receitas elegíveis a serem aplicados anualmente em ações e serviços públicos de saúde, apenas as despesas (I) pagas ou (II) empenhadas e não liquidadas, inscritas em Restos a Pagar até o limite das disponibilidades de caixa ao final do exercício, consolidadas no Fundo de Saúde, conforme previsto no art. 24 da LC nº 141/2012, se abstendo de considerar aquelas despesas que forem liquidadas e não pagas, quando não houver disponibilidade de caixa ao final do exercício consolidadas no Fundo de Saúde, por ausência de previsão legal para tanto.

Findo o exercício financeiro, restou apurado no inquérito civil que instrui a presente que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro recomendou a rejeição das contas do Governo do Estado no ano de 2016[2]. Um dos fundamentos de tal posicionamento foi a inobservância do governante em relação às normas jurídicas concernentes ao custeio da saúde, pontuando irregularidades e traçando determinações para resolução de tais questões. Destacamos as seguintes, entre outras:

> IRREGULARIDADE nº 01 (item 6.3.4.6)
>
> *O Governo do ERJ aplicou somente 10,42% das receitas de impostos e transferências de impostos em Ações e Serviços Públicos de Saúde, não cumprindo o limite mínimo de 12%* estabelecido no art. 6º da Lei Complementar Federal nº 141/12 c/c o inciso II, §2º, artigo 198 da Constituição Federal.
>
> DETERMINAÇÃO nº 01
>
> Órgãos envolvidos: Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento, à Secretaria de Estado de Saúde e Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico. O montante de R$574.932.783, corresponde à diferença entre o percentual aplicado e o mínimo previsto da Lei Complementar Federal nº 141/12, deverá ser acrescido ao montante mínimo a ser aplicado em 2017, conforme determina o artigo 25 do mesmo diploma legal.

[2] Por meio do procedimento administrativo TCE-RJ nº 101.576-6/17. Trechos específicos sobre gastos relacionados à área da Saúde constam às fls. 272/283 dos autos principais e 272 do anexo do Inquérito Civil ora apresentado. *Vide* ainda fls. 296/301 dos autos principais do IC.

Book_RMP-70.indb 301 05/06/2019 11:51:35

Sem prejuízo do apontado, ainda restou verificado que:

> IRREGULARIDADE nº 02 (item 6.3.5)
>
> *Realização de despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde financiadas com recursos não movimentados por meio do Fundo Estadual de Saúde*, descumprindo o disposto no parágrafo único do art. 2º c/c artigos 14 e 16, todos da LCF nº 141/12, *o que contribuiu para o não atendimento do limite mínimo para gastos com saúde*, estabelecido no artigo 6º da referida norma.
>
> DETERMINAÇÃO nº 02
>
> Órgãos envolvidos: Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento e Secretaria de Estado de Saúde.
>
> Movimentar todos os recursos destinados a Ações e Serviços Públicos de Saúde por intermédio da Unidade Orçamentária (Fundo Estadual de Saúde), descentralizando apenas a execução de despesa, quando necessário, conforme disposto no parágrafo único do artigo 2º c/c artigos 14 e 16, todos da LCF nº 141/12.

Em entendimento análogo, o Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado apontou, entre outras, a seguinte irregularidade:

> IRREGULARIDADE nº 03
>
> *Realização de despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde financiadas com recursos não movimentados por meio do Fundo Estadual de Saúde*, descumprindo o disposto no parágrafo único do artigo 2º c/c artigos 14 e 16 da LCF nº 141/12.

Assim, a Corte de Contas, como não poderia deixar de ser, reconhecendo ilegalidades na gestão dos recursos públicos da saúde – entre outros –, emitiu parecer prévio contrário à aprovação das contas de governo dos ocupantes dos cargos de chefes do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, referentes ao ano de 2016, levando em conta, entre outras irregularidades, a não aplicação do percentual mínimo de 12% do total de impostos e transferências elencadas no artigo 6º da Lei Complementar nº 141/12, além do fato de as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pelo Estado não terem sido financiadas com recursos integralmente movimentados por meio do Fundo Estadual de Saúde, contrariando o disposto no parágrafo único do art. 2º, em combinação com os artigos 14 e 16 da Lei Complementar nº 141/12.

Book_RMP-70.indb 302 05/06/2019 11:51:35

DAS IRREGULARIDADES PONTUADAS:

1. Da Deliberada Não Aplicação do Percentual Mínimo Legal

Conforme devidamente apurado pelo Tribunal de Contas do Estado, uma das instâncias competentes para o controle externo da regularidade dos atos administrativos do Estado do Rio de Janeiro, no exercício de 2016, repetindo prática adotada em anos anteriores, deliberadamente, omitiu-se, deixando de atender ao comando expresso do artigo 6º da Lei Complementar nº 141/2012, a seguir transcrito:

> Os Estados e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo 12 (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea *a* do inciso I e o inciso II do artigo 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios.

Após o somatório de todas as parcelas devidas que compõem a base de cálculo para a apuração do percentual mínimo de 12% (doze por cento), discriminadas no preceito acima, o Tribunal de Contas do Estado chegou ao montante de R$ 36.277.278.923,00 (trinta e seis bilhões, duzentos e setenta e sete milhões, duzentos e setenta e oito mil, novecentos e vinte e três reais), ao qual, aplicado o percentual de 12%, obtemos a importância de R$ 4.353.273.471,00 (quatro bilhões, trezentos e cinquenta e três milhões, duzentos e setenta e três mil, quatrocentos e setenta e um reais). Essa quantia corresponde ao mínimo que deveria ser empregado nos gastos com as ações e serviços públicos de saúde no exercício de 2016.

Entretanto, foram repassados regularmente à saúde R$ 3.778.340.733 (três bilhões, setecentos e setenta e oito milhões, trezentos e quarenta mil, setecentos e trinta e três reais), conforme apurado pela Corte de Contas, a qual, guiando-se pelos parâmetros ditados pelos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 141/2012, analisou individualizadamente, entre as rubricas lançadas pelo Estado do Rio de Janeiro, aquelas que poderiam constar no rol de despesas devidas para os fins constitucionais, principalmente por atenderem aos princípios norteadores da política de saúde, quais sejam, da universalidade, da gratuidade e da prestação igualitária do serviço. Assim, foram desconsideradas pelo Tribunal de Contas do Estado despesas cuja fonte de custeio foi diversa daquela legalmente admitida, além daquelas cujos empenhos não encontravam adequação na tipificação legal das ações e serviços públicos de saúde e das despesas intraorçamentárias, quando constatada duplicidade de inscrição para fins de inclusão no percentual devido. Exemplo clássico da última hipótese é quando ocorre a transferência de verba para uma Fundação, que presta o serviço, e a despesa respectiva é lançada como proveniente tanto pela Administração Direta, como pela entidade fundacional.

Book_RMP-70.indb 303 05/06/2019 11:51:35

Referido valor, qual seja: R$ 3.778.340.733,00, corresponde a 10,42% da base de cálculo, percentual esse, portanto, inferior ao mínimo legal exigido, remanescendo a importância de R$ 574.932.738,00 (quinhentos e setenta e quatro milhões, novecentos e trinta e dois mil, setecentos e trinta e oito reais) que deixou de ser empregada na saúde no exercício de 2016, o que implica a aplicação irregular de verba e na omissão de ato de ofício por parte do Governante do Estado do Rio de Janeiro.

Segue abaixo quadro gráfico sistematizando as informações acima, extraído de fl. 417 do Anexo 1 do inquérito civil que instrui a presente ação, e oriundo do procedimento TCE/RJ 101.576-6/17:

Despesas com Saúde não computadas para fins de apuração do percentual mínimo	Liquidadas no exercício	Inscritas em Restos a Pagar Não Processados
(I) Despesas executadas na função Saúde e custeadas com recursos das fontes 100, 122 e 223	4.117.224.622	-
(II) Total das despesas com Saúde não computadas	338.883.889	-
Despesas com grupo específico de agentes públicos	18.593	-
Juros, multas e demais encargos (subelemento 33903992)	348.543	-
Juros e multas INSS atraso s/folha de pessoal (subelemento 31901308)	13.363.734	-
Despesas com restituições (subelemento 33909302)	20.258	-
Despesas com juros e multas - FGTS	558.595	-
Auxilio natalidade inativos (33900807)	17.873	-
Despesa com multas de juros locação imóvel	6.102	-
Pensões especiais (subelemento 33905901)	4.896	-
Despesas intraorçamentárias c/ transf. p/ Fundação (subelemento 33913952)	324.545.295	-
Total das despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde (III) = (I - II)	3.778.340.733	
Total das receitas para apuração da aplicação em Ações e Serviços Públicos de Saúde (IV)	36.277.278.923	
Percentual de aplicação em Ações e Serviços Públicos de Saúde sobre a receita de impostos líquida e transferências constitucionais e legais (V=III/IVx 100) - Limite Constitucional 12%	10,42%	
Valor referente à diferença entre o valor executado e o limite mínimo constitucional (VI=IV*0,12-III)	574.932.738	

Fonte: SIAFE-Rio. Valores acumulados até dez/16.

Book_RMP-70.indb 304 05/06/2019 11:51:35

A título de explicação, vale destacar que a terceira linha, intitulada *Total das despesas com Saúde não computadas,* refere-se a itens não computados pelo TCE como despesas válidas, vez que não se encontram entre as ações e serviços públicos de saúde, tipificados em lei para esse fim, conforme já explanado. Todavia, esses valores não correspondem com exatidão aos cálculos elaborados pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, conforme informa o próprio ente em documento acostado às fls. 164, 314 e 324 do IC respectivo.

Segundo os cálculos apresentados pelo próprio Poder Executivo estadual, através do Relatório de Gestão Fiscal de 2016[3], também resta evidenciada a insuficiência dos repasses dos valores destinados às ações e serviços de saúde – fato que vem ocorrendo desde o ano de 2014, abrangendo outros anos da gestão do ora demandado.

Tal documento aponta que teria sido aplicado nas ações e serviços públicos de saúde apenas o percentual de 10,35% sobre a base de cálculo, ou seja, patamar ainda inferior ao detectado pelo Tribunal de Contas do Estado, evidenciando de forma mais acentuada a voluntariedade quanto ao descumprimento dos comandos normativos que prescrevem a matéria.

Segue a planilha de cálculos respectiva, constante de fl. 165 do IC que acompanha a presente:

SAÚDE				
RECEITAS CONSIDERADAS PARA FINS DE LIMITE CONSTITUCIONAL	R$ (A)	R$ (B)	R$ (C)	% (B/A)
DESCRIÇÃO	RECEITA PREVISTA	RECEITA ARRECADADA	DIFERENÇA (B - A)	ARRECADADA / PREVISTA
(+) Impostos (IRRF + IPVA + ITCMD + FECP + ICMS + ICM)	42.617.743.809,31	42.558.115.537,50	-59.628.271,81	99,86
(+) Transferências Recebidas (FPE + IPI + Lei Comp. 87/96)	2.150.951.079,99	2.341.631.396,99	190.680.317,00	108,86
(+) Dívida Ativa dos repectivos Impostos	328.394.702,57	338.524.666,57	10.129.964,00	103,08
(+) Receitas de multas ref. a Impostos e Dívida Ativa	660.925.156,03	689.413.911,84	28.488.755,81	104,31
(-) Transf. Aos Municípios (IPVA + ICMS + ICM + IPI + Dívida Ativa)	-9.701.461.804,10	-9.650.406.590,08	51.055.214,02	99,47
TOTAL - BASE DE CÁLCULO	36.056.552.943,80	36.277.278.922,82	220.725.979,02	100,61
VALOR A SER APLICADO EM SAÚDE (12% DA RECEITA ARRECADADA) TOTAL COLUNA (B) x 12% (I)				4.353.273.478,74

[3] Publicado no Diário Oficial de 15/02/2017 e Republicado em 27/03/2017. Disponível no site da Controladoria Geral do Estado: <http://www.cge.fazenda.rj.gov.br/cge/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigationrenderer.jspx?_afrLoop=1764235555490166&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC303719&_adf.ctrl-state=oy5jusza3_9>.

Book_RMP-70.indb 305 05/06/2019 11:51:35

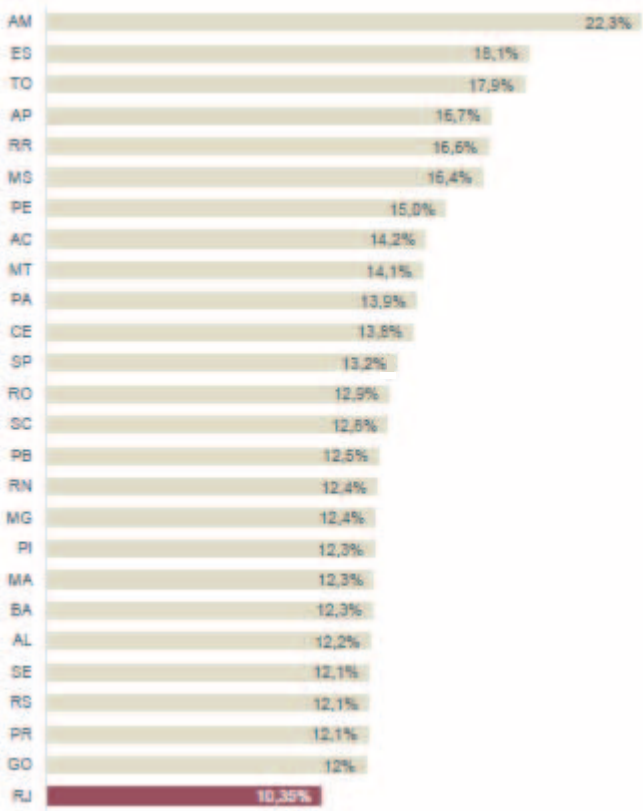
VALORES APLICADOS EM SAÚDE FUNÇÃO 10	DOTAÇÃO ATUAL	DESPESA AUTORIZADA	DESPESA EMPENHADA	DESPESA EMPENHADA	DESPESA PAGA
(+) Fonte 100 - Ordinários Provenientes de Impostos	2.167.403.528,65	2.167.403.528,41	1.886.794.640,37	1.886.794.640,37	964.755.675,73
(+) Fonte 107 - Transferências Constitucionais Provenientes de Impostos	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
(+) Fonte 122 - Adicional do ICMS - FECP	2.261.369.843,64	2.242.453.137,14	1.905.884.686,08	1.905.884.686,08	884.584.916,95
(+) Fonte 223 - Contratos Intraorçamentários Gestão de Saúde	676.427.709,00	402.091.165,00	324.545.295,47	324.545.295,47	225.602.147,02
(-) Despesa no PT 2907 - Operacionalização da Farmácia Popular	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
(-) Despesa no PT 2778 - Proteção Especial ao Usuário de Drogas	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
(-) Despesa no PT 2908 - Promoção de Alimentação Saudável	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
(-) Despesa no PT 4009 - Prot. Espec. à Criança e Adolesc. Dep. Químico	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
(-) Despesa com o Rio Previdência (UGE 1234_)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
(-) Despesa referente ao IASERJ (U.O. 2931)	24.213.687,62	24.213.687,62	24.213.680,52	24.213.680,52	23.173.648,39
(-) Despesa com Juros e Encargos da Dívida (32%)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
(-) Encargos com Multas/Juros INSS - Pessoal (31901308)	0,00	0,00	13.357.729,89	13.357.729,89	738.603,53
(-) Encargos com Multas/Juros-Impostos (33903992 e 33904723)	0,00	0,00	348.543,38	348.543,38	222.684,17
(-) Despesa Intra-Orçamentária referente à Gestão de Serviços de Saúde (33913930)	0,00	0,00	324.545.295,47	324.545.295,47	203.047.637,05
(-) Despesas com Restituições (33909302 e 44909302)	0,00	0,00	20.257,77	20.257,77	2.822,55
(-) Restos a Pagar Não Processados Cancelados	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
VALOR TOTAL DESTINADO A APLICAÇÃO EM SAÚDE (II)	5.080.987.393,67	4.787.734.142,93	3.754.739.114,89	3.754.739.114,89	1.847.747.344,01
ÍNDICE ALCANÇADO (Total da Despesa Considerada / Total da Receita Arrecadada)			10,35	10,35	5,09
Excesso de aplicação - valor aplicado em SAÚDE, acima da meta estipulada (II - I)			0,00	0,00	0,00
Diferença - valor restante a ser aplicado em SAÚDE para obtenção Índice de 12% (I - II)			598.534.355,85	598.534.355,85	2.505.516.126,73

A divergência se deve a um único fator: enquanto que o Estado do Rio de Janeiro glosou para efeitos de obtenção do percentual empregado as despesas concernentes ao IASERJ (Instituto de Assistência dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro), no montante de R$ 24.213.680,00 (vinte e quatro milhões, duzentos e treze mil, seiscentos e oitenta reais), considerando-a não elegível, o Tribunal de Contas do Estado entendeu que as mesmas deveriam ser regularmente incluídas, uma vez que atendiam ao teor dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 141/2012, fato diagnosticado após a realização de auditoria governamental de conformidade (Processo TEC-RJ nº 104.771-7/16).

Oportuno consignar que tanto a adoção do percentual obtido pelo TCE, como aquele registrado pelo próprio Poder Executivo Estadual, permite a inferência de que o Rio de Janeiro apresentou em 2016 o menor percentual de aplicação em recursos na área de Saúde entre todos os Estados da Federação, conforme gráfico abaixo[4]:

[4] Extraído de relatório preliminar da 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde Capital (juntado às fls. 344 e seguintes do IC em anexo). *Ranking* dos Estados em função da aplicação mínima de 12% da receita anual em ASPS (2016). Fonte: Dados do SIOPS (https://goo.gl/ZLWDej). Obs.: Os dados não levam em conta a disponibilidade de caixa ou o depósito dessa disponibilidade em conta bancária vinculada exclusivamente ao Fundo de Saúde.

Book_RMP-70.indb 306 05/06/2019 11:51:36



Tal fato, *reconhecido expressamente* pelo demandado no bojo da investigação, por si só, já evidencia a violação ao dever de observância ao princípio da legalidade – pedra angular de um Estado Democrático de Direito, instalado na Constituição da República –, além dos demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública, por parte do Chefe do Poder Executivo estadual, ao deixar de praticar, indevidamente, atos de ofício, em relação aos quais foi repetidamente alertado, bem como ter influenciado para aplicação irregular de verba, dado o seu poder de decisão.

Assim, no tocante às irregularidades imputadas, bastaria que nosso relato finalizasse nesse exato ponto que a prática de ato de improbidade já estaria plenamente configurada.

Todavia, para fins exclusivos de aplicação da proporcionalidade da sanção ao demandado, com a esperada procedência do pedido, não podemos deixar de consignar que a metodologia utilizada pelo TCE, sob a ótica ministerial, merece uma pontuação: o método de cálculo para o alcance do percentual devido empregado

Book_RMP-70.indb 307 05/06/2019 11:51:36

por essa Corte desconsidera a disposição expressa da LC nº 141/2012, que, em seu artigo 24, inciso II, veda sejam computadas despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em restos a pagar ao final do exercício financeiro, que excedam os limites de disponibilidade de caixa do Fundo Estadual de Saúde. Como será melhor detalhado no tópico abaixo, a integralidade dos recursos da saúde deve ser operacionalizada via Fundo Estadual de Saúde na forma da Lei Complementar nº 141/2012.

Esses são os termos do preceito legal mencionado:

> Art. 24. Para efeito de cálculo dos recursos mínimos a que se refere esta Lei Complementar, serão consideradas:
>
> I – as despesas liquidadas e pagas no exercício; e
>
> II – as despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em Restos a *Pagar até o limite das disponibilidades de caixa* ao final do exercício, consolidadas no *Fundo de Saúde*.
>
> §1º A disponibilidade de caixa vinculada aos Restos a Pagar, considerados para fins do mínimo na forma do inciso II do *caput* e posteriormente cancelados ou prescritos, deverá ser, necessariamente, aplicada em ações e serviços públicos de saúde.

Com efeito, para os fins de atendimento do percentual obrigatório mínimo de 12%, *o cômputo* de despesas empenhadas e/ou liquidadas, mas não pagas, em tese, incluídas como restos a pagar para o ano seguinte, *somente é permitido* se houver disponibilidade de caixa no *Fundo Estadual de Saúde*. *In casu*, essa condicionante normativa não se verificou, vez que, para alcançar o percentual de 10,42% apresentado, o Estado do Rio de Janeiro computou despesas empenhadas e liquidadas, sem que houvesse a correspondente disponibilidade de caixa no aludido fundo, o que afronta diretamente o art. 24 da Lei Complementar nº 141/2012. Desse modo, o ato de computar esses valores, sem o atendimento de todos os requisitos legais, parece-nos, merece uma reflexão mais aprofundada.

Ainda que tenhamos presente que a metodologia utilizada pelo TCE para obter o percentual de 10,42 tenha concedido maior ênfase à liquidação do que à existência de verba em caixa para a realização do respectivo pagamento, justamente por aquela trazer ínsita a inferência de que a coletividade usufruiu o serviço, a Corte de Contas deixou de considerar em sua apuração um dado constante em norma expressa, repita-se, a necessária disponibilidade de recursos no caixa do Fundo Estadual de Saúde de valor referente à soma dos valores liquidados e não pagos, a fim de evitar que o Estado assuma compromissos que não possa eventualmente quitar, deixando de adimplir obrigações assumidas com credores, cuja prestação do respectivo serviço ou entrega de material já tenha sido devidamente certificada, mediante o processo de liquidação.

A própria lei exige que, para computar os valores empenhados, deve haver disponibilidade de caixa no Fundo Estadual de Saúde. Por razões ainda mais óbvias,

Book_RMP-70.indb 308 05/06/2019 11:51:36

igual procedimento deve ser adotado com a liquidação já efetivada, vez que a possibilidade de frustrar credores é ainda mais elevada, com maiores afrontas às orientações que regem o sistema contábil e financeiro, arquitetado de modo a que as obrigações sejam honradas, preservando-se o equilíbrio das contas públicas.

O Tribunal de Contas do Estado, ao não verificar disponibilidade, adotou metodologia que reclama aprimoramentos. Não basta que a população usufrua das ações e serviços concretizadores do direito fundamental em tela. Para a regularidade das respectivas finanças e, consequentemente, do *sistema de saúde* – que envolve não apenas prestação, mas também regularidade orçamentária –, é necessário que haja a disponibilidade financeira alocada no Fundo Estadual de Saúde. O Tribunal de Contas do Estado, ao optar pelo método empregado, não focou suas atenções na análise da regularidade orçamentária, apenas conferindo relevância para a prestação de serviço. Ainda que a saúde seja um direito fundamental, que reclama realização contínua e progressiva, ao Tribunal de Contas do Estado não cabe minorar a relevância do aspecto formal orçamentário das verbas públicas, o qual, em última análise, é dotado de um viés garantista da concretização do direito. Se controlarmos melhor a verba pública que deve ser empregada para a realização de um direito, ampliamos potencialmente os meios garantistas que a resguardam, fazendo com que o serviço seja desfrutado pelos cidadãos de modo amplificado em quantidade e qualidade.

Considerando todo o sofisticado e sistêmico complexo normativo instituído para a gestão da política pública de saúde, a lei, sabiamente, determinou que os recursos a serem operacionalizados na execução das ações e serviços normativamente tipificados deveriam constar no caixa do Fundo Estadual de Saúde, que é a unidade orçamentária própria para gerir toda a verba da saúde. A gestão eficiente apenas se completa quando, concomitantemente, a execução é promovida da forma adequada e as manobras de natureza contábil e orçamentária são efetivadas em consonância com as regras que a subordinam.

Nesse particular, ingressando nos valores, cabe destacar que as despesas empenhadas, liquidadas e pagas no exercício de 2016, agora nos guiando pelo relatório da Contadoria Geral do Estado, cujo quadro gráfico foi retratado à fl. 9, o total de R$ 1.847.757.344,01 (um bilhão, oitocentos e quarenta e sete milhões, setecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e quarenta e quatro reais e um centavo), o qual, adicionado ao valor de R$ 23.173.648,39 (vinte e três milhões, cento e setenta e três mil, seiscentos e quarenta e oito reais e trinta e nove centavos) referentes aos gastos pagos com o IASERJ, indevidamente excluídos do cômputo geral, temos o total de R$ 1.870.930.992,70 (um bilhão, oitocentos e setenta milhões, novecentos e trinta mil, novecentos e noventa e dois reais e setenta centavos). Essa quantia foi regularmente empenhada, liquidada e paga pelo Estado do Rio de Janeiro no exercício de 2016.

Mas, paralelamente, para efeito de obtenção do percentual empregado, foram também computadas pelo Tribunal de Contas do Estado – e igualmente pela Contadoria Geral do Estado – as despesas empenhadas e liquidadas, mas não pagas, que somam R$ 1.907.409.740,30 (um bilhão, novecentos e sete milhões, quatrocentos e nove mil,

Book_RMP-70.indb 309 05/06/2019 11:51:36

setecentos e quarenta reais e trinta centavos). Essa quantia correspondente à diferença entre o montante total apurado como aquele regularmente empregado (correspondente a 10,42%, ou seja, R$ 3.778.340.733,00) e o total dos valores empenhados, liquidados e pagos (R$ 1.870.930.992,70). No tocante a eventuais despesas empenhadas, não liquidadas, com disponibilidade no caixa do Fundo Estadual de Saúde, na forma do artigo 24, inciso II, da Lei Complementar nº 141/2012, nada foi acrescido, já que restou apurado que no exercício de 2016 não houve a inscrição de restos a pagar de despesas empenhadas e não liquidadas. Isto porque todas as despesas empenhadas no período na área da saúde foram respectivamente liquidadas.

Paralelamente, no final do exercício financeiro de 2016, o Fundo Estadual de Saúde, repita-se, unidade orçamentária competente para gerir os recursos financeiros da saúde, não dispunha de nenhuma importância em seu caixa, conforme dado extraído do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde[5].

Quadro D - Cálculo das Despesas Próprias em Ações e Serviços Públicos de Saúde, Conforme LC 141/2012

Itens	Cálculo das Despesas Próprias em Ações e Serv. Pub. de Saúde
Despesas com recursos de Impostos e Transferências Const. e Legais (XVIII)*	3.754.739.114,89
(-) RP's não processados inscritos em 2016 sem disponibilidade financeira (XIX)	0,00
Disponibilidade Financeira em Saúde - 2016	0,00
Restos a Pagar Não Processados Inscritos em Saúde - 2016	0,00
(-) Despesas Custeadas com Disponibilidade de Caixa Vinculada aos Restos a Pagar Cancelados (XX)	0,00
(-) Despesas Custeadas com Recursos Vinculados à Parcela do Percentual Mínimo que não foi Aplicada em ASPS** em Exercícios Anteriores (XXI)	0,00
(=)Despesas com Recursos Próprios por Fonte (XXII = XVIII - XIX - XX - XXI)	3.754.739.114,89
% de Recursos Próprios aplicados em Saúde por Fonte (XXIII = XXII / IV)	10,35
Despesa mínima a ser aplicada em ASPS** (XXIV = IV x 12% LC 141)	4.353.273.470,74
Despesa mínima a ser aplicada em ASPS (XXV = IV x % Lei Orgânica ou Constituições)	N/A
Despesa mínima a ser aplicada em ASPS (XXVI)	4.353.273.470,74
Limite não cumprido (XXVII)	-598.534.355,85

(*) Informado na pasta de Despesa por Fonte e Restos a Pagar
(**) ASPS: Ações e Serviços Públicos em Saúde
1) O Percentual (%) na coluna "Cálculo da Desp Própria em Ações e Serv. Púb. De Saúde" é calculado da seguinte forma: linha "(=) Despesas com Recursos Próprios (XXII = XVIII - XIX - XX - XXI)" / "Receitas de Impostos e Transferências Constitucionais e Legais Vinculadas à Saúde (IV = I + II + III)" X 100.

Quadro E: Execução de Restos a Pagar não Processados Inscritos com Disponibilidade de Caixa

Exercício	INSCRITOS	CANCELADOS/PRESCRITOS	DISPONIBILIDADE DE CAIXA (EXCLUIDOS OS RP's INSCRITOS EX. ANTERIORES)	CANCELADOS/PRESCRITOS COM DISPONIBILIDADE FINANCEIRA	PAGOS	A PAGAR
Inscritos em 2016	0,00	N/A	0,00	N/A	N/A	N/A
Inscritos em 2015	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Inscritos em 2014	0,00	1.555.144,77	0,00	0,00	0,00	0,00
Inscritos em 2013	3.297.823,98	310.088,56	1.242.733.099,62	310.088,56	2.987.735,42	0,00
Inscritos em 2012	122.651,65	25.272,20	652.877.300,88	25.272,20	95.734,27	1.645,18
Total	3.420.475,63	1.890.505,53	1.895.610.400,70	335.360,76	3.083.469,69	1.645,18

QUADRO F: Parcela de restos a pagar não processados considerada para o percentual mínimo em ASPS*

Exercício	Despesa aplicada com recursos próprios	Despesa mínima a ser aplicada com recursos próprios	Saldo	Disponibilidade de Caixa (EXCLUÍDOS OS RP's INSCRITOS EX. ANTERIORES)	RP's Não Processados	RP's Não Processados com disponibilidade de caixa	Parcela de RP's considerada no percentual mínimo
Inscritos em 2016	3.754.739.114,89	4.353.273.470,74	-598.534.355,85	0,00	0,00	0,00	0,00
Inscritos em 2015	4.280.290.815,85	4.162.646.083,86	117.644.731,99	0,00	0,00	0,00	0,00
Inscritos em 2014	4.086.378.780,13	4.065.233.322,62	21.145.457,51	0,00	5.340.624,46	0,00	0,00
Inscritos em 2013	3.913.339.081,02	3.899.610.226,70	13.728.854,32	1.242.733.099,62	3.297.823,98	3.297.823,98	0,00
Inscritos em 2012	3.417.709.019,47	3.389.003.314,06	28.705.705,41	652.877.300,88	122.651,65	122.651,65	0,00
Total	19.452.456.811,36	19.869.766.417,98	-417.309.606,62	1.895.610.400,70	8.761.100,09	3.420.475,63	0,00

(*) ASPS: Ações e Serviços Públicos em Saúde

[5] <http://siops.datasus.gov.br/rel_perc_LC141.php?S=1&UF=33;&Ano=2016&Periodo=2&g=0&e=1>.

Book_RMP-70.indb 310 05/06/2019 11:51:37

Assim, o Fundo Estadual de Saúde, onde devem estar alocados os recursos para pagamento com as despesas das ações e serviços públicos de saúde, *por imperativa exigência legal,* não possuía em caixa recursos financeiros suficientes para arcar com nenhuma das obrigações liquidadas e não pagas, conforme disposição legal.

Diante das pontuações tecidas, orientando-nos pelos preceitos legais que disciplinam a matéria, vistos de forma harmônica, sistêmica e teleológica, temos que o valor de R$ R$ 1.907.409.740,30 (um bilhão, novecentos e sete milhões, quatrocentos e nove mil, setecentos e quarenta reais e trinta centavos), repita-se, referente às despesas empenhadas, liquidadas e não pagas por ausência de disponibilidade no caixa do Fundo Estadual de Saúde, não deveria compreender as despesas elegíveis para a obtenção do percentual aplicado em ações e serviços de saúde no exercício de 2016.

Inferência lógica é que o Estado do Rio de Janeiro teria aplicado na saúde, no exercício de 2016, tão somente o valor de R$ 1.870.930.992,70 (um bilhão, oitocentos e setenta milhões, novecentos e trinta mil, novecentos e noventa e dois reais e setenta centavos), uma vez que é a única parcela que atende ao escopo da legislação que regula essa matéria.

Esse numerário corresponde apenas ao percentual de 42,97% (quarenta e dois por cento e noventa e sete décimos) do valor total que deveria ser empregado pelo Estado do Rio de Janeiro no exercício de 2016, qual seja, percentual mínimo obrigatório de 12% sobre as receitas elegíveis, o qual, recordando, corresponde a R$ 4.353.273.471,00 (quatro bilhões, trezentos e cinquenta e três milhões, duzentos e setenta e três mil, quatrocentos e setenta e um reais). Os demais gastos, como enfatizados, não atendem à integralidade das normas que disciplinam a questão, revelando certa condescendência com práticas destoantes das imposições normativas.

Seguindo essa mesma linha, o Estado do Rio de Janeiro aplicou nas ações e serviços públicos de saúde, no exercício de 2016, o percentual de 5,16% incidentes sobre o somatório das receitas elegíveis para a base de cálculo do montante devido à saúde nos moldes do artigo 6º da Lei Complementar nº 141/2012, o qual, nesse ano base, foi de R$ 36.277.278.923,00 (trinta e seis bilhões, duzentos e setenta e sete milhões, duzentos e setenta e oito mil, novecentos e vinte e três reais), como enunciamos no início dessa peça.

Sendo assim, é de se reconhecer a grave desobediência do demandado aos comandos constitucionais e legais, chegando-se à invariável conclusão de que o repasse dos recursos direcionados a ações e a serviços públicos de saúde se deu muito aquém dos 12% estipulados na Constituição da República, máxime diante da prática de incluir gastos de grande monta na rubrica de restos a pagar, sem o necessário e respectivo lastro financeiro. Vale destacar que as despesas liquidadas sem lastro financeiro no Fundo Estadual de Saúde apresentam valor mais elevado do que aquele correspondente a despesas liquidadas e pagas.

Instado a se manifestar acerca da insuficiência dos repasses, conforme fls. 321/315 do inquérito civil que instrui a presente, *o demandado reconheceu* expressamente que

Book_RMP-70.indb 311 05/06/2019 11:51:37

no ano de 2016 *a adequada execução financeira na área da saúde não se concretizou* e que *não foi atingido o índice constitucional*. O demandado justifica o repasse insuficiente em razão da crise financeira vivenciada pelo Estado do Rio de Janeiro.

No entanto, tal alegação não prospera. Com efeito, mesmo em caso de grave crise financeira, o que ocorre é uma diminuição da arrecadação tributária. A alíquota legal de 12% permanece intacta. Apenas passa, portanto, a incidir sobre uma base de cálculo menor, hipótese em que o valor destinado ao Fundo Estadual de Saúde mostra-se mais reduzido do que a quantia repassada em momentos economicamente mais favoráveis. Tal raciocínio é claro e suportado por mera interpretação normativa estritamente literal. Qualquer exercício hermenêutico diferenciado foge ao texto claro da lei.

O que não cabe, em nenhuma hipótese, é o repasse em alíquota inferior ao limite constitucional e sua ulterior conformação legal, eis que tal conduta representa afronta explícita ao comando normativo estabelecido pelo constituinte, o qual, de modo expresso e inequívoco, priorizou os gastos com a saúde pública em relação a outros gastos públicos, aí compreendidos aqueles referentes a políticas públicas que implementam outros direitos fundamentais sociais. As condições factuais, econômico-financeiras, não possuem o condão de alterar o comando normativo. Elas são passíveis apenas de interferir na maior ou menor qualidade e quantidade do serviço, já que a disponibilidade financeira se altera, ou seja, o montante a ser aplicado se modifica, mas a lei permanece a mesma. Inclusive, de forma proposital, o constituinte adotou como referencial o percentual de receita tributária unicamente, não o conjugando a qualquer outro de natureza conjectural, de modo a proteger com maior grau de efetividade a concretização do direito fundamental à saúde. Dito de outro modo: o direito à saúde é inatingível, não se admitindo transações com normas constitucionais que o resguardam.

É, portanto, estreme de dúvida que o atual Governador do Estado do Rio de Janeiro optou, voluntariamente, por não aplicar o percentual mínimo constitucional de 12% da arrecadação específica do Estado em ações e serviços públicos de saúde, por meio do Fundo Estadual de Saúde, em flagrante e contínua desobediência ao ordenamento jurídico.

Os reflexos de tais omissões e aplicações irregulares de verba pública, recorde-se, proporcionadas conscientemente pelo demandado, são incontáveis. Despesas empenhadas e até mesmo liquidadas, por reiteradas vezes, deixaram de ser objeto de pagamentos a fornecedores ou foram pagas com atraso, fazendo com que os credores encaminhassem inúmeras notificações à Secretaria Estadual de Saúde, conforme registrado às fls. 29/129 dos autos principais do inquérito civil e seu anexo II e, por derradeiro, acarretando a interrupção do fornecimento de medicamentos, insumos e da prestação de serviços de saúde essenciais, redundando no cediço caos do serviço público de saúde prestado pelo Estado do Rio de Janeiro. As doenças se prolongam, se agravam e se proliferam e vidas são ameaçadas ou até mesmo se perdem. Os custos da saúde aumentam, vez que a inadimplência estatal é um fator de risco que será computado pelos concorrentes em futuras licitações públicas.

Book_RMP-70.indb 312 05/06/2019 11:51:37

Tal cenário, por seu turno, gerou a reiterada necessidade de acionamento do Poder Judiciário, seja através da propositura de incontáveis demandas individuais, seja através do ajuizamento de ações civis públicas, sempre com o escopo de obrigar o gestor a cumprir os comandos normativos, garantindo ao usuário do serviço de saúde a prestação de um serviço digno e adequado.

2. Da Deliberada Não Movimentação dos Recursos de Saúde Integralmente pelo Fundo Estadual de Saúde

Os Fundos de Saúde foram instituídos pelo artigo 14 da Lei Complementar nº 141/2012, que assim dispõe:

> Art. 14. O Fundo de Saúde, instituído por lei e mantido em funcionamento pela administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, constituir-se-á em unidade orçamentária e gestora dos recursos destinados a ações e serviços públicos de saúde, ressalvados os recursos repassados diretamente às unidades vinculadas ao Ministério da Saúde.

Além disso, o artigo 2º, parágrafo único, da LC nº 141/2012, cria a obrigatoriedade dos entes federativos financiarem as despesas com ações e serviços públicos de saúde com recursos movimentados por meio dos fundos de saúde nos seguintes termos:

> Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no *caput*, as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde.

Tais previsões normativas possuem lastro constitucional, na medida em que o artigo 198, inciso I, da CRFB/88, prevê a obrigatoriedade das ações e serviços públicos de saúde serem organizados de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, o que se dá com o escopo de assegurar plena efetividade ao direito fundamental à saúde. A movimentação de recursos financeiros através de um fundo específico facilita a organização e a escrituração contábil, possibilitando uma fiscalização mais eficaz dos gastos com a saúde pública, além de atender à exigência quanto à máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Todavia, inobstante a clareza dos comandos explícitos na Lei Complementar nº 141/2012 e de determinações taxativas anteriores da Corte de Contas estadual dirigidas ao Chefe do Poder Executivo, durante todo o exercício de 2016, o Governo do Estado do Rio de Janeiro, capitaneado pelo demandado, distribuiu recursos

Book_RMP-70.indb 313 05/06/2019 11:51:37

financeiros destinados às ações e serviços públicos de saúde para mais de uma unidade orçamentária, sendo apenas uma delas o Fundo Estadual de Saúde. Nesses termos, as movimentações dos insuficientes valores aplicados nas ações e serviços de saúde pelo Estado do Rio de Janeiro, pelo menos até o mês de maio de 2016, não foram feitas por meio de conta exclusiva vinculada ao Fundo Estadual de Saúde, cujo CNPJ é 35.949.791.0001-85. Somente em 11 de maio de 2016 foi criada uma conta específica para referido fundo especial, nº 2720-0, junto à agência 6898-5, do Banco Bradesco, nº 237, conforme esclarecido em ofício SES nº 301/16, acostado às fls. 08 e seguintes do inquérito civil respectivo. Outrossim, pelo que consta em documento de fl. 17, em 07 de julho do mesmo ano, a referida conta teria recebido seu primeiro repasse.

Nesse particular, a Conselheira-Relatora da análise do Processo de Contas do Governo do Estado do Rio de Janeiro, que tramitou no Tribunal de Contas do Estado (nº 101.576-6/17), à fl. 421 do referido procedimento, ao intitular o tópico que analisa a questão de "Unidades orçamentárias responsáveis pelas despesas com Ações e Serviços de Saúde", ou seja, no plural, já denotando a existência de pluralidade de unidades orçamentárias, asseverou:

> Após análise dos empenhos da função "Saúde", custeadas com recursos oriundos das fontes de recurso 100, 122 e 233, verificou-se a realização de despesas com Ações e Serviços de Saúde financiadas com recursos não movimentados pela unidade orçamentária "Fundo Estadual de Saúde", descumprindo o disposto no parágrafo único do artigo 2º em combinação com os artigos 14 e 16, todos da Lei Complementar nº 141/12.

Tal ilegalidade, que restou expressamente admitida pelo Poder Executivo Estadual, como se constata à fl. 09 do Inquérito Civil oferecido em anexo, implicou, ainda, redução da transparência dos gastos em questão e, via de consequência, evidentes dificuldades para viabilizar o controle financeiro e orçamentário eficiente daqueles gastos, sem prejuízo de criar facilidades para o desvirtuamento das verbas para áreas diversas.

O voto acima mencionado também aborda esse ponto, conforme texto extraído de fl. 425:

> Observe-se o presente caso: a aplicação em forma diversa da estabelecida em lei acarreta a necessidade de infindáveis verificações, na busca do montante real das despesas estaduais com saúde. Ademais, acaso não tivessem sido computadas as despesas em unidades que não o Fundo de Saúde, a aplicação a ser considerada em 2016 seria ainda menor. Por certo, a descentralização em referência dificulta a tomada de decisão pelo gestor e o realinhamento de ações às políticas públicas traçadas.

Book_RMP-70.indb 314 05/06/2019 11:51:37

Prossegue a ilustre Conselheira:

> Nas contas em tela, verifica-se que a ausência de gestão dos recursos da saúde unicamente por fundo legalmente constituído para tal fim mostrou sua faceta mais danosa – a de contribuir para o descumprimento do limite mínimo constitucional/legal de aplicação de recursos em ações e serviços de saúde.

Tais observações vão ao encontro das lições ministradas por Weder de Oliveira, na obra *Curso de Responsabilidade Fiscal, volume I, 2013, Ed. Fórum, p.205,* segundo as quais a exigência de instituição do fundo tem como vantagens garantir que a receita seja empregada para viabilizar a realização de objetivos preestabelecidos, descentralizar a execução de um programa de trabalho de determinado gestor, viabilizar melhores avaliações dos resultados obtidos com a execução orçamentária e assegurar que os recursos financeiros destinados às finalidades do fundo e não utilizados num exercício sejam preservados para uso no exercício seguinte.

Conclui-se, portanto, que a ausência de movimentação dos recursos destinados às ações e serviços públicos de saúde exclusivamente através do Fundo Estadual de Saúde, bem como a inexistência de conta bancária do Fundo Estadual de Saúde até a data de 11 de maio de 2016 representam grave afronta aos princípios orientadores da conduta do gestor público, bem como acarretam dano ao patrimônio público, configurando a prática de ato de improbidade administrativa, como será analisado adiante.

DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Das Normas Jurídicas Concernentes à Conformação e Concretização do Direito Fundamental à Saúde

Objetivando conferir plena efetividade ao direito fundamental à saúde – ao qual o Constituinte conferiu aplicabilidade imediata –, mormente no que tange ao artigo 198, parágrafo 2º, inciso II, e parágrafo 3º da Carta Magna, a Lei Complementar nº 141/2012 é clara ao "dispor sobre valores mínimos a serem aplicados anualmente (...) em ações e serviços públicos de saúde" pelos entes federativos, traçando parâmetros imperativos para a descentralização da gestão pública do referido serviço público essencial e definindo o Fundo de Saúde como unidade orçamentária e gestora dos recursos voltados àquela área, de modo a atender à população de forma eficaz no que tange à prestação dos serviços da área da Saúde.

Com efeito, o diploma legal em questão determina:

> Art. 6º. *Os Estados* e o Distrito Federal *aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da*

Book_RMP-70.indb 315 05/06/2019 11:51:37

> *arrecadação* dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, alínea *a* do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. (Grifamos.)
>
> Art. 18. Os recursos do Fundo Nacional de Saúde, destinados a despesas com as ações e serviços públicos de saúde, de custeio e capital, a serem executados pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios *serão transferidos diretamente aos respectivos fundos de saúde, de forma regular e automática*, dispensada a celebração de convênio ou outros instrumentos jurídicos. (Grifamos.)

Observe-se que a aplicação na área da Saúde de valores arrecadados pelo Estado, em percentual mínimo e da forma regulada em lei, tem caráter instrumental e sistemático, ao se constituir uma das ferramentas imprescindíveis para a eficiente implementação da saúde pública. Portanto, a aplicação dos recursos dessa política pública não deve ser analisada isoladamente, sob uma ótica meramente formal, simbólica ou numérica, sem desconsiderar, em paralelo, as interferências na esfera da efetividade e do controle das ações tipificadas em lei como afetas a essa área.

Nessa linha, também inicialmente por força de norma constitucional e em caráter vinculado, os recursos em questão estão sujeitos à movimentação em conta bancária específica – comando amplamente olvidado pelo Governador – de modo a garantir a organicidade e operacionalidade sistêmica da saúde, contempladas na expressão *Sistema Único de Saúde*.

Esta normativa acurada expressa a própria lógica constitucional, exaustivamente estudada pela doutrina, a exemplo dos trechos da obra adiante transcritos:

> O direito à saúde, nos termos do art. 196 da CF, pressupõe que o Estado deve garantir não apenas serviços públicos de promoção e recuperação da saúde, mas adotar ainda políticas econômicas e sociais que melhorem as condições de vida da população, evitando-se, assim, o risco de adoecer.
>
> (...)
>
> Esse novo conceito de saúde considera as suas determinantes e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte etc.) e impõe aos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais e não de atuar sobre eles, fato que cabe ao Governo, como um todo, na formulação de políticas públicas condizentes com a melhoria do modo de vida da população.
>
> (...)

Book_RMP-70.indb 316 05/06/2019 11:51:37

> Desse modo, entendemos que para a melhor compreensão do disposto no art. 196 é preciso desdobrá-lo em duas partes, como mencionado acima:
>
> > a) A primeira de linguagem mais difusa que corresponde a programas sociais e econômicos que visem à redução coletiva de doenças e seus agravos, com melhoria da qualidade de vida do cidadão. Esta primeira parte diz respeito muito mais à qualidade de vida, numa demonstração de que saúde tem conceito amplo que abrange o bem estar individual, social, afetivo, psicológico, familiar etc., e não apenas a prestação de serviços assistenciais; e
> >
> > b) a segunda parte, de dicção mais objetiva, obriga o Estado a manter, na forma do disposto nos arts. 198 e 200 da Constituição e na Lei nº 8.080/90, ações e serviços públicos de saúde que possam promover a saúde e prevenir, de modo mais direto, mediante uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados, os riscos de adoecer (assistência preventiva) e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem (assistência curativa).
>
> (...)
>
> A LC nº 141 ao explicitar o texto constitucional nas duas dimensões do direito à saúde: a primeira que trata das políticas sociais e econômicas (...) e a segunda, que se refere à garantia de ações e serviços de saúde para a promoção, proteção e recuperação da saúde, contribuiu para delimitar o direito à saúde que está no campo do SUS, ainda que tenha interferência com a saúde. É nessa linha de raciocínio que se definem o que são ações e serviços de saúde para efeito de aplicação dos recursos percentuais mínimos da saúde. *Caso contrário poderiam se utilizar os recursos da saúde para a realização de ações e serviços que estão no campo das determinantes e condicionantes da saúde e não nas ações e serviços de promoção, proteção e recuperação, nos termos da segunda parte do art. 196. Avançou a LC nº 141 nesse aspecto.* (SANTOS, Lenir. *SUS e a Lei Complementar nº 141 Comentada*. 2ª ed. Saberes Editora, 2012, p.58.) (Grifamos.)

Com efeito, a essencialidade da escolha de prioridades financeiras pelo legislador com relação às ações e serviços de saúde se traduz nas graves consequências delineadas na própria Lei Complementar nº 141/2012 para as hipóteses de inobservância da regra acerca da aplicação mínima de receita vinculada e que vão muito além da

Book_RMP-70.indb 317 05/06/2019 11:51:37

responsabilização pessoal do gestor público: restrição das transferências devidas pela União aos Estados, passível, inclusive, de intervenção federal (artigo 34, inciso VII, alínea *e*), medida de caráter excepcional, não adotada nos casos de efetividade de outros direitos fundamentais sociais.

Ad cautelam, ressalte-se não haver qualquer possibilidade de se considerar a alocação do percentual mínimo constitucional na área da saúde como um fator à disposição da esfera de conveniência e de oportunidade do gestor, como se o mesmo pudesse relegar tal obrigação constitucional a papel secundário, a ser cumprido quando entender devido, valendo-se de verdadeiro "empréstimo" das verbas da área da saúde para priorizar, ao revés, aportes aleatórios e até mesmo supérfluos em políticas públicas diferentes daquelas que objetivam conferir concretização à saúde pública. A discricionariedade administrativa não alberga a hipótese em comento. Ao contrário, relevante enfatizar que, em termos de saúde, o legislador pátrio vem sendo pródigo na edição de normas conformadoras, deixando poucas escolhas a serem trilhadas pelo gestor. No cenário nacional, trata-se da política pública que contempla maior número de preceitos normativos no tocante ao *modus* de implementação e operacionalização da política. Enquanto em relação a alguns direitos prestacionais, o legislador confere um amplo espectro de conformação ao gestor, tal fato não ocorre na saúde. Se em relação aos detalhamentos não é sempre lícito ao gestor fazer opções – aliás, os espaços são consideravelmente reduzidos, como exposto –, por razão maior não lhe é autorizado transacionar com o percentual mínimo constitucionalmente estipulado.

Assim, carece de arrimo o argumento ensaiado pelo Chefe do Executivo estadual em sua resposta à notificação expedida no bojo do Inquérito Civil em anexo[6], segundo o qual a crise financeira que assola o Estado do Rio de Janeiro é a grande responsável pela queda na arrecadação e consequente cenário de caos nas contas e serviços públicos estaduais, pelo que, discricionariamente, poderia dispor sobre o teor dos mencionados comandos normativos.

A desconstrução de tese defensiva apresentada mostra-se simples: o Constituinte, ao estabelecer um percentual mínimo para aplicação na saúde, e não quantia fixa, já previu o caráter variável do *quantum* proveniente de arrecadação de tributos estaduais, vez que esse é passível de oscilações em razão de cenários econômicos experimentados em diferentes épocas. Portanto, a queda na arrecadação do valor recolhido aos cofres públicos, seja por qual for o motivo, está implicitamente considerada na alíquota constitucional de 12%.

Por fim, ainda que assim não o fosse, a alocação do valor mínimo, na exata forma regulamentada em Lei, depende tão somente da boa vontade administrativa do gestor, que, ao traçar as prioridades, diretrizes e métodos em seu planejamento, deve guardar observância às diretrizes e limitações impostas pelo ordenamento jurídico, principalmente no que toca à área orçamentária, sem olvidar da existência de ações vinculadas, as quais, *in casu*, são dotadas de imperatividade e, por conseguinte,

[6] Fls. 312/335 do IC em anexo.

Book_RMP-70.indb 318 05/06/2019 11:51:37

preferência em relação às discricionárias. Logo, a queda na arrecadação tributária, fruto de crise financeira, não constitui, de forma alguma, óbice para o efetivo cumprimento da normativa em tela.

Ao contrário, o deliberado uso de recursos originalmente destinados à área da saúde para atendimento a setores outros, que não contam com prioridade semelhante, como ocorreu *in casu*, em razão da sobreposição da vontade do Chefe do Poder Executivo sobre o ordenamento jurídico vigente, representou o fator único e decisivo para o não cumprimento dos comandos constitucionais e legais, os quais, recorde-se, não prescrevem qualquer possibilidade de exceção.

É sabido que a gestão eficiente e adequada de recursos públicos, mormente na área da saúde, passa necessariamente por um planejamento estratégico e cuidadoso de suas ações que venha a assegurar a continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais, legitimamente demandados em larga escala pela população. O princípio da eficiência da administração pública, bem como a exigência da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais somente serão atendidos com a observância das normas concernentes ao emprego correto dos recursos públicos em sua integralidade. Nesse particular, vale relembrar, como já ressaltado acima, que uma das características imputadas a qualquer ordenamento jurídico é seu caráter sistêmico: as normas, ainda que autônomas, não representam unidades incomunicáveis, mas interagem com os demais comandos insertos no complexo jurídico, de modo a potencializar as aplicações recíprocas. Há uma interlocução sistêmica necessária entre as normas jurídicas. Nessa linha, somente uma execução orçamentária correta, assentada em leis orçamentárias válidas, é capaz de garantir direitos.

Oportuno destacar que se encontra em foco um direito fundamental social, ao qual, acresça-se, o Constituinte conferiu peso em abstrato mais elevado, se comparado aos demais direitos fundamentais, em virtude do tratamento mais detalhado e rigoroso que o dispensou. Além de já disciplinar em sede constitucional, em grande medida, as providências conformadoras, estabeleceu uma receita vinculada para a concretização do mesmo e permitiu intervenção federal em Estados membros quando não respeitadas as normas de transferência de recursos da saúde. Essas cautelas normativas não foram adotadas de modo semelhante em relação a outros direitos de igual natureza.

Isto porque o direito fundamental à saúde, justamente por ser aquele responsável pela manutenção da vida em seu sentido mais primário, é o que encontra maior proximidade com a dignidade humana, princípio fundamental e pedra angular do nosso Estado Democrático de Direito. Se todos os direitos fundamentais são necessárias projeções da dignidade da pessoa humana, dada às suas múltiplas potencialidades, o direito à saúde constitui uma condição para que a pessoa possa expressar essas intrínsecas potencialidades, tanto em seu ambiente familiar como social e político. Em outras palavras, uma vida digna, seja na esfera privada ou pública, está invariavelmente correlacionada à prestação de saúde eficiente, pelo que o direito fundamental à saúde angaria resplandecência em relação aos demais.

Book_RMP-70.indb 319 05/06/2019 11:51:37

As ilicitudes em comento, brevemente resumidas nos repasses a menor, geraram interrupções abruptas dos serviços públicos essenciais de saúde, incluindo fechamento de unidades de saúde, além de outras consequências trágicas e, por vezes, irreversíveis, ferindo factualmente as exigências jurídicas acima expostas e rompendo gravemente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. Da Prática de Ato de Improbidade Administrativa

Inobstante a clareza normativa e doutrinária a respeito da temática, o Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, em contrariedade a comandos normativos vigentes, não repassou, na quantidade e forma devidas, os valores mínimos para as ações e serviços públicos de saúde no exercício de 2016, conforme se comprova pela análise dos elementos probatórios colhidos no curso das investigações.

Tal conduta do Governante estadual agravou em 2016 o já então açoitado panorama da saúde pública estadual, mormente pela frequente indisponibilidade de medicamentos, insumos, equipamentos e dos mais variados serviços médicos, em afronta à preservação da dignidade da pessoa humana e da vida e saúde dos cidadãos fluminenses. Deixou o gestor de atender a um dever republicano, ao qual se encontrava vinculado, em razão da sua inarredável obrigação de executar escorreitamente os comandos insertos na Constituição e na respectiva legislação conformadora.

Como incontroversamente apurado no inquérito civil que instrui a presente, o demandado, de forma livre e consciente, portanto, propositalmente, adotou a postura ímproba deliberada de descumprir e relegar a segundo plano as normas constitucionais e legais mencionadas, ignorando, assim, os justos anseios dos cidadãos e incorrendo no que dispõem os artigos 10, *caput* e inciso XI; e 11, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.429/92, que serão adiante analisados destacadamente.

2.1. Da Violação Dolosa aos Princípios da Administração Pública: Artigo 11, *Caput* e Inciso II da Lei nº 8429/92

Conveniente iniciar este tópico transcrevendo a respectiva violação perpetrada pelo demandado:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, *legalidade*, e *lealdade às instituições*, e *notadamente:*
>
> (...)
>
> II – retardar ou *deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;*

Book_RMP-70.indb 320 05/06/2019 11:51:37

Visando a criar contornos bem definidos e orientar o Administrador Público, a Constituição da República Brasileira, no *caput* do artigo 37, elencou expressamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como prescrições imperativas a serem aplicadas no exercício da atividade administrativa. Referidos princípios, de caráter supremo, quando relegados, levam à consequência sancionatória insculpida no preceito legal acima, configurando a prática de ato de improbidade administrativa. Com efeito, a conduta do Governador fere frontalmente os postulados administrativo-constitucionais da moralidade, da legalidade e da eficiência, além de caracterizar violação ao dever de lealdade às instituições, tornando a conduta por ele manifestada tipicamente adequada ao modelo normativo acima transcrito.

Vejamos: o princípio da legalidade – ou em sua contemporânea leitura: princípio da juridicidade –, no âmbito da Administração Pública, obriga que os agentes públicos pautem suas condutas a partir dos exatos ditames constantes das normas jurídicas que regulam a matéria em questão. O princípio da legalidade se assenta na máxima segundo a qual ao gestor somente é lícito fazer o que determina a lei, observada a forma preestabelecida, enquanto as relações privadas, diversamente, valem-se do princípio da liberdade: é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

Segundo a clássica lição doutrinária de Hely Lopes Meirelles, o princípio da legalidade significa:

> (...) que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se *à* responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.)

Inferência cristalina, portanto, é que, ao optar voluntariamente por não seguir o comando normativo objetivo, de caráter inquestionavelmente vinculado, diante dos fatos exaustivamente narrados, principalmente da Constituição da República e da Lei Complementar nº 141/2012, o gestor incorreu dolosamente na prática de ato de improbidade administrativa, promovendo a afronta ao princípio e dever de legalidade, alcançando, ainda, uma das modalidades expressas no exemplificativo rol do artigo 11 da Lei nº 8429/92, já que o referido ato de ofício decorre de mandamentos normativos.

O condicionamento decorrente do princípio da legalidade não trata apenas de mera sujeição à lei formal, haja vista que esta, para se revestir de validade, tem, necessariamente, que se subsumir às normas constitucionais e encontrar-se em harmonia com o ordenamento jurídico, visto como um complexo no qual as prescrições são interconectadas, devendo, portanto, ajustar-se à moralidade e à finalidade administrativa.

Nos dizeres de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Book_RMP-70.indb 321 05/06/2019 11:51:37

> A Lei nº 8.429/92, mantendo-se em harmonia com o texto constitucional, não estabeleceu distinção ou hierarquia entre os princípios da legalidade e da moralidade, sendo injurídica a atividade do intérprete que ignore o texto constitucional e a norma que o regulamentou, culminando em concluir que a não adstrição do agente público à lei não configura a improbidade. (...) O princípio da legalidade ganhou maior especificidade, sendo violado, *v.g.*, com a prática de ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I – *nítida hipótese de desvio de finalidade), com a omissão indevida na prática de atos de ofício (inciso II)* (...). (ALVES PACHECO, Rogério; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.210/211.) (Grifamos.)

Nesse particular, oportuno pontuar que a hipótese retrata a afronta à legalidade em matéria de direitos fundamentais – direito fundamental à saúde –, epicentro da ordem constitucional brasileira, já que representam projeções da dignidade da pessoa humana, também princípio de ordem constitucional, do qual emanam comandos imperativos de fazer, não fazer e tolerar, além de dotado de aplicabilidade imediata nos precisos termos do parágrafo 1º do artigo 5º de nossa Lei Maior, cobrando realização imediata. Tal norma, por sua vez, também restou inobservada.

Acerca da imediata observância do comando constitucional, pertinente é a transcrição de julgado do Ministro Celso de Mello:

> O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, *fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.*

Book_RMP-70.indb 322 05/06/2019 11:51:37

> DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (STF. Segunda Turma. AgR no RE nº 271286. AgR/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000) (Grifamos.)

Outrossim, a moralidade administrativa, princípio autônomo de índole constitucional, foi ferido pelo atuar censurável do Chefe do Executivo Estadual. A moralidade administrativa prescreve ao governante rigidez ética em sua conduta, pautando-se por valores concernentes à honestidade, à imparcialidade, à probidade, além da persecução do justo e do bem coletivo, consignados, em grande medida, nas escolhas democráticas alocadas no ordenamento jurídico, cuidando-se, portanto de uma moral objetiva.

Neste sentido, válida a leitura de Matheus Carvalho:

> Esta norma estabelece a obrigatoriedade de observância a padrões éticos de conduta, para que se assegura o exercício da função pública de forma a atender às necessidades coletivas. É importante que, interpretando a Constituição Federal como uma norma posta integrante do ordenamento jurídico nacional, se admita que a atuação em desconformidade aos padrões de moralidade enseja uma violação ao princípio da legalidade, amplamente considerado, por abranger, inclusive os princípios e regras constitucionais. (CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª ed. Editora Juspodivm, 2016, p.67/68.)

Igualmente oportunos os seguintes ensinamentos:

> Quando o administrador público age contrariando as regras de probidade administrativa, também a moralidade administrativa restou prejudicada, desrespeitada, ainda que de forma indireta. Isso ocorre porque o dever da boa administração está ligado ao atendimento à finalidade pública, mas sem flexibilização das normas às quais está submetida a Administração Pública, sob pena de atropelar o ordenamento jurídico. Isto significa que, por mais que

Book_RMP-70.indb 323 05/06/2019 11:51:37

> esteja bem intencionado o administrador, ele não poderá afastar os preceitos do regime jurídico vigente sob o argumento de que os mesmos impedem ou inviabilizam o interesse público. (FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Eficiência Administrativa na Constituição Federal*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001. p.185.)

Assim, constitui uma violação ética, com afronta à moralidade administrativa, o não agir ou o agir em desconformidade com os interesses dos respectivos destinatários últimos dos atos, que, no caso em tela, é o povo fluminense. Há uma conexão incontornável, portanto, entre a moralidade e a legalidade administrativas. A transgressão ao Direito, principalmente quando em causa o bem comum tutelado por normas jurídicas validamente instituídas e, repita-se, de natureza constitucional, traduz-se em uma afronta à moralidade administrativa.

Por sua vez, a eficiência administrativa também restou desguarnecida pelo Governante Estadual. Esse princípio exige que o exercício da atividade administrativa atenda de forma otimizada às missões de interesse coletivo impostas ao Poder Público, promovendo a maior concretização possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, seja para os direitos dos cidadãos, seja para as finanças públicas. Eficiência é produzir bem, de forma eficaz, com adoção de critérios legais e morais, com qualidade e menos gastos. Em suma, a Administração encontra-se obrigada a assegurar a maior efetividade na execução de uma política pública, com o menor custo cabível, cobrando uma análise de economicidade.

No tocante às políticas públicas de saúde, parcela da avaliação acerca de economicidade orçamentária foi democraticamente efetivada pelo Constituinte e pelo legislador conformador ao estipularem um *quantum* mínimo de custo (12% sobre valor arrecadado de tributos especificados) para garantir um desempenho satisfatório do serviço de saúde pública. Deixaram, todavia, espaços para ulteriores verificações de economicidade a serem empregadas na execução da política pública de saúde. Entretanto, ao não empregar o valor mínimo normativamente estipulado, o Governante já rompeu, desde logo, com as exigências da economicidade posta inicialmente pelo Constituinte, comprometendo a eficiência administrativa relativamente a esse ato em si.

Para além, ao pensarmos o princípio da eficiência, não nos deparamos apenas com uma obrigação de meio, na qual nos debruçamos sobre as vias escolhidas para a consecução do resultado normativo, mas também uma obrigação de fim, a qual, para sua integral satisfação, impõe que os resultados obtidos reflitam os comandos normativos, ou seja, que contemplem rentabilidade social. Ao não desempenhar com presteza a função da alocação do recurso mínimo da saúde, temos que o resultado dessa conduta impediu que a máxima que exige a otimização dos resultados pudesse se concretizar. O direito fundamental à saúde, bem comum perquirido e alcançável com o emprego dos recursos devidos, restou desatendido. Como reflexos, o desempenho funcional do Poder Público não se mostrou apto a promover saúde pública adequada aos cidadãos. Somente é eficiente a providência que persegue e concretiza o bem comum.

Book_RMP-70.indb 324 05/06/2019 11:51:37

Nesse sentido, as lições de Ubirajara Costódio sintetizam nossas observações:

> Do exposto até aqui, identifica-se no princípio constitucional da eficiência três ideias: prestabilidade, presteza e economicidade. Prestabilidade, pois o atendimento prestado pela Administração Pública deve ser útil ao cidadão. Presteza porque os agentes públicos devem atender o cidadão com rapidez. Economicidade porquanto a satisfação do cidadão deve ser alcançada do modo menos oneroso possível ao erário público. Tais características dizem respeito quer aos procedimentos quer aos resultados centrados na relação Administração Pública/cidadão. (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública. *In*: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 27, p.210-217, abr./jul. 1999.)

Também acerca do dever de eficiência do administrador Público, leciona Odete Medauar:

> O vocábulo liga-se à ideia de ação para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam às necessidades da população. Eficiência contrapõe-se à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.151.)

O doutrinador Paulo Modesto arremata com presteza o tema:

> Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contraprodutivo, ineficiente.
>
> (...)
>
> Nunca houve autorização constitucional para uma administração pública ineficiente. A boa gestão da coisa pública é obrigação

Book_RMP-70.indb 325 05/06/2019 11:51:38

> inerente a qualquer exercício da função administrativa e deve ser buscada nos limites estabelecidos pela lei. A função administrativa é sempre atividade finalista, exercida em nome e em favor de terceiros, razão pela qual exige legalidade, impessoalidade, moralidade, responsabilidade, publicidade e eficiência dos seus exercentes. O exercício regular da função administrativa, numa democracia representativa, repele não apenas o capricho e o arbítrio, mas também a negligência e a ineficiência, pois ambos violam os interesses tutelados na lei. A atividade de administração, doutrina há décadas GIANINNI, obriga a prossecução da "*miglor cura degli interesi alieni*". (MODESTO, Paulo. *Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/jun./jul., 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/343/notas-para-um-debate-sobre-o-principio-da-eficiencia. Acessado em: 23/02/2018.)

Todavia, o Governante do Estado ainda faltou com o dever de lealdade às instituições nos precisos termos do artigo 11, *caput,* do mesmo diploma normativo. Lealdade é o respeito aos princípios e regras que norteiam a probidade, pelo que, quando aplicada ao setor público, implica necessariamente adoção de opções que sejam conforme os fins institucionais dos entes aos quais o agente está vinculado, que busquem atender aos objetivos visados nos atos institutivos – em sentido lato –, indiscutivelmente subordinados ao bem comum e ao interesse público.

Ser leal é tratar a coisa pública a partir de exigências morais, geri-la com ética, mediante a adoção de condutas que necessariamente estejam conforme o bem comum e as exigências normativas. Ser leal à coisa pública e às instituições que a congregam importa, além de outros deveres, em uma atuação em consonância com os compromissos assumidos ou aquiescidos diante dos preceitos da legalidade. Somente são acobertadas pela lealdade às instituições medidas que busquem e concretizem o bem comum.

Certamente, a postura manifestada pelo Chefe do Executivo, inobservando o repasse devido, não é a que se espera de um gestor público em um Estado construído no modelo republicano, no qual devem os gestores buscar incessantemente o interesse coletivo, que constitui o pano de fundo de sistema normativo democrático inscrito na Constituição da República Brasileira. Observe-se que a conduta ora impugnada atentou, desse modo, contra a lealdade à instituição pública a qual se encontra vinculado o demandado.

A lealdade às instituições é tema objeto de estudos doutrinários, como se vê dos trechos adiante transcritos:

Book_RMP-70.indb 326 05/06/2019 11:51:38

> *O dever de lealdade em muito se aproxima da concepção de boa-fé, indicando a obrigação de o agente: a) trilhar os caminhos traçados pela norma para a consecução do interesse público e b) permanecer ao lado da administração em todas as intempéries*. Além disso, deve ser transparente, repassando aos órgãos a que esteja vinculado todas as informações necessárias à concreção dos projetos que visem ao regular andamento do serviço. Uma vez mais invocando Cícero, devemos observar que "o alicerce da justiça é a boa-fé, ou seja, sinceridade nas palavras e lealdade nas convenções. Embora isso possa parecer coagido, imitamos os Estoicos, que procuravam atenciosamente a etimologia de cada termo; cremos que fé vem de fazer, porque se faz o que se diz". Acrescentando: "ora, a palavra dada deve sempre refletir o que se pensa, e não o que se diz". (p.43)
>
> Para Pedro T. Nevado-Batalla Moreno, *o dever de lealdade abrange*: o dever de neutralidade e independência política no desenvolvimento do trabalho; *o respeito à dignidade da administração*; o respeito ao princípio da igualdade e da não discriminação; e *o respeito aos particulares no exercício de seus direitos e liberdades públicas*. (ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.322.) (Grifamos.)
>
> O desonesto é um desleal, mas também o é o ineficiente, caso haja medidas específicas de reprovação sobre suas condutas (...) Veja-se que o legislador não quis estabelecer somente os deveres de imparcialidade ou honestidade. Esses deveres se encontram entrelaçados, mas é certo que a lealdade institucional, além de abranger tais deveres públicos, também traduz a perspectiva de punição à intolerável ineficiência funcional, no marco do qual o improbus se revela desleal em face do setor público. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p.144.) (Grifamos.)

Em sede jurisprudencial, esse Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, expressando entendimento convergente ao exposto, em diferentes oportunidades, já declarou que o descumprimento de normas legais e constitucionais que fixam um percentual mínimo de repasse de verbas públicas configura ato de improbidade administrativa. Observem-se, a propósito do tema, as seguintes decisões:

> Agravo de Instrumento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Sustentação da exordial no sentido de que, além de problemas com despesas com a saúde, a agravante, quando prefeita do Município de Magé, no exercício de 2008, não aplicou

Book_RMP-70.indb 327 05/06/2019 11:51:38

o percentual mínimo, estipulado pelo artigo 212 da Constituição Federal, na manutenção e desenvolvimento do ensino, ou seja, 25% decorrente da receita de impostos, compreendida a proveniente de transferências. Decisão agravada que rejeitou as preliminares de incompetência absoluta da Justiça Estadual, de Coisa Julgada e indeferiu a produção de prova oral, por entender ser desnecessária ao julgamento da lide, eis que as provas documental e técnica são suficientes para o deslinde da causa. O FUNDEB é um fundo especial, de natureza contábil e de âmbito estadual (um fundo por Estado e Distrito Federal), formado, na quase totalidade, por recursos provenientes dos impostos e transferências dos Estados, Distrito Federal e Municípios. *In casu*, não restou comprovada a transferência de recursos federais de forma complementar, a justificar a competência da Justiça Federal. A sentença que absolveu a agravante da imputação criminal pelos mesmos fatos não faz coisa julgada nesta ação civil pública, eis que, na referida sentença, não foi reconhecida a negativa de autoria ou a inexistência do fato, conforme preconiza o artigo 935 do Código Civil. A elucidação do questionamento acerca da correta aplicação dos recursos provenientes do FUNDEB, tendo em vista o parecer emitido por um conselheiro do Tribunal de Contas em desfavor da agravante, prescinde da oitiva de testemunhas, eis que se trata de matéria exclusivamente de direito. Desprovimento do recurso. (TJ-RJ – 16ª Câmara Cível – Des. Carlos José Martins Gomes – Agravo de Instrumento nº 0063080-11.2015.8.19.0000 – Julgamento: 19/07/2016)

APELAÇÃO. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Direito à educação. Não aplicação do percentual mínimo de 60% dos recursos do FUNDEF. Violação dos art. 60, §5º, da ADCT, e 7º, da Lei nº 9.424/96. Sanção. Multa civil. A Lei nº 8.429/92 submete às suas regras todos os agentes públicos, em sentido lato, incluindo expressamente os detentores de mandato eletivo. Consequentemente, também os prefeitos e vereadores se submetem aos ditames da Lei nº 8.429/92. A observância do princípio da anualidade tem por objetivo impedir que recursos necessários a educação básica pública sejam mantidos, indefinidamente no tempo, disponíveis em conta bancária, e estéreis em relação ao benefício do ensino a que pertencem e ao qual se destinam. (TJ-RJ – Décima Nona Câmara Cível – Apelação nº 003272-47.2005.8.19.0058 – Des. Ferdinaldo do Nascimento – Julgamento: 25/11/2014)

Book_RMP-70.indb 328 05/06/2019 11:51:38

Apelação. Ação Civil Pública. Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Ex-Prefeito de Queimados. Direito à educação. Não aplicação do percentual mínimo dos recursos do FUNDEF. Violação dos art. 60, §5º, do ADCT, e 8º, da Lei nº 9.424/96. Sanção. Multa Civil. Réu que foi, com acerto, condenado ao pagamento de multa civil no patamar de R$ 50.000,00, afastada a penalidade de suspensão dos direitos políticos, em observância aos princípios da razoabilidade e da adequação da conduta à pena. Recurso desprovido. (TJ-RJ – Vigésima Segunda Câmara Cível – Apelação nº 0000575-84.2009.8.19.0067 – Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva – Julgamento: 24/02/2015)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE QUEIMADOS. PREFEITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO À EDUCAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DO PERCENTUAL MÍNIMO DE 60% DOS RECURSOS DO FUNDEF NA REMUNERAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO DO ENSINO FUNDAMENTAL. VIOLAÇÃO DOS ART. 60, §5º, DO ADCT, E 7º, DA LEI Nº 9.424/96. SANÇÃO. MULTA CIVIL. 1. A Lei nº 8.429/92 submete às suas regras todos os agentes públicos, em sentido lato, incluindo expressamente os detentores de mandato eletivo. Consequentemente, também os prefeitos e vereadores se submetem aos ditames da Lei nº 8.429/92. 2. A observância do princípio da anualidade tem por objetivo impedir que recursos necessários a educação básica pública sejam mantidos, indefinidamente no tempo, disponíveis em conta bancária, e estéreis em relação ao benefício do ensino a que pertencem e ao qual se destinam. 3. O saldo positivo, não aplicado no exercício, só pode ser entendido como saldo de recurso livre para o exercício seguinte, desde que, no exercício de sua origem, tenha sido atendida a obrigação em relação à remuneração dos profissionais do magistério da educação básica, destinando-se-lhe, no mínimo, 60% dos recursos do Fundo. 4. Conforme apurado no parecer técnico de fls. 192/194, o Prefeito do Município de Queimados, no exercício de 1999, aplicou, tão somente, o percentual correspondente a 58,06%, o que configura, por si só, ato de improbidade, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92. 5. Desnecessário se mostra, pois, a comprovação de dolo ou culpa nos casos do artigo 11 da Lei nº 8429/92, a partir de que a ofensa ao princípio da moralidade administrativa é evidente no confronto entre a conduta e a previsão jurídica (REsp nº 915322/MG, j. 27.11.2008). 5. Não há, pois, que se perquirir sobre as razões que motivaram o legislador a redigir a lei de improbidade, com espeque em normas de Direito Penal, ou, como penso,

Book_RMP-70.indb 329 05/06/2019 11:51:38

> no princípio da moralidade administrativa. Fato é que, como já afirmado, desnecessário se faz a comprovação da ocorrência de dolo ou culpa, já que o sinal emanado do Congresso Nacional foi no sentido de que o administrador público seja, acima de tudo, probo, vigilante e correto nos atos que sejam, ou deveriam ser, por ele praticados. 6. Decisão correta, na forma e no conteúdo, que integralmente se mantém. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RJ – Primeira Câmara Cível – Apelação nº 0005648-42.2006.8.19.0067 – Relator: Des. José Carlos Maldonado de Carvalho – Julgamento: 06/03/2012)

Nesta mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO ÍMPROBO VIOLADOR DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DE PERCENTUAL INFERIOR AO MÍNIMO CONSTITUCIONAL DESTINADO AO ENSINO E MÁ ADMINISTRAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS (DESPESAS EXCESSIVAS COM PESSOAL, SEM PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA). ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.429/1992. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONSIGNA A ATUAÇÃO DOLOSA DO RÉU. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. ART. 330 DO CPC. PRETENSÃO QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA Nº 7 DO STJ. SUBMISSÃO DOS AGENTES POLÍTICOS À LIA. PRECEDENTES. 1. À luz do entendimento da Súmula nº 7 do STJ, o recurso especial não serve à revisão da conclusão da Corte *a quo* acerca da presença do elemento subjetivo do recorrente para a prática do ato ímprobo previsto no artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.429/1992. 2. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre a possibilidade de julgamento antecipado da lide, em razão da desnecessidade de dilação probatória, devido à suficiência das provas à formação da convicção judicial, demanda o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do STJ. 3. É pacífico o entendimento jurisprudencial do STJ no sentido de submissão dos agentes políticos municipais à Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes: Rcl nº 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 4.3.2010; AgRg no REsp nº 1.243.998/PB, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/12/2013; AgRg no AREsp nº 218.814/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15/04/2013; AgRg nos EREsp nº

Book_RMP-70.indb 330 05/06/2019 11:51:38

> 1.119.657/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 25/09/2012. 4. A pretensão de prescrição não foi oportunamente deduzida nas razões do recurso especial, mas, apenas, neste agravo regimental, configurando, portanto, indevida inovação recursal, insuscetível de conhecimento. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – Primeira Turma – AgRg no AREsp nº 447251/SP (2013/0403515-0) – Relator Ministro Benedito Gonçalves Data da Publicação DJe 20/02/2015)
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO DESTINAÇÃO DO PERCENTUAL MÍNIMO DE RECEITA DE IMPOSTOS NA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO. ART. 212 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONDUTA COMISSIVA POR OMISSÃO, CUJA AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO COMPETE AO ADMINISTRADOR PÚBLICO. PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS. 1. Recurso especial no qual se discute a caracterização de ato ímprobo em razão da não destinação de 25% das receitas provenientes de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme determinação do art. 212 da Constituição Federal. 2. O administrador público, que não procede à correta gestão dos recursos orçamentários destinados à educação, salvo prova em contrário, pratica conduta omissiva dolosa, porquanto, embora saiba, com antecedência, em razão de suas atribuições, que não será destinada a receita mínima à manutenção e desenvolvimento do ensino, nada faz para que a determinação constitucional fosse cumprida, respondendo, assim, pelo resultado porque não fez nada para o impedir. 3. Caracterizado o ato ímprobo, verifica-se que não há desproporcionalidade na aplicação das penas de suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos e de pagamento de multa civil no valor equivalente a duas remunerações percebidas como Prefeito do Município. 4. Recurso especial não provido. (STJ – Primeira Turma – Processo REsp nº 1195462/PR (2010/0089685-7) – Relator Ministro Benedito Gonçalves – Data da Publicação/Fonte DJe 21/11/2013)

Evidenciados o ato censurável e a presença do elemento objetivo, para o perfazimento do ato de improbidade administrativa, resta-nos a demonstração do elemento subjetivo do agente, o qual, de igual sorte, mostra-se incontroverso. Os elementos instrutórios tornam patente o dolo do Governador. Para a configuração do dolo, são necessários o *saber* e o *querer* do agente na prática do ato. Em outros termos: na conduta dolosa, o agente sabe o que faz e quer fazê-lo, direcionando seu comportamento para a obtenção de um resultado desejado ou não desejado,

Book_RMP-70.indb 331 05/06/2019 11:51:38

mas previsto e aceito, circunstâncias que diferenciam o dolo direto do dolo indireto. Todavia, ambos são passíveis de ensejar a responsabilização por ato de improbidade administrativa moldado no artigo 11 da Lei nº 8429/92.

A propósito, confira-se:

> Em face da impossibilidade de se penetrar na consciência e no psiquismo do agente, *o seu elemento subjetivo há de ser individualizado de acordo com as circunstâncias periféricas ao caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das consequências, o grau de discernimento exigido para a função exercida* e a presença de possíveis escusas, como a longa *repetitio* e a existência de pareceres embasados na técnica e na razão. (ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.331.) (Grifamos.)

Com efeito, não seria demasiado recordar que, segundo a concepção vigente na doutrina criminal, perfeitamente adaptável a esta demanda cível, o dolo consiste exatamente na vontade livre e consciente, dirigida a uma conduta ou a um resultado tipificado na norma. No caso apresentado, não há qualquer dúvida de que o agente público demandado *atuou de forma livre e consciente* ao agir e, especialmente, ao se omitir no cumprimento de imposição constitucional.

Em momento algum se cogitou que algum vício de vontade houvesse contaminado a atuação do demandado, mais especificamente, em razão de ocupar o cargo de gestor público máximo do Estado. Nessas condições, seus atos e omissões, a despeito da clara incompatibilidade com o ordenamento jurídico, correspondem precisamente a *resultados previstos e desejados por ele*: a não aplicação do percentual constitucional mínimo em ações e serviços de saúde, com suas consequências nefastas para a população.

Além disso, não é crível que, na condição de Governador de Estado, cercado de toda uma estrutura de apoio técnico e jurídico, pudesse invocar o desconhecimento da antijuridicidade de sua conduta.

Na hipótese dos autos, o demandado, consciente e voluntariamente, resistiu em estabelecer em nosso Estado um sistema eficiente de saúde pública, consistente nos repasses no percentual mínimo de 12% (doze por cento) da arrecadação de verbas elegíveis no custeio das ações e serviços públicos de saúde, bem como em movimentar os recursos mediante o Fundo Estadual de Saúde.

Por outro lado, resta comprovado que o demandado possuía pleno conhecimento dos fatos e de suas respectivas consequências, não só pelas rotineiras matérias jornalísticas acerca do caos vivenciado na saúde pública fluminense, como em virtude de anterior alerta do TCE, que, pelo menos, desde 2015, vinha alertando o

Book_RMP-70.indb 332 05/06/2019 11:51:38

Governo acerca das ilegalidades cometidas, como também em razão da Recomendação nº 06/2016, expedida pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde da Capital, conforme fls. 131/134 do inquérito civil que acompanha a presente.

Concluindo: ao contrariar frontalmente, de modo deliberado, os preceitos legais e constitucionais, violando os princípios da moralidade, da legalidade e da eficiência, bem como o dever de lealdade às instituições, de forma dolosa, ocasionando múltiplas lesões humanísticas e à dignidade dos usuários do serviço público essencial para mantença de sua saúde e vida, o demandado incidiu nas restrições contidas no artigo 11, *caput* e inciso II, possibilitando a aplicação das sanções do artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92.

2.2. Do Prejuízo ao Fundo Estadual de Saúde pela Aplicação Irregular da Verba Pública e do Prejuízo ao Patrimônio Público pela Não Realização Integral de Política Pública da Saúde: Artigo 10, Inciso XI da Lei nº 8429/92

Não bastasse o malferimento do disposto no art. 11, *caput* e inciso II, incorreu o Governador do estado, ainda, em violação a outro dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa a seguir transcrito:

> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer *ação ou omissão, dolosa ou culposa*, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
>
> (...)
>
> XI – *liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.*

Sublinhe-se, primeiramente, ser desinfluente, para a caracterização da incidência do tipo, a indagação acerca da modalidade, a saber se se trata de modalidade culposa ou dolosa, na medida em que o art. 10 da Lei nº 8.429/92 contempla ambas as hipóteses.

Na hipótese vertente, a adequação da conduta do demandado ao tipo do art. 10, XI, da LIA é evidente, máxime porque, na qualidade de ordenador maior das despesas estaduais, conscientemente ordenou ou permitiu que se realizassem despesas com recursos financeiros próprios da saúde por vias diversas que não a do Fundo estadual da Saúde, acarretando um dano. Assim agindo, o demandado, livre e conscientemente, liberou verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes e/ou influiu de qualquer forma para a sua aplicação irregular (art. 10, XI, da LIA).

Book_RMP-70.indb 333 05/06/2019 11:51:38

Efetivamente, dada a autonomia típica dos fundos públicos, instituídos com um propósito específico devidamente discriminado, os valores que lhe são devidos devem ser resguardados e tutelados a partir dessa ótica: verba que lhe é cabível e não ingressou no seu ativo constitui dano ao respectivo fundo, já que esse não se confunde com outras unidades orçamentárias, geridas por gestores diferentes, não vinculados às mesmas finalidades típicas do respectivo fundo. Ainda que não possua personalidade jurídica própria, seja titular de direitos ou detentor de capacidade postulatória, o mesmo é uma realidade jurídica individualizada, com existência disciplinada em lei e voltada a objetivos específicos, com funcionamento também desvinculado de outras unidades orçamentárias.

No tocante à área da saúde, o artigo 14 da Lei Complementar nº 141/2012 é claro ao disciplinar que o Fundo de Saúde é uma unidade orçamentária e gestora dos recursos destinados às ações e serviços públicos de saúde, pelo que lhe foi repassada a função de centralizadora de gerir, em sentido amplo, os recursos das políticas públicas de saúde.

Desse modo, configura-se um prejuízo para o Fundo Estadual de Saúde quando esse deixa de receber os repasses ordenados que, pela citada Lei Complementar nº 141/2012, a ele são direcionados, ainda que os valores que lhe fossem devidos tivessem sido integralmente empregados em ações e serviços de saúde – o que não é o caso, como fartamente evidenciado nessa peça. A autonomia do fundo pressupõe também controle contábil e orçamentário próprio, prejudicado com a prática mencionada – aplicação irregular de verba pública –, prejuízo esse que não seria suprido com o emprego da verba em saúde mediante uso de outras vias.

Um olhar paralelo para a problemática é lançado pela doutrina. Vejamos:

> Consoante legislação infraconstitucional, constitui crime o ato de "dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei" (art. 315 do CP); e crime de responsabilidade do Prefeito Municipal a conduta de "desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas" (art. 1º, III, do Decreto-Lei nº 201/1967). À luz das normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria, concluímos que consubstancia ato de improbidade o obrar do Prefeito Municipal que deixa de aplicar na área de educação a verba prevista na lei orçamentária municipal. Esta conduta, a um só tempo, viola a Constituição da República e a lei orçamentária; possibilita a intervenção do Estado no Município; e configura crime de responsabilidade do Chefe do Executivo. Violando o princípio da legalidade e causando incomensuráveis danos aos incontáveis iletrados de nosso País, afigura-se flagrante a proporcionalidade entre tal conduta e a aplicação das sanções da Lei nº 8.429/1992, já que violado o art. 11, *caput*, ou mesmo o

Book_RMP-70.indb 334 05/06/2019 11:51:38

> art. 10, XI, deste diploma legal (liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para sua aplicação irregular). (ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.403.) (Grifamos.)

Trilhando argumentos distintos, o ponto de chegada se assemelha: a caracterização do ilícito descrito no artigo 10, inciso XI, da Lei nº 8429/92. Observa-se que o prejuízo ao erário, seguindo essa linha, advém dos atos e omissões do demandado que restaram por proporcionar o emprego inadequado de verbas, por seu turno, passível de comprovação por meio da notória constatação material de que, em decorrência da não aplicação do percentual mínimo constitucional no exercício de 2016, e consequente alocação aleatória de tais verbas para despesas diversas, as políticas públicas relacionadas a ações e a serviços de saúde não foram plenamente atendidas, ocasionando graves transtornos aos direitos à vida, à saúde e à dignidade da população fluminense.

Logo, *in casu*, o prejuízo não está atrelado necessária e especificamente a um decréscimo patrimonial, mas ao dano à própria política pública, que, por sua vez, também integra o conceito superlativo de patrimônio público insculpido na Lei nº 8.429/92, que se perfaz com a conjugação dos aspectos material e imaterial. Patrimônio público são bens, direitos e interesses valorados pela coletividade e assentados no princípio republicano.

Com efeito, infere-se da própria literalidade das normas que prescrevem a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa que o legislador optou por não se limitar a aspectos econômico-financeiros, ou seja, delineou conceitos e diretrizes que vão além da noção de erário, contemplando não apenas bens e direitos, mas, principalmente, aspectos valorativos inerentes à atividade estatal em si, portanto, difusos e extrapatrimoniais.

Nesse sentido, a determinação constitucional e legal, de caráter vinculativo ao agente público, para aplicação de determinada verba em ações específicas que contemplem o patrimônio público imaterial e, em paralelo, o desvirtuamento dessa mesma verba pelo gestor, o que caracteriza uma *aplicação irregular de verba*, nos moldes do preceito transcrito, acarreta um dano ao patrimônio público.

O entendimento doutrinário está em consonância com o que ora se expõe, conforme se depreende das seguintes transcrições:

> O *patrimônio moral equivale*, em linha de tutela jurisdicional, ao patrimônio público, podendo ser revelado quando do desrespeito à honestidade ou à justiça, quando da quebra de confiança, quando da incidência do agente público em desvio de poder ou em abuso de autoridade, sendo certo que sua notável característica é a *independência conceitual de lesividade econômica*. (MARTINS,

Book_RMP-70.indb 335 05/06/2019 11:51:38

> Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*: comentários à lei de improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.163). (Grifamos.)
>
> Quem quer que utilize *dinheiros públicos terá de verificar seu bom e regular emprego, na conformidade das leis*, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes, ou seja*: quem gastar, tem de gastar de acordo com a Lei*. Isso quer dizer: quem gastar em desacordo com a Lei, há de fazê-lo por sua conta, risco e perigos. Pois impugnada a despesa, a quantia irregularmente gasta terá que retornar ao erário público. (FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994, p.93.) (Grifamos.)
>
> Cuida-se, portanto, da censura ao desvio e ao emprego irregular de verba pública, da *tutela dos requisitos da forma e da finalidade da liberação de verba pública*, abarcando não somente a despesa pública como também qualquer ato de saída de dinheiro dos cofres públicos, diferentemente do art. 10, IX, que trata apenas de despesa pública. Pode caracterizar a situação descrita *no art. 10, XI, primeira parte, da Lei nº 8.429/92 [...] a aplicação de recursos resultantes da repartição de receita tributária* ou da arrecadação de tributos vinculados (taxas, contribuições de melhoria e impostos, estes excepcionalmente nos casos dos arts. 167, IV, e 198, §2º, da Constituição Federal, referente aos serviços públicos de ensino e saúde). (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.271/272). (Grifamos.)

Corroborando com as afirmações aduzidas, assim se manifesta acerca do tema a jurisprudência:

> A questão que se coloca é se a transgressão constitucional, que condena a cidade à privação de um mais adequado desenvolvimento humano, pode tipificar ato de improbidade. A este respeito é de se ressaltar mais uma vez que a ordem não partiu de um regulamento, uma instrução ou até mesmo de uma "lei ordinária" ou "complementar". *A ordem partiu da Constituição, representada por fator numérico certo e objetivo. O desvio de verbas para outras rubricas contábeis não representa mero erro ou simples desvio de finalidade. A conduta é necessariamente voluntária, enfeixando séria transgressão às normas sobre gestão pública*. (TJSP, Ap. nº 9205773-74.2009.8.26.0000, Rel. Des. Venicio Salles, j. 27.04.2011) (Grifamos.)

Book_RMP-70.indb 336 05/06/2019 11:51:38

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CUJO PEDIDO É APENAS DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITÍVEL CONSOANTE ARTIGO 37, PARÁGRAFO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PEDIDO DO AUTOR NAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ANTE A PRESCRIÇÃO. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. NULIDADE PARCIAL DECLARADA DE OFÍCIO. [...] 3) DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INOBSERVÂNCIA DA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL MÍNIMO EM EDUCAÇÃO (ARTIGO 212, CF) E DESTINAÇÃO AOS RECURSOS PÚBLICOS DO FUNDEF DIVERSA DAQUELA PREVISTA EM LEI. VERBAS VINCULADAS. APLICAÇÃO EM ÁREAS DIVERSAS. OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. CONDUTA DOLOSA. PRÁTICA DA CONDUTA TIPIFICADA NOS ARTIGOS 11 E 10, INCISO XI, DA LEI Nº 8.429/1992. AÇÃO IMPRESCRITÍVEL. RESSARCIMENTO DE VALORES. a) O Apelante deixou de observar a aplicação do percentual mínimo em educação segundo previsto no artigo 212, da Constituição Federal, bem como restou incontroverso nos autos que o Apelante, quando era Prefeito do Município de Faxinal, aplicou, com base em critérios pessoais, parte dos recursos oriundos do FUNDEF no pagamento de remuneração de profissionais alheios ao ensino fundamental público, *dando destinação aos recursos públicos diversa daquela prevista em Lei. b) Trata-se de ato administrativo vinculado à aplicação dos recursos* destinados à educação (artigo 212, CF) e dos recursos oriundos do FUNDEF no ensino fundamental público e na valorização de seu magistério, não podendo o agente político, com base em critérios pessoais, dar destinação diversa daquela prevista expressamente em lei. c) Logo, *a utilização de verba para fim diverso daquele para o qual estava vinculada por Lei, implicou a prática da conduta tipificada nos artigos 11 e, 10, inciso XI, da Lei nº 8.429/1992, caracterizando improbidade administrativa*. d) É bem de ver, ainda, que *restou caracterizado o dolo na conduta do Apelante, já que consciente e voluntariamente deixou de aplicar o percentual mínimo* em educação segundo previsto no artigo 212, da Constituição Federal, *bem como deu destinação diversa daquela expressamente prevista em lei à parte dos recursos provenientes do FUNDEF, ofendendo, assim, intencionalmente, o princípio da legalidade*. e) No caso, *o prejuízo ao erário está caracterizado pelos valores aplicados irregularmente, que comprometem o atendimento dos objetivos do FUNDEF, acarretando prejuízos à grande parcela da população, os quais devem ser ressarcidos ao Município, de modo que venham a atender às finalidades específicas e vinculadas para as quais foram*

Book_RMP-70.indb 337 05/06/2019 11:51:38

> *previstos*. (Relator vencido, nessa parte). f) Ou seja, *ainda que a verba tenha sido utilizada com outras despesas do Município, deve ser recomposta à área para a qual foi originariamente destinada*. [...] 5) APELOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. (RELATOR PARCIALMENTE VENCIDO). SENTENÇA, DE OFÍCIO, DECLARADA PARCIALMENTE NULA. (TJPR, Apelação Cível nº 800.798-1, Rel. Des. Leonel Cunha, j. 13.12.2011) (Grifamos.)

Conclui-se, assim, que o ato do demandado, ao não aplicar em ações e serviços de saúde o percentual mínimo constitucionalmente previsto, dando às verbas públicas destinação aleatoriamente distinta em relação à normativa jurídica, também cometeu o ato de improbidade administrativa disposto no artigo 10, inciso XI, acarretando a imposição das sanções do artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, sem prejuízo de outras reprimendas.

3. Dos Danos Morais Difusos à Coletividade de Usuários do Sistema de Saúde do Estado do Rio de Janeiro

A Constituição Federal de 1988 consagrou uma verdadeira cláusula geral de promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pela dogmática pátria, fazendo com que o fundamento da responsabilidade civil por danos à pessoa não mais se assente necessariamente em um critério patrimonialista, mas sim no próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que se sobrepõe a todos os demais.

Por outro giro, o fenômeno da *coletivização do direito*, com o reconhecimento e a tutela de direitos coletivos e difusos, aliado à percepção de que o grupo social nada mais é do que o próprio homem em sua dimensão social, fez com que a teoria da responsabilidade civil, inicialmente voltada para a composição de danos individuais e privados, direcionasse sua atenção à reparação do dano moral – extrapatrimonial – coletivo. Firmou-se, assim, no ordenamento jurídico brasileiro o entendimento de que também merecem proteção jurídica aqueles direitos que extrapolam a esfera estritamente individual, passando-se a tutelar os direitos de grupos, classes ou categorias de pessoas, ainda que a reparação seja indivisível entre seus titulares. O artigo 1º da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 8.884/94, passou a prever expressamente o cabimento das ações de responsabilização por danos morais causados aos interesses difusos ou coletivos.

O dano moral coletivo decorre da violação em dimensão transindividual dos direitos da personalidade e outros afins, materializando-se através do sentimento de desapreço, descrença em relação ao Poder Público, intranquilidade e insegurança desproporcionais experimentadas pela comunidade, que se vê coletivamente atingida em valores e dimensões que lhe são caros.

Como leciona Yussef Said Cahali:

Book_RMP-70.indb 338 05/06/2019 11:51:38

> Assim, pode-se afirmar que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral, está-se fazendo menção de fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura em seu aspecto imaterial.

André de Carvalho Ramos, ao reconhecer a hipótese de dano moral coletivo, esclarece que:

> (...) com isso, vê-se que a coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral, o qual, por sua vez, não necessita ser a dor subjetiva ou estado anímico negativo, que caracterizariam o dano moral na pessoa física, podendo ser o desprestígio do serviço público, do nome social, a boa imagem de nossas leis ou mesmo o desconforto da moral pública, que existe no meio social (RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.83).

Por tais motivos, a reparabilidade dos danos morais causados à coletividade tem recebido amplo acolhimento na jurisprudência brasileira, tornando-se, inclusive, posição unânime na 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO – TRANSPORTE – PASSE LIVRE – IDOSOS – DANO MORAL COLETIVO – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO – APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL – CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO – ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE – ART. 39, §1º, DO ESTATUTO DO IDOSO – LEI Nº 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.
>
> *1. O dano moral coletivo, assim entendido, o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.*

Book_RMP-70.indb 339 05/06/2019 11:51:38

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, §1º, exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – Segunda Turma – Resp nº 1057274/RS – Rel. Min. Eliana Calmon – julgado em 01/12/2009 – DJe 26/02/2010) (Grifamos.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA*.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.

3. Haveria *contra sensu* jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.

4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*. Recurso especial improvido. (STJ – Segunda Turma – REsp nº 1.367.923/RJ – Rel. Min. Humberto Martins – julgado em 27.8.13.)

Book_RMP-70.indb 340 05/06/2019 11:51:38

Paralelamente, a Constituição da República de 1988 consagrou, como direito fundamental não enumerado, com fundamento no artigo 5º, parágrafo 2º, 1ª parte, o direito à boa gestão pública, compreendendo em seu âmbito protetivo a exigência de uma administração pública transparente, isonômica e democrática, voltada aos interesses da coletividade, por emanação do princípio republicano. Nesse sentido, a ideia que atrela a improbidade administrativa exclusivamente a um dano patrimonial-econômico ao erário não parece coadunar-se com a nova ordem constitucional, centrada no valor da dignidade humana, a qual cobra probidade do gestor no trato da coisa pública, comum a todas as pessoas e destinada a atender as suas múltiplas necessidades.

Nesse seguimento, a tutela da probidade administrativa não pode ser relegada a mero instrumento de proteção de aspectos econômicos e morais unicamente do Estado, o qual, na visão acima, é, em sua essência, instrumental, mas sim constituir a salvaguarda de relevantes manifestações coletivas da dignidade da pessoa humana, já que os destinatários de uma administração pública que se pretende eficiente são as pessoas, em suas esferas privada e pública. O impacto da prática de atos que configuram improbidade administrativa se alastra para o exterior da seara meramente patrimonial da Administração Pública e compreende a coletividade, já que envolve interesse público primário.

Portanto, caracterizada a improbidade administrativa, impõe-se a devida e integral reparação, a qual compreende não apenas os eventuais danos econômicos impostos ao erário – os quais podem até inexistir –, mas também os prejuízos extrapatrimoniais decorrentes da conduta eivada de tal ilicitude, tidos como imorais.

Neste particular aspecto, vale trazer, uma vez mais, a lição dos colegas Emerson Garcia e Rogério Pacheco:

> (...) todos os membros da coletividade têm o direito de exigir dos administradores públicos que atuem com estrita observância ao princípio da juridicidade, o que pode ser considerado um direito transindividual e indisponível, de natureza eminentemente difusa, já que pulverizado entre todas as pessoas. Essa concepção, no entanto, em que pese o fato de todos auferirem os efeitos de uma boa administração, não deve ser conduzida a extremos, culminando em identificar a ocorrência do dano moral sempre que for violado algum princípio administrativo ou mesmo lesado o erário. (ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.538.)

No campo da improbidade administrativa, são exemplos de dano moral difuso condutas que consubstanciam menosprezo às normas que consagram os postulados de direitos humanos, que espelham noções de justiça social e conquistas próprias

Book_RMP-70.indb 341 05/06/2019 11:51:38

de cidadania, por atentarem contra bens imateriais coletivos, valorados em grande escala pela sociedade. Os princípios constitucionais da moralidade, da legalidade, da impessoalidade e da eficiência densificam as ideias acima aduzidas, prestando-se, também, como parâmetros sólidos para fundamentação dos danos morais coletivos.

O cotejo dos elementos probatórios colacionados no inquérito civil que instrui a presente peça demonstra violações colossais às normas e à segurança jurídica legitimamente esperada pela coletividade, orquestradas para ignorar a saúde da população fluminense – como de fato vem ocorrendo –, atingindo um direito não só com *status* fundamental, mas, para além, com peso em abstrato diferenciado. Consecutivamente, o valor da dignidade da pessoa humana, conquista progressiva do movimento civilizatório, elemento que abarca aquisições que delineiam o patrimônio cultural brasileiro e, mais precisamente, da sociedade fluminense, se vê frontalmente ignorado numa inequívoca manifestação de desprezo aos postulados humanistas resguardados pela possibilidade de aplicação das sanções decorrentes do dano moral.

Com efeito, o demandado cometeu deliberadas irregularidades na movimentação dos recursos constitucionalmente resguardados para a área da saúde, ocasionando até mesmo a inexecução total ou parcial dos serviços, com incontáveis e irremediáveis prejuízos aos usuários desse serviço público essencial. O que se observa como consequência da extensa inércia do Governante estadual é um sistema de saúde ineficaz, falido, incapaz de atender às necessidades básicas da população. O Estado do bem-estar social, densificado na Constituição da República, ao abraçar a fórmula *Estado Democrático de Direito*, cobra a realização de atividade prestacional concretizadora de direitos fundamentais, a qual não é vivenciada no cotidiano fluminense na esfera da saúde, gerando, ainda, o inegável sentimento de descrédito do Estado.

Em outras palavras, a coletividade se vê violada quando o administrador público maneja irregularmente recursos públicos a todos pertencentes, tão caros e escassos, descumprindo obrigação normativamente imposta e enfraquecendo o vínculo de confiança que deve permear a relação governante/cidadãos. Tal conduta ainda gera impactos maléficos nas relações sociais ao disseminar entre os indivíduos o sentimento de injustiça social, ao não serem contemplados com um serviço de saúde digno e eficiente, dada a notória calamidade pública instalada na saúde fluminense. Há um estado de comoção geral que abala e perturba a paz e o bem-estar social da população atingida, proporcionando um dano moral coletivo.

Tal dano mostra-se intangível e imensurável, eis que aparentemente inviável alcançar e apreender toda a dimensão e extensão da lesão coletiva, bem como identificar precisa e exaustivamente os indivíduos atingidos. Contudo, para os fins ora pleiteados, a sua quantificação se mostra necessária, ainda que de forma estimada, tendo em vista a necessidade, principalmente no caso concreto, da plena efetividade do viés condenatório da função jurisdicional, especialmente em sua vertente pedagógica, relativa ao efeito exemplar da condenação, imposta e arbitrada de maneira suficiente a sancionar o autor dos fatos.

Book_RMP-70.indb 342 05/06/2019 11:51:38

Nessa linha de pensamento, a doutrina apresenta determinadas diretrizes, como se pode observar no excerto a seguir:

> Recorrer à ideia de solidariedade para frisar a necessidade de ressarcimento integral dos danos morais supera a visão meramente individualista do ressarcimento (*pretium doloris*) da dor do indivíduo para destacar a função que prefiro chamar de satisfatória (função de combate à impunidade e estabelecimento de igualdade de todos, mesmo os que lucram criando o perigo, *cujus commodum eius periculum*) e pedagógica ou preventiva (função exemplar do ressarcimento, de forma a dissuadir condutas semelhantes e a optimalizar os recursos que dispomos para sociabilizar estes riscos, limitando a liberdade de transferir ou limitar riscos profissionais). (MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. *In*: SANTANA, Hector Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Biblioteca de direito do consumidor – vol. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.)

Assim, buscando definir valores para indenização por danos morais coletivos, a doutrina estipulou determinados parâmetros, tais como: a) natureza, gravidade e repercussão da lesão; b) situação econômica do ofensor; c) eventual proveito obtido com a conduta ilícita; d) possível reincidência; e) grau de culpa ou dolo; f) reprovabilidade social da conduta[7].

Portanto, para tal cálculo, cabe-nos considerar que o valor produto da condenação deve ser apto a proporcionar o refazimento – ainda que relativo – da imagem do próprio Estado na área da saúde, além de útil para gerar na coletividade o sentimento de aplicação de censura proporcional ao agente que provocou o dano moral coletivo, minorando os efeitos da comoção social gerada pela prática do ato de improbidade administrativa imputada ao réu. Por outro lado, deve representar onerosidade para o demandado, como registro da alta reprovabilidade de sua conduta.

Em contrapartida, no polo passivo, figura uma pessoa física, cujas disponibilidades financeiras se mostram mais escassas do que aquelas inerentes às pessoas jurídicas. A fixação de valores que excedam, em medida considerável, a capacidade de quitação do réu, acaba por ocasionar efeito contrário ao pretendido: o não cumprimento da decisão judicial e a consequente corrosão da credibilidade nas instituições públicas.

Diante dos argumentos de fato e de direito acima, deve o Judiciário condenar o réu ao ressarcimento dos *danos morais coletivos* suportados pela sociedade fluminense na importância de *R$ 5.749.327,83* (cinco milhões, setecentos e quarenta e nove mil, trezentos e vinte e sete reais e oitenta e três centavos).

---

[7] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2007, p.163/166; e COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*, 2009, p.74/77.

Book_RMP-70.indb 343 05/06/2019 11:51:38

Tal quantia foi estimada a partir de dados extraídos do Procedimento Administrativo TCE nº 101.576-6/17, correspondente a 1% do valor da diferença entre o total aplicado pelo Estado do Rio de Janeiro em ações e serviços de saúde no exercício de 2016 e o mínimo previsto no artigo 6º da Lei Complementar nº 141/2012, ou seja, 1% sobre o remanescente do valor a ser aplicado nas ações e serviços de saúde, seguindo a visão da Corte de Contas.

4. Da Dosimetria das Sanções por Atos de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)

Antes de se passar ao pedido principal e aos demais requerimentos, cumpre apenas fazer singela observação acerca das sanções a serem aplicadas ao demandado.

A presente demanda tem por causa de pedir fatos que caracterizam a prática pelo ora demandado de ato de improbidade administrativa com a consequente aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

As sanções, bem como a sua dosimetria, deverão ser determinadas pelo Magistrado no momento de prolatar a sentença condenatória, reservando-se às partes o momento das alegações finais para debaterem sobre os aspectos qualitativos e quantitativos das reprimendas.

A *ratio* para tal constatação é por demais simples, valendo colacionar os ensinamentos de Rogério Pacheco Alves, a saber:

> Claro, a partir de tal visão, que por inexistir qualquer campo de liberdade no que respeita à atuação dos legitimados à ação civil pública, jungidos ao princípio reitor da obrigatoriedade, a correlação na ação de improbidade ganha contornos próprios, assemelhando-a, neste passo, ao que se verifica no processo penal, onde não cabe ao autor da ação penal condenatória delimitar, em sua inicial, o tipo de sanção aplicável tampouco a sua duração (limitação temporal) (*Op. cit.* p.602).

Id est, ao autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa cabe apenas requerer a aplicação das sanções, as quais serão delineadas no momento de se prolatar a sentença condenatória, repita-se, após a dialética processual, de forma muito similar como que ocorre no processo penal.

DOS PEDIDOS:

Diante de todo o exposto, o Ministério Público requer:

1º) Seja *Luiz Fernando de Souza* condenado como *incurso uma vez nas sanções do artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/92, em virtude do ato de improbidade administrativa* por ele praticado *na forma do art. 10,* caput *e inciso XI, c/c art. 11,* caput *e incisos I e II;*

Book_RMP-70.indb 344 05/06/2019 11:51:38

2º) Seja *Luiz Fernando de Souza* condenado ao ressarcimento dos danos morais difusos causados no valor de R$ 5.749.327,83 (cinco milhões, setecentos e quarenta e nove mil, trezentos e vinte e sete reais e oitenta e três centavos).

DOS REQUERIMENTOS:

Requer, ainda, o Ministério Público, após a distribuição da presente, o seguinte:

1º) A notificação do demandado Luiz Fernando de Souza para, em querendo, apresentar, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestação por escrito nos termos do §7º do art. 17 da Lei nº 8.429/92;

2º) A citação, após o recebimento da petição inicial, do demandado para, em assim desejando, apresentar contestação, sob pena de revelia;

3º) A intimação pessoal do Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para todos os atos do processo nos termos do art. 41, inc. IV, da Lei nº 8.625/93 e do art. 82, inc. III, da Lei Complementar nº 106/03 do Estado do Rio de Janeiro, que deve ocorrer por meio do Membro do Ministério Público em atuação junto à Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível (Código 8440), com endereço na Av. Marechal Câmara, 370, 8º andar, Centro, Rio de Janeiro, nos termos do artigo 5º, §1º, inciso I, da Resolução GPGJ nº 2.080/2017;

4º) Seja o Estado do Rio de Janeiro intimado, na pessoa da Procuradoria-Geral do Estado, com endereço na Rua do Carmo, nº 27, Centro, Rio de Janeiro – RJ. A intimação do Estado do Rio de Janeiro, por seus representantes legais, nos termos do art. 17, §3º, da Lei nº 8.429/92, para integrar a lide, se entenderem cabível, observando-se que a defesa pessoal do demandado Luiz Fernando de Souza, Governador do Estado do Rio de Janeiro, não se confunde com o interesse do Estado do Rio de Janeiro em atuar no processo;

5º) Seja o réu condenado ao pagamento das despesas do presente processo, inclusive verbas de sucumbência, a serem estas revertidas ao Fundo Especial do Ministério Público;

6º) Sejam os valores oriundos das condenações acima referidas recolhidos para o Estado, preferencialmente ao Fundo Estadual de Saúde ou à fonte orçamentária que corresponda ao mesmo, qualquer que seja a sua denominação ao tempo da efetiva execução da sentença condenatória;

Protesta, ainda, nos termos do artigo 369 do Código de Processo Civil, pela produção de todas as provas em direito admissíveis. Para tanto, desde já, oferece em anexo cópia digital do Inquérito Civil nº 2017.00190594 (nº 25/2016).

Em atenção ao que consta no art. 319, VII, do Código de Processo Civil, cumpre informar que, devido à indisponibilidade do direito tutelado, o *Parquet* se manifesta contrariamente à realização de audiências de conciliação ou mediação.

Book_RMP-70.indb 345 05/06/2019 11:51:38

Dá-se a esta causa, por força do disposto nos artigos 291 e 292 do Código de Processo Civil, o valor de R$ 7.717.460,83 (sete milhões, setecentos e dezessete mil, quatrocentos e sessenta reais e oitenta e três centavos)[8].

Rio de Janeiro, 08 de março de 2018.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

PATRÍCIA DO COUTO VILLELA

Promotora de Justiça
Coordenadora do GAECC

CARLOS BERNARDO ALVES AARÃO REIS

Promotor de Justiça
Subcoordenador do GAECC

LUIZ FERNANDO DE ALMEIDA RABELO

Promotor de Justiça
Membro do GAECC

[8] Esse valor corresponde à soma das quantias referentes ao máximo da multa de cem vezes o valor da remuneração do agente, que, *in casu*, é de R$ 1.968.133,00 (um milhão, novecentos e sessenta e oito mil, cento e trinta e três reais), com o valor requerido a título de ressarcimento por danos morais transindividuais, R$ 5.749.327,83 (cinco milhões, setecentos e quarenta e nove mil, trezentos e vinte e sete reais e oitenta e três centavos).

Book_RMP-70.indb 346 05/06/2019 11:51:39

Detalhe da imagem da capa

Memória Institucional Personalidades

Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente para o seu engrandecimento, tanto quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades,* diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

Book_RMP-70.indb 351 05/06/2019 11:51:41

Afrânio Silva Jardim e Marcelo Lessa: Dois Mestres e o Atual Sistema Penal

Texto e entrevista:
Márcio Klang – Coordenador
Nataraj Trinta – Historiadora

Marcelo Lessa, Dr. Márcio Klang e Dr. Afrânio Silva Jardim

Apresentação – Procurador-Geral de Justiça José Eduardo Ciotola Gussem:

Eu queria parabenizar o colega Márcio Klang pela condução dos trabalhos. Realmente tem feito um trabalho brilhante à frente do Centro de Memória do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. É uma oportunidade de resgatar a história do *Parquet* fluminense e com isso registrar a participação de pessoas extremamente importantes do nosso Ministério Público: Dr. Afrânio Silva Jardim, hoje nos honra com a sua presença aqui. Dr. Afrânio, que dispensa maiores apresentações. Processualista de *school,* autor de inúmeras obras, professor de Direito Processual Penal acima de tudo e professor de inúmeros membros do Ministério Público, juízes de direito, defensores

Book_RMP-70.indb 353 05/06/2019 11:51:42

públicos e advogados. Então, para todos nós do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Afrânio, é uma honra tê-lo aqui como o 4º entrevistado desse Projeto Personalidades com o colega Marcelo Lessa Bastos, que também é um jovem talento da área processual, e temos a certeza de que será um evento que só engrandecerá a nossa Instituição. Muito obrigado.

Bloco 01:

M. Klang: Quem é Afrânio Silva Jardim?

Afrânio Silva Jardim: Eu nasci no Rio de Janeiro em 1950, estou, por conseguinte, com 68 anos. Formei-me em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro, antiga Nacional de Direito. Entrei para o Ministério Público de forma meio acidentada porque eu tive que fazer dois concursos.

M. Klang: Eu sei, em um deles eu estava lá.

Afrânio Silva Jardim: O primeiro eu inadvertidamente assinei a prova, identificando, não é?!

M. Klang: Você saiu da sala branco feito essa ficha. Eu disse "Afrânio, volta lá. Tira e faz, e escreve de novo". Não deixaram, [e ele disse] perfeitamente.

Afrânio Silva Jardim: E naquela época não tinha concurso todo ano, demorou. Nós estávamos até em testilha com o governador, a instituição no modo geral, o Chagas Freitas, não é?! Então demorou um pouco, aí eu fiz o outro concurso. Aquele concurso eu fiz também que eu consegui uma liminar, fiz as provas escritas...

M. Klang: Eu me lembro, foi até o final.

Afrânio Silva Jardim: Fiz a prova oral, tirei uma boa colocação e tal, mas no mérito, o [mandado] de segurança eu perdi, evidentemente, não é?! Identifiquei a prova. Aí tive que fazer um outro concurso e passei com a mesma colocação.

M. Klang: Seu pai, se não me engano, era professor de história, não é isso?!

Book_RMP-70.indb 354 05/06/2019 11:51:43

Afrânio Silva Jardim: Não, papai foi professor de história quando eu era jovem. Ele era professor na SUESC de Instituições de Direito Público na Faculdade de Economia e ele foi diretor da Faculdade de Economia.

M. Klang: Ah, sim.

Afrânio Silva Jardim: É, meu pai. Mas eu tenho uma irmã mais velha que é do Ministério Público, aposentada, Procuradora de Justiça [Sueli]. A minha esposa Eliete, aqui presente, é Promotora de Justiça aposentada. Minha filha, Júlia Costa Silva Jardim, é Promotora do Tribunal do Júri. Sempre estive ligado ao Ministério Público.

M. Klang: Se não me engano, tem uma história que eu me recordo que alguém me contou do colégio São José, não é isso?

Afrânio Silva Jardim: Foi, eu fiz um curso, meus estudos foram sempre em instituições religiosas e hoje eu sou agnóstico. Mas estudei no Santa Teresa, colégio de madre, na Tijuca. Depois fui para o São José, colégio [irmão] marista. Esse que você quer que eu diga, onde eu consegui ser reprovado e expulso.

M. Klang: Isso.

Afrânio Silva Jardim: Eu fui reprovado e fui expulso do colégio.

M. Klang: Mas essas passagens pitorescas e peculiares é que têm graça, Afrânio.

Afrânio Silva Jardim: É porque naquela época já era difícil ser reprovado e eu consegui.

M. Klang: É, você conseguiu.

Afrânio Silva Jardim: Consegui, consegui. Tinha segunda época, se eu ficasse em três disciplinas, você ficava em segunda época. Eu fiquei em quatro para não ter nem segunda época, então foi direto, não é?! E depois eu fui, por vingança, meu pai me botou no Santo Antônio Maria Zaccaria, colégio de padre. Só faltou fazer a PUC, não é?! E eu sempre digo isso, é meio repetitivo, mas aqui não, que talvez tenha sido muita sorte minha eu ter ficado reprovado, porque me atrasou um ano. Então entrei na Faculdade Nacional de Direito, onde tinha um movimento estudantil, o CACO. Entrei em 1974.

Book_RMP-70.indb 355 05/06/2019 11:51:43

M. Klang: Não.

Afrânio Silva Jardim: Não, eu me formei em 1974. Entrei em 1969. Saí em 1974, 5 anos. E, em 1969, já tinha o AI-5 em dezembro de 1968. Então não tinha mais movimento estudantil. O centro acadêmico estava fechado, era censura, um colegiozinho, a gente não podia ficar conversando no corredor e tal. Aquela coisa toda da ditadura militar.

M. Klang: Decreto 477.

Afrânio Silva Jardim: Porque se eu tivesse entrado um ano antes, pelo meu envolvimento político, sempre tive até por influência do meu pai. É possível que eu tivesse me envolvido com aquele movimento estudantil e até quem sabe...

M. Klang: Sim, que foi bastante intenso aqui, não é?!

Afrânio Silva Jardim: É.

M. Klang: Influência do Maio de 68 lá na França.

Afrânio Silva Jardim: É. Quem sabe até caído na luta armada, naquela época, não é?! Até por uma questão assim mais romântica daquela época, não é?! Por aquele voluntarismo lá da esquerda e tal. Então eu não participei disso em razão da minha reprovação. Quer dizer, talvez se eu não tivesse ficado reprovado eu não estivesse aqui hoje.

M. Klang: Sim.

Bloco 02:

M. Klang: Você como Promotor de Justiça, enfrentou e participou de muitos processos. Mas qual foi aquele processo que te deu assim, um maior desafio? Qual foi aquilo que te deu assim mais empolgação, vamos chamar assim, não é?! Como Promotor...

Afrânio Silva Jardim: O que teve mais repercussão foi o sequestro do ônibus. Eu sempre confundo. É 174 ou 147.

M. Klang: É 174.

Book_RMP-70.indb 356 05/06/2019 11:51:43

Afrânio Silva Jardim: 174, pois é. Foi esse que deu uma repercussão, mas isso não teve grandes problemas. O que teve um maior problema pra mim foi o assassinato, o homicídio do filho do Castor de Andrade, pelo sobrinho, pelo primo. O sobrinho do Castor de Andrade. Esse foi um julgamento...

M. Klang: E por quê? Qual era, vamos dizer assim, a...

Afrânio Silva Jardim: Bom, além da duração assim de três dias e meio, o clima de insegurança era absoluto. No auditório você não sabia quem era...

M. Klang: Isso já no Júri, claro?

Afrânio Silva Jardim: No Júri. Eu fiquei 16 anos no Tribunal do Júri.

M. Klang: Aqui na capital?

Afrânio Silva Jardim: Aqui na capital. E basta dizer que em um dos dias de madrugada que a gente ia saindo, eu estava com a segurança fornecida pelo Procurador-Geral na época. E o PM [acho que um cara felizardo], que ia saindo no corredor chegou para mim e disse: "Doutor, não podemos sair por aqui." Eu falei "Não? Por quê?" E ele: "Não, porque o matador do bicho está sentado aí na cadeira, temos que sair pelos fundos".

M. Klang: Olha que espetáculo.

Afrânio Silva Jardim: Eu falei: "Não". Naquela época eu era muito empolgado "O Estado não sai pelos fundos!" Saí pela lateral, não foi bem pelos fundos, mas saí pela lateral. Quando nós saímos era um temporal de madrugada, [algumas vezes] até minha filha Júlia estava comigo. Basta dizer que o assistente de acusação...

M. Klang: Isso foi em que ano, Afrânio, mais ou menos? Década de 90? Alguma coisa assim?

Afrânio Silva Jardim: Sim, sim. Noventa, década de 90. O assistente de acusação, um grande advogado ainda hoje, um dos melhores, renunciou à procuração por falta de segurança na véspera do julgamento. E é porque é uma coisa complicada, não é?! Às vezes

Book_RMP-70.indb 357 05/06/2019 11:51:43

a guarda do Jogo do Bicho com... Naquela época, o Jogo do Bicho era importante e hoje já...

M. Klang: Perdeu um pouco o...

Afrânio Silva Jardim: O sentido, não é?! E a gente saiu de madrugada pelo fórum, parecia um filme de Al Capone que a gente via. Aqueles carrões imensos, não é?! Que a gente vê hoje...

M. Klang: É, qualquer semelhança não é mera coincidência.

Afrânio Silva Jardim: Um temporal, uma chuva, relampejando. E eles, vários carros do Jogo do Bicho, com os seguranças todos e eu fui com o carro da minha filha, a outra filha que já faleceu, que era um "Corsazinho". Para disfarçar, para eu não ir com o meu carro e anotarem a minha placa. E eu ali, humilhado, ali num "Corsazinho" e aqueles carros...

M. Klang: Mercedes...

Afrânio Silva Jardim: Eu fiquei engarrafado ao sair do Fórum e os carros, todos aqueles carros passando, todos aqueles carros imensos e os seguranças todos. Eu fiquei em uma situação tensa, não é?! E eu parado no meio do pessoal todo, não é?!

M. Klang: E a acusação? Ou, melhor dizendo, o papel do Ministério Público neste processo era um papel difícil ou a prova era boa?

Afrânio Silva Jardim: Muito difícil. Na minha ótica, apareceu a verdade absoluta, não sei nem se eles sabem, mas no meu entendimento apareceu uma testemunha falsa dizendo a verdade. Eles precisavam...

M. Klang: Geralmente é o contrário.

Afrânio Silva Jardim: O X9 não podia aparecer. Então criaram uma testemunha com identidade falsa no inquérito para ela dizer o que realmente tinha ocorrido.

M. Klang: Olha que interessante. Essa eu nunca vi não.

Afrânio Silva Jardim: Um processo complicadíssimo, interessantíssimo. Se descobriu quem [seria] o mandante através de uma jogada muito

Book_RMP-70.indb 358 05/06/2019 11:51:43

inteligente do advogado. E quem estava sendo indiciado é um... Hoje seria um miliciano, na época, um ex-PM contratado para matar. E um grande advogado foi à delegacia procurar esse inquérito. O delegado muito esperto disse "[Ô meu senhor,] esse soldado, ex-soldado da PM, não teria condições de...".

M. Klang: Pagar aquele escritório?

Afrânio Silva Jardim: "Segue e vê para onde ele vai". E ele foi exatamente para o escritório em Bangu, do filho do Castor de Andrade, e aí se percebeu que ele talvez fosse o mandante. E através de interceptações, aquela coisa muito complicada, se chegou a ele e acabou condenado.

M. Klang: Quer dizer, era um processo complicado, seja pela repercussão, seja pela insegurança e seja pela própria natureza do processo.

Afrânio Silva Jardim: É muito interessante o processo, é muito interessante. Havia uma polícia de um lado, uma polícia do outro lado, ligada ao Jogo do Bicho. A Velha Guarda com a nova guarda.

Dr. Afrânio Silva Jardim

Book_RMP-70.indb 359 05/06/2019 11:51:44

Bloco 03:

M. Klang: Esse ano vai fazer 30 anos da nossa Constituição de 1988. Naquela ocasião, em 1988, 1987, 1988, várias categorias e vários poderes da República ficavam fazendo plantão em Brasília e exatamente por causa da elaboração da nova Constituição. Qual foi, se você se recorda, qual foi a participação do Ministério Público na elaboração dessa redação que acabou vingando na Constituição de 1988? E como é que essa Constituição de 1988 impactou, porque você entrou ainda sob esta Constituição anterior. Muito bem, como é que ela impactou em termos institucionais para o Ministério Público Estadual e Federal?

Afrânio Silva Jardim: É, a participação mais efetiva parece que foi pela CONAMP. A aplicabilidade era muito boa naquela época da Confederação Nacional do Ministério Público.

M. Klang: Que, se não me engano, na época se chamava CAIMP, me corrija se eu estiver errado.

Afrânio Silva Jardim: É, é. E as associações também, não é?!

M. Klang: Também.

Afrânio Silva Jardim: Dos estados, também fizeram bastante *lobby*, bastante pressão e tal. E eu até participei também de certa maneira compondo a redação de alguns dispositivos. Lembro do Luiz Fernando de Freitas Santos.

M. Klang: O Cláudio Ramos?

Afrânio Silva Jardim: Cláudio Ramos, exatamente. Tinha uma atividade muito intensa e conhecia bem o Ministério Público, a parte de processo penal e, realmente fez um trabalho muito positivo. Tanto é que o Ministério Público passou a ter um capítulo muito importante na Constituição. Que é preciso usar bem também, não é?!

M. Klang: Sim, sim.

Afrânio Silva Jardim: Se cabe aqui a gente de repente enveredar para alguns aspectos críticos...

Book_RMP-70.indb 360 05/06/2019 11:51:44

M. Klang: Fique à vontade para falar o que você achar que deve falar.

Afrânio Silva Jardim: É como dizia o Tornaghi: "Tem o uso e tem o ab-uso", não é?! O abuso. Então é preciso que a gente tenha uma limitação a respeito dessa atividade persecutória. Eu costumo dizer que eu era Promotor de Justiça, buscava promover, não sei se consegui justiça e não promotor de acusação. Mas enfim, o fato é que o Ministério Público teve a sua independência realmente na Constituição de 1988. E na época a gente já dizia que em termos normativos é o melhor Ministério Público do mundo.

M. Klang: Sim, muito adiantado inclusive para aquele momento, não é?!

Afrânio Silva Jardim: É, e isso revolucionou tudo. A gente, você se lembra, a gente ocupava um andar, dois andares na Nilo Peçanha, 12. Segundo e terceiro andar.

M. Klang: Caindo aos pedaços.

Afrânio Silva Jardim: Caindo aos pedaços, não é?! Hoje quem está caindo aos pedaços somos nós, não mais o Ministério Público. Com a normatividade positiva do Ministério Público, isso fortaleceu inclusive a independência funcional e independência econômica em face do executivo, duodécimo, aquela coisa. Então passamos a ter capital para...

M. Klang: Você se lembra dos tempos complicados que logo depois que você entrou...

Afrânio Silva Jardim: É, não tinha gabinete no Fórum.

M. Klang: Não tinha mesa e cadeira na sala.

Afrânio Silva Jardim: Os juízes primeiro tiravam a Defensoria Pública, depois tiravam o Ministério Público, não é?! A Defensoria Pública sempre foi o primo pobre entre nós, não é?!

M. Klang: É.

Afrânio Silva Jardim: Primeiro se expulsava o Defensor Público da sala dele, depois tinha Promotor que não tinha máquina, na época

Book_RMP-70.indb 361 05/06/2019 11:51:44

era máquina de escrever. Não tinha sequer máquina de escrever, tinha que pedir no cartório emprestado e tal.

M. Klang: Está me fazendo lembrar, Afrânio, quando eu cheguei a Cambuci *city*, eu fui Promotor em Cambuci. Perto de Itaocara onde Dr. Ertulei era Promotor. E a máquina de escrever estava com defeito, aí eu consegui um telefone emprestado, porque nós não tínhamos telefone, telefone oh!... Telefone.

Afrânio Silva Jardim: Celular nem pensar.

M. Klang: Não, celular não existia. Aí eu liguei do cartório para a Procuradoria e disse: "escuta, eu preciso de uma máquina de escrever porque a minha está quebrada". "O senhor pode passar aqui e buscar". Aí eu fui à Nilo Peçanha, 12, segundo andar, peguei uma máquina de escrever e fui andando pela rua. Era mais ou menos assim que nós éramos tratados.

Afrânio Silva Jardim: A situação era muito precária.

M. Klang: Dramática.

Afrânio Silva Jardim: A situação era dramática. Hoje o Ministério Público perto do que era é inimaginável, a gente não podia imaginar que ia chegar ao que chegamos. Fatores dos mais variados possíveis e altamente positivos, tudo isso.

Bloco 04:

M. Klang: Quem é Marcelo Lessa Bastos?

Marcelo Lessa: Eu sou daquele concurso dos treze aprovados. Aquele concurso de 1994, aquele em que foram treze aprovados, na época em que o Biscaia foi Procurador-Geral. Eu nasci aqui no Rio, em Brás de Pina, no subúrbio do Rio, não era de família da área do Direito, nunca tive tradição na área do Direito.

M. Klang: E como é que você foi parar lá? Na área do Direito?

Marcelo Lessa: O Afrânio falou também, por acaso eu fiz dois vestibulares, um para medicina na UFRJ, na época era no Cesgranrio,

Book_RMP-70.indb 362 05/06/2019 11:51:44

perdão. Passei na primeira fase e não fui fazer a segunda e, depois, eu fiz o segundo vestibular, também do Cesgranrio para direito. Passei e falei "quer saber de uma coisa? Vou ficar por aqui mesmo." Mas por acaso. E depois que eu me formei, o primeiro concurso que abriu foi do Ministério Público. Não se trata de vocação, nada em especial, simplesmente foi o primeiro concurso que abriu. Eu era policial civil, naquela época, como o senhor lembrara, era uma época muito difícil para se querer trabalhar honestamente na polícia civil daquela época, da década de 1990. E eu estava doido para sair, evidentemente, e até me recordo que exatamente o meu concurso foi aquele período mais tenso de relacionamento. Foi o período do Biscaia, o período de perseguição da cúpula do Bicho, não é?! Em que vários delegados que estavam na cúpula da polícia acabaram, na época, investigados. Aquelas atuações do Cáfaro e da Denise Frossard etc. Enfim, naquela época, não se exigia dois anos de formado, a gente podia fazer o concurso direto. Então eu me formei na UERJ em 1993 e me inscrevi no primeiro concurso que abriu, foi do Ministério Público, se fosse da Defensoria teria feito, se fosse da magistratura teria feito também. E aí fiz esse e passei, acabei ficando. Fui um dos treze aprovados e acabei ficando. Inicialmente fui para Itaperuna e depois fui para Campos onde estou até hoje, toda a minha parte acadêmica desenvolvi lá.

M. Klang: Na faculdade de Direito de Campos que é uma fundação, não é isso?!

Marcelo Lessa: Que é uma fundação, hoje chamada Centro Universitário Fluminense. Lá nós tivemos um programa de mestrado, depois eu saí e vim para a Gama Filho fazer o doutorado.

M. Klang: Saudosa Gama Filho.

Marcelo Lessa: E agora nós estamos implantando novamente e eu seria o Coordenador do novo programa de mestrado lá em Campos.

Bloco 05:

M. Klang: Quais são as diferenças entre o MP que você encontrou quando você entrou e o MP de hoje? Em 1994 já não era mais aquela situação que nós, do concurso do Afrânio e o meu em 1976, do Ertulei; que era uma pobreza franciscana.

Book_RMP-70.indb 363 05/06/2019 11:51:44

Marcelo Lessa: Mas não era tão bom quanto hoje não. Pelo contrário, você estava falando de... Lembro-me do depósito de material que ficava ali na Travessa do Ouvidor exatamente. Eu andei muito carregando bolsa de material na Travessa do Ouvidor; máquina, máquina manual, as primeiras máquinas elétricas remontam àquele período do MP de 1994. Hoje eu acho interessante, os colegas recém-concursados ligam para o CRAAI e querem que no dia seguinte chegue o material lá.

M. Klang: Legenda: máquina de escrever é uma coisa que antecedeu o computador. Pode continuar.

Marcelo Lessa: Isso é o datilógrafo, também naquela época, não é?! Isso é o datilógrafo...

M. Klang: Datilógrafo? Legenda: ele digita.

Marcelo Lessa: E uma outra coisa, eu me lembro que quando cai o sistema hoje em audiência no computador, ninguém faz mais nada, ninguém toma declaração.

M. Klang: É, para tudo.

Marcelo Lessa: E eu sempre guardei uma máquina de escrever manual e não deixo de ouvir ninguém por isso.

M. Klang: Não, e isso você está tocando em um assunto impressionante.

Marcelo Lessa: E as pessoas olham e ficam achando uma coisa de outro mundo a pessoa digitando na máquina de escrever.

M. Klang: Sem olhar.

Marcelo Lessa: E acham aquilo uma coisa fantástica.

M. Klang: Marcelo, e é uma coisa impressionante, porque se o sistema cai, para tudo.

Marcelo Lessa: Para tudo e ninguém consegue resolver porque o sistema não deixa.

M. Klang: Não, não. O sistema não deixa.

Book_RMP-70.indb 364 05/06/2019 11:51:44

Marcelo Lessa: Eu várias vezes pedi para conversar com o sistema, quem sabe eu consigo convencer o sistema. Porque é assim em tudo quanto é lugar, "o sistema..." então me deixa conversar com o sistema. Mas na época que eu entrei era ruim também. Carreguei muita bolsa de material lá da Travessa do Ouvidor e, às vezes, a gente, quando surge umas discussões na lista dos colegas mais novos, e a gente lembra disso, "vocês são nostálgicos e as coisas têm que evoluir". Não, não se trata de nostalgia, se trata de um choque de realidade para vocês verem o que tem hoje e procurar coisas mais sérias para reclamar.

Bloco 06:

M. Klang: Quando você entrou, você foi ser titular em Itaperuna ou você era regional? Como é que era a carreira naquele momento?

Marcelo Lessa: Não. Na época não tinha Promotoria Regional. Na época tinha aquela estratificação, terceira, segunda e primeira. Eu fiquei um longo tempo até ser titular porque naquela época havia uma vinculação entre o estágio probatório, que eram dois anos naquela época, e a possibilidade de ser titularizado. Isso só caiu na época do Pinheiro, que conseguiu, com dificuldade, fazer essa desvinculação e a partir daí as pessoas puderam se titularizar.

M. Klang: Mas então, você, como Promotor de terceira categoria. Você era titular de uma comarca ou você era substituto? Isso que eu queria saber.

Marcelo Lessa: Não existia a figura do Promotor substituto. Promotor de terceira, pelo que eu me recordo, posso estar enganado, é que era o que se hoje denomina Promotor substituto. Então nós éramos designados e para Itaperuna ninguém queria ir, portanto eu fiquei um longo tempo sem ser titular no mesmo órgão.

M. Klang: Que era uma comarca pesada que eu me lembro.

Marcelo Lessa: Eu até hoje só tive duas remoções na minha vida. Sempre tive muitos anos no mesmo órgão, não é?! Itaperuna e Campos. Só. E fiquei um longo tempo. Depois fui promovido, já na época da descategorização, e foi aí que se criou o Promotor substituto e o Promotor titular. Eu sou do concurso de uma época que fazia inveja, porque tinha cem cargos, claro, sempre vagos, que jamais eram preenchidos. Então as pessoas com muito pouco tempo estavam

Book_RMP-70.indb 365 05/06/2019 11:51:44

próximas dos locais de seu interesse porque não tinha ninguém e no fim a gente acumulava, inclusive nem era remunerado naquela época. Fazia-se mesmo por consideração à movimentação. Então eu sou daquela época, a gente fica um pouco nostálgico às vezes.

Dr. Márcio Klang e Marcelo Lessa Bastos

M. Klang: Mas eu pergunto o seguinte, Marcelo: Hoje em dia passaram-se 90, vamos dizer, 20 anos.

Marcelo Lessa: Vinte e cinco.

M. Klang: Vinte e cinco anos. O número de processos, o número de réus ou na área cível, a quantidade aumentou consideravelmente, até porque o movimento forense não foi proporcional exatamente ao crescimento da população.

Marcelo Lessa: Sem dúvida.

M. Klang: Ele foi muito maior do que o crescimento da população. Eu pergunto a você o seguinte: Será que nós poderíamos ter continuado com aquele modelo anterior?

Book_RMP-70.indb 366 05/06/2019 11:51:45

Marcelo Lessa: Claro que não, mas o mínimo que a gente deveria fazer, em minha opinião, e eu procuro fazer assim na minha Promotoria, que é extremamente enxuta, de correição em correição diminui o acervo. O que eu procuro fazer é que eu tomo as decisões e passo para a assessora o que eu quero que ela faça, e não o contrário. Claro que a estrutura tem que existir, eu não consigo imaginar trabalhar sem computador com o volume de demandas que tem hoje, e pela quantidade de representações que recebem, sobretudo em tutela coletiva, em grande maioria infundadas. Facilitadas em grande parte pelo cômodo canal da ouvidoria que qualquer pessoa de mau humor, de madrugada fala as maiores atrocidades e o indivíduo tem que ter trabalho para apreciar aquilo, para despachar e, às vezes, levianamente, sem nenhuma consequência por conta da proteção do anonimato. Então o trabalho triplicou com esses recursos, a forma como a porta se abriu, e é claro que a gente precisa de uma estrutura para fazer frente a isso sem dúvida nenhuma.

Bloco 07:

M. Klang: Afrânio, agora eu vou fazer uma pergunta provocativa. Quais foram as conquistas do Ministério Público Estadual, no caso do Rio de Janeiro, no primeiro governo do Brizola?

Afrânio Silva Jardim: Bom, antes de o Brizola tomar posse, nós tivemos aquele movimento na instituição chamado Vigília...

M. Klang: Institucional?

Afrânio Silva Jardim: Institucional, que era uma greve com outro nome. Porque na época a greve de funcionário público era crime contra a segurança nacional. Então a gente mudou o nome para mudar a incidência da norma penal.

M. Klang: Isso é muito comum no Brasil. Muda-se o nome.

Afrânio Silva Jardim: É. Fizemos talvez a primeira greve de funcionário público depois da ditadura. A anistia foi em 1985, se não me engano.

M. Klang: Foi.

Book_RMP-70.indb 367 05/06/2019 11:51:45

Afrânio Silva Jardim: Nós estávamos em uma situação precaríssima, o governa era...

M. Klang: Ostensivamente nos perseguia.

Afrânio Silva Jardim: Era uma designação indireta a ditadura militar do governador Chagas Freitas. Era uma eleição indireta.

M. Klang: E ele particularmente não gostava do Ministério Público.

Afrânio Silva Jardim: Embora tivesse sido do quadro do Ministério Público.

M. Klang: Sim. Pela janela, mas foi.

Afrânio Silva Jardim: Ele foi Procurador nomeado, naquela época era nomeado, não era concursado. Enfim, fizemos uma paralização; fomos ao Palácio. Fizemos missas e saímos à missa.

M. Klang: Passeatas?

Afrânio Silva Jardim: Passeatas.

Marcelo Lessa: Isso não foi da minha época não.

Afrânio Silva Jardim: O Brizola foi, você falou, foi 1986, não é?!

M. Klang: De 1982 a 1986

Afrânio Silva Jardim: De 1982 a 1986, isso foi então em 1981, não é?! Por aí...

M. Klang: A Vigília foi.

Afrânio Silva Jardim: Em 1979.

M. Klang: Isso.

Afrânio Silva Jardim: E até digo isso, eu sempre digo, eu fui o único do meu concurso que ainda no estágio probatório fui participar, inclusive de passeata, ao Palácio, pra ser recebido pelo secretário do Chagas Freitas, mas nem me lembro, enfim.

Book_RMP-70.indb 368 05/06/2019 11:51:46

M. Klang: Alexandre Camacho.

Afrânio Silva Jardim: Isso. Eu acho que sim. É. E aí que entra na tua pergunta. Quando o Brizola entrou, ele entrou tendo assumido previamente compromissos com a classe. Através do Vivaldo Barbosa, que foi Secretário de Justiça dele e Secretário de Polícia Civil durante uma época. Inclusive a designação do Procurador mais votado, e fizemos uma eleição informal, que foi o Nicanor Médici Fischer.

M. Klang: E ele respeitou?

Afrânio Silva Jardim: Respeitou.

M. Klang: Ele não era obrigado a respeitar.

Afrânio Silva Jardim: Não, não. Na época poderia se designar Procurador-Geral, o próprio Clóvis Paulo da Rocha, Desembargador aposentado e era Procurador-Geral de Justiça, não é?! E o Brizola foi muito positivo para o Ministério Público naquele momento.

M. Klang: A mais importante que você enfocou, no Procurador-Geral, ser escolhida uma lista...

Afrânio Silva Jardim: Promotor natural, isso o obrigou a uma porção de questões.

M. Klang: E o nivelamento. Lembra-se do nivelamento?

Afrânio Silva Jardim: Entre Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro...

M. Klang: Você tinha duas situações completamente díspares.

Afrânio Silva Jardim: Exatamente.

Bloco 08:

M. Klang: Quais são os principais obstáculos que você encontra, dentro e fora do Ministério Público, para você exercer a sua função de Promotor?

Book_RMP-70.indb 369 05/06/2019 11:51:46

Marcelo Lessa: Acho que os obstáculos são mínimos. Tudo que a gente já enfrentou hoje, a estrutura que se tem. Pelo que já se foi no passado, quem quer realmente fazer alguma coisa, exercer bem a sua função tem toda a estrutura para isso.

M. Klang: Mas eu digo o seguinte...

Marcelo Lessa: O serviço de pesquisa, não precisa nem perder tempo pesquisando jurisprudência. Está tudo à disposição, à mão. É só querer fazer.

M. Klang: E externamente? Você está na Tutela Coletiva, não é isso?

Marcelo Lessa: Eu estou na Tutela Coletiva.

M. Klang: Então, aí você depende de outros órgãos públicos para o trabalho ser desempenhado pela promotoria de Tutela Coletiva?

Marcelo Lessa: Eu não tenho do que reclamar. Comigo eu acho até que funciona razoavelmente bem. Não sei se pelo tempo que estou lá. A maior dificuldade que eu vejo hoje em dia apenas é o excesso de demandas. Pessoas nos procurando ou representações com umas notícias absolutamente surreais e que demandam tempo, inclusive para indeferir, se demanda tempo.

M. Klang: Você pode contar alguma pitoresca ou...

Marcelo Lessa: Ah é. Muito interessante. Eu me lembro que eu recebi uma representação reclamando da poluição sonora proveniente de uma casa de velórios. Essa eu nunca esqueci, proveniente de uma casa de velórios. Eu chamei o noticiante e perguntei o que é que era, e ele: "Não, porque as pessoas choram lá e se desesperam. E, quando chega a família e, na hora de enterrar, grita: "Ai, pelo amor de Deus!" E chora e começa a cantar música religiosa alto." Eu perguntei: "Quanto tempo? A frequência de velório aqui é de quanto em quanto tempo?" "Ah, umas duas, três vezes por mês. Isso me incomoda."

M. Klang: Está morrendo gente que nunca morreu antes, é isso?

Marcelo Lessa: É possível. E uma outra também que vai ter, certamente agora em junho, não é?! De quatro em quatro anos agora tem, não é?! Que são as representações que chegam...

Book_RMP-70.indb 370 05/06/2019 11:51:46

Afrânio Silva Jardim: Copa do Mundo.

Marcelo Lessa: Contra o fechamento de ruas e aglomerações de pessoas...

M. Klang: Ah, da Copa.

Marcelo Lessa: Em dias de jogos do Brasil. Eu tenho a decisão pronta já há quatro, seis Copas do Mundo que eu tenho isso. Evidentemente indeferindo, dizendo que o interesse da Tutela Coletiva é exatamente promover o fechamento. Porque estatisticamente para a população, as pessoas que não gostam de futebol como noticiante, felizmente são muito poucas, porque é de uma chatice extraordinária.

Bloco 09:

M. Klang: Como é que fica a efetividade da prestação jurisdicional, se a decisão que foi confirmada em segundo grau não for de imediato cumprida?

Afrânio Silva Jardim: Isso não tem, a meu juízo, nada a ver com impunidade nem com inefetividade. Porque se a prisão for necessária ela pode ser decretada, ou a temporária ou a prisão preventiva, até muito antes da condenação.

M. Klang: Mas ambas têm um prazo, não é?!

Afrânio Silva Jardim: Não, a prisão preventiva não tem prazo. Tem um prazo dos atos processuais, a temporária, e o nome é isso, temporária, é a que tem prazo. Trinta dias, crimes hediondos, prorrogados por mais trinta dias. Mas a prisão preventiva não tem prazo, os prazos são dos atos processuais.

M. Klang: Porque demora muito tempo, você acha justo por outro lado que o réu fique preso preventivamente durante quatro anos? Até o julgamento, a apelação?

Afrânio Silva Jardim: Se a prisão se fizer necessária, tem que se decretar e se manter. Permanecendo os motivos que autorizaram a prisão preventiva.

M. Klang: Então você desvincula uma coisa da outra?

Book_RMP-70.indb 371 05/06/2019 11:51:46

Afrânio Silva Jardim: Não, lógico, são duas coisas diferentes. Os tipos da prisão são diferentes. O problema é o seguinte, essa visão utilitária que o Ministro Barroso tem tanto apregoado etc. e etc., tem que ser levada em consideração pelo legislador. Eu não estou falando do princípio da presunção da inocência na Constituição, que já é suficiente, mas eu falo do Artigo 283, do 105 da Lei de Execução Penal.

Marcelo Lessa: Da revogação do 393.

Afrânio Silva Jardim: O 283, eu era a favor da execução provisória. Eu acho que eu fui o primeiro a falar em execução provisória no Brasil. Eu tenho vários trabalhos no meu livro e mantenho lá no livro. Vai sair uma edição agora esse mês, nova. Mantenho. Agora, depois que veio com a reforma em 2011, o 283 revogou essa reforma. O 383, o que dizia "é efeito da sentença penal [...] sendo o réu preso e mantido preso enquanto não prestar fiança". O 594 tinha execução provisória no primeiro grau. Réu condenado não sendo primário e [postos estes] tinha que recorrer preso. E era muito mais duro, mas veja bem, agora temos a lei, e por isso que o Supremo não julga. Porque o 283 é inconstitucional? Muito pelo contrário, se não é inconstitucional tem que ser aplicado. Eu discordo, mas é o que está escrito na lei. Nós precisamos ter essa postura de princípio da legalidade. Eu acho hoje que a situação política e institucional está tão ruim que ser legalista já é um grande avanço, manter o que já foi conquistado é um grande avanço. Então não me interessa se isso leva à impunidade ou não. Se leva à impunidade, que o legislador modifique, mas eu não posso passar por cima da lei porque eu não gosto da lei, isso é que é a questão. É isso que está faltando. Leia o 283. Existe uma ação direta para declarar a constitucionalidade. A presidenta Cármen Lúcia não coloca em pauta porque sabe que o supremo não pode declarar inconstitucional o 283. Nada mais constitucional do que ele é. É por isso que teria que soltar o presidente Lula e ela não quer soltar o presidente Lula.

M. Klang: Você concorda com isso, Marcelo?

Afrânio Silva Jardim: O caso [jurídico] dela é o inverso.

M. Klang: Você concorda, Marcelo? Você discorda em partes, você concorda em partes?

Marcelo Lessa: Deixa-me tentar resumir.

Afrânio Silva Jardim: É só pegar o 283. Ele não pode discordar.

Book_RMP-70.indb 372 05/06/2019 11:51:46

Marcelo Lessa: Deixa-me chegar lá, calma.

Afrânio Silva Jardim: Não estou dizendo o que eu acho. Não estou dizendo que se eu fosse legislador eu redigiria o que está redigido não. Estou dizendo o que está escrito.

Marcelo Lessa: Bom, deixa-me tentar resumir, ser bem sintético.

Afrânio Silva Jardim: Está escrito. Não é [inconstitucional].

Marcelo Lessa: Eu, em primeiro lugar, sou um grande fã do princípio da reserva legal da separação de poderes. Por melhor que sejam as intenções, se justifica o ativismo judicial, porque o princípio da reserva legal existe tanto para nos proteger das maldades dos maus, como para nos proteger da bondade dos bons. Então, eu sou absolutamente fã do princípio da reserva legal. E uma coisa que eu aprendi com o Afrânio, pelos anos de convívio, é a coerência. Eu acho que a gente não pode ser incoerente. Falar uma coisa aqui e ali na frente outra coisa que brigue com a premissa que você acabou de estabelecer. Por isso eu sou contra a audiência de custódia e entre outras coisas, em apreço ao princípio da reserva legal.

Afrânio Silva Jardim: Porque é uma resolução do Conselho, não é lei.

Marcelo Lessa: Exatamente, a resolução. Eu acho isso um absurdo, enfim, acordo de não percepção. Todas essas coisas são uma questão de coerência, e tudo que é contrário ao princípio da reserva legal, ainda que eu possa concordar no mérito, não posso admitir [de outra forma].

M. Klang: Isso é um sistema, não é?!

Marcelo Lessa: É um sistema.

Afrânio Silva Jardim: Tudo [na legalidade].

Marcelo Lessa: Deveria ser um sistema, não é?! A vida do professor de processo penal hoje é muito dura, porque não há mais sistema no processo penal. Então tudo se resolve casuisticamente de acordo com as conveniências. Com relação, sem querer fugir da pergunta, com relação à questão da execução antecipada da pena pela condenação de segundo grau. Eu particularmente não acho que o princípio da inocência seja óbice a isso, porque eu concordo com o argumento de que o princípio da inocência tenha a ver com a possibilidade de discussão de matéria de fato. A partir do momento em que não caibam mais recursos em que se vão [revolver] matéria de fato, não me parece que se deva invocar o princípio da inocência como empecilho para execução imediata. E aí vou longe, não precisava nem esperar os embargos de declaração.

Book_RMP-70.indb 373 05/06/2019 11:51:46

M. Klang: Sim, que foram feitos para procrastinar mais cinco anos.

Não precisava nem esperar. Os únicos recursos que têm o efeito [devolutivo] de matéria de fato são a apelação, o recurso ordinário...

M. Klang: Ah, mas inventaram os declaratórios com efeitos infringentes.

Marcelo Lessa: Pois é, e os embargos infringentes, você também não pode contar com essa possibilidade, porque você não sabe se vai ter divergência e, sendo unânime, não caberão. Portanto, eu acho que o problema não é a presunção de inocência e, aí sim, pelo apreço à coerência, não dá para deixar de discordar do Afrânio. Pelo fato de que a base legal que o Código de Processo Penal tinha para dar suporte e execução antecipada da pena, que era inclusive desde a condenação em primeiro grau por uma opção do legislador na reforma [ADA] foi revogada. Até porque a [ADA] era contra a execução provisória.

Afrânio Silva Jardim: Reforma da [ADA].

Marcelo Lessa: Então ela propositadamente, por opção dela, foi a primeira lei da reforma [ADA], que revogou a que era a 393 inciso I. E não satisfeito, ainda redigiu expressamente que toda prisão anterior ao trânsito em julgado tem que ser preventiva. Não acho que precisasse emenda à Constituição para mudar isso, bastava um mero projeto de lei que alterasse o código de processo penal e reestabelecesse a possibilidade da prisão. E aí, talvez não em primeiro grau, talvez copiando a ideia da condenação recorrível, tipo um mero projeto de lei que alterasse o código de processo penal para criar um dispositivo semelhante ao antigo 393-I era suficiente com relação a isso. E nas demais situações, a hipótese seria de prisão preventiva, cautelar, que poderia durar até o trânsito em julgado da sentença.

Book_RMP-70.indb 374 05/06/2019 11:51:46

Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

HABEAS CORPUS Nº 137.888 / MATO GROSSO DO SUL

31/10/2017
PRIMEIRA TURMA
***HABEAS CORPUS* Nº 137.888/MS**
RELATORA: MIN. ROSA WEBER
PACTE.(S): CLAYTON DOS PASSOS
IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. LEI Nº 11.340/2006. ARTIGO 226, §8º, DA LEI MAIOR. DIREITOS HUMANOS DA MULHER. SISTEMA PROTETIVO AMPLO. INTERPRETAÇÃO DA LEI. ALCANCE. INFRAÇÃO PENAL – CRIME E CONTRAVENÇÃO. COMBATE À VIOLÊNCIA EM TODAS AS SUAS FORMAS E GRAUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. Paciente condenado à pena de 20 (vinte) dias de prisão simples, em regime inicial aberto, pelo cometimento da contravenção de vias de fato (art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941).

2. Em particulares hipóteses, a fim de compatibilizar normas jurídicas infraconstitucionais de natureza penal aos comandos da Lei Maior, bem como ao próprio sistema em que se inserem, exsurge verdadeira imposição ao julgador no sentido de reconhecer que a lei disse menos do que pretendia (*lex minus scripsit, plus voluit*), a exigir seja emprestada interpretação ampliativa ao texto legal, respeitada a teleologia do preceito interpretado. Precedente desta Suprema Corte.

Book_RMP-70.indb 379 05/06/2019 11:51:57

3. Consoante magistério de Inocêncio Mártires Coelho, com apoio em Niklas Luhmann, Friedrich Müller e Castanheira Neves: "não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, vale dizer, preceito formalmente criado e materialmente concretizado por todos quantos integram as estruturas básicas constituintes de qualquer sociedade pluralista. [...] O teor literal de uma disposição é apenas a 'ponta do iceberg'; todo o resto, talvez o mais importante, é constituído por fatores extralinguísticos, sociais e estatais, que mesmo se o quiséssemos não poderíamos fixar nos textos jurídicos, no sentido da garantia da sua pertinência." (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005, p.425-6; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.45; e NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p.166-76)

4. Sistema protetivo da mulher contra toda e qualquer violência de gênero. O sistema da Lei nº 11.340/2006 – de nítido cariz constitucional e fortemente amparado em diplomas internacionais – introduz sensíveis alterações no ordenamento jurídico brasileiro, entre as quais: i) a mudança de paradigma no combate à violência contra a mulher, antes entendida sob a ótica da infração penal de menor potencial ofensivo e, hodiernamente, como afronta a direitos humanos; e ii) o inegável e imperioso reforço do papel repressivo da pena. Na lição de Flávia Piovesan, "além da ótica preventiva, a Lei 'Maria da Penha' inova a ótica repressiva, ao romper com a sistemática anterior baseada na Lei nº 9.099/95, que tratava a violência contra a mulher como uma infração de menor potencial ofensivo [...]". (*Temas de Direitos Humanos*. 10ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.430)

6. Na exata dicção do art. 6º da Lei Maria da Penha, "a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos", não mais admitida leitura sob a ótica das infrações penais de menor potencial ofensivo.

7. Ínsita a violência nos atos de agressão perpetrados contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, cumpre estender a vedação contida no art. 44, I, do Código Penal à infração prevista no art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941. Artenira da Silva e Silva, Amanda Madureira e Almudena Garcia Manso – em artigo titulado "O Machismo Institucional Contra Mulheres em Situação de Violência de Gênero: reflexões iniciais sobre a efetividade da Lei Maria da Penha no Brasil" (Hermenêutica, Justiça Constitucional

Book_RMP-70.indb 380 05/06/2019 11:51:57

e Direitos Fundamentais. Juruá Editora, Curitiba, 2016. p.422) –, destacam, com sagacidade ímpar, de um lado, a extrema gravidade – o poder de dano – das agressões contra a mulher e, de outro, a dispensável tarefa de se pretender valorar a violência doméstica, exatamente porque grave toda e qualquer agressão praticada no ambiente familiar, revestida pela discriminação de gênero.

8. Nessa esteira, Soraia da Rosa Mendes, em "A Violência de Gênero e a Lei dos Mais Fracos: A proteção como direito fundamental exclusivo das mulheres na seara Penal" (*In: A Mulher e a Justiça*. A Violência Doméstica sob a ótica dos Direitos Humanos. 1ª edição. AMAGIS-DF, Brasília, 2016. p.73); Eliseu Antônio da Silva Belo em "Artigo 41 da Lei Maria da Penha frente ao princípio da proporcionalidade" (Editora Verbo Jurídico, São Paulo, 2014, p.22); Catiuce Ribas Barin em "Violência Doméstica contra a Mulher. Programas de Intervenção com Agressores e sua Eficácia como Resposta Penal. (Juruá, Curitiba, 2016, p.61); bem como Eduardo Luiz Santos Cabette, para quem "seria um contrassenso incomensurável estabelecer que uma determinada forma de violência fosse uma 'grave violação dos direitos humanos' e, concomitantemente, tratá-la como mera infração de menor potencial ofensivo!" (*In: STJ e a Aplicação da Lei Maria da Penha às Contravenções Penais*. Juris Plenum, Ano XII, número 66 – março de 2016. Caxias do Sul/RS. p.116)

9. O art. 226, §8º, da Carta Política consagra vetor hermenêutico de proteção da mulher – dever constitucional de agir, por parte do Estado, ante a adoção de mecanismos para coibir toda e qualquer violência nos âmbitos doméstico e familiar.

10. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em indeferir a ordem, nos termos do voto da Relatora e por maioria de votos, em sessão da Primeira Turma presidida pelo Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencido o Ministro Marco Aurélio. Falou pelo paciente o Doutor Rômulo Coelho da Silva, Defensor Público Federal.

Brasília, 31 de outubro de 2017.

MINISTRA ROSA WEBER RELATORA

Book_RMP-70.indb 381 05/06/2019 11:51:57

31/10/2017
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* Nº 137.888/MS**

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

PACTE.(S): CLAYTON DOS PASSOS

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Clayton dos Passos, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, pela qual negado provimento a agravo regimental no Resp nº 1.534.703/MS.

O Juízo da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS condenou o paciente à pena de 20 (vinte) dias de prisão simples, em regime inicial aberto, pela contravenção de vias de fato (art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941). Naquela oportunidade, o magistrado de primeiro grau negou a substituição de pena e concedeu o *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos.

Contra o édito condenatório, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que deu parcial provimento ao recurso para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial, que, admitido na origem, foi remetido para o Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Ribeiro Dantas, via decisão monocrática, deu-lhe provimento para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ato contínuo, a Corte Superior negou provimento ao agravo regimental manejado pela defesa.

Extraio do ato dito coator:

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIAS DE FATO RECONHECIDAS PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 44, I, DO CP. OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA À PESSOA. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. "Na via especial, a discussão acerca da classificação jurídica dos fatos dispostos nos autos mitiga a incidência da Súmula 7/STJ." (AgRg no AREsp nº 788.967/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 3/2/2016)

Book_RMP-70.indb 382 05/06/2019 11:51:57

> 2. A jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça tem se direcionado pela impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em hipótese de violência domestica (art. 44, I, do CP).
>
> 3. No caso, o agravante praticou vias de fato contra a sua ex-esposa, fato que se insere na proibição legal de substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, o que impõe a reforma do acórdão local.
>
> 4. Agravo regimental não provido.

Neste *writ*, alega a impetrante a viabilidade da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a inexistência de vedação legal para contravenção penal. Requer, em medida liminar, a suspensão dos efeitos do decreto condenatório até o julgamento final da presente impetração. No mérito, pugna pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em 31.10.2016, indeferi a liminar.

O Ministério Público Federal, em manifestação da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opina pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

31/10/2017
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* Nº 137.888/MS**

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. O presente *habeas corpus* diz com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de violência praticada contra mulher, ex-companheira do agressor.

O paciente foi denunciado e, posteriormente, condenado à pena de 20 (vinte) dias de prisão simples, em regime inicial aberto, pelo cometimento da contravenção de vias de fato (art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Consta da sentença que a vítima se deslocou até o local em que o seu ex-companheiro se encontrava, a fim de tratar sobre pensão, momento em que foi por ele agredida com tapa – que atingiu o capacete por ela utilizado – e chute, sem lesões aparentes.

O magistrado de primeiro grau indeferiu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em sentença assim exarada:

> Considerando o disposto no art. 44, I, do Código Penal, a pena privativa de liberdade não pode ser substituída por penas restritivas de direitos quando o delito for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, hipótese tratada nos autos, em que o crime foi praticado com violência à pessoa.

Book_RMP-70.indb 383 05/06/2019 11:51:57

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul deu parcial provimento ao recurso defensivo, substituída a pena corporal por restritiva de direitos. Reproduzo excerto do voto condutor:

> (...)
>
> Com efeito, nos casos de contravenção penal de vias de fato, a baixa repercussão da conduta, bem como a reduzida gravidade do delito não impedem a concessão da referida benesse.
>
> Nesse sentido o entendimento desta Corte de Justiça:
>
>> Para ocorrer a aplicação da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, faz-se necessária a análise do maior ou menor grau da gravidade da lesão corporal. Assim, nos casos de mera contravenção penal, tendo em vista a sua baixa ou quase inexistente repercussão no meio social, é possível a aplicação desse benefício.
>>
>> A violência impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é aquela relacionada aos crimes, ou seja, às condutas de maior gravidade, não alcançando a contravenção de vias de fato. Recurso parcialmente provido.
>
> Assim, a pena privativa de liberdade deve ser convertida em limitação de final de semana conforme requisitos e condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, pois é certo ser impossível substituí-la por prestação de serviços à comunidade ou qualquer outra medida, conforme disposições do art. 17 da Lei nº 11.340/06 e do art. 46 do Código Penal.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática da lavra do Ministro Ribeiro Dantas, deu provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, *afastada a substituição da pena restritiva de liberdade*.

Tal decisão restou desafiada por agravo regimental, tendo o STJ negado provimento ao recurso, forte na sua jurisprudência, *verbis*:

> (...)
>
> Com efeito, percebe-se que o Tribunal de origem efetuou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em hipótese na qual o crime fora cometido com violência (vias de fato). De todo modo, referido posicionamento destoa da jurisprudência firmada no âmbito desta Corte Superior. Confira-se:

Book_RMP-70.indb 384 05/06/2019 11:51:57

> (...)
>
> Por derradeiro, apenas para afastar qualquer dúvida, saliente-se que a violência à pessoa que afasta a aplicação do art. 44 do Código Penal prescinde de ferimentos, marcas ou ofensa à estrutura corporal da vítima. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:
>
> (...)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

2. Registro, de plano, não desconhecer que esta Suprema Corte já examinou a sensível questão ora em exame nos *HC* nº 131.160, da relatoria do Ministro Teori Zavascki (DJe 08.11.2016), e *HC* nº 132.342, da relatoria do Ministro Dias Toffoli (DJe 28.9.2016), no âmbito da 2ª Turma, nos quais autorizada a substituição da pena.

Rememoro que o *Tribunal Pleno* do STF, ao julgamento do *HC* nº 106.212, em que Relator o Ministro Marco Aurélio (DJe 13.6.2011), *decidiu* que o art. 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) *obsta a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito em todo e qualquer caso de prática delituosa que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher*. Colijo a ementa do acórdão prolatado no referido *writ*:

> VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, §8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

3. Tal preceito legal (art. 41 da Lei Maria da Penha), diga-se de passagem, já foi objeto de *declaração de constitucionalidade* por esta Corte Suprema ao julgamento da ADC nº 19, também sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, ocasião em que, ao proferir meu voto, expressamente *rememorei a decisão* do Tribunal Pleno do STF no *HC* nº 106.212, precisamente o ponto em que o Relator assenta alcançar o art. 41 da Lei nº 11.340/2006 "*toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal*". (Destaquei.)

4. Extraio dessa emblemática declaração de constitucionalidade que a Lei Fundamental, por seu *art. 226, §8º, consagra vetor hermenêutico de proteção* – verdadeira

Book_RMP-70.indb 385 05/06/2019 11:51:58

imposição constitucional de agir, por parte do Estado, ante a adoção de "mecanismos para coibir a violência no âmbito" da família, com especial atenção àquela praticada, *em qualquer de suas formas e graus*, contra a mulher.

E não poderia ser diferente, observado o conteúdo do art. 6º da Lei Maria da Penha, ao alçar o *status de violação dos direitos humanos* a violência doméstica e familiar contra a mulher, violência essa que não se reduz ou circunscreve ao conceito de lesão corporal, a teor do art. 5º do diploma legal em apreço.

Ao contrário, sensível ao reconhecimento de que *a violência contra a mulher comporta natureza específica,* inserta em um contexto que lhe é próprio, a Lei Maria da Penha contempla, com clareza solar, ampliação do conceito dessa particular e penosa forma de agressão, açambarcada "*qualquer ação ou omissão* baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial", nos âmbitos doméstico e familiar, independentemente do convívio entre agressor e ofendida, bem como da orientação sexual dos envolvidos (art. 5º, I, II, III, e parágrafo único da Lei nº 11.340/2006).

5. Inesgotáveis os justos motivos de tal ampliação legislativa, a qual, sem dúvida, assenta sempre presente a violência, de todo *despiciendo perquirir, para fins de incidência do regramento repressivo, acerca da intensidade da agressão*.

Não se comportam, agressor e vítima, em situação que lhes permita *indiferença*, porquanto, ao menos em algum momento da vida – e a lei não exige de modo diverso –, compartilharam afetividade. Tal particularidade faz com que a violência, muitas das vezes praticada de forma sub-reptícia e iterativa, não se esgote ao final da desavença ou da agressão, como soe ocorrer quando a contenda se dá entre pessoas desconhecidas.

É dizer, *a violência contra a mulher* – mormente porque praticada no seu espaço de convívio, no bojo da sua família, tendo por agressor pessoa com quem teve relação de afeto – *se entranha*, de modo inexorável e muitas vezes indelével, entristecendo-lhe a alma e afetando-lhe o psicológico, a ponto de afetar-lhe a *dignidade humana*.

6. Consabido que a interpretação literal ou gramatical consubstancia tão somente o primeiro contato do hermeneuta com o texto – aproximação essa sem a qual não se faz possível extrair qualquer significado do comando normativo –, tenho presente que *a interpretação jamais se esgota na literalidade do texto*, mesmo nas raríssimas hipóteses em que a máxima *in claris cessat interpretatio* se mostra "aparentemente" adequada à realização do preceito normativo.

Basta notar que a linguagem é um fenômeno dinâmico, razão pela qual palavras e expressões, por mais simples e evidentes (claras) que aparentem ser em determinado tempo e lugar, não somente comportam uma plêiade de significados, como também receberão significados diversos no porvir.

Rápido passar de olhos em um dicionário espanca de dúvidas tal constatação, assim como o Direito e a jurisprudência se encontram repletos de bons exemplos, *v.g.*, família, casamento, mulher honesta.

Book_RMP-70.indb 386 05/06/2019 11:51:58

Na lição de Inocêncio Mártires Coelho, com apoio em Niklas Luhmann[1], Friedrich Müller[2] e Castanheira Neves[3]:

> Rigorosamente, portanto, "não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada", vale dizer, preceito formalmente criado e materialmente concretizado por todos quantos integram as estruturas básicas constituintes de qualquer sociedade pluralista.
>
> *A escrita é apenas uma forma que produz uma diferença entre o corpo do texto e a interpretação, entre a literalidade do escrito e o espírito da lei. Não existe nenhuma fixação por escrito do direito vigente que não origine uma interpretação*. Ambas são produzidas, simultaneamente, como uma forma de dois lados. No instante mesmo em que se escrevem os textos origina-se, daí, um problema de interpretação.
>
> *O teor literal de uma disposição é apenas a "ponta do iceberg"; todo o resto, talvez o mais importante*, é constituído por fatores extralinguísticos, sociais e estatais, que mesmo se o quiséssemos não poderíamos fixar nos textos jurídicos, no sentido da garantia da sua pertinência. (Destaquei.)

7. Assim, e rechaçando, desde logo, eventual discussão acerca do uso da analogia (*in malan partem*), *porque disso rigorosamente não se está a tratar* na espécie, ao adequado processo de conhecimento e reconhecimento de determinado preceito legal observo de todo inafastável a adoção *complementar das diversas técnicas* de interpretação da lei – literal ou gramatical/filológica, lógica (histórica, política, ideológica etc.), teleológica e sistemática.

Em particulares hipóteses, a fim de compatibilizar normas jurídicas infraconstitucionais de natureza penal aos comandos da Lei Maior – em suma, com o sistema normativo em que se insere – exsurge, inegavelmente, *verdadeira imposição ao julgador* no sentido de reconhecer que a lei disse menos do que pretendia (*lex minus scripsit, plus voluit*), a exigir seja emprestada interpretação ampliativa ao texto legal, sempre com o mais absoluto respeito à teleologia do preceito interpretado. Nessa esteira de raciocínio, colho o seguinte precedente desta Corte:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI Nº 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 11.466/2007.

---

[1] *El derecho de la sociedae*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005, p.425-6.
[2] *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.45.
[3] *Metodologia Jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p.166-76.

Book_RMP-70.indb 387 05/06/2019 11:51:58

> INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1. Pratica infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei nº 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional. 2. *A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na* mens legis. 3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei nº 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a consequente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime. 4. Negar provimento ao recurso. (RHC nº 106481, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 03.3.2011 – Destaquei.)

É sob tal ótica que observo o sistema de proteção às vítimas da violência de gênero – doméstica e familiar contra a mulher –, na modelagem que lhe foi ofertada ao advento da Lei nº 11.340/2006, expressamente vedado por seu art. 17, "nos casos de violência", a aplicação "de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa".

Não suficiente, a Lei Maria da Penha, por seu art. 41, "independentemente da pena prevista", *rechaça de modo peremptório* a aplicação da Lei nº 9.099/1995, regramento voltado ao julgamento e à "execução das infrações penais de menor potencial ofensivo" (art. 60), *assim consideradas*, na exata dicção do art. 61 desse mesmo diploma, "*as contravenções penais e os crimes* a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada, ou não, com multa".

Reputo, nessa linha, incompatível com a teleologia do sistema legal protetivo da melhor *compreensão restrita do termo crime*, que permita subtrair, indevidamente, do seu âmbito de abrangência – manifestamente ampliado e voltado a proteger a mulher de toda e qualquer infração penal contra ela cometida com violência – *a contravenção penal das vias de fato*.

A merecer registro, no ponto, a seguinte passagem do voto do Ministro Marco Aurélio, proferido no *HC* nº 106.212, impetrado em favor de paciente "denunciado como incurso nas penas do artigo 21, cabeça, do Decreto-Lei nº 3.688/41 – contravenção penal de vias de fato" e "condenado à pena de quinze dias de prisão simples, substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, em observância ao artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (proibição de aplicação da Lei nº 9.099/95), *verbis*:

> Dirão que o dispositivo contém referência a crime e não a contravenção penal, não alcançando as vias de fato. Fujam à interpretação verbal, à interpretação gramatical, que, realmente,

Book_RMP-70.indb 388 05/06/2019 11:51:58

> seduzindo, porquanto viabiliza a conclusão sobre o preceito legal em aligeirado olhar, não consubstancia método seguro de hermenêutica. Presente a busca do objetivo da norma, tem-se que o preceito afasta de forma categórica a Lei nº 9.099/95 no que, em processo-crime – e inexiste processo-contravenção –, haja quadro a revelar a violência doméstica e familiar. Evidentemente, esta fica configurada no que, valendo-se o homem da supremacia de força possuída em relação à mulher, chega às vias de fato, atingindo-a na intangibilidade física, que o contexto normativo pátrio visa proteger.

8. Não por outros fundamentos, entendo que, após o advento da Lei Maria da Penha, em se tratando de violência contra a mulher, *se impõe interpretação do inciso I do art. 44 do Código Penal que não faça tábula rasa da* mens legis, cumprindo ao exegeta, ao extrair o significado da lei, *respeitar o explícito comando* contido no art. 4º daquele diploma de salvaguardas, qual seja, o de que, "na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar".

9. Corrobora meu particular entendimento – de que *sempre ínsita a violência* nos atos de *agressão perpetrados contra a mulher* no ambiente doméstico e familiar, a exigir seja estendida a vedação contida no art. 44, I, do Código Penal à infração prevista no art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 –, o artigo: "O Machismo Institucional Contra Mulheres em Situação de Violência de Gênero: reflexões iniciais sobre a efetividade da Lei Maria da Penha no Brasil[4]".

Em tal artigo, Artenira da Silva e Silva, Amanda Madureira e Almudena Garcia Manso destacam, com sagacidade ímpar, de um lado a extrema gravidade – "o poder de dano" – das agressões contra a mulher e, de outro, a dispensável tarefa de se pretender valorar a violência doméstica, *exatamente, porque grave toda e qualquer agressão praticada no ambiente familiar*, revestida pela discriminação de gênero. Reproduzo o seguinte fragmento:

> Cumpre destacar que em um contexto de violação de Direitos Humanos em ambiente doméstico é *difícil valorar violências maiores ou menores, uma vez que todas estão inseridas em uma cadeia cíclica e temporalmente estabelecida, amordaçando, tolhendo, controlando e desumanizando a existência da vítima*.
>
> As violências invisibilizadas ou micromachistas possuem grande poder de dano, porque acontecem comumente acobertadas pela repetição cotidiana, pela normalidade e por vezes por passarem despercebidas

[4] SILVA, Artenira da Silva e; MADUREIRA, Amanda; e MANSO, Almudena Garcia. *In: Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p.422.

Book_RMP-70.indb 389 05/06/2019 11:51:58

> de quem as pratica e de até de quem as sofre. A sua existência reside nas múltiplas oportunidades cotidianas delas serem exercidas, especialmente nos espaços privados. (LLORENTE, 2014) (Destaquei.)

Nesse sentido, ainda, Soraia da Rosa Mendes[5], ao registro de que o *relacionamento* afetivo e sexual *das vítimas com os seus agressores torna a violência mais complexa*, podendo se dar de inúmeras formas, porquanto:

> Os autores, nesses casos, conhecem bem as vítimas e seus pontos mais vulneráveis. Dominam a situação e sabem como e onde ameaçá-las, como espancá-las, humilhá-las e cometer outras práticas de agressão e lesão. Sob esta ótica específica tem-se a violência doméstica e familiar que, entre nós, nos termos da Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, ocorre tanto quando há violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.

10. Observo, portanto, *como norte interpretativo*, encampado por esta Corte ao exame da ADC nº 19, *a obrigação do Estado em coibir a violência contra a mulher* – com rigor especial quando praticada no bojo do seio familiar, a fim não somente de exercer o papel punitivo, como também, e talvez esse o de maior relevância, o papel preventivo da pena. Transcrevo a ementa do julgado, *verbis*:

> VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. *O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, ao Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no* §8º *do*

[5] A Violência de Gênero e a Lei dos Mais Fracos: A proteção como direito fundamental exclusivo das mulheres na seara Penal. *In: A Mulher e a Justiça*. A Violência Doméstica sob a ótica dos Direitos Humanos. 1ª edição. Brasília: AMAGIS-DF, 2016. p.73.

Book_RMP-70.indb 390 05/06/2019 11:51:58

> *artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.* (DJe 29.4.2014 – Destaquei.)

Tal julgamento, consoante destacado pela doutrina especializada, apontou para um pretendido, alvissareiro e consciente recrudescimento trazido pela novel legislação, de modo *a retirar da violência de gênero a rubrica – social e institucional – que lhe é totalmente inadequada*, mas infelizmente arraigada na cultura brasileira, qual seja, a de "*crime de menor potencial ofensivo*".

11. Bem destaca Flávia Piovesan[6] as *inovações introduzidas* no ordenamento jurídico ao advento da Lei Maria da Penha, entre as quais: i) *a mudança de paradigma* no combate à violência contra a mulher, antes entendida sob a ótica da infração penal de menor potencial ofensivo e, hodiernamente, como afronta a direitos humanos, na exata dicção do art. 6º do referido diploma legal ("A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos"); e ii) o inegável e imperioso *reforço do papel repressivo da pena*, *verbis*:

> Além da ótica preventiva, a Lei "Maria da Penha" inova a ótica repressiva, ao romper com a sistemática anterior baseada na Lei nº 9.099/95, que tratava a violência contra a mulher como uma infração de menor potencial ofensivo, sujeita à pena de multa e pena de cesta básica.

Na mesma linha, Eliseu Antônio da Silva Belo[7], ao asseverar que:

> As principais consequências desse posicionamento da mais alta Corte brasileira podem ser resumidas no *afastamento total de todos os institutos despenalizadores ou descarcerizadores* (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo) contemplados na Lei nº 9.099/95, em relação às infrações penais cometidas no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, além do resgate da natureza pública incondicionada da ação penal nas hipóteses de lesões corporais leves e culposas.
>
> E aqui se fala no gênero "infrações penais", porque o próprio STF, nos autos do *Habeas Corpus* nº 106.212/MS, também de relatoria do Min. Marco Aurélio, assentou que o preceito do artigo 41 dessa lei "alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato". (Destaquei.)

---

[6] *Temas de Direitos Humanos*. 10ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p.430

[7] Artigo 41 da Lei Maria da Penha frente ao princípio da proporcionalidade. São Paulo: Editora Verbo Jurídico, 2014. p.22.

Book_RMP-70.indb 391 05/06/2019 11:51:58

Catiuce Ribas Barin[8], ao defender que:

> No tratamento da resposta ao sistema penal à violência doméstica contra as mulheres – atualmente reforçada em consonância com as normativas internacionais –, as Leis nº 11.340/2006 e nº 13.104/2015 são de referência obrigatória. *A primeira possui notório caráter penalizador, na medida em que trata com mais rigor as infrações penais* perpetradas contra a mulher no âmbito familiar, doméstico ou de qualquer relação íntima de afeto. [...]
>
> Com a publicação da Lei nº 11.340/2006, as *mulheres vítimas* de violência doméstica ou familiar passaram a gozar de *tutela penal especial [...] "reforçada", pois mais intensa* do que a prevista para outras vítimas de ofensas de natureza semelhante [...] e abrange praticamente todos os graus e modalidades de violência, desde a ofensa verbal até situações extremas, como o feminicídio. (Destaquei.)

Cito, ainda, Eduardo Luiz Santos Cabette[9], para quem:

> O objetivo do legislador é aplicar o máximo rigor contra as práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher, impedindo os benefícios despenalizadores ínsitos à Lei nº 9.099/1995, em plena consonância com a disposição da própria Lei nº 11.340/2006, que estabelece que a violência doméstica e familiar contra a mulher é considerada uma espécie de "violação dos direitos humanos" (artigo 6º), norma esta, por seu turno, em harmonia com Tratados Internacionais firmados pelo Brasil a respeito do tema (*v.g.* Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher – CEDAW e Convenção de Belém do Pará). *Efetivamente, seria um contrassenso incomensurável estabelecer que uma determinada forma de violência fosse uma "grave violação dos direitos humanos" e, concomitantemente, tratá-la como mera "infração de menor potencial ofensivo"!* (Destaquei.)

12. Assim, em alinho ao magistério doutrinário, bem como em respeito ao vetor hermenêutico indicado por esta Suprema Corte (ADC nº 19), entendo que se deva *emprestar o maior alcance possível à legislação tendente a coibir a violência doméstica e familiar,* como forma de evitar retrocessos sociais e institucionais na proteção das

[8] *Violência Doméstica contra a Mulher*. Programas de Intervenção com Agressores e sua Eficácia como Resposta Penal. Curitiba: Juruá, 2016. p.61.
[9] *STJ e a Aplicação da Lei Maria da Penha às Contravenções Penais*. Caxias do Sul/RS: Juris Plenum, Ano XII, número 66 – março de 2016. p.116.

Book_RMP-70.indb 392 05/06/2019 11:51:58

vítimas, avanço conquistado de modo árduo, na luta pela superação do sofrimento da mulher, muitas vezes experimentado em silêncio – no recôndito do lar, do seio familiar e da alma, agredida exatamente por aquele com quem divide o "teto" e dedica o afeto.

13. Bem demonstra a energia desprendida – nos planos nacional e internacional – para se alcançar o atual estágio de proteção das vítimas dos crimes de gênero o Caso nº 12.051/OEA, mote da Lei nº 11.340/2006, *em que denunciado o Brasil* – pelo Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), em litisconsórcio com a vítima, Maria da Penha Maia Fernandes – , *tendo sido condenado* no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA pela negligência em disponibilizar mecanismos eficientes a coibir a prática da violência doméstica contra a mulher.

Ressalto, ademais, no contexto das conquistas pela dignidade humana da mulher, a adoção, em 1993, da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, pela Organização das Nações Unidas – ONU, bem como, junto à Organização dos Estados Americanos – OEA, a aprovação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção do Belém do Pará), ratificada pelo Brasil em 1995.

14. *Compreendo, assim, o sistema protetivo da Lei nº 11.340/2006* – de nítido cariz constitucional e fortemente amparado em diplomas internacionais – de modo a *lhe emprestar amplitude e sentido que obstaculizem a reinserção da violência contra a mulher na ambiência da legislação própria às infrações de menor potencial ofensivo*, sem o que não se concretizará o comando do art. 226, §8º, da Lei Maior.

Ante o exposto, *voto pela denegação da ordem de* habeas corpus.

31/10/2017
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* Nº 137.888/MS**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Desde já, digo que acompanho integralmente o voto da Ministra Relatora.

Trata-se de um caso que até pode parecer simples, em razão do quantitativo da pena aplicada (vinte dias de prisão simples), mas que me impulsiona a tecer algumas observações.

Hoje, li um belíssimo artigo no jornal "O Estado de São Paulo", do articulista Fernão Lara Mesquita, cujas ideias venho repetindo há muito tempo: qualquer tipo de criminalidade, de maior ou menor expressão, só se combate com rapidez de justiça e cumprimento de pena. No referido artigo, o autor fez um paralelo interessantíssimo, inclusive, em virtude do lançamento do "Anuário de Violência no Brasil", com o que

Book_RMP-70.indb 393 05/06/2019 11:51:59

ocorreu nos Estados Unidos nos anos de 1960/1970 – quem acompanha estatísticas e estudos sobre criminalidade sabe. Naquela época, os presídios estavam lotados, sem condições. No entanto, em vez de os governantes realizarem investimentos no setor – mais ou menos o que depois a Colômbia e esta Corte chamaram de "estado inconstitucional de coisa" –, optou-se por promover alterações legislativas que permitiram, cada vez mais, a substituição de penas para crimes praticados com violência ou grave ameaça, o que fez os Estados Unidos chegarem, no final da década de 1970, ao topo da estatística de criminalidade grave, considerando-se o número de homicídios, de agressões e de mortes violentas. Foi, então, iniciado um processo de reversão desse quadro, baseado na ideia de que pouco importa o tamanho da pena; importa, sim, que a justiça seja rápida e eficaz e, principalmente, que se cumpra a pena.

No Brasil, a ideia do "estado inconstitucional de coisa" não figura apenas nos presídios; também ocorre em áreas como saneamento básico, habitação e alimentação, para grande parte da população. Mas não é em virtude disso que se deve abrandar a reprimenda cabível àqueles que praticaram crimes com violência ou grave ameaça. Para essas lacunas estatais, o que é primordial, isso sim, é que se façam investimentos.

E por que fiz essa digressão antes de tratar desse caso, que acaba sendo emblemático, neste momento em que foi lançado o "Anuário de Violência no Brasil"? Explico.

Chegamos a mais de 60.000 mortes violentas e, entre elas, o número de feminicídios aumentou. Lamentavelmente, o Brasil é o quinto país no número de feminicídios. Isso decorre de uma cultura de violência contra a mulher, que começa com um tapa, um chute e, rapidamente, se transforma em dois tapas, dois chutes. Se não houver repressão, essa conduta de dois tapas, dois chutes evolui para surras diárias, até culminar não só em feminicídios, mas também em homicídios. Não raro – quando Secretário de Segurança Pública de São Paulo fiz esses cálculos –, o filho daquela mulher que apanha do marido ou do companheiro, num determinado momento, acaba se rebelando e mata o agressor, ou seja, toda a estrutura familiar é comprometida. O resultado dessa cultura lamentável, invariavelmente, é a ruína da vida da mulher e dos filhos.

Desde o momento em que a "Lei Maria da Penha" entrou em vigor, pode parecer, numa leitura apressada, que o número de mulheres agredidas aumentou muito. No entanto, o que se verifica é justamente o contrário. Estatisticamente houve, sim, um incremento numérico significativo, mas o que ocorreu foi que o tratamento diferenciado disciplinado na "Lei Maria da Penha" encorajou mulheres agredidas a procurarem a autoridade policial e a não se retratarem. Quantas e quantas vezes, como Promotor de Justiça Criminal em São Bernardo do Campo, era procurado por mulheres agredidas e, poucos dias depois, elas se retratavam dizendo que, na verdade, tinham caído etc. (a lei permitia a retratação). Por quê? Elas tinham sofrido agressões, iam à Promotoria, mas, quando o agressor descobria, sofriam uma nova agressão e uma ameaça: "se você não se retratar, você vai apanhar de novo!". Essa sequência de agressões vira rotina para o agressor que, um dia, acaba gerando lesões mais graves ou a própria morte da vítima. Por isso, a "Lei Maria da Penha" – como bem salientou a

Book_RMP-70.indb 394 05/06/2019 11:51:59

Ministra Rosa Weber – regulamentou de forma diferente o tratamento de violência ou grave ameaça contra as mulheres. Há toda uma proteção especial – irretratabilidade, não aplicação da Lei nº 9.099 e adoção de medidas protetivas, cuja execução ainda precisa ser aprimorada. A *ratio* dessa nova legislação é punir de forma exemplar, independentemente do *quantum* da pena, uma conduta que, culturalmente, sempre foi aceita no Brasil como normal, tanto que há aquele trágico ditado: "em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher". Quantos e quantos policiais, ainda hoje, falam isso quando a mulher agredida chega à delegacia? Isso fez com que vários estados começassem a criar delegacias de proteção à mulher em que toda a equipe é composta por mulheres: delegada, escrivã, investigadora...

Observe-se que o fato de a "Lei Maria da Penha" obstar a incidência da Lei nº 9.099 demonstra que o legislador não quis, nesses casos, afastar a pena privativa de liberdade se a conduta foi praticada com violência ou grave ameaça. Em outras palavras, a *ratio* da Lei nº 9.099 é afastar a pena privativa de liberdade, ao passo que, a da "Lei Maria da Penha" é punir, mesmo nos casos de contravenção, como forma de prevenção.

Então, com essas considerações e os argumentos colocados pela Ministra Rosa Weber, entendo que a aplicação dos vinte dias de prisão simples, com a possibilidade de suspensão condicional da pena, como consta nos autos, é exatamente para que, no tocante ao caso concreto, durante esses dois anos ele evite a quebra do *sursis* com uma conduta irrepreensível e, em relação à ideia da "Lei Maria da Penha", seja realçada a repulsa ao simbolismo do agressor a mulheres como forma de prevenção geral.

Assim, acompanho a Relatora e denego a ordem.

31/10/2017
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* Nº 137.888/MS**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Boa tarde a todos, Presidente, Ministra Rosa, Ministro Alexandre e Ministro Fux! Eu peço desculpas, eu estava numa reunião administrativa na Presidência, resolvendo um problema.

Também eu, Presidente, estou acompanhando a eminente Relatora. Eu lamento não ter podido ouvir a sustentação oral do ilustre Defensor Público, da qual, tenho certeza, teria feito bom proveito, mas havia tido a oportunidade de estudar o processo; é uma hipótese de violência contra a mulher. Acho que a matéria foi abordada com felicidade pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes. O grande papel, talvez o único papel realmente valioso do Direito Penal seja o de funcionar como prevenção geral, ou seja, as pessoas passarem a temer que, diante de condutas ilícitas, vão sofrer uma consequência negativa efetiva imposta pelo ordenamento. Portanto, penso que, aqui, não haveria solução alternativa diferente da que foi produzida nas instâncias inferiores.

Book_RMP-70.indb 395 05/06/2019 11:51:59

Apenas uma curiosidade: na Rússia, Ministro Alexandre, eles têm uma lei semelhante à "Lei Maria da Penha", mas só vale na segunda agressão. Na primeira agressão, há uma imunidade ao marido. Se agredir a segunda vez, aí se aplica a lei. Uma dessas múltiplas curiosidades nas sociedades patriarcais e machistas que ainda lidam com certa naturalidade com a violência contra a mulher. Nós temos feito grandes avanços nessa área e penso que graças a uma certa efetividade que se tem procurado dar à proteção da mulher.

De modo que eu estou acompanhando a eminente Relatora.

31/10/2017
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* Nº 137.888/MS**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Saúdo meus Colegas da Primeira Turma, ilustre Representante do Ministério Público, senhores advogados e estudantes presentes.

Senhor Presidente, participei da sessão Plenária que declarou a constitucionalidade do dispositivo da "Lei Maria da Penha" que impedia, inclusive, a retratação da mulher, na medida em que ela se retratava mediante outra ameaça ou até, às vezes, por conveniência familiar.

O brilhante voto da Ministra Rosa Weber está exatamente na mesma linha dos documentos internacionais que o Brasil firmou em relação à proteção da mulher contra a violência doméstica.

De sorte que, tendo participado daquele julgamento no Plenário e à luz dos argumentos expendidos pela Ministra Rosa Weber – a quem parabenizo também pelo voto –, eu estou acompanhando Sua Excelência.

31/10/2017
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* Nº 137.888/MS**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – O caso é singular. Em momento algum foi enquadrado considerada a "Lei Maria da Penha". Tanto o Juízo quanto o Órgão revisor e o Superior Tribunal de Justiça concluíram, os três, que a situação jurídica seria de contravenção, tendo em conta vias de fato. Ou seja, houve esse desforço físico que, de início, é bilateral. Em se tratando de contravenção, não se tem, nas vias de fato, nessa espécie de contravenção, o elemento subjetivo – que é o dolo. Tem-se a culpa, simplesmente a culpa.

O que ocorreu na espécie? O Juízo condenou o paciente à pena de prisão simples por 20 dias. Negou a substituição, mas implementou a suspensão condicional

Book_RMP-70.indb 396 05/06/2019 11:51:59

da sanção, pelo período alargado de 2 anos. Ou seja, 20 dias de prisão, substituídos pela suspensão condicional, sob condições limitativas, por 2 anos. Houve recurso da defesa para o Órgão revisor e, neste, deu-se a substituição da condenação por outra condenação. Não se teria a impunidade. O que fez o Tribunal de Justiça? Impôs limitação de final de semana, conforme requisitos e condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções, e assentou que não seria possível substituir a pena de prisão pela restritiva de direitos com prestação de serviços à comunidade ou qualquer outra medida. O Superior Tribunal de Justiça veio a atuar em via muito estreita, a do recurso especial, e apontou que teria havido transgressão ao artigo 44 do Código Penal, no que se substituiu a pena de prisão simples pela de limitação de final de semana. E, então, restabeleceu, a meu ver, a decisão do Juízo.

É preciso interpretar – e, atendendo aos anseios da sociedade, deve-se combater realmente a violência doméstica – os diversos dispositivos legais envolvidos no caso concreto.

Não houve lesão corporal, porque, se tivesse havido, teria ocorrido a incidência da "Lei Maria da Penha". O que houve foi um desforço físico – que imagino tenha sido bilateral, como, de regra, ocorre com vias de fato – e chegou-se à apenação que viria a demonstrar que o procedimento adotado pelo paciente discrepou da ordem jurídica. Mas não se fez merecedora pena de prisão simples por 20 dias, muito embora com a suspensão condicional por 2 anos dessa mesma pena.

Ouvi, da tribuna – o Defensor Público, penso que veiculou isso –, que o casal voltou à convivência. Indaga-se: a essa altura, interessa, em termos sociais, que o paciente permaneça com essa espada de Dâmocles, que é a suspensão condicional da pena por 2 anos, ou interessa manter, na óptica do Tribunal de Justiça, a simples limitação a ser definida, segundo o contexto atual, pelo Juízo da Vara de Execuções?

Peço vênia, muito embora seja um arauto da "Lei Maria da Penha" – tanto que fui Relator dos dois casos, no Plenário, e concluiu-se da forma que se concluiu e foi noticiado pela ministra Rosa Weber –, assentando que bem andou o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso ao substituir a pena de prisão pela limitação de fim de semana.

Defiro, nesses termos, a ordem.

PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA

***HABEAS CORPUS* Nº 137.888**

PROCED.: MATO GROSSO DO SUL

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

PACTE.(S): CLAYTON DOS PASSOS

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Book_RMP-70.indb 397 05/06/2019 11:51:59

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu a ordem, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Falou o Dr. Rômulo Coelho da Silva, Defensor Público Federal, pelo Paciente. Primeira Turma, 31.10.2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza,

Secretária da Primeira Turma

Book_RMP-70.indb 398 05/06/2019 11:51:59

HABEAS CORPUS Nº 125.360 / RIO DE JANEIRO

19/09/2017
PRIMEIRA TURMA
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
PACTE.(S): MARCOS PEREIRA DA SILVA
IMPTE.(S): IVAN BOMFIM DA SILVA
IMPTE.(S): LIGIA SIMONE COSTA CALADO DORNELAS CAMARA
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ALEGADA NECESSIDADE DE OITIVA DE NOVAS TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VIOLÊNCIA REAL CARACTERIZADA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA MESMO APÓS A LEI Nº 12.015/2009. HIGIDEZ DA SÚMULA 608 DO STF.

1. Nos termos do art. 400, §1º, do Código de Processo Penal, cabe ao Juízo processante indeferir as diligências consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Assentado pelas instâncias antecedentes que as justificativas apresentadas para o indeferimento da solicitada oitiva de novas testemunhas se mostram idôneas, a análise da alegação de cerceamento de defesa, de modo a avaliar a imprescindibilidade das diligências requeridas, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, que é próprio do Juiz da instrução, além de ser providência incompatível com esta via processual. Precedentes.

2. A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência real, antes ou depois do advento da Lei nº 12.015/2009, tem natureza pública incondicionada. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, diante da constatação de que os delitos de estupro, em parcela significativa, são cometidos mediante violência e, procurando amparar, mais ainda, a honra das vítimas desses crimes, aderiu à posição de crime de ação pública incondicionada, que veio a ser cristalizada na Súmula 608, em pleno vigor.

Book_RMP-70.indb 399 05/06/2019 11:51:59

3. Para fins de caracterização de violência real em crimes de estupro, é dispensável a ocorrência de lesões corporais. (*HC* nº 81.848, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ de 28/6/2002, e *HC* nº 102.683, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 7/2/2011) Pormenorizada na sentença condenatória a caracterização da violência real – física e psicológica – a que foi submetida a vítima, é inviável, no instrumento processual eleito, alterar a conclusão firmada acerca dos fatos e provas.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro ALEXANDRE DE MORAES, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria de votos, acordam em denegar a ordem e revogar a liminar anteriormente deferida nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator. Não participaram, justificadamente, deste julgamento, os Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso.

Brasília, 27 de fevereiro de 2018.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES
Redator para acórdão

PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA

***HABEAS CORPUS* Nº 125.360**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

PACTE.(S): MARCOS PEREIRA DA SILVA

IMPTE.(S): IVAN BOMFIM DA SILVA (26039/DF)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Presidente e Relator, que deferia a ordem para declarar extinto o processo-crime ante a decadência, pediu vista do processo o Ministro Alexandre de Moraes. Falou o Dr. Ivan Bomfim da Silva pelo Paciente. Primeira Turma, 19.9.2017.

Book_RMP-70.indb 400 05/06/2019 11:51:59

Decisão: A Turma, por maioria, denegou a ordem e revogou a liminar anteriormente deferida nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Presidente e Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator. Não participaram, justificadamente, deste julgamento, os Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso. Primeira Turma, 27.2.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

Carmen Lilian Oliveira de Souza, Secretária da Primeira Turma.

Book_RMP-70.indb 401 05/06/2019 11:51:59

• • •

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

08/03/2018
PLENÁRIO
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATORA DO ACÓRDÃO RISTF: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.(A/S): IAN RODRIGUES DIAS
INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 69/1990, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CARREIRA DE FISCAL DE RENDA DA SECRETARIA DE FAZENDA. ALTERAÇÕES PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 107/2003. DEFINIÇÃO DAS FUNÇÕES PRIVATIVAS DOS FISCAIS DE RENDA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. INSERÇÃO DA EXPRESSÃO "CONTROLE EXTERNO" EM VÁRIOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS POR MEIO DE EMENDA PARLAMENTAR. INOCORRÊNCIA DE AUMENTO DE DESPESA. PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA EM ÓRGÃO DE ASSESSORAMENTO DO PODER EXECUTIVO. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. PARTICIPAÇÃO, AINDA, DE REPRESENTANTES DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E DO CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO PARA RETIRAR O CARÁTER COMPULSÓRIO DESSA PARTICIPAÇÃO. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO INSTAURADO PELA CORREGEDORIA TRIBUTÁRIA DE CONTROLE EXTERNO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE PRERROGATIVA DA POLÍCIA CIVIL OU DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTABELECIMENTO DE PRAZOS PRESCRICIONAIS DE CINCO E DEZ

Book_RMP-70.indb 403 05/06/2019 11:51:59

ANOS PARA SANÇÕES DISCIPLINARES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 5º, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, 6º, 81, *CAPUT*, 105, INCS. V E IX, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 69/1990, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 107/2003. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AOS INCS. VII E VIII DO ART. 105 DESSE DIPLOMA LEGAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento, preliminarmente, por maioria, em não conhecer da ação direta quanto ao art. 30 da Lei Complementar nº 107/2003, do Estado do Rio de Janeiro. Na sequência, por maioria, acordam em *julgar parcialmente procedente a ação, nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa, para a) declarar a constitucionalidade dos arts. 1º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25, 26, 28 e 29 da Lei Complementar estadual nº 107/2003 e do inc. VI do art. 105 da Lei Complementar estadual nº 69/1990, na norma alterada pelo art. 15 da Lei Complementar estadual nº 107/2003; b) declarar a inconstitucionalidade dos arts. 5º,* caput *e parágrafo único, 6º e 81,* caput, *da Lei Complementar estadual nº 69/1990, nas normas alteradas pelos arts. 2º, 3º e 5º da Lei Complementar estadual nº 107/2003; c) declarar a inconstitucionalidade dos incs. V e IX do art. 105 da Lei Complementar estadual nº 69/1990, na norma alterada pelo art. 15 da Lei Complementar estadual nº 107/2003; d) dar interpretação conforme a Constituição aos incs. VII e VIII do art. 105 da Lei Complementar estadual nº 69/1990, na norma alterada pelo art. 15 da Lei Complementar estadual nº 107/2003, no sentido de tornar facultativa a participação dos representantes da OAB-RJ e do CRC-RJ no Conselho Superior da Fiscalização Tributária; e e) declarar a inconstitucionalidade da expressão "um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ", constante do art. 110 da Lei Complementar estadual nº 69/1990, na norma alterada pelo art. 19 da Lei Complementar estadual nº 107/2003.* Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber e Celso de Mello, nos termos de seus votos.

Brasília, 8 de março de 2018.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Redatora para o acórdão (art. 38, IV, *b*, do RISTF)

Book_RMP-70.indb 404 05/06/2019 11:51:59

06/11/2003
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATORA DO ACÓRDÃO RISTF: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.(A/S): IAN RODRIGUES DIAS
INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Com a inicial de folha 2 a 35, busca-se a declaração de inconstitucionalidade do inciso VII do parágrafo único do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da totalidade da Lei Complementar estadual nº 107, de 7 de fevereiro de 2003. No introito da peça apresentada, discorre-se sobre a legitimidade para propositura da ação, afirmando-se que em se tratando de partido político descabe cogitar da pertinência temática. Assevera-se a incompatibilidade dos dispositivos impugnados com os artigos 5º, inciso LIV; 22, inciso I; 25; 37, cabeça e inciso XVIII; 61, §1º, inciso II, alíneas *a* e *c*; 63, inciso I; 74; 128, §5º, inciso II, alínea *d*; 129, inciso IX; 132; 134 e 144, §4º, da Constituição Federal. As razões desenvolvidas serão alvo de análise quando enfocados os destaques constantes da inicial, sendo que, juntamente com este relatório, determinei o encaminhamento aos integrantes do Colegiado de cópia da inicial. No tópico "o pedido", o requerente reitera a existência dos vícios formal e material, apontando, após referir-se ao artigo 118, parágrafo único e inciso VII da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o arrastamento consequencial dos preceitos da Lei Complementar estadual nº 107, impugnados no item 4 da peça apresentada e que, sem prejuízo de suplantada a primeira articulação, no que direcionada à Carta do Estado, haja o exame da lei complementar em cotejo com os dispositivos da Carta da República referidos. De forma sucessiva, para a hipótese de concluir-se no sentido da inconstitucionalidade de toda a lei complementar, tendo em conta o princípio assegurador da intangibilidade do sistema, alude-se à declaração linear do vício. Quanto à expressão "investigatório" do artigo 28 da Lei Complementar nº 107, com o qual restou incluído o §3º no artigo 3º da Lei Complementar nº 69/90, requer-se, também em caráter de sucessividade, que se empreste à palavra, sem redução do texto, interpretação conforme a Carta da República, passando-se a ter o vocábulo como a referir-se a procedimento de natureza disciplinar e não criminal. Postulou-se a aplicação do disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99, fazendo-se alusão à discussão do projeto na Assembleia e à participação do deputado Paulo Ramos, líder do PDT, e da deputada Cidinha Campos, integrada ao referido partido. A seguir, há referência à relevância do tema, ao sinal do bom direito e ao risco de manterem-se com plena

Book_RMP-70.indb 405 05/06/2019 11:51:59

eficácia os dispositivos, isso para a hipótese de entender-se conveniente o exame precário e efêmero da matéria, ou seja, via liminar. O pleito final visa à declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos atacados. Com a inicial, vieram os documentos de folha 36 a 115. À folha 118, o ministro Maurício Corrêa, a quem sucedi, acionou o preceito autorizador do julgamento definitivo, seguindo-se as intimações de praxe. À folha 124, consta requerimento do Partido Democrático Trabalhista - PDT de juntada de instrumento de mandato, contendo poderes específicos para propositura desta ação.

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro trouxe aos autos a informação de folha 127 a 139. Argumenta-se com o fato de o inciso VII do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro haver decorrido do disposto no artigo 25 da Carta Federal, versando este último o poder de auto-organização do Estado-membro. O Diploma Maior não contém restrição a que se adote, na disciplina de certo tema, lei complementar. O artigo 37, inciso XVIII, dele constante, não veda a adoção, relativamente a certa carreira, de lei orgânica de estatura complementar. Quanto aos vícios formais da Lei Complementar estadual nº 107/03, busca-se apoio em precedente desta Corte, a revelar que a adoção de lei complementar quando a Constituição não a exige conduz à tomada do regramento como lei ordinária – Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, relator ministro Moreira Alves. Assim, no máximo, ter-se-ia o recebimento da Lei Complementar estadual nº 107 como lei ordinária. Quanto ao artigo 5º, assevera-se não haver ocorrido a criação de qualquer cargo público, via substitutivo, mas tão somente o estabelecimento de proibições impostas àqueles que vierem a exercer funções de chefia e assessoramento superior de órgãos diretamente vinculados à fiscalização e tributação. As vedações dizem respeito aos fiscais de renda do Estado. Ainda considerado o alegado vício formal, as informações consignam que o artigo 15 não implicou, com a redação alterada pelo substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia, aumento de despesa, revelando mera alteração da composição do Conselho Superior da Fiscalização Tributária. No item 4, de folha 132, tem-se a análise dos evocados vícios materiais. Pretende-se o empréstimo de relevo ao teor da Mensagem nº 03/2003, do Poder Executivo, justificando o encaminhamento do projeto. Presente esteve a valia da atividade de fiscalização e arrecadação tributárias, a necessidade de buscar-se a eficiência, garantindo-se ao contribuinte transparência e impessoalidade dos atos administrativos. Passa-se, então, à análise das razões apresentadas. Quanto aos artigos 1º e 2º da lei complementar, diz-se que a inicial confere status superlativo à categoria de fiscais de renda, não se lhes podendo estender as prerrogativas inerentes aos agentes políticos. Com apoio no inciso XVIII do artigo 37 da Constituição Federal, afirma-se que o texto não confere aos servidores fiscais qualquer exclusividade, quanto ao desempenho de funções de chefia e assessoramento superior em órgãos vinculados à fiscalização e tributação. Não se tem na espécie, segundo o sustentado, restrição à atuação dos fiscais de renda, persistindo a possibilidade do exercício das funções de chefia e assessoramento superior de órgãos diretamente vinculados à área. Segundo o disposto no artigo 13 da Lei Complementar nº 69/90, o requisito para o ingresso na carreira de fiscal de renda consiste, em relação à escolaridade, na conclusão do terceiro

Book_RMP-70.indb 406 05/06/2019 11:51:59

grau, sem necessidade de formação específica, fato este observado nas carreiras previstas no artigo 2º do texto legal. Ressalta-se que a Constituição Federal não apresenta qualquer vedação ao exercício das funções previstas na Lei Complementar estadual nº 107 por procuradores do estado ou defensores públicos, bem como em relação aos magistrados, promotores e procuradores de justiça inativos. Participação de membros ativos do Ministério Público somente ocorre considerado o Conselho Superior de Fiscalização Tributária e a Corregedoria Tributária do Controle Externo, mostrando-se o dispositivo harmônico com o disposto no artigo 129 da Constituição Federal. As informações, ao versarem o artigo 6º e seguintes, no que noticiam os parâmetros da Corregedoria Tributária, consignam que já havia a previsão no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, ocorrendo simples alteração de denominação, sendo acrescida a expressão "do controle externo". Aponta-se o equívoco em se pretender tomar a Secretaria de Estado da Fazenda como órgão independente, afastando a atuação do Chefe do Poder Executivo. Indica-se lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, segundo a qual o controle do desempenho das funções executivas, abrangendo órgãos e agentes, desde a fiscalização até a imposição de sanções, cumpre ao Estado. Em relação ao artigo 29, ou seja, aos prazos prescricionais referentes a procedimentos disciplinares, informa-se que o elastecimento visa à transparência maior, proporcionando o resguardo do interesse público. À folha 144, foi certificada a ausência de apresentação de informações pela Governadora do Estado do Rio de Janeiro.

O Advogado-Geral da União trouxe aos autos a manifestação de folha 145 a 161, mencionando, preliminarmente, a ausência de impugnação específica dos dispositivos da Lei Complementar estadual nº 107/2003. Sendo harmônico o artigo 118, inciso VII, da Constituição Estadual com a Carta da República não se teria o critério do arrastamento consequencial. As alegações mostrar-se-iam genéricas, adotada a forma da amostragem. Evoca-se o que decidido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 259/DF, relator ministro Moreira Alves, DJU de 19.02.93, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.775/RJ, relator ministro Maurício Corrêa, DJU de 18.05.2001. Considerado o artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, a exigência de lei complementar para disciplinar a carreira de fiscal de rendas, empolga-se o artigo 25 da Constituição Federal, refutando-se qualquer imposição, no sentido de ter-se a disciplina via lei ordinária, pela Carta da República. Também é combatida a alegação de inconstitucionalidade formal da citada lei complementar, aludindo-se ao que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1/DF. A conclusão sobre a impropriedade da lei complementar levaria a tomar o texto correspondente como revelado em lei ordinária. Relativamente ao artigo 5º, objeta-se a assertiva de criação de cargo público, ocorrendo tão somente o estabelecimento de vedações àqueles que exercem funções de chefia e assessoramento superior de órgãos ligados à fiscalização e tributação, mencionando-se, entre outros, os auditores da Auditoria-Geral do Estado. O mesmo raciocínio é reiterado em relação ao artigo 15. Sob o prisma da inconstitucionalidade material, o pronunciamento remete à mensagem de encaminhamento do projeto pelo Executivo, que deu origem à lei complementar,

Book_RMP-70.indb 407 05/06/2019 11:52:00

asseverando-se que a disciplina é harmônica com os princípios constitucionais vigentes, buscando-se a eficiência com o fim de ter o contribuinte a transparência e impessoalidade dos atos administrativos. Afirma-se a possibilidade de exercício das funções de chefia e assessoramento superior por integrantes de outras categorias, porquanto a Carta da República não versa exclusividade dos componentes da carreira de fiscalização. Procuradores do Estado e defensores públicos, bem como magistrados, promotores e procuradores de justiça inativos podem, segundo a óptica do Advogado-Geral da União, ter o exercício de funções de chefia e assessoramento superior de órgãos diretamente vinculados à fiscalização e tributação. Quanto aos membros ativos do Ministério Público, destaca-se que a integração diz respeito apenas ao Conselho Superior da Fiscalização Tributária e da Corregedoria Tributária do Controle Externo, harmonizando-se, assim, com o inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal, bem como com o §1º do artigo 6º da Lei Complementar federal nº 75/93. O artigo 6º da lei complementar estadual teria apenas conferido nova disciplina à atuação administrativa de correição, sendo que a Corregedoria já integrava o projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo. Em relação ao controle final, ressalta-se a competência do Chefe do Poder Executivo, isso sob o ângulo administrativo. Por último, no tocante aos prazos prescricionais, mostra-se que a inicial somente trouxe o argumento de o tema ser tratado de forma diversa no âmbito federal – Lei federal nº 8.112/90.

O parecer da Procuradoria-Geral da República (folhas 163 a 178) é no sentido da admissibilidade parcial da ação "a fim de que seja apreciado o mérito tão somente quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado em face do inciso VII do parágrafo único do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o qual deve ser julgado improcedente". Para a hipótese de ser ultrapassada a questão preliminar arguida, a manifestação preconiza que não conheça o Tribunal do pedido formulado em relação aos artigos 4º, 16, 20, 21, 22, 24, 27, 28 e 30 da lei complementar estadual, julgando-o improcedente em relação aos demais artigos. A inicial não contém, segundo o consignado, a impugnação a todo o complexo normativo envolvido, ou seja, não só à Lei Complementar nº 107/2003, como também àquela que foi alterada, a Lei Complementar nº 69, de 19 de fevereiro de 1990. Articula-se com o precedente formalizado quando da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.451/DF, relator ministro Celso de Mello, DJ de 14.08.2001. Relativamente à exigência de lei complementar, aponta-se que a precedência fixada no inciso XVIII do artigo 37 da Constituição Federal, utilizada a expressão "na forma da lei", não obstaculiza a adoção de diploma de envergadura maior, como é a lei complementar, longe ficando o procedimento de usurpar a competência do Chefe do Poder Executivo. Caso superada a premissa de ataque conjunto dos dois diplomas complementares, argumenta-se que o requerente não impugnou os artigos 4º, 16, 20, 21, 22, 24, 27 e 30, razão pela qual o pedido não pode ser conhecido. No mais, reitera-se, tal como constante do pronunciamento do Advogado-Geral da União, que não houve criação de cargos, isso relativamente aos artigos 2º, 3º e 5º da lei complementar, sendo destituída de fundamento jurídico a alegação segundo a qual o exercício de funções

Book_RMP-70.indb 408 05/06/2019 11:52:00

de chefia e assessoramento superior não pode ocorrer mediante participação de pessoas estranhas à carreira. Da mesma forma, não deve prosperar a impugnação à expressão "do controle externo", contida nos artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25, 26 e 28 da lei complementar. Ter-se-ia em relação ao artigo 15 mera disciplina da composição do Conselho Superior da Fiscalização. Poder investigatório estaria jungido à área administrativa, não alcançando usurpação de competência, uma vez configurado ilícito penal.

Recebidos os autos da Procuradoria-Geral da República, em 23 de junho de 2003, ocorreu a substituição do relator primitivo, hoje ocupando a Presidência do Tribunal, e procedeu-se à juntada das informações da Governadora do Estado do Rio de Janeiro, que chegaram ao Tribunal em 10 de junho de 2003, ou seja, quando os autos ainda se encontravam na Procuradoria-Geral da República. Reprisa-se o que veiculado pela Assembleia, salientando-se que ao se considerar o vício de forma – adoção da lei complementar ao invés de lei ordinária – a conclusão seria no sentido da extinção do processo sem apreciação do mérito, tendo em conta que a lei alterada também foi aprovada com a mesma natureza. No mais, sustenta-se que não há no diploma atacado atribuição de função a quem não possua habilitação necessária. A referência ao cargo de auditor, estranha, é certo, à mensagem do Chefe do Poder Executivo, não resultou na criação de cargo, sendo que a emenda apresentada o foi em sintonia com o projeto remetido. No tocante às funções de chefia e assessoramento superior, ter-se-ia a referência, considerados membros do Ministério Público e magistrados, à inatividade, porquanto inexiste dispositivo que impeça a atuação de procuradores do Estado inativos no exercício de tais funções. Informa-se não ser a carreira de fiscal de rendas profissão regulamentada, deixando o concurso público, por isso mesmo, de exigir formação específica. Nega-se, ainda o que alegado quanto à inconstitucionalidade da expressão "do controle externo", asseverando-se que não decorreu da emenda aumento de despesa, guardando ela sintonia com a matéria submetida à Assembleia. Em relação ao termo "investigatório", refuta-se a possibilidade de se potencializar a referência ao vocábulo "dolo" a ponto de presumir-se atividade penal. Quanto à prescrição, diz-se a razoabilidade dos prazos previstos. Deixei de determinar o desentranhamento das informações da Governadora do Estado do Rio de Janeiro, apresentadas após a dilação legal, porque entendo que o prazo previsto em lei não é peremptório, como também não é aquele relativo às informações no mandado de segurança. Aí, permanecendo a peça nos autos, considerada a coincidência de enfoque com o que versado pela Assembleia, conclui ser dispensável a volta do processo à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República, que implicaria a simples burocratização na tramitação, retardando o crivo deste Colegiado. Este processo veio ao gabinete para exame em 1º de julho de 2003, sendo que nele lancei visto, determinando a remessa de cópia do relatório aos integrantes da Corte, acompanhada da inicial, em 11 imediato (folha 196).

Book_RMP-70.indb 409 05/06/2019 11:52:00

06/11/2003
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO
VOTO S/ PRELIMINAR
(DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VII DO ARTIGO 118 DACONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO)

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Então V. Exa. considera que o Estado é plenamente autônomo para incluir, no campo normativo da lei complementar estadual, matérias não reservadas como tais, para tal modalidade de lei, pela Constituição Federal.

Realmente, o problema do vício de iniciativa, ao qual se deu relevo, não tem importância, porque a reserva de iniciativa abrange tanto a proposta de lei ordinária quanto a de lei complementar. Isso decorre do *caput* do art. 61 da Constituição. A minha dúvida é no que restringe o poder da Assembleia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quanto ao escore, para aprovação?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Sim, que é a diferença substancial entre as duas modalidades legislativas.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Não no plano da iniciativa, pois ai não há prejuízo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sabemos que está assente não haver uma ontologia quanto ao caráter complementar, ou não, da lei. É verdade que encontramos, no próprio texto constitucional, algumas breves definições; aí não há dúvida. É o caso do Ministério Público, por exemplo. Mas, por outro lado, daremos uma extensão que retira do Constituinte.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Presidente, poderíamos adotar uma fórmula conciliatória. O princípio da simetria das formas, no caso, opera em favor do Estado, porque, quando se trata de estruturar carreira pública – por exemplo: Defensoria Pública, Advocacia Pública, Ministério Público e Magistratura a Constituição exige lei complementar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas nem isso é simétrico.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Confesso a V. Exa. que tenho profunda reserva quanto à tal simetria, como principio constitucional. Realmente, quando, num dos casos antigos, afirmei a aplicação aos Estados dos princípios cardeais do processo legislativo federal, tirei-os não do chamado "princípio da simetria", mas, sim, da separação dos Poderes. É claro: o processo legislativo – por exemplo, a reserva de iniciativa, o mais típico e frequente é obviamente um mecanismo

Book_RMP-70.indb 410 05/06/2019 11:52:00

que interfere no regime de Poderes, dando maior ou menor relevância à participação do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, se o caso, na elaboração da lei. Isso diz com a separação de Poderes. Agora, não vejo, realmente, a implicação do princípio da separação dos Poderes no problema de ser a matéria de lei ordinária ou de lei complementar, que dificulta, é certo, a aprovação do projeto pela Assembleia, mas não em favor de outro Poder.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – No caso, dificulta, porém a matéria é de iniciativa do Poder Legislativo quanto à aprovação para o Executivo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Não dificulta em favor de outro Poder. Na reserva de iniciativa, por exemplo, se assegurássemos que o Estado é autônomo, então o regime de Poderes de determinado Estado poderia pender mais para o Legislativo do que o parâmetro federal, na medida em que liberasse a Assembleia para a iniciativa de leis que, no molde federal, depende de outro Poder. Agora, não vejo esta imbricação com a separação dos Poderes no caso, no que acompanho o eminente Relator.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – No caso dos autos, a exigência de lei complementar em nada prejudica o Poder Legislativo; prejudica o Executivo, porque há matéria de competência privativa dele, e numa questão do *quorum*.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Aí é impossível, porque, também, dificulta à Assembleia toda a sua deliberação.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – No mais, ainda resta aquilo, a lei poderia ser recepcionada, recebida, como lei ordinária. Seria uma interpretação conforme a Constituição.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – É evidente, a meu ver, ainda que se entenda que a matéria não era de lei complementar, ou mesmo que fosse inconstitucional a exigência pela Constituição estadual da lei complementar, a lei questionada continuaria válida, ainda que como lei ordinária.

06/11/2003
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO S/PRELIMINAR
(DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VII DO ARTIGO 118 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO)

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Sr. Presidente, minha única preocupação seria a restrição à competência legislativa, mas ela é operada pelo Constituinte estadual. De modo que não vejo objeção ponderável nesse sentido.

Acompanho o Relator.

Book_RMP-70.indb 411 05/06/2019 11:52:00

06/11/2003
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO S/ PRELIMINAR
(DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VII DO ARTIGO 118 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sr. Presidente, como já me manifestei, também tenho impressão de que, nesta matéria, a rigor, temos alguns princípios que devem ser considerados, e certamente um deles é o da própria autonomia do Estado-membro, manifestada na sua Constituição. Se caminhássemos em sentido contrário, teríamos, talvez, uma vinculação muito estrita do próprio Constituinte estadual. Acabaríamos por esvaziar ainda mais o já erodido poder constituinte decorrente.

Então, também acompanho o eminente Relator.

06/11/2003
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)

DAS PRELIMINARES

A extinção do processo sem julgamento do mérito revela-se exceção. O enfoque ganha importância maior quando em jogo o controle concentrado de constitucionalidade, no que, homenageando a racionalização da atividade judicante, acaba por evitar o surgimento de inúmeras ações. O fato de alcançar-se, de imediato, o Supremo Tribunal Federal, pacifica a matéria, quer seja declarada a inconstitucionalidade, quer a constitucionalidade do ato normativo. Evita abalos à paz social, contribuindo, o mecanismo, para a almejada segurança jurídica. É essa a óptica que tenho sobre o tema, reservando a extinção, sem análise do conteúdo do pedido, para hipóteses em que realmente inviável fica o pronunciamento definitivo – de mérito. Passo ao exame de cada qual das preliminares.

DO ATAQUE CONJUNTO

A Procuradoria-Geral da República entende que deveria ter sido impugnado todo o sistema normativo que no Estado do Rio de Janeiro disciplina a carreira de fiscal de renda da Secretaria da Fazenda. O pedido formulado deveria estar dirigido

Book_RMP-70.indb 412 05/06/2019 11:52:00

contra não só a Lei Complementar nº 107/03, como também àquela que veio a ser alterada, ou seja, a 69/90. Tenho como improcedente a articulação. Considerada a higidez constitucional, os diplomas não estão entrelaçados a ponto de exigir-se o ataque simultâneo. A Lei Complementar nº 69/90 vigorou, até a edição da nº 107, durante treze anos, mostrando-se nesse período suficiente na disciplina da matéria. Surge da inicial a visão de inobservância dos parâmetros constitucionais maiores quanto ao último diploma, no que alterou o primeiro. Então, sem que se possa falar de mesclagem das regências a exigir o duplo ataque, há de compreender-se viável o realizado apenas contra a Lei Complementar nº 107/03. Não há a base da articulação da preliminar – a dependência jurídica conducente a concluir-se como errôneo o ajuizamento verificado. Rejeito a preliminar.

DA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA

Também aqui improcede o que articulado. Na inicial, discorreu o requerente sobre os vícios que, na visão detida, contaminam certos dispositivos da lei complementar, formulando pedidos sucessivos. Pleiteou, em um primeiro passo, a declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos, discorrendo a respeito, e para a hipótese de o Tribunal entender indispensável, pelo critério da consequência, o ataque de toda a lei, pleiteou o reconhecimento da pecha a ponto de fulminar-se a lei complementar. Tenho como legítima a colocação. O fundamento do pedido no sentido de que se declare inconstitucional toda a lei é justamente o do arrastamento, ou seja, a admissão do vício em relação a certos artigos conduz à impossibilidade de aproveitamento dos demais. Assim, os artigos mencionados no parecer como não tendo sido impugnados de forma fundamentada – 4º, 16, 20, 21, 22, 24, 27 e 30 – estariam, na redação da inicial, alcançados pelo que se apontou como arrastamento consequencial, havendo pedido expresso indispensável a que se chegue a uma conclusão a respeito. Rejeito também esta preliminar.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VII DO ARTIGO 118 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O argumento único desenvolvido parte do vício de forma: ter-se-ia matéria a ser disciplinada por lei ordinária e não por lei complementar. As informações da Assembleia e da Governadora do Estado consignam que se é certo que exigindo a Carta da República, para disciplina de determinada matéria, compreendida como de adoção obrigatória aos Estados, lei complementar, surge o vício no que adotada lei ordinária, a recíproca não é verdadeira. Procede essa articulação. Há de distinguirem-se as hipóteses. A exacerbação da forma não se confunde, para efeito de saber-se a harmonia, ou não, do diploma atacado em relação à Constituição, com a deficiência. Chego mesmo à conclusão sobre a autonomia dos Estados-membros – a partir do disposto no artigo 25 da Constituição Federal –, de emprestarem à regência de temas importância maior, a ponto de a Carta do Estado exigir, como ocorre na espécie, a adoção de lei complementar, isso no que

Book_RMP-70.indb 413 05/06/2019 11:52:00

versada a organização da carreira de fiscal de rendas. Ainda que se pudesse cogitar de alguma impropriedade, o que não assento, ter-se-ia que adotar a consequência, prática e jurídica, da tomada de empréstimo do diploma como lei ordinária, conforme consignado pelo ministro Moreira Alves na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1:

> A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 – e a Constituição atual não alterou este sistema –, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.

Conquanto continue convicto de que o meio definidor da natureza do diploma não é apenas a referência ao adjetivo complementar, cabendo adotá-lo ante a estatura da matéria, estou convencido de que mesmo em face de uma visão ortodoxa, há de se caminhar para a solução preconizada, sob pena de ter-se, em diversas matérias, o vácuo legislativo, como ocorreria na espécie, presente a circunstância de a Lei Complementar estadual nº 69/90, alterada pela Lei Complementar estadual nº 107/03, impugnada nesta ação, também ser, conforme depreende-se da própria nomenclatura, complementar. Frise-se, por oportuno, que inexiste a problemática da usurpação da iniciativa do Chefe do Poder Executivo. O artigo 61 da Constituição Federal, ao disciplinar a iniciativa de leis, mostra-se abrangente, revelando-a de membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Procurador-Geral da República e dos cidadãos, não só relativamente às leis ordinárias, como também às complementares. A Lei Maior da República não contém restrição sob o ângulo da natureza, sendo certo que as emendas constitucionais ganharam, quanto à iniciativa, disciplina própria, mesmo assim prevista a proposta do Chefe do Poder Executivo. Julgo improcedente o pedido formulado na inicial e declaro a constitucionalidade do inciso VII do artigo 118 da Carta do Estado do Rio de Janeiro, ficando para a ocasião adequada a definição de ter-se, ou não, os preceitos que versem sobre a organicidade da carreira de fiscal de rendas como revelados não em lei complementar e sim em lei ordinária. Esclareço que o precedente evocado na inicial – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.314-4 –, indicador da suspensão do inciso que versava, no artigo 18, sobre a natureza complementar da lei orgânica da Polícia Civil, ficou restrito ao campo acautelador e, portanto, foi proferido de forma precária e efêmera, para aguardar-se o julgamento definitivo da ação, até hoje não ocorrido. Deu-se a redistribuição, ante a aposentadoria do relator originário, ao ministro Joaquim Barbosa, contando o processo, segundo o relatório de andamentos, com

Book_RMP-70.indb 414 05/06/2019 11:52:00

a manifestação da Advocacia-Geral da União. É como voto na espécie, procedendo ao destaque do tema ante a circunstância de, assentada óptica diversa, chegar-se ao vício formal da Lei Complementar nº 107, de 7 de fevereiro de 2003.

DO VÍCIO FORMAL DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107/03

A conclusão sobre a improcedência do que articulado decorre do que assentado relativamente ao artigo 118, inciso VII, da Constituição Estadual. Erronia na aprovação de certa normatividade, como a partir da via complementar quando bastava lei ordinária, não leva à conclusão – como consignado na Declaratória nº 1 –, de inconstitucionalidade, mas à simples tomada do diploma como lei ordinária. O tema fica em aberto para melhor ser definido quando se tiver, por exemplo, alteração da Lei Complementar nº 107/03 via lei ordinária.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, 6º E 81, CABEÇA, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 69, DE 19 DE NOVEMBRO DE 1990, COM AS NOVAS REDAÇÕES DADAS PELOS ARTIGOS 2º, 3º E 5º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107/03

Eis o teor dos artigos que implicaram alterações na lei primitiva:

> Art. 2º – O art. 5º da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> > Art. 5º – As funções de chefia e assessoramento superior, de órgãos diretamente vinculados à fiscalização e tributação, no que diz respeito às competências arroladas no art. 3º da presente lei, serão exercidas por Fiscais de Rendas e Auditores da Auditoria Geral do Estado, ativos e inativos, Procuradores do Estado e Defensores Públicos ativos ou inativos, Procuradores de Justiça, Promotores Públicos, inativos, e Magistrados inativos, observadas as restrições constitucionais.
> >
> > Parágrafo único – São funções privativas dos titulares de cargo de Fiscal de Renda, aquelas previstas nos artigos 2º, 3º, seus incisos e parágrafos, e artigo 4º, todos da Lei Complementar 69/90.
>
> Art. 3º – O art. 6º da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> > Art. 6º – É nulo o ato, relacionado com o art. 5º, praticado por pessoa não ocupante dos cargos de Fiscal de Rendas, Auditor da Auditoria Geral do Estado, ativos ou inativos, Procurador do Estado, Defensor Público, ativos ou inativos, Procurador de Justiça e Promotor de Justiça, inativos, ou

Book_RMP-70.indb 415 05/06/2019 11:52:00

> Magistrado inativo, conforme previsto em cada dispositivo, sendo inadmissível o reconhecimento do desvio de função para qualquer efeito administrativo.

Art. 5º – O art. 81 e seu inciso I, da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 81 – Além das proibições decorrentes do exercício do cargo público, aos Fiscais de Rendas, Auditores da Auditoria Geral do Estado ativos ou inativos, Procuradores do Estado e Defensores Públicos, ativos ou inativos, bem como aos Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça, inativos, e Magistrados inativos exercentes de funções de chefia e assessoramento superior, de órgãos diretamente vinculados à fiscalização e tributação, no que diz respeito às competências arroladas no art. 3º da presente lei são vedadas:
>
> I – Exercer, diretamente ou através de sociedade na qual tenha participação societária, além das funções inerentes ao cargo de Fiscal de Rendas, atividade comercial, atividade de assessoramento técnico de natureza fiscal ou contábil, ou qualquer outra atividade de natureza privada incompatível com a função, de acordo com a legislação pertinente.

DA AUDITORIA GERAL DO ESTADO

Ao contrário do que sustentado, não houve, mediante a emenda parlamentar, a criação de cargo. Fez-se, isso sim, referência à Auditoria Geral do Estado para disciplinarem-se certas matérias, sem que, repita-se, haja a emenda resultado na criação de um cargo em si. Houve a disciplina de determinado órgão e aí a emenda, sem implicar criação de cargo, sem resultar em aumento de despesa, mostrou-se consentânea com o projeto encaminhado.

DOS INTEGRANTES DE CARREIRAS JURÍDICAS – DEVERES E PROIBIÇÕES

Descabe dizer da falta de pertinência temática. A nova redação dada ao artigo 81 da Lei Complementar nº 69/90 mostra-se consentânea com o conteúdo do projeto encaminhado pelo Executivo. Também improcede o que articulado relativamente ao aumento de despesa. Não houve a criação de cargo ou função, pressupondo-se que estes já existam. Quanto aos deveres e proibições, nota-se que partem do pressuposto de virem procuradores do estado e defensores ativos ou inativos, bem como procuradores de justiça, promotores de justiça inativos e magistrados inativos, a exercerem funções de chefia e assessoramento superior de órgãos diretamente vinculados à fiscalização e tributação. Nada mais consentâneo que a proibição de, simultaneamente, de forma direta ou mediante integração à sociedade na qual possuam participação societária, passarem a atuar no âmbito comercial, no assessoramento técnico de natureza fiscal ou contábil, ou qualquer outra

Book_RMP-70.indb 416 05/06/2019 11:52:00

atividade de natureza privada incompatível com a função, de acordo com a legislação pertinente. A participação em chefia ou assessoramento superior pressupõe o não comprometimento pela alusiva a outras atividades. Descabe falar da impossibilidade de ter-se em chefia ou assessoramento superior, desde que observado o princípio da não acumulação, procurador do estado, defensor público, membro do Ministério Público e magistrados, observando-se em relação a profissionais compreendidos nas duas últimas referências a necessidade de serem inativos. Quanto aos membros do Ministério Público, a alusão à inatividade exclui o conflito alegado com a alínea "d" do artigo 128 da Constituição Federal, cabendo observar que se tem cláusula, no artigo 129, viabilizadora do exercício de outras funções conferidas por lei, desde que compatíveis com a finalidade do órgão. Também não procede o que articulado sobre a falta de razoabilidade do dispositivo. A precedência versada, quer na Carta Federal – artigo 37, inciso XVIII –, quer na Estadual – artigo 77, inciso X –, está ligada à administração fazendária e servidores fiscais e diz respeito aos demais setores administrativos. Não há como assentar consubstanciarem esses preceitos à exclusividade quanto aos cargos de chefia e assessoramento. No tocante ao inciso XVI do artigo 22 da Constituição Federal, observe-se que inexiste lei federal dispondo sobre o exercício da profissão de fiscal de rendas.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "DO CONTROLE EXTERNO"

Assevera-se inconstitucional a expressão "do controle externo" contida nos artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25, 26 e 28 da Lei Complementar nº 107/03, que alteraram respectivamente os artigos 87, 88, 91, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 109, o Título VIII, 110, 113-B, inciso III, da Lei Complementar nº 69/90. Eis o teor dos citados artigos da Lei Complementar nº 107/03:

> Art. 6º – O *caput* do art. 87 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> > Art. 87 – A atividade funcional do Fiscal de Rendas, bem como a dos exercentes das funções de chefia e assessoramento superior, de órgãos diretamente vinculados à fiscalização e tributação, está sujeita à inspeção permanente, através de correições ordinárias e extraordinárias, realizadas pela Corregedoria Tributária do Controle Externo.
>
> Art. 7º – O art. 88 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> > Art. 88 – Concluída a correição, o Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo adotará as medidas cabíveis.
>
> Art. 8º – O inciso III do art. 91 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> > Art. 91. (...).

Book_RMP-70.indb 417 05/06/2019 11:52:00

> III – desatendimento a determinações dos dirigentes dos órgãos da administração superior da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias, bem como a decisões da Corregedoria Tributária do Controle Externo.

Art. 9º – O *caput* do art. 97 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 97 – A sindicância, sempre de caráter sigiloso, será determinada pelo Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo, nos seguintes casos:

Art. 10 – O art. 99 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 99 – A sindicância será realizada por uma comissão de 03 (três) Fiscais de Rendas mais graduados ou da mesma categoria do sindicado, designados pelo Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo.

Art. 11 – O art. 101 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, revogados os §§ 1º e 2º:

> Art. 101 – Instaurada a sindicância, ou no curso desta, o Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo poderá determinar a suspensão preventiva do servidor do exercício de suas funções, sem caráter punitivo, na forma das disposições previstas no Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 12 – O art. 102 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 102 – A sindicância deverá estar concluída no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, a critério do Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo, salvo motivo de força maior.

Art. 13 – O art. 103 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 103 – Encerrada a sindicância, o processo será encaminhado ao Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo, com relatório conclusivo.

Art. 14 – O art. 104 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 104 – O Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo determinará a instauração de processo

Book_RMP-70.indb 418 05/06/2019 11:52:00

> administrativo disciplinar, aplicará as penas disciplinares previstas nesta Lei Complementar ou arquivará o processo, se for o caso, ouvindo previamente todos os membros da Corregedoria Tributária do Controle Externo.

Art. 17 – O inciso IV do art. 109 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art 109 (...).
>
> IV – Sugerir à Corregedoria Tributária do Controle Externo sanção administrativa ao Fiscal de Rendas na hipótese de reincidência de transgressão ao Código de Ética ou quando o fato, por sua repercussão, provocar danos para a classe;

Art. 18 – O Título VIII da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a denominar-se: DA CORREGEDORIA TRIBUTÁRIA DO CONTROLE EXTERNO.

Art. 19 – O art. 110 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 110 – A Corregedoria Tributária do Controle Externo será exercida por um colegiado composto por 3 (três) membros, sendo um escolhido entre Fiscais de Renda, um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ, a serem escolhidos pelo Governador do Estado, o qual nomeará o Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo dentre aqueles, sendo que todas as decisões da Corregedoria serão tomadas por maioria de votos dos membros do Colegiado.

Art. 23 – A Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990 passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos 113-A, 113-B, 113-C e 113-D dispostos no Título IX:

> Art. 113-A – O Ouvidor da Ouvidoria Tributária Externa deverá ser escolhido em lista tríplice pelo Governador do Estado entre Representantes da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ), IAB (Instituto dos Advogados do Brasil) e Sindicato dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro, não pertencente aos quadros da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias, e será nomeado pelo Governador do Estado, para o exercício de mandato de 01 (um) ano, com possibilidade de mais um mandato consecutivo.
>
> Art. 113-B – Compete à Ouvidoria Tributária Externa:
>
> I – ouvir reclamações de qualquer cidadão contra os abusos de Fiscais de Rendas e funcionários da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias;

Book_RMP-70.indb 419 05/06/2019 11:52:00

II – receber denúncias contra atos arbitrários, ilegais e de improbidade administrativa praticados por Fiscais de Rendas e funcionários da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias;

III – dar ciência à Corregedoria Tributária do Controle Externo das reclamações e denúncias recebidas contra atos arbitrários, ilegais e de improbidade administrativa praticados por Fiscais de Rendas e funcionários da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias.

IV – apresentar relatório público trimestral, a ser publicado no Diário Oficial, Internet e qualquer outro meio de comunicação, onde informará sobre as reclamações e denúncias que atendeu, quais os encaminhamentos a que procedeu e quais as medidas administrativas efetivamente adotadas.

Art. 113-C – A participação da sociedade deverá ser ampliada com a implantação de linha telefônica – o "Disque Ouvidoria Tributária" – que garantirá o acesso direto, simples e gratuito dos cidadãos à Ouvidoria Tributária Externa.

Parágrafo único – A Ouvidoria Tributária Externa garantirá sigilo da fonte e anonimato ao denunciante.

Art. 113-D – Ao Ouvidor da Ouvidoria Tributária Externa será permitido:

I – solicitar ao Secretário da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias a colaboração de Fiscais de Rendas e funcionários da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias para auxiliá-lo no exercício de suas funções;

II – solicitar aos órgãos estaduais as informações pertinentes ao desenvolvimento de suas atribuições.

Art. 25 – Ficam revogados o *caput* e o parágrafo único do art. 116 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990.

Art. 26 – As sindicâncias e inquéritos administrativos que, na data da edição da presente Lei Complementar, estejam pendentes de julgamento perante o Conselho Superior de Fiscalização Tributária serão remetidos para o processamento e julgamento pela Corregedoria Tributária do Controle Externo.

Art. 28 – Inclua-se o §3º ao art. 3º, da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, com a seguinte redação:

§3º Se o auto de infração for anulado tendo em vista a existência de dolo por parte do fiscal autuante deverá a Corregedoria Tributária do Controle Externo instaurar procedimento investigatório para apuração do fato.

Book_RMP-70.indb 420 05/06/2019 11:52:00

Imprópria afigura-se a arguição de ofensa aos artigos 22, inciso I; 25; 63, inciso I; 74 e 144, §4º, da Constituição Federal. Os novos textos legais, no que cuidam da Corregedoria Tributária do Controle Externo, não implicarão aumento de despesa. Conforme explicitado, aditou-se à previsão inicial do projeto relativa à Corregedoria Tributária a expressão "de controle externo", considerada até mesmo a atividade desenvolvida pelos fiscais. Trata-se de simples alteração de denominação que não possui o efeito vislumbrado pelo requerente, cabendo registrar que a atuação investigatória se fará estritamente no campo administrativo. As informações da Assembleia bem revelam que, pelo projeto emanado do Executivo, passou-se o controle outrora exercido pela Corregedoria da Secretaria de Estado de Fazenda para o órgão específico alusivo ao próprio fisco. Em momento algum, disciplinou-se matéria de índole penal, quando, aí sim, restaria configurada a transgressão da Carta. Tenha-se presente a jurisprudência desta Corte sobre a distinção entre as responsabilidades administrativa, civil e penal. Julgo improcedente o pedido formulado.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS V, VI, VIII, IX E §5º DO ARTIGO 105 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 69, DE 19 DE NOVEMBRO DE 1990, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO ARTIGO 15 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2003

Eis o teor do preceito a que se atribui a pecha de inconstitucional:

> Art. 105 – O Conselho Superior da Fiscalização Tributária, órgão de assessoramento do Secretário da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias, obedecerá à seguinte composição:
>
> V – um representante do Ministério Público ativo;
>
> VI – um representante da Procuradoria-Geral do Estado ativo;
>
> VII – um representante da OAB-RJ;
>
> VIII – um representante do CRC-RJ;
>
> IX – um representante da Assembleia Legislativa.
>
> §5º – O Conselho Superior da Fiscalização Tributária não poderá se reunir sem ter a presença de pelo menos 7 (sete) membros.

Volto aqui à problemática da composição do Conselho Superior da Fiscalização Tributária. Parte o requerente de premissa errônea, ou seja, de que a inclusão de novos membros no Conselho gerará aumento de despesa. Ora, nada foi previsto quanto à remuneração dos integrantes, aspecto suficiente a evidenciar a falta de fundamentação do que sustentado. Houvesse na lei emendada a previsão de remuneração, aí sim, procederia o que articulado pelo requerente. Julgo, assim, improcedente o pedido formulado.

Book_RMP-70.indb 421 05/06/2019 11:52:00

DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I E II DO ARTIGO 96 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 69, DE 19 DE NOVEMBRO DE 1990, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELO ARTIGO 29, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2003 – VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A violação decorreria do aumento do prazo prescricional para a apuração de falta administrativa, majorando-se de dois para cinco anos quando se trate de pena de advertência, repreensão ou multa e de cinco para dez anos nos demais casos. O prazo prescricional das ações é fixado buscando-se harmonia de dois valores – o valor justiça e o valor segurança jurídica. A definição é político-legislativa e, a menos que se tenha disciplina extravagante, não há como se proceder à glosa, no que fixado este ou aquele prazo. O requerente lança mão do regramento próprio aos servidores da União – artigo 142 – para dizer da impropriedade do elastecimento dos prazos. A premissa não é conducente a concluir-se pela falta de razoabilidade da norma, valendo notar que quase sempre as infrações demoram a chegar ao conhecimento da Administração Pública. Observada a quadra vivida, em todo o território nacional, de busca de uma postura digna pelo servidor público, concluo pela propriedade da previsão e, com isso, julgo improcedente o pedido formulado. Examinada a única matéria discorrida pelo requerente e assentada a constitucionalidade dos dispositivos, não há campo para falar-se em arrastamento consequencial. É como voto na espécie.

06/11/2003
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQUERENTE(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVOGADO(A/S): WLADIMIR SÉRGIO REALE E OUTRO(A/S)

REQUERIDO(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REQUERIDO(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Ministro Marco Aurélio, essa proibição não vai além? Ela fala, inclusive, em atividades privadas de assessoramento técnico de natureza fiscal ou contábil.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É para vedar, àqueles que estejam integrados nessa função de supervisão, a participação em firmas, porque se presume que haja comprometimento; senão seria colocar a raposa no galinheiro.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Não seria interessante ler o dispositivo impugnado?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – É confuso o quanto possa ser um dispositivo. Inconstitucional por confusão?

Book_RMP-70.indb 422 05/06/2019 11:52:00

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Revela o artigo 2º da Lei Complementar n° 107, o qual alterou o artigo 5º da Lei Complementar n° 69:

> Art. 2º – O art. 5º da Lei Complementar n° 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> > Art. 5º – As funções de chefia e assessoramento superior, de órgãos diretamente vinculados à fiscalização e tributação, no que diz respeito às competências arroladas no art. 3º da presente lei, serão exercidas por Fiscais de Rendas e Auditores da Auditoria Geral do Estado, ativos e inativos, Procuradores do Estado e Defensores Públicos ativos ou inativos, Procuradores de Justiça, Promotores Públicos, inativos, e Magistrados inativos, observadas as restrições constitucionais.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Por que não médicos inativos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhor Presidente, tem-se uma opção legislativa. O que se quis foi guindar a essas funções de chefia e assessoramento – e não sei, cronologicamente, como estaria essa lei em relação aos escândalos que tivemos no Estado do Rio de Janeiro – pessoas que, presume-se, estejam capacitadas a essas chefias, a esse assessoramento superior, como são os procuradores de estado, defensores, membros do Ministério Público aposentados e magistrados aposentados. Não posso é vislumbrar inconstitucionalidade. É uma opção politica da unidade federada.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Temos precedentes na legislação federal de tornar exclusivo de determinada carreira o provimento, não?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Não. Determinada a qualificação, ou mesmo na carreira.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – De fato. Aqui, parece que prima pelo exótico.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – A Constituição até manda que um percentual de cargos em comissão seja privativo da carreira. Por exemplo, aqui no Tribunal, funções de confiança até determinado patamar são privativos dos funcionários. Agora, pode-se transformar em qualificação para ocupar determinada função o ser inativo de carreiras estranhas ao órgão respectivo?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A pergunta que devemos fazer – porque não encontraremos dispositivo para cotejar com o preceito atacado na Carta da República e assentar a inconstitucionalidade – é se a opção político-legislativa se mostra razoável.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – O problema é mais estrito.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Ofende o art. 37 da Constituição.

Book_RMP-70.indb 423 05/06/2019 11:52:01

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Tentei encontrar – mesmo considerada a inicial – algum conflito evidente com a Constituição da República; não achei. Para mim, sob o ângulo da razoabilidade, o preceito é inquestionável.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – O sistema das funções de confiança e de chefia tem dois parâmetros na Constituição: o art. 37, inciso II, quando ressalva, da exigência de concurso público, "as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração", e o inciso V, a prever a reserva de um percentual deles para servidores de carreira. Pergunto: é licito à lei ordinária estabelecer outros casos de clientela restrita para o provimento do cargo de confiança?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, a lei ordinária não estabelece; prevê a possibilidade de se guindar um ex-membro do Ministério Público inativo ou da União.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Vou ler o mais resumidamente possível para tentar ficar mais claro:

> As funções de chefia e assessoramento (...) serão exercidas por Fiscais de Rendas e Auditores da Auditoria Geral do Estado, ativos e inativos, – aqui está no âmbito da Fazenda – Procuradores do Estado e Defensores Públicos ativos ou inativos; Procuradores de Justiça, Promotores Públicos, inativos, e Magistrados inativos (...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, revela a clientela. Nada impede que se fique na primeira parte; que se escolham os ocupantes desses cargos entre os auditores, entre os fiscais de renda.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Indago-me é sobre a licitude dessa estranha vinculação do preenchimento de cargos de livre nomeação a ativos e inativos de determinadas categorias funcionais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Abriu-se o leque, sem necessidade de previsão legal, a meu ver.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Não se abriu o leque; fechou-se o leque. Não houvesse a reserva para os de carreira – vamos chegar lá –, o que haveria? Poderiam ser nomeados magistrados inativos, policiais inativos, funcionários do Tribunal de Contas inativos. Mas não, compulsoriamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sem a reserva constitucional.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Livremente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Profissionais liberais. Pessoas estranhas à Administração.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Aqui é diferente.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – E a preocupação de V. Exa. fica reforçada pelo fato de que a lei, aqui, está adotando dois critérios. O primeiro, de caráter estritamente

Book_RMP-70.indb 424 05/06/2019 11:52:01

técnico, e o segundo, de uma suposta moralidade, reduzida aos seguintes termos: só as pessoas de certas categorias profissionais seriam honestas para ocupar os cargos; ninguém mais no Estado teria honestidade suficiente. Quer dizer, é mistura do critério de ordem técnica com o de honestidade seletiva.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Só estes; só os ocupantes na ativa da carreira de Procurador do Estado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Encaro a matéria sob o ângulo da qualificação, e não da honestidade ou da desonestidade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Ministro, veja bem: o magistrado que se exonera não pode. Só o magistrado inativo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – O advogado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas, inativo não é gênero?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Não. Magistrado que se exonera não é magistrado inativo, *data venia*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Dou um sentido linear à referência. Para mim, Presidente, a referência a inativo visa a observar e escancarar que o ativo não pode ser guindado, como realmente não pode.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – V. Exa. me permite? Que restrição haveria para o governador, se eliminado, por inconstitucionalidade, esse sistema? Nenhuma. Ele pode nomear o magistrado inativo que queira. Não há impedimento algum à livre escolha.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Não há nada; apenas pode ser policial inativo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – É liberdade do governador.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Pode ser advogado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Médico, competentíssimo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Conselheiro de tribunal de contas inativo, funcionário técnico do Tribunal de Contas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhor Presidente, então Vossa Excelência concluiria que deixa de ser razoável, no que restringe?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Não é questão de razoabilidade. É violação dos incisos II e V do art. 37, segundo os quais só se pode limitar a liberdade do Executivo, no provimento de funções de confiança, em favor dos servidores de carreira e em percentual fixado por lei. Nem pode ser total a reserva.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, sendo a premissa do Tribunal a revelada por Vossa Excelência, não estou longe de aderir, porque fica em aberto – ele poderá. Se a premissa do Tribunal é essa, concordo. Chego à pecha de inconstitucionalidade, considerada a restrição. Os colegas concordam com esse enfoque?

Book_RMP-70.indb 425 05/06/2019 11:52:01

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – No que restringe, é inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (PRESIDENTE) – Em síntese, estou sustentando que, da combinação dos incisos II e V do art. 37, só é possível uma forma de restrição no provimento de funções de confiança: o percentual reservado. E não salvo, no dispositivo em causa, sequer a reserva aos fiscais, porque, ai, há o velho dogma: não se declara inconstitucionalidade parcial quando se altera substancialmente o sentido da lei. A lei não foi de uma reserva de 100%, que seria duvidosa, para os fiscais.

Então, sou pela inconstitucionalidade *tout court*.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Total.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Sr. Presidente, a Constituição faz uma distinção interessante no inciso V do art. 37: em se tratando de função de confiança, o preenchimento será feito exclusivamente por servidores efetivos; no tocante a cargos em comissão, a lei estabelecerá o percentual mínimo para os servidores de carreira. Se o Ministro Marco Aurélio concordar.

06/11/2003
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhor Presidente, se a premissa é a circunstância de os dispositivos atacados restringirem, à margem da liberdade preconizada e prevista na Carta da República, a atuação do Chefe do Poder Executivo, concordo e declaro a inconstitucionalidade da nova redação do artigo 5º da Lei nº 69, de 19 de novembro de 1990.

Afasto o que consignei e que implicou a declaração de constitucionalidade, para adotar como fundamentação do acórdão as notas taquigráficas.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S): IAN RODRIGUES DIAS (10074/DF)

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Book_RMP-70.indb 426 05/06/2019 11:52:01

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. No mérito, também por unanimidade, julgou improcedente a ação e declarou a constitucionalidade do inciso VII do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e procedente e inconstitucionais os artigos 5º e parágrafo único, 6º e 81, *caput*, da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, na redação dada pelos artigos 2º, 3º e 5º da Lei Complementar nº 107, de 07 de fevereiro de 2003, ambas do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente. Em seguida, o julgamento foi suspenso por ausência de *quorum* constitucional. Falou pelo requerente o Dr. Wladimir Sérgio Reale. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Presidente, Celso de Mello e Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário, 06.11.2003.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

P/ Luiz Tomimatsu

Coordenador

02/06/2004
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "DO CONTROLE EXTERNO"

Assevera-se inconstitucional a expressão "do controle externo" contida nos artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25, 26 e 28 da Lei Complementar nº 107/03, que alteraram respectivamente os artigos 87, 88, 91, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 109, o Título VIII, 110, 113-B, inciso III, da Lei Complementar nº 69/90. Eis o teor dos citados artigos da Lei Complementar nº 107/03:

> Art. 6º. O *caput* do art. 87 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> > Art. 87. A atividade funcional do Fiscal de Rendas, bem como a dos exercentes das funções de chefia e assessoramento superior, de órgãos diretamente vinculados à fiscalização e tributação, está sujeita à inspeção permanente, através de correições ordinárias e extraordinárias, realizadas pela Corregedoria Tributária do Controle Externo.

Book_RMP-70.indb 427 05/06/2019 11:52:01

Art. 7º. O art. 88 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 88. Concluída a correição, o Corregedor – Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo adotará as medidas cabíveis.

Art. 8º. O inciso III do art. 91 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 91 (...).
>
> III – desatendimento a determinações dos dirigentes dos órgãos da administração superior da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias, bem como a decisões da Corregedoria Tributária do Controle Externo;

Art. 9º – O *caput* do art. 97 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 97 – A sindicância, sempre de caráter sigiloso, será determinada pelo Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo, nos seguintes casos:

Art. 10 – O art. 99 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 99 – A sindicância será realizada por uma comissão de 03 (três) Fiscais de Rendas mais graduados ou da mesma categoria do sindicado, designados pelo Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo.

Art. 11 – O art. 101 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, revogados os §§ 1º e 2º:

> Art. 101 – Instaurada a sindicância, ou no curso desta, o Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo poderá determinar a suspensão preventiva do servidor do exercício de suas funções, sem caráter punitivo, na forma das disposições previstas no Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 12 – O art. 102 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 102 – A sindicância deverá estar concluída no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, a critério do Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo, salvo motivo de força maior.

Art. 13 – O art. 103 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Book_RMP-70.indb 428 05/06/2019 11:52:01

> Art. 103 – Encerrada a sindicância, o processo será encaminhado ao Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo, com relatório conclusivo.

Art. 14 O art. 104 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 104 – O Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo determinará a instauração de processo administrativo disciplinar aplicará as penas disciplinares previstas nesta Lei Complementar ou arquivará o processo, se for o caso, ouvindo previamente todos os membros da Corregedoria Tributária do Controle Externo.

Art. 17 – O inciso IV do art. 109 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 109 (...).
>
> IV – Sugerir à Corregedoria Tributária do Controle Externo sanção administrativa ao Fiscal de Rendas na hipótese de reincidência de transgressão ao Código de Ética ou quando o fato, por sua repercussão, provocar danos para a classe;

Art. 18 – O Título VIII da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a denominar-se: DA CORREGEDORIA TRIBUTÁRIA DO CONTROLE EXTERNO.

Art. 19 – O art. 110 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 110 – A Corregedoria Tributária do Controle Externo será exercida por um colegiado composto por 3 (três) membros, sendo um escolhido entre Fiscais de Renda, um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ, a serem escolhidos pelo Governador do Estado, o qual nomeará o Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo dentre aqueles, sendo que todas as decisões da Corregedoria serão tomadas por maioria de votos dos membros do Colegiado.

Art. 23 – A Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990 passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos 113-A, 113-B, 113-C e 113-D dispostos no Título IX:

> Art. 113-A – O Ouvidor da Ouvidoria Tributária Externa deverá ser escolhido em lista tríplice pelo Governador do Estado entre Representantes da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ), IAB (Instituto dos Advogados do Brasil) e Sindicato dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro,

Book_RMP-70.indb 429 05/06/2019 11:52:01

não pertencente aos quadros da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias, e será nomeado pelo Governador do Estado, para o exercício de mandato de 01 (um) ano, com possibilidade de mais um mandato consecutivo.

Art. 113-B – Compete à Ouvidoria Tributária Externa:

I – ouvir reclamações de qualquer cidadão contra os abusos de Fiscais de Rendas e funcionários da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias;

II – receber denúncias contra atos arbitrários, ilegais e de improbidade administrativa praticados por Fiscais de Rendas e funcionários da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias;

III – dar ciência à Corregedoria Tributária do Controle Externo das reclamações e denúncias recebidas contra atos arbitrários, ilegais e de improbidade administrativa praticados por Fiscais de Rendas e funcionários da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias.

IV – apresentar relatório público trimestral, a ser publicado no Diário Oficial, Internet e qualquer outro meio de comunicação, onde informará sobre as reclamações e denúncias que atendeu, quais os encaminhamentos a que procedeu e quais as medidas administrativas efetivamente adotadas.

Art. 113–C–A participação da sociedade deverá ser ampliada com a implantação de linha telefônica – o "Disque Ouvidoria Tributária" – que garantirá o acesso direto, simples e gratuito dos cidadãos à Ouvidoria Tributária Externa.

Parágrafo único – A Ouvidoria Tributária Externa garantirá sigilo da fonte e anonimato ao denunciante.

Art. 113–D – Ao Ouvidor da Ouvidoria Tributária Externa será permitido:

I – solicitar ao Secretário da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias a colaboração de Fiscais de Rendas e funcionários da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias para auxiliá-lo no exercício de suas funções;

II – solicitar aos órgãos estaduais as informações pertinentes ao desenvolvimento de suas atribuições.

Art. 25 – Ficam revogados o *caput* e o parágrafo único do art. 116 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990.

Book_RMP-70.indb 430 05/06/2019 11:52:01

> Art. 26 – As sindicâncias e inquéritos administrativos que, na data da edição da presente Lei Complementar, estejam pendentes de julgamento perante o Conselho Superior de Fiscalização Tributária serão remetidos para o processamento e julgamento pela Corregedoria Tributária do Controle Externo.
>
> Art. 28 – Inclua-se o §3º ao art. 3º, da Lei Complementar n° 69, de 19 de novembro de 1990, com a seguinte redação:
>
> > §3º Se o auto de infração for anulado tendo em vista a existência de dolo por parte do fiscal autuante deverá a Corregedoria Tributária do Controle Externo instaurar procedimento investigatório para apuração do fato.

Imprópria afigura-se a arguição de ofensa aos artigos 22, inciso I; 25; 63, inciso I; 74 e 144, §4º, da Constituição Federal. Os novos textos legais, no que cuidam da Corregedoria Tributária do Controle Externo, não implicarão aumento de despesa. Conforme explicitado, aditou-se à previsão inicial do projeto relativa à Corregedoria Tributária a expressão "de controle externo", considerada até mesmo a atividade desenvolvida pelos fiscais. Trata-se de simples alteração de denominação que não possui o efeito vislumbrado pelo requerente, cabendo registrar que a atuação investigatória se fará estritamente no campo administrativo. As informações da Assembleia bem revelam que, pelo projeto emanado do Executivo, passou-se o controle outrora exercido pela Corregedoria da Secretaria de Estado de Fazenda para o órgão específico alusivo ao próprio fisco. Em momento algum, disciplinou-se matéria de índole penal, quando, aí sim, restaria configurada a transgressão da Carta. Tenha-se presente a jurisprudência desta Corte sobre a distinção entre as responsabilidades administrativa, civil e penal. Julgo improcedente o pedido formulado.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS V, VI, VIII, IX E §5º DO ARTIGO 105 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 69, DE 19 DE NOVEMBRO DE 1990, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO ARTIGO 15 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2003

Eis o teor do preceito a que se atribui pecha de inconstitucional:

> Art. 105 – O Conselho Superior da Fiscalização Tributária, órgão de assessoramento do Secretário da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias, obedecerá à seguinte composição:
>
> V – um representante do Ministério Público ativo;
>
> VI – um representante da Procuradoria-Geral do Estado ativo;
>
> VII – um representante da OAB-RJ;

Book_RMP-70.indb 431 05/06/2019 11:52:01

> VIII – um representante do CRC-RJ;
>
> IX – um representante da Assembleia Legislativa.
>
> §5º – O Conselho Superior da Fiscalização Tributária não poderá se reunir sem ter a presença de pelo menos 7 (sete) membros.

Volto aqui à problemática da composição do Conselho Superior da Fiscalização Tributária. Parte o requerente de premissa errônea, ou seja, de que a inclusão de novos membros no Conselho gerará aumento de despesa. Ora, nada foi previsto quanto à remuneração dos integrantes, aspecto suficiente a evidenciar a falta de fundamentação do que sustentado. Houvesse na lei emendada a previsão de remuneração, aí sim, procederia o que articulado pelo requerente. Julgo, assim, improcedente o pedido formulado.

02/06/2004
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Ministro Marco Aurélio, o art. 19 da Lei Complementar nº 107, que altera o art. 110, define o que compõe essa corregedoria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)

> Art. 110 – A Corregedoria Tributária do Controle Externo será exercida por um colegiado composto por 3 (três) membros, sendo um escolhido entre Fiscais de Renda, um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ, a serem escolhidos pelo Governador do Estado, o qual nomeará o Corregedor -Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo dentre aqueles, sendo que todas as decisões da Corregedoria serão tomadas por maioria de votos dos membros do Colegiado.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – O núcleo é esse. A ação pretende que essa Corregedoria Tributária só se componha de três membros oriundos dos fiscais de renda. Com a declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 110, pretende excluir a expressão "do controle externo", ficando "a Corregedoria Tributária será exercida por um colegiado composto de três membros, fiscais de Renda" e tiraria dessa composição, porque o texto inicial era "sendo um escolhido entre Fiscais de Renda", tira-se essa expressão, "um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados...".

Book_RMP-70.indb 432 05/06/2019 11:52:01

Teríamos três membros.

Se declararmos a inconstitucionalidade como pretendem, estamos alterando a composição do que foi definido pelo legislador, que seriam três. As vagas remanescentes da inconstitucionalidade seriam preenchidas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Numa quadra em que se pretende, até mesmo, o controle externo de um Poder, como o do Judiciário, acabo compreendendo que, se tratando de um setor administrativo e de legislação do próprio Estado, nada impede que haja a participação de membro do Ministério Público e de advogado.

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Um órgão de composição eclética, portanto homenageando o princípio do pluralismo. É como entendo.

02/06/2004
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQUERENTE(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVOGADO(A/S): WLADIMIR SÉRGIO REALE E OUTRO(A/S)

REQUERIDO(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REQUERIDO(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DEBATES

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Ministro Marco Aurélio, V. Exª. entende que até mesmo um membro do Ministério Público que tenha ingressado na carreira após 1988 poderia integrar esse tipo de comissão?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR): Não sei. Vossa Excelência, com um domínio maior do Ministério Público, talvez nos possa informar.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: É uma missão típica do Ministério Público atuar como *custos legis*, velando pela correta aplicação do Direito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR): Penso que, aqui, quando se alude à participação do Ministério Público – estou lembrando apenas, porque proferi voto quanto à parte primeira da ação direta de inconstitucionalidade já há algum tempo –, faz-se uma referência – teria de buscar a norma – a aposentados, se não me falha a memória.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Que a lei é moralizadora, não há dúvida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

> Art. 5º – As funções de chefia e assessoramento superior, de órgãos diretamente vinculados à fiscalização e tributação, no que

Book_RMP-70.indb 433 05/06/2019 11:52:01

> diz respeito às competências arroladas no art. 3º da presente lei, serão exercidas por Fiscais de Rendas e Auditores da Auditoria Geral do Estado, ativos e inativos, Procuradores do Estado e Defensores Públicos ativos ou inativos, Procuradores de Justiça, Promotores Públicos, inativos, e Magistrados inativos, observadas as restrições funcionais.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, não seria bom destacar?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE): Ministro Marco Aurélio, de outra parte, V.Exa. sabe que a luta aqui é corporativa.

O art. 105 desta Lei – eu e o Ministro Marco Aurélio estamos falando sobre o art. 110, o da Corregedoria Tributária – criou o Conselho Superior de Fiscalização Tributária, também com composição mista.

> Art. 105. (...).
>
> V – um representante do Ministério Público ativo;
>
> VI – um representante da Procuradoria-Geral do Estado ativo;
>
> VII – um representante da OAB-RJ;
>
> VIII – um representante da CRC-RJ;
>
> IX – um representante da Assembleia Legislativa;
>
> §1º – (...)
>
> §2º – (...)
>
> §3º – (...)
>
> §4º – (...)
>
> §5º – O Conselho Superior de Administração Tributária não poderá se reunir sem ter a presença de pelo menos 7 (sete) membros.

Isso porque ele é um órgão de assessoramento do Secretário de Estado da Fazenda correspondente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR): Lembra o Ministro Celso de Mello que membro do Ministério Público participa, por exemplo, do Conselho Penitenciário.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE): Do Conselho de Direitos da Pessoa Humana?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Penso que está correto. Há um nítido vínculo moralizador nessa lei.

Book_RMP-70.indb 434 05/06/2019 11:52:01

02/06/2004
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO
(S/ ARTIGOS REMANESCENTES)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhor Presidente, mantenho meu voto, entendendo ser salutar a participação.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S): IAN RODRIGUES DIAS (10074/DF)

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. No mérito, também por unanimidade, julgou improcedente a ação e declarou a constitucionalidade do inciso VII do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e procedente e inconstitucionais os artigos 5º e parágrafo único, 6º e 81, *caput*, da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, na redação dada pelos artigos 2º, 3º e 5º da Lei Complementar nº 107, de 07 de fevereiro de 2003, ambas do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente. Em seguida, o julgamento foi suspenso por ausência de *quorum* constitucional. Falou pelo requerente o Dr. Wladimir Sérgio Reale. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Presidente, Celso de Mello e Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário, 06.11.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que julgava improcedente a ação em relação aos artigos remanescentes, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. Presidência, em exercício, do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Plenário, 02.06.2004.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

P/ Luiz Tomimatsu

Coordenador

Book_RMP-70.indb 435 05/06/2019 11:52:01

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Antes de proferir meu voto, farei uma breve recapitulação do caso.

O Partido Democrático Trabalhista ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando formal e materialmente, em face da Constituição Federal de 1988, o art. 118, parágrafo único, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e, por consequência, a totalidade da Lei Complementar nº 107/2003, do Estado do Rio de Janeiro.

Segundo alega, o art. 118, parágrafo único, VII, da Constituição Estadual, violaria o art. 61, §1º, II, *a* e *c*, além do art. 25 e o art. 37, XVIII, todos da CF/88. Por meio de "arrastamento constitucional", e em virtude dos mesmos argumentos, a LC 107/2003 do Estado do Rio de Janeiro deveria ser declarada inconstitucional na íntegra.

Superada a inconstitucionalidade material e formal do dispositivo constitucional e da lei complementar estaduais, o requerente impugna, em especifico, a constitucionalidade de certos dispositivos ou expressões constantes da LC 107/2003.

Desse modo, em sua visão, o art. 1º da LC 107/2003, que deu nova redação ao art. 3º da LC 69/90, teria violado o princípio da eficiência, disposto no art. 37, *caput* da CF/88; os arts. 2º, 3º e 5º da LC 107/2003, que deram nova redação aos arts. 5º, 6º e 81, *caput* da LC 69/90, teriam ofendido os arts. 5º, LIV, 25, 37, *caput* e XVIII, 61, §1º, II, *a* e *c*, 63, I, 128, §5º, II, d, 129, IX, 132 e 134 da CF/88; a expressão "do controle externo", inserida nos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25, 26 e 28 da LC 107/2003, que alteraram os arts. 87, 88, 91, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 109, o Título VIII, 110, 113-B, III, todos da LC 69/90, ofenderia os seguintes artigos da CF/88: 22, I, 25, 63, I, 74 e 144, §4º; a expressão "investigatório", disposta no art. 28 da LC 107/2003, ofenderia o art. 144, §4º, da CF/88; o art. 15 da LC 107/2003, que alterou o art. 105, V, VI, VII, VIII, IX e §5º da LC 69/90, violaria o art. 63, I, da CF/88; por fim, o art. 29 da LC 107/2003, que deu nova redação ao art. 96, I e II da LC 69/90, atentaria contra o art. 5º, LIV, da CF/88.

Em 6 de novembro de 2003, o eminente Relator trouxe o feito a julgamento. Na ocasião, o plenário do Tribunal, por unanimidade, considerou constitucional o art. 118, parágrafo único, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e inconstitucionais os arts. 5º e parágrafo único, 6º e 81, *caput* da LC 69/90, na nova redação dada pelos arts. 2º, 3º e 5º da LC 107/2003. O julgamento foi suspenso, por ausência de *quorum*.

Em 02/06/2004, o feito foi recolocado em mesa.

Quanto à expressão "do controle externo", constante dos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25, 26 e 28 da LC 107/2003, sustenta o relator que tais dispositivos não implicaram aumento de despesa. A expressão "de controle externo", adicionada ao termo Corregedoria Tributária, somente gerou alteração de denominação, ficando a atividade de investigação restrita ao campo administrativo.

Book_RMP-70.indb 436 05/06/2019 11:52:01

No que se refere à constitucionalidade do art. 15 da LC 107/2003, o relator afirma que não procede a afirmação de que a inclusão de novos membros no Conselho gerará aumento de despesa, pois nada ficou previsto acerca da remuneração dos integrantes do Conselho.

Quanto aos demais pontos, em virtude do pedido de vista, o ministro relator ainda não se pronunciou.

Passo a proferir meu voto.

Referentemente ao art. 1º da LC 107/2003, que deu nova redação ao art. 3º da LC 69/90

Examino, inicialmente, o art. 1º da LC 107/2003. Diz o dispositivo:

> Art. 1º – O art. 3º, *caput*, da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, ficando o seu parágrafo único transformado em §1º, acrescido do §2º e revogado o inciso IV:
>
> Art. 3º – São as seguintes as funções atribuídas privativamente aos funcionários titulares dos cargos de Fiscal de Rendas:
>
> §2º – A lei poderá estabelece outras atribuições não privativas aos funcionários titulares dos cargos de Fiscal de Rendas.

Segundo o requerente, o art. 1º da LC 107/2003, ao dar nova redação ao art. 3º da LC 69/90 teria violado o principio da eficiência, (art. 37, *caput*, da CF/88) ao retirar a expressão "sem prejuízo de outras atribuições".

A impugnação é extremamente genérica. Não aponta o requerente de que forma o princípio da eficiência estaria sendo violado. Isso, por si só, já bastaria para não conhecer da Ação Direta especificamente nesse ponto.

Todavia, ultrapassado o obstáculo do não conhecimento, ainda assim a alegação mereceria ser rejeitada. A retirada da expressão "sem prejuízo de outras atribuições" não atinge o princípio da eficiência, porquanto a Administração Pública estadual está apenas delimitando o papel institucional do Fiscal de Rendas. Outros órgãos da administração poderão perfeitamente exercer as funções remanescentes atribuídas pela Lei Complementar alterada. Certo que, eventualmente, a atuação de outros órgãos na área poderia violar a CF/88. Contudo, a lei impugnada não chega a tanto; tão somente retira atribuições anteriormente conferidas aos fiscais de renda.

Assim, caberá exclusivamente à administração decidir, por meio de um ato de concretização, se tais atribuições serão obrigatoriamente exercidas ou não por seus servidores, no caso, os Fiscais de Rendas do estado do Rio de Janeiro.

Dessarte, julgo improcedente o pedido, no ponto. Lembro que, em relação a tal impugnação, o ministro relator ainda não se pronunciou.

Book_RMP-70.indb 437 05/06/2019 11:52:01

Referentemente aos arts. 2º, 3º e 5º da LC 107/2003, que deram nova redação aos arts. 5º, 6º e 81, *caput* da LC 69/90

Nesse ponto, o plenário já decidiu pela inconstitucionalidade dos dispositivos. Deixo, portanto, de analisá-lo.

Referentemente à expressão "do controle externo", inserida nos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25, 26 e 28 da LC 107/2003, que alteraram os arts. 87, 88, 91, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 109, o Título VIII, 110, 113-B, III, todos da LC 69/90

Segundo o requerente, a expressão "do controle externo", inserida em tais dispositivos, geraria interferência indevida na atividade do Executivo. Tais dispositivos também ofenderiam a proibição de aumento de despesa decorrente de emenda de origem parlamentar.

Como já ressaltado, o Ministro Relator, no ponto, enfatizou que o acréscimo da expressão "do controle externo" somente produziu efeitos no campo terminológico. Além do mais, a alteração da denominação não teria gerado qualquer aumento de despesa.

Eu acompanho o eminente relator neste ponto.

O requerente não aponta quais cargos e funções teriam sido criados em virtude da alteração de denominação da antiga Corregedoria da Secretaria de Estado da Fazenda para a Corregedoria Tributária de Controle Externo. Em verdade, tem-se um órgão com uma composição pequena (3 membros) que, pelo disposto na lei, poderá perfeitamente funcionar com a mesma estrutura da antiga Corregedoria.

Como se verifica do Projeto Inicial apresentado pelo Poder Executivo do estado do Rio de Janeiro – art. 19 do Projeto de Lei (fl. 108) – haveria apenas um corregedor, nomeado entre os membros das carreiras indicadas no art. 6º do Projeto de Lei, quais sejam: fiscais de rendas, procurador de justiça, promotor público, procurador do Estado ou Defensor Público, ativos e inativos, ou Magistrado inativo. Em outros termos, o acréscimo da expressão "do controle externo" não modificou, essencialmente, o caráter "externo" da Corregedoria. Isso porque, desde a proposta do Executivo, o Corregedor não precisaria necessariamente pertencer á carreira de fiscal de rendas.

Aqui também há um outro aspecto que foi bem lembrado pelo Min. Nelson Jobim nos debates da presente ADI. Se se considera procedente o pedido do requerente para declarar inconstitucional apenas a expressão "do controle externo", manter-se-á o número de 3 membros, mas apenas permanecerá o membro escolhido entre os fiscais de renda, sendo excluídos os representantes do Ministério Público e da OAB-RJ. Com isso, sobrarão 2 vagas que serão preenchidas apenas por membros da carreira escolhidos pelo Governador.

O problema de uma declaração de inconstitucionalidade desse tipo é que ela fere sensivelmente aquilo que ficou disposto inicialmente pelo legislador. Em verdade, ao declarar a inconstitucionalidade apenas de tal expressão, estaria esta Corte legislando em lugar da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Book_RMP-70.indb 438 05/06/2019 11:52:01

Como se sabe, um dos maiores papéis institucionais desta Corte é controlar a inconstitucionalidade das leis sem, com isso, se tornar um legislador positivo.

Por essas razões, considero improcedente o pedido no ponto.

Referentemente à expressão "investigatório", disposta no art. 28 da LC 107/2003, que acresceu o art. 3º, §3º, à LC 69/90

Segundo o requerente, a expressão "investigatório", constante do art. 28 da LC 107/2003, que incluiu o art. 3º, §3º, à LC 69/90, ofenderia o art. 144, §4º, da CF/88.

Diz o dispositivo:

> Art. 28 – Inclua-se o §3º ao art. 3º, da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, com a seguinte redação:
>
> §3º – Se o auto de infração for anulado tendo em vista a existência de dolo por parte do fiscal autuante deverá a Corregedoria Tributária do Controle Externo instaurar procedimento investigatório para apuração do fato.

No ponto, também não há o que divergir em relação ao min. Marco Aurélio. O dispositivo deixa claro que a investigação a ser conduzida pela Corregedoria Tributária do Controle Externo será de cunho meramente administrativo. Não há que se confundir tal investigação com a investigação em matéria penal de que trata o art. 144, §4º, da CF/88.

Os arts. 110-113 da LC 69/90, que dispõem especificamente sobre a Corregedoria Tributária de Controle Externo, órgão que instaurará o procedimento investigatório, não outorgam a ele qualquer competência que se refira à esfera criminal. Ao contrário, a investigação se reduz ao âmbito meramente administrativo. Nessa parte da lei, não há qualquer dispositivo que conduza à conclusão de que a competência do órgão ultrapassa o âmbito administrativo.

A atribuição de investigar é ínsita ao poder de controle que a Administração tem sobre seus servidores. Esta Corte já afirmou, por exemplo, levando em consideração a fiscalização das atividades dos servidores no âmbito da Administração Pública Federal, que é unilateral – não cabendo sequer falar na incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa – a prerrogativa da administração de meramente investigar a ocorrência de fatos (MS 21726, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e, mais recentemente, MS 22791, Rel. Min. Cezar Peluso). Não procede o argumento de que o dispositivo tem um alcance para além da esfera da estrita investigação na seara administrativa. A redação é clara ao prescrever: "procedimento investigatório para apuração do fato".

Por essa razão mesma, também não se sustenta o argumento de que teria o Poder Executivo Estadual legislado sobre processo penal.

Considero improcedente, no ponto, a ação direta.

Book_RMP-70.indb 439 05/06/2019 11:52:01

Referentemente ao art. 15 da LC 107/2003, que alterou o art. 105, V, VI, VII, VIII, IX e §5º da LC 69/90

De acordo com o requerente, a inclusão de representantes de diversos órgãos no Conselho Superior da Fiscalização Tributária teria gerado aumento de despesa.

O dispositivo impugnado tem a seguinte redação:

> Art. 15 – O art. 105 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> > Art. 105 – O Conselho Superior da Fiscalização Tributária, órgão de assessoramento do Secretário da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias, obedecerá à seguinte composição:
> >
> > I – .....
> >
> > II – .....
> >
> > III – .....
> >
> > IV – .....
> >
> > V – um representante do Ministério Público ativo;
> >
> > VI – um representante da Procuradoria-Geral do Estado ativo;
> >
> > VII – um representante da OAB-RJ;
> >
> > VIII – um representante do CRC-RJ;
> >
> > IX – um representante da Assembleia Legislativa.
> >
> > §1º .....
> >
> > §2º .....
> >
> > §3º .....
> >
> > §4º .....
> >
> > §5º – O Conselho Superior da Fiscalização Tributária não poderá se reunir sem ter a presença de pelo menos 7 (sete) membros.

Novamente aqui, o requerente não fundamenta seu argumento. Alega somente, mas não traz demonstrativos concretos que provem que a inclusão de novos membros no referido Conselho geraria aumento de despesa.

Ainda que desconsiderada a generalidade do pedido, o argumento não consegue prosperar. Não há na lei ora atacada nenhum indício de que a inclusão de novos membros gera despesas adicionais para a Administração. Embora o requerente sugira, a lei não dispõe sobre o pagamento de jetons aos membros nem prevê despesas com material, o que leva a crer que as despesas serão custeadas pelo orçamento do Estado do Rio de Janeiro destinado à Secretaria de Finanças, sem aumento de despesa.

Book_RMP-70.indb 440 05/06/2019 11:52:01

Ademais, é importante lembrar que o dito Conselho já possuía uma feição colegiada, tendo a nova lei apenas acrescentado outros membros.

Assim, considero improcedente o pedido, no ponto. Lembro que nesse ponto, ainda não houve manifestação do relator.

Referentemente ao art. 29 da LC 107/2003, que deu nova redação ao art. 96, I e II da LC 69/90

Segundo o requerente, o citado art. 29 seria inconstitucional por estabelecer que a prescrição ocorrerá em 5 anos, quando a falta for sujeita a pena de advertência, repreensão ou multa, e em 10 anos, nos demais casos. Afirma que tais prazos são desproporcionais e exemplifica sua afirmativa com a disposição da Lei nº 8.112/90 ao versar sobre prescrição de ação disciplinar, em que estabelece os prazos de 5 anos, 2 anos e 180 dias para as infrações dos servidores.

Assim diz o dispositivo:

> Art. 29 – O artigo 96 passará a ter a seguinte redação:
>
> Art. 96 – Ocorrerá a prescrição:
>
> I – em 5 (cinco) anos quando a falta for sujeita a pena de advertência, repreensão ou multa;
>
> II – em 10 (dez) anos, nos demais casos;
>
> §1º .....
>
> §2° .....

Mais uma vez, o requerente levanta impugnações sem a devida fundamentação. Isso já seria motivo para o não conhecimento da presente ação. Superado, no entanto, tal óbice, percebe-se que o requerente pretende seja feito controle de constitucionalidade com base na lei, no caso, a Lei nº 8.112/90. Isso porque, segundo sustenta, a violação à proporcionalidade estaria presente em virtude de a lei estadual divergir dos parâmetros dispostos na lei federal.

O Estado membro pode legislar sobre prazos prescricionais administrativos a servidores a ele submetidos. Desse ponto de vista, é inútil uma comparação com a Lei nº 8.112/90. O estabelecimento de prazos prescricionais maiores não ofende o princípio da proporcionalidade.

A Constituição não estabelece prazos de prescrição nem fixa padrões acerca dos referidos prazos. Por isso o Tribunal já se manifestou no sentido de que "[o]s prazos de prescrição ou de decadência são objeto de disposição infraconstitucional" (ADIMC 1715, Rel. Min. Maurício Corrêa). Tanto é assim que o art. 37, §4º, da CF/88 estabelece que caberá à lei fixar os prazos de prescrição de servidores que causem prejuízos ao erário.

Book_RMP-70.indb 441 05/06/2019 11:52:01

Mas, ainda que se tome como referência direito infraconstitucional, a tese não merece guarida. O sistema jurídico brasileiro conhece prazos de prescrição e decadência de 10 ou mais anos, inclusive na seara administrativa (*v.g*. art. 54, *caput*, última parte, da Lei nº 9.784/99). Assim, não causa estranheza ou incorre em falta de proporcionalidade a lei fluminense ao aumentar os prazos prescricionais.

Nesse ponto, considero improcedente o pedido. Também aqui, o relator não se pronunciou ainda.

Conclusão

Dessa feita, considero improcedente o pedido no que se refere: 1) ao art. 1º da LC nº 107/2003, que deu nova redação ao art. 3º da LC nº 69/90; 2) à expressão "do controle externo" inserida nos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25, 26 e 28 da LC nº 107/2003, que alteraram os arts. 87, 88, 91, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 109, o Titulo VIII, 110, 113-B, III, todos da LC nº 69/90; 3) à expressão "investigatório", disposta no art. 28 da LC 107/2003, que incluiu o art. 3º, §3º à LC nº 69/90; 4) ao art. 15 da LC nº 107/2003, que alterou o art. 105, V, VI, VII, VIII, IX e §5º da LC nº 69/90; e 5) ao art. 29 da LC nº 107/2003, que deu nova redação ao art. 96, I e II da LC nº 69/90.

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Senhora Presidente, na última assentada, o julgamento foi interrompido por falta de *quorum*. O eminente relator não teve a oportunidade de se pronunciar sobre a constitucionalidade de todos os dispositivos impugnados.

Consulto Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Eu teria, realmente, deixado de proferir voto quanto aos preceitos a partir dos alusivos aos incisos I e II do artigo 96 da Lei Complementar nº 69, com a redação dada pelo artigo 29 da Lei Complementar nº 107, de 07 de fevereiro de 2003 – violação do devido processo legal. Daí em diante, não cheguei a me pronunciar. Creio que é o último enfoque.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Vossa Excelência também se pronunciou sobre o artigo 15? Eu tenho aqui anotado: arts. 15 e 29.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Seria necessário ver o que consignado na papeleta de julgamento, mas a anotação que tenho revela que, a partir desse ponto, não proferi voto ante o pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa. O ponto é justamente esse a que me referi.

Book_RMP-70.indb 442 05/06/2019 11:52:01

19/10/2006
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Senhora Presidente, é uma investigação que faz parte lógica do sistema de controle interno previsto na Constituição, em seu artigo 74, inciso II.

Também acompanho o voto do ministro Joaquim Barbosa.

19/10/2006
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S):PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT

ADV.(A/S):IAN RODRIGUES DIAS

REQDO.(A/S):GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REQDO.(A/S):ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DEBATE
(S/ ART. 15 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107)

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhora Presidente, se o eminente ministro Joaquim Barbosa me permite, na petição inicial há outro argumento: é que o Ministério Público não poderia exercer essa função, então se invoca textualmente o artigo 128 da Constituição. A mesma coisa em relação à Procuradoria do Estado e à Defensoria Pública.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Vossa Excelência poderia ler?

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Pois não!

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Aliás, me intriga, aí, a inclusão de um representante da Assembleia Legislativa.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Esse, parece-me que não ataca.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Sim, Ministro, mas a fundamentação do pedido, na ADI, não nos vincula.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Leio à fl. 19:

> (...) já invalida, automaticamente, a pretensão de incluir os titulares *dos cargos de Procuradores de Justiça, Promotor Público (cargo*

Book_RMP-70.indb 443 05/06/2019 11:52:01

> *inexistente), Procurador do Estado, Defensor Público e Magistrados, em atividade ou inativos, para o exercício das funções de chefia e assessoramento superior, de órgãos diretamente vinculados à fiscalização e tributação, no que diz respeito às atribuições privativas dos titulares do cargo de Fiscal de Rendas (Constituição Federal, art. 37,* caput *e XVIII), tendo em vista os claros mandamentos da Constituição Federal, a saber.*

Aí transcreve:

> Art. 128 – O Ministério Público abrange:
>
> (...)
>
> §5º .....
>
> (...)
>
> II – as seguintes vedações: (...)
>
> d) exercer, ainda em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
>
> Art. 129 – .....
>
> IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades pública.

Transcreve, depois, uma decisão desta Corte. E, em relação à Procuradoria do Estado, invoca o art. 132, e, quanto à Defensoria Pública, o art. 134. Invoca, ademais, no item seguinte, falta de razoabilidade, porque não haveria nenhuma ligação entre cargos que só podem ser ocupados por técnicos fazendários, segundo a própria Constituição dispõe. Quer dizer, há vários argumentos em relação a todos.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Em relação ao Ministério Público?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Ministro, mas isso pouco importa; se está arrolada a inclusão destes cinco representantes novos no Conselho, estamos livres para examinar a validade, em relação a cada um deles, sob qualquer fundamento.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – São vários os fundamentos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – É a chamada *causa petendi* aberta. A mim me intriga não a questão do Ministério Público; intriga-me, aí, o representante da Assembleia Legislativa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Trata-se de função fiscalizadora.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Isso em lei ordinária, estabelecer a inserção de um representante do Legislativo num órgão administrativo de controle?

Book_RMP-70.indb 444 05/06/2019 11:52:01

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Porque, em funções fiscalizadoras, eles sempre colocam.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É inconstitucionalidade bivalente: enquanto afeta a Assembleia e enquanto afeta ao Poder Legislativo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – É muito comum em todos os órgãos dos Estados, nos conselhos. O que me chama mais a atenção, aqui, é a circunstância de ser órgão de assessoramento, porque o que alega, agora, por exemplo, o Ministro Peluso, no caso do representante do Ministério Público, o que, em geral, se faz é o seguinte: um determinado promotor é designado para fazer o controle prévio para evitar problemas. O Procurador de Estado é designado para servir lá – o Ministro Gilmar Mendes sabe disso – exatamente para dar sustentação.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – No Ministério Público realmente tem-se admitido sem discussão, salvo o ilustre patrono desta causa, a sua participação em numerosos órgãos similares.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E, no caso da Assembleia, sem entrar em qualquer consideração, chamo a atenção para o fato de que vários conselhos convocam inclusive alguém da minoria e da maioria para que haja realmente essa interação e se evitem políticas públicas que depois vão parar na Assembleia, é esse o caráter preventivamente fiscalizador.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – O Corregedor pode ser um servidor ativo ou inativo.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Parece-me também que o art. 105, como órgão de assessoramento do secretário, inclui também funções de consultoria jurídica proibida pelo artigo 129, IX.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sim, aí com relação ao Ministério Público.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Sim, com relação ao Ministério Público seria ponderável a objeção de que estaria fora das funções permitidas pela Constituição.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Também por isso, Ministro Cezar Peluso. Chama-se o Ministério Público, nessas comissões, exatamente para prevenir eventuais falhas que venham a ocorrer. Por exemplo: vai-se firmar um contrato grande da Secretaria da Fazenda; hoje, os órgãos tanto procuratórios quanto os do Ministério Público se assentam e verificam antes, porque, se não puder, não se faz, para evitar problemas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Temos tido, na esfera federal, o hábito de, em matéria de meio ambiente e matérias correlatas, que o Ministério Público integre comissões.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Exatamente para fazer esse papel.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Aqui me parece um órgão típico do Executivo, da administração fazendária.

Book_RMP-70.indb 445 05/06/2019 11:52:02

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ministro Gilmar Mendes, cito exemplo no caso dos contratos de financiamento dos Estados: normalmente os órgãos procuratórios do Estado convidavam especialistas para se fazer o trabalho de maneira coerente e evitar, com isso, falhas.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – O fato é que esse conselho é definido pelo art. 105 dessa lei complementar como órgão de assessoramento do secretário. E colocar o Ministério Público como assessor? O ministro Sepúlveda Pertence chama a atenção para o fato de um representante da Assembleia Legislativa também passar a integrar esse órgão administrativo no plano do assessoramento. Não é uma confusão de Poderes?

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – A presença do membro da assembleia não foi impugnada, foi?

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Sim. Todos. Representante do Ministério Público, Procuradoria-Geral, OAB, CRC e representante da Assembleia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – É todo ele impugnado? Ministro Carlos Britto, nos conselhos fixados constitucionalmente, chamam-se o líder da minoria e o da maioria. É o caso do Conselho da República, exatamente para que as políticas públicas se integrem na hora da formulação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Sim, mas com fundamento na criação de despesas, não é?

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Não. Na irrazoabilidade, na desproporcionalidade, atacando tudo.

19/10/2006
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Com relação à despesa, sim, mas diante da intervenção do Ministro Cezar Peluso, trazendo a lume o fato de que impugnou-se também a presença de representantes do Ministério Público e da Assembleia Legislativa, reajusto o meu voto para dar interpretação conforme no que diz respeito ao Ministério Público.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – No artigo 15, Ministro?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA –

> Art. 15 .....
>
> V – um representante do Ministério Público ativo.

Lembro que os membros do Ministério Público têm uma situação bifronte. Aqueles que ingressaram na carreira antes de 1988 e fizeram opção pelo regime anterior estão ressalvados, excluídos das limitações do artigo 129.

Book_RMP-70.indb 446 05/06/2019 11:52:02

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Parece-me que aí, Ministro, cogitava-se de funções estranhas ao Ministério Público, a mais evidente das quais era a atividade político-partidária ou assessoria a autoridade de outros órgãos públicos, afastando-se do Ministério Público, seja para ser Secretário de Estado, para servir a gabinete de Ministro etc., desde que fossem optantes pelo regime anterior à Constituição.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Os Conselhos dos Direitos Humanos são compostos pelo Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Agora, aqui, não. Aqui o que se pretende é que ele, como membro do Ministério Público, participe num Conselho de Assessoria.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Isso é que causa estranheza.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – É institucional. As prerrogativas são pessoais.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – O caso, *mutatis mutandis*, me recorda o da ADI nº 389, de Rondônia, quando declaramos, pelo menos em julgamento cautelar – pelo que tenho anotado –, que, na garantia genérica de zelar pela observância de direitos constitucionais – não inclui o imiscuir-se no exercício de funções administrativas típicas, entre as quais a de assessoria. Naquele caso, cuidava-se de que o Ministério Público deveria acompanhar o estágio probatório dos servidores do Executivo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Penso que é interessante apreciarmos artigo por artigo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – É o que estamos fazendo.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Já votamos artigo por artigo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não. É que, por exemplo, quando examinei a problemática dos artigos 5º, 6º e 81, cabeça, da Lei Complementar, com as redações conferidas, fiz transcrever os artigos.

Citarei só um exemplo: no artigo 5º da Lei Complementar nº 60/90, temos:

> ART. 5º – AS FUNÇÕES DE CHEFIA E ASSESSORAMENTO SUPERIOR, DE ÓRGÃOS DIRETAMENTE VINCULADOS À FISCALIZAÇÃO E TRIBUTAÇÃO, NO QUE DIZ RESPEITO ÀS COMPETÊNCIAS ARROLADAS NO ART. 3º DA PRESENTE LEI, SERÃO EXERCIDAS POR FISCAIS DE RENDAS E AUDITORES DA AUDITORIA GERAL DO ESTADO, ATIVOS E INATIVOS, (...) – AÍ VEM A OUTRA PARTE – (...) PROCURADORES DO ESTADO E DEFENSORES PÚBLICOS ATIVOS OU INATIVOS, PROCURADORES DE JUSTIÇA, PROMOTORES PÚBLICOS, INATIVOS E MAGISTRADOS INATIVOS, OBSERVADAS AS RESTRIÇÕES FUNCIONAIS.

Este é o 5º?

Book_RMP-70.indb 447 05/06/2019 11:52:02

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas este aí o Tribunal já declarou, por unanimidade, inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Inconstitucional? E qual é o que estamos agora a julgar?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Os artigos 2º, 3º e 5º foram declarados inconstitucionais.

Agora estamos no artigo 15.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) –

> Art. 15 – .....
>
> V – Um representante do Ministério Público ativo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Declarou-se totalmente inconstitucional esse dispositivo?

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Foi. Por unanimidade. O inciso V e parágrafo único.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Artigo 5º da lei. Inclusive Procuradores de Estado, inativos, nós declaramos inconstitucional. Aqui são cargos de nomeação, fazia reserva de mercado, não exclui que possam ser nomeados Procuradores de Estado, sobretudo os inativos.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Ministro Pertence, com relação ao representante do Ministério Público, qual é a posição de Vossa Excelência?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – É uma função estranha aos cometimentos do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – No exercício das funções institucionais do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Especificamente, é de assessoria. A Constituição fala de consultoria. Eu só tenho anotação da medida cautelar de que foi Relator o Ministro Carlos Velloso.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – O Ministro Joaquim estaria propondo uma interpretação conforme?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Diante das ponderações feitas, eu reajusto. Declaro a inconstitucionalidade do inciso.

SR. MINISTRO GILMAR MENDES – A única hipótese – talvez nem coubesse, porque mudaríamos todo o sentido – que se admite – a Ministra Cármen Lúcia já chamou a atenção para esse aspecto - é quando o membro do Ministério Público é um tipo de supervisor, assistente. Temos admitido isso. Quer dizer, integrar comissões, isso não tem havido impugnação.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Não. Aí é compulsório.

Book_RMP-70.indb 448 05/06/2019 11:52:02

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – É órgão de assessoramento.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – O *caput* do artigo diz que integrará compulsoriamente.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – É um tipo de assessoramento, parece que não há como salvar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Aqui tem a natureza de assessoramento. Este é o fato.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Tenho pensado muito numa tradicional atribuição do Ministério Público, que é a de participar do Conselho Penitenciário, mas aí é estreita relação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Conselhos de Direitos Humanos são compostos de membros das assembleias legislativas, do Ministério Público, das procuradorias, até porque não se dá eficácia; e estes conselhos são considerados, nos organogramas, órgãos de assessoramento do titular do Poder Executivo, só que ele tem uma conotação toda diferente: todos esses conselhos são integrados por membros do Ministério Público.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Esta função aqui é administrativa típica.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Ligada à arrecadação tributária.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – O representante da assembleia legislativa também terá de ser eliminado.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Eu diria, também, que o próprio representante da OAB e do CRC são órgãos autônomos. Uma lei complementar estadual não pode determinar, porque, aí, trata-se de obrigar realmente o comparecimento. Eu salvaria apenas o representante da Procuradoria-Geral do Estado.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – São entidades federais. Lei estadual está obrigando entidades federais a participar de um órgão estadual.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – São entidades de fiscalização profissional.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Eu salvaria apenas o inciso VI, quanto à Procuradoria-Geral do Estado. Aí é normal, não vejo impedimento.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Quanto a esses órgãos que não têm um vedação, proporia apenas uma interpretação conforme, que não obriga os órgãos de origem à autorização.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Haverá um outro problema. Se nós tirarmos todos estes, estaremos contrariando o §5º, que diz que o conselho superior não se poderá reunir sem a presença de sete. Não há mais sete? Nós tiramos todos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Como nós já julgamos o problema de orçamento participativo e entendemos, desde que não se tivesse como compulsória a participação do representante da Assembleia, mas como mero convite a participar das audiências públicas de orçamento participativo, não haver ofensa à independência dos poderes.

Book_RMP-70.indb 449 05/06/2019 11:52:02

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – É o mesmo com relação à OAB e CRC.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Exato. Mas a OAB, tradicionalmente, tem acedido em participar de comissões especiais de inquérito nos três âmbitos da Federação. Então, desde que isso não seja compulsório...

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Nós retiraríamos a compulsoriedade, não?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Considero razoável essa interpretação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ministro Sepúlveda Pertence, diz o §5º:

> §5º O Conselho Superior da Administração Tributária não poderá se reunir sem ter a presença de pelo menos 7 (sete) membros.

Ora, se é facultativo, um convite, como eles conseguirão os sete membros?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Se ele não for indicado, terão que mudar a redação da lei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Aqui é obrigatório. É uma composição fechada.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Até o nº 4 não tem problema. O nº 5 é o Ministério Público, e a maioria está considerando inconstitucional.

O Ministro Joaquim Barbosa também está de acordo.

Fica mantido o 6º. Quanto aos demais, Vossa Excelência da interpretação conforme?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Evoluo no sentido de apenas tornar facultativo.

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Ellen Gracie (Presidente).

EXPLICAÇÃO
S/ ART. 19

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhora Presidente, além do artigo 29, há outros.

O artigo 19 da Lei Complementar nº 107/2003 também respeita ao problema de escolha. Altera o artigo 110 da Lei Complementar nº 69/90:

Book_RMP-70.indb 450 05/06/2019 11:52:02

> Art. 19. O art. 110 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 110. A Corregedoria Tributária do Controle Externo será exercida por um colegiado composto por 3 (três) membros, sendo um escolhido entre fiscais de renda, um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ, a serem escolhidos pelo Governador do Estado, o qual nomeará o Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo dentre aqueles, sendo que todas as decisões da Corregedoria serão tomadas por maioria de votos dos membros do Colegiado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro, qual é esse dispositivo?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – É artigo 19 da Lei Complementar nº 107/2003, que dá nova redação ao artigo 110. Não dá faculdade nem para a Ordem dos Advogados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Imagine um membro do Ministério Público ser o Corregedor Chefe. Existe, em tese, essa possibilidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – O membro do Ministério Público é escolhido pelo Governador; não é escolhido nem pelo Procurador-Geral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – As escolhas são obrigatórias.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Extraindo daí o membro do Ministério Público, a lista de três fica inviável.

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhora Presidente, quanto ao artigo 19, já proferi voto julgando improcedente o pedido.

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO S/ ART. 19

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Senhora Presidente, quanto ao artigo 19, estou em condições de proferir voto no sentido da inconstitucionalidade, pelas mesmas razões já externadas quanto ao artigo anterior.

Book_RMP-70.indb 451 05/06/2019 11:52:02

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO SOBRE O ART. 19

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhora Presidente, também acompanho no sentido da procedência da alegação de inconstitucionalidade.

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO S/ ART. 19

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Senhora Presidente, estou de pleno acordo, também acompanho.

Com relação ao 1º artigo, farei, posteriormente, uma observação.

19/10/2006
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

DEBATES
(APARTES)

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Vejo aqui que esta Corregedoria Tributária do Controle Externo havia sido mencionada no artigo 18. Acho que, por arrastamento, também vai o artigo 18.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – É só questão de nomenclatura, não é?

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Eles poderão dar uma nova configuração a essa Corregedoria Tributária, mas, no momento, ela ficou inteiramente vazia. É o artigo 18.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – O nome permanece sem a composição de que trata o artigo 19.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Sim, é só a casca, sem o conteúdo.

Ministro Joaquim Barbosa, depois deste, Vossa Excelência tinha ido para qual artigo?

Book_RMP-70.indb 452 05/06/2019 11:52:02

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Artigo 29, e é o último.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Senhora Presidente, uma corregedoria é composta de três membros, sendo um escolhido entre fiscais de renda. Entendo que, até aqui, não há nada a questionar.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Qual é esse artigo, Ministro?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Não é o art. 18, relativo ao artigo 110 da lei anterior?

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Diz assim, segundo tenho aqui:

"Art. 18. O Título VIII da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a denominar-se: DA CORREGEDORIA TRIBUTÁRIA DO CONTROLE EXTERNO".

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Não, é o art. 19.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Artigo 19. Esse é que nós demos pela total procedência.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Demos pela total procedência.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Ministra-Presidente, é melhor voltarmos ao texto anterior.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Mas, no texto anterior, era um corregedor fiscal de renda.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Mas vai continuar a mesma coisa, Ministro.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – É melhor voltarmos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Três, sendo um escolhido entre fiscais de renda.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Sim, mas se nós ficarmos só na inconstitucionalidade parcial, ficaremos com uma distorção normativa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Um conselho de um só. Não, são três membros.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas dá para salvar o artigo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Se é um conselho de três, um dos quais fiscal de renda, fica claro que os dois outros serão escolhidos livremente; é dizer, um tem de ser da OAB e outro tem de ser de outro órgão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Pode ficar com interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: – Aí é conforme e parcial.

A SRA. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Além do que o órgão é corregedoria, mas o corregedor é um...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – E mais, a redação final, se nós deixarmos: a serem escolhidos pelo governador do Estado. Então, não há problema nenhum, é só decotarmos, realmente, as expressões que estão grifadas e foram atacadas.

Book_RMP-70.indb 453 05/06/2019 11:52:02

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Exato. Perfeito. Um "entre fiscais a serem escolhidos". Fica gramaticalmente deselegante, mas absolutamente claro.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Então, como ficaria a redação do artigo 110?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Ficaria: A Corregedoria Tributária do Controle Externo será exercida por um colégio composto por três membros, sendo um escolhido entre os fiscais de renda, a serem escolhidos pelo governador do Estado.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: A inconstitucionalidade parcial não tem compromisso com o estilo e nem com a gramática.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Tiramos o membro do Ministério Público e o representante da ordem.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Então, declaramos em parte.

A SRA. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Declarando a inconstitucionalidade da expressão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Das expressões grifadas.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Salvo a intenção do legislador – e essa é legítima – de criar um órgão de controle externo e plural. Nisso não há inconstitucionalidade nenhuma.

19/10/2006
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie (Presidente), Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski.

DEBATE
S/ ARTIGO 30

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhora Presidente, Vossa Excelência está fazendo a apuração total? Há mais um artigo impugnado. O art. 30 é outra matéria.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Teremos de ouvir primeiro o Relator.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – O Ministro-Relator julgou improcedente com relação a todos os demais artigos.

Com relação ao artigo 30, o Ministro Joaquim Barbosa também não se manifestou, e ele dispõe:

> Art. 30 – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. (...)

Book_RMP-70.indb 454 05/06/2019 11:52:02

É isso?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Exatamente, e essas disposições são atacadas também.

À folha 16 da petição inicial, consta:

"A retirada do final do *caput* do artigo 3º, da Lei Complementar nº 69/90 (...)"

Será caso de embargos de declaração, se nos omitirmos em relação a esse artigo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Qual é o fundamento da inconstitucionalidade da cláusula derrogatória?

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Deve ser porque impugnaram as normas alteradoras.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Ataca o princípio da eficiência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Está no artigo 30. Temos de examiná-lo.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Não me lembro – pelo menos, nesta jornada de hoje – de que tenhamos, em nenhum dispositivo, restabelecido a redação anterior. Mantivemos a Corregedoria trina e o Conselho. Esse dispositivo deve ser daqueles cujo dispositivo revogador está sendo impugnado.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – É. Restabeleceria a Lei Complementar nº 69.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Precisar-se-ia de um enquadro.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – E a lei ainda diz que sai em defesa do princípio da eficiência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Não vejo a inconstitucionalidade. Declaramos alguns dispositivos inconstitucionais, e ficam revogadas as disposições em contrário. Essa alegação é extremamente genérica.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Com a nossa decisão de hoje, o artigo 30 poderia parar no "ficando revogadas as disposições em contrário".

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Pois é.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Mas, Ministro, se nós, efetivamente, com cortes parciais ou com interpretação conforme, salvamos, não declaramos a inconstitucionalidade total das normas revogadoras, é claro que não há inconstitucionalidade em dizer que as anteriores estão revogadas.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Perfeito. É o que estou dizendo.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – O máximo que se poderia dizer é que ficou ocioso.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Então, pararíamos ai. Não há inconveniente nenhum.

Book_RMP-70.indb 455 05/06/2019 11:52:02

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Qual seria a inconstitucionalidade?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Ela não é clara.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Acho que a melhor técnica legislativa é enumerar os dispositivos expressamente revogados. Está até nessa lei complementar de elaboração de leis.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – 95.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Aliás, em relação ao artigo 30, talvez fosse melhor nem conhecer do pedido, porque a petição inicial é confusa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – É muito genérica.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não, é confusa.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Então, podemos não conhecer do pedido.

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO SOBRE O ARTIGO 30

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sou mineira. Então, Presidente, exercendo a minha "mineiridade", não digo que estou de acordo, mas, sim, que não estou contra.

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO
(S/ ART. 1º; ART. 6º A 14; ART. 15; ART. 28; ART. 29 E ART. 30)

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhora Presidente, com relação ao artigo 1º, também entendo que o princípio da eficiência foi apenas genericamente invocado e julgo improcedente a ação.

Com relação aos artigos 6º a 14, entendo que o acréscimo da expressão "controle externo" é uma alteração meramente terminológica e também julgo improcedente.

Com relação ao artigo 15, já me manifestei e entendo ser inconstitucional a indicação de um representante do Ministério Público e, também, de um representante da Assembleia Legislativa. Entendo ser constitucional a presença de um representante da Procuradoria-Geral do Estado e que se deva dar uma interpretação conforme relativamente aos representantes da GAB e do CRC.

Book_RMP-70.indb 456 05/06/2019 11:52:02

Com relação ao artigo 19, já me manifestei pela improcedência, em votação anterior, abarcando a totalidade do artigo.

Com relação ao artigo 28, entendo que a expressão "procedimento investigatório" é de natureza meramente administrativa, não criminal. Diz respeito, até, à faculdade de autotutela, ao poder-dever da Administração Pública de apurar qualquer fato ilícito, sendo uma norma que tem um caráter mais pedagógico do que uma efetividade real.

Com relação, finalmente, ao artigo 29, que regulamenta os prazos prescricionais, entendo que a prescrição administrativa pode ser regulada por lei local. Na esfera federal, essa matéria é disciplinada pela Lei nº 9.873/99.

Observo que essa lei do Rio de Janeiro é até mais leniente do que a lei federal. Quando se pensa na prescrição de 10 anos, "nos demais casos", confrontando esses dez anos com a lei federal, a lei federal estabelece que, quando se trata de fato definido também como crime, a prescrição regula-se pelo Código Penal. Portanto, a lei federal é, inclusive, mais rigorosa nesse aspecto.

Com relação ao artigo 29 considero constitucional e, portanto, improcedente a ação.

Não conheço do artigo 30.

Esse é o meu voto.

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Senhora Presidente, vou acompanhar inteiramente, em todos os preceitos, o voto do Ministro Joaquim Barbosa, mas quero fazer duas observações, brevemente – não me estenderei – que julgo necessárias.

Em primeiro lugar, com relação ao artigo 29, não adoto o fundamento do princípio – equivocadamente chamado de princípio, pois se trata de uma pauta – da proporcionalidade. A proporcionalidade, no meu modo de ver, não autoriza esta Corte a corrigir o legislador. O que fazemos aqui é examinar a constitucionalidade. Entendo que proporcionalidade não justifica a correção do legislador. No entanto, essa é uma questão de princípio, embora não de princípio da proporcionalidade.

A segunda observação diz respeito ao princípio da eficiência, consagrado pela Emenda nº 19 – conhecida como "emendão" – e incorporado ao artigo 37. Aqui se tem colocado uma oposição entre eficiência no mercado e eficiência na Administração.

Seguramente, esse princípio é diverso da eficiência econômica, voltada à maximização dos lucros e denominada de "eficiência alocativa", que visa à acumulação de riqueza.

Book_RMP-70.indb 457 05/06/2019 11:52:02

Em 1970, Romano Bettini, em um belo texto sobre programação econômica e teoria da eficiência público-administrativa, observava que:

> A eficiência pode exprimir-se como a capacidade, de um ente da Administração, de perseguir seus próprios fins utilizando-se dos meios sugeridos pela racionalidade histórica da qual é consciente o país no qual o ente atua; em outros termos, não basta, a qualificar de "eficiente" uma organização, a sua capacidade de perseguir seus próprios fins *tout court*, mas é preciso que isso decorra da escolha mais racional dos meios, dos instrumentos disponíveis; essa racionalidade não coincide com uma racionalidade econômica ou taylorística, da qual se "deduza" mecanicamente o *best way*, a administração mais eficiente; esta concepção poderia definir como eficiente uma administração apenas porque respeita certas regras de organização, financeiras, contábeis, sem preocupação com o significado e a utilidade efetivas do 'resultado' no mais vasto e vivo contexto econômico-social.

Por isso, podemos dizer, Senhora Presidente:

> (...) a afirmação da eficiência como princípio da Administração Pública, importa sua vinculação – dela, Administração – pelo *dever de adoção de métodos organizativos voltados à obtenção do melhor resultado possível decorrente de sua ação*; (...) mas, sem dúvida, tais métodos devem ser adequados aos objetivos definidos no artigo 3º da CB por isso, a correta compreensão da eficiência reclama
>
> (I) o discernimento das *alternativas consideradas possíveis* e, concomitantemente,
>
> (II) a *avaliação dos interesses jurídicos envolvidos em cada ação*
>
> O melhor resultado a ser alcançado não é definido em termos econômicos, porém em adequação às normas-objetivo defenidas pelo ordenamento, em especial as do art. 3º da CB (...) a racionalidade econômica cede, nesse passo, à racionalidade jurídica.

Em um belo texto escrito sobre políticas públicas, a Profa. Maria Paula Dallari, da minha Faculdade do Lago de São Francisco, diz que eficiência "*não é gastar pouco ou gastar bem, é gerir com equilíbrio e ponderação a coisa pública*". Ou seja, é cogitar-se da adequação entre meios e fins no plano do jurídico.

Book_RMP-70.indb 458 05/06/2019 11:52:02

Em outros termos e para finalizar, eu diria que a eficiência da administração está vinculada ao dever de boa administração, formulado por Guido Falzone, em 1953, numa monografia, *Il dovere di buona amministrazione*, e que tem entre nós sido, inúmeras vezes, enfatizado por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em outros termos, o princípio da eficiência tem de ser tomado como uma faceta do princípio da boa administração e no plano da racionalidade jurídica, não da racionalidade econômica.

Como disse, inicialmente, acompanho, em todas as conclusões, o voto do Ministro Joaquim Barbosa.

19/10/2006
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Senhora Presidente, acompanho também o voto do eminente Ministro Joaquim Barbosa.

Quanto ao princípio da eficiência, em boa hora trazido a lume pelos Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia, quero dizer que venho escrevendo sobre esse tema – estou lendo aqui no meu computador – há mais ou menos um ano. Já escrevi 18 páginas, mas não consegui fechar o entendimento, o raciocínio. É um desses temas em que sobra Constituição e falta intérprete. Sigo meditando e apenas, numa definição aparentemente acaciana, digo que o princípio da eficiência consiste em fazer bem as coisas que devem ser feitas segundo o ordenamento jurídico. Agora, indicar o conteúdo significante desse princípio não tem sido fácil para mim. O que posso antecipar, e tenho como certo, trata-se de um princípio de conteúdo múltiplo, incorporando, sobretudo, presteza e segurança. Mas não é uma ideia completa, apenas manifesto a minha preocupação com o princípio da eficiência que, em última análise, foi o grande mote dessa ação direta de inconstitucionalidade: a defesa desse princípio constitucional.

Voto com o Ministro Joaquim Barbosa.

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO
S/ ART. 15, INCISO V E IX, INCISOS VI, VII, VIII; ART. 17 E 18; ART. 19; ART. 23; ART. 28; ART. 29 E ART. 30

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhora Presidente, tentarei ser bem minucioso.

Book_RMP-70.indb 459 05/06/2019 11:52:02

O Tribunal já tinha reconhecido a constitucionalidade do art. 118 da Constituição estadual.

Em relação aos artigos da Lei Complementar, também já lhe havia reconhecido a constitucionalidade do art. 1º, bem como a inconstitucionalidade dos arts. 2º, 3º e 5º.

Também lhe reconheceu a constitucionalidade dos arts. 6º, 7º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, em que a lei apenas alterou denominações.

Em relação ao art. 15 é que as decisões foram particularizadas.

Acompanho a decretação de inconstitucionalidade dos incisos V e IX, as expressões do representante do Ministério Público e do representante da Assembleia Legislativa.

Reconheço a constitucionalidade do inciso VI, que diz respeito ao representante da Procuradoria-Geral do Estado.

Dou interpretação conforme aos incisos VII e VIII, no sentido já aventado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, para se entender que aí se trata, pura e simplesmente, de convite.

Em relação aos arts. 17 e 18, a solução é a mesma que o Tribunal já deu aos demais artigos que apenas alteram a denominação da Corregedoria. Então, reconheço também a constitucionalidade dos arts. 17 e 18, que implicaram, pura e simplesmente, mera alteração de denominação.

Em relação ao art. 19, também acompanho o voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, declarando inconstitucionais as expressões grifadas "um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Rio de Janeiro", mantidas as demais proposições com corte dessas expressões: "um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil".

O art. 23 também trata de mera denominação da Corregedoria, de modo que também lhe reconheço a constitucionalidade, assim como a do art. 26.

Em relação ao art. 28, dois eram os ataques: um, ao nome de "controle externo", e outro, ao adjetivo "investigatório" do procedimento. Também reconheço a constitucionalidade de ambos, porque cuidam só de denominações, que não interferem no alcance das funções respectivas.

Quanto ao art. 29, acompanho inteiramente o Relator e os demais votos, reconhecendo a constitucionalidade dos prazos de prescrição.

E, em relação ao art. 30, não conheço do pedido por falta de fundamento.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhora Presidente, tenho a impressão de que o apanhado feito pelo Ministro Cezar Peluso corresponde à posição que foi construída coletivamente, a partir do voto do Relator e do Ministro Joaquim Barbosa.

Book_RMP-70.indb 460 05/06/2019 11:52:02

De modo que faço remissão à manifestação do Ministro Joaquim Barbosa.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Senhora Presidente, já na discussão, deixei claras as minhas posições que – creio – realmente coincidem, em parte, com as do eminente Relator e, salvo nas objeções aqui suscitadas e acolhidas hoje, que se incorporaram todas elas ao voto do Ministro Joaquim Barbosa, magnificamente resenhadas pelos cuidadosos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Nada tenho a acrescentar, salvo a minha admiração pelas reflexões dos nossos eminentes Professores Eros Grau e Carlos Britto, sobre esse princípio da eficiência do qual tenho muito medo. Tenho medo não só de parte da administração, mas também de parte da nossa grei judicante que vive hoje o que Daniel Sarmento chama de "euforia dos princípios como forma legitimadora de um decisionismo sem compromissos com a Constituição", fazendo desta, em cada caso, aquilo que nós pensamos que ela deveria ter sido.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Parti, também, dessa preocupação, Excelência. Daí porque deixei claro que há um ano venho escrevendo sobre esse tema, não consegui fechar a ideia, o raciocínio, já estou com dezoito páginas escritas.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Isso é retórica de cientistas da administração, incorporados à Constituição sem nenhuma utilidade.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – O perigo é esse, exatamente, não podemos administrativar a Constituição.

Publicado sem revisão.

19/10/2006
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VISTA

A SRª. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Tenho anotação de constitucionalidade do artigo 6º.

Senhores Ministros, vou-me permitir fazer uma revisão geral de todos os votos proferidos, para fazermos uma proclamação absolutamente isenta de qualquer incorreção.

Peço vista dos autos, comprometendo-me trazê-lo na próxima semana, senão na subsequente.

Book_RMP-70.indb 461 05/06/2019 11:52:02

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S): IAN RODRIGUES DIAS (10074/DF)

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. No mérito, também por unanimidade, julgou improcedente a ação e declarou a constitucionalidade do inciso VII do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e procedente e inconstitucionais os artigos 5º e parágrafo único, 6º e 81, *caput*, da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, na redação dada pelos artigos 2º, 3º e 5º da Lei Complementar nº 107, de 07 de fevereiro de 2003, ambas do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente. Em seguida, o julgamento foi suspenso por ausência de quorum constitucional. Falou pelo requerente o Dr. Wladimir Sérgio Reale. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Presidente, Celso de Mello e Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário, 06.11.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que julgava improcedente a ação em relação aos artigos remanescentes, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. Presidência, em exercício, do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Plenário, 02.06.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do §1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 29.09.2004.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, divergindo parcialmente do Relator, no que foi acompanhado pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandoski, Eros Grau, Carlos Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, pediu vista dos autos a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 19.10.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

p/ Luiz Tomimatsu

Secretário

Book_RMP-70.indb 462 05/06/2019 11:52:02

08/03/2018
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Senhora Presidente, para rememorar, um breve relato do processo se impõe.

Trata-se de *ação direta de inconstitucionalidade* ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em face (i) do *art. 118, parágrafo único, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro* e (ii) da *totalidade da Lei Complementar nº 107, de 07.02.2003, também do Estado do Rio de Janeiro, que altera, por sua vez, a Lei Complementar nº 69, de 19.11.1990*, a qual "dispõe sobre a carreira de fiscal de renda da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro".

O autor reputa ofendidos os arts. 5º, LIV, 22, I e XXVI, 25, 37, *caput* e XVIII, 61, §1º, II, *a* e *c*, 63, I, 74, 128, §5º, II, *d*, 129, IX, 132, 134 e 144, §4º, da Constituição da República, pelos fundamentos a seguir sintetizados:

(i) inconstitucionalidade formal e material do art. 118, parágrafo único, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, forte nos arts. 25, 37, XVIII, e 61, §1º, II, da CF, por reservar à *lei complementar* matéria – organização da administração fazendária e regime jurídico da carreira de fiscal de renda – cuja regência, no âmbito federal, se faz mediante *lei ordinária*, inobservando, assim, o postulado da *simetria* e incidindo, ainda, em cerceamento da *iniciativa do Poder Executivo*;

(ii) por decorrência, inconstitucionalidade formal da *Lei Complementar nº 107/2003 do Estado do Rio de Janeiro*, *in totum*, na medida em que disciplina matéria afeta à lei ordinária - organização da administração fazendária e regime jurídico da carreira de fiscal de renda;

(iii) inconstitucionalidade material do *art. 1º da Lei Complementar nº 107/2003*, que, ao alterar o *art. 3º da Lei Complementar nº 69/1990* para dele excluir o *inciso IV* e a *expressão "sem prejuízo de outras atribuições"*, teria restringido o campo de atuação do fiscal de rendas, em afronta ao princípio da eficiência previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República;

(iv) inconstitucionalidade formal e material dos arts. 5º, 6º e 81, *caput*, da Lei Complementar nº 69/1990, nas redações conferidas pelos arts. 2º, 3º e 5º da Lei Complementar nº 107/2003, porque (a) resultante de emenda parlamentar a criação do cargo de Auditor da Auditoria Geral do Estado, matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo e que implica aumento de despesa, a teor dos arts. 25, 61, §1º, II, *a* e *c*, e 63, I, da Lei Maior; e (b) incompatível com os arts. 5º, LIV, 22, XVI, 37, *caput* e XVIII, 128, §5º, II, *d*, 129, IX, 132 e 134 da CF o exercício, por membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Procuradores do Estado e Magistrados, ativos ou inativos, de funções de chefia e assessoramento superior de órgãos vinculados à fiscalização tributária;

Book_RMP-70.indb 463 05/06/2019 11:52:02

(v) inconstitucionalidade formal e material da *expressão* "do controle externo", prevista nos arts. 3º, §3º, 87, 88, 91, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 109, IV, 110 e 113-B, III, e no Título VIII da Lei Complementar nº 69/1990, conforme a redação que lhes foi dada pelos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23 e 28 da Lei Complementar nº 107/2003, bem como no art. 26 da LC nº 107/2003, porquanto decorrente de emenda parlamentar que cria novo órgão, denominado "Corregedoria Tributária do Controle Externo", acarretando aumento de despesa (art. 63, I, da CF), além de incompatível com os arts. 25 e 74 da CF, sendo inadequada a expressão por se tratar a hipótese, a rigor, de controle interno;

(vi) inconstitucionalidade formal e material da expressão "investigatório", prevista no art. 3º, §3º, da Lei Complementar nº 69/1990 – que foi introduzido pelo art. 28 da Lei Complementar nº 107/2003 –, por versar sobre direito penal, contrariando a regra de competência do art. 22, I, da CF, bem como porque, a teor do art. 144, §4º, da CF, "o procedimento a ser instaurado pela Corregedoria Tributária, no caso, será de natureza disciplinar e não penal";

(vii) inconstitucionalidade formal do art. 105, V, VI, VII, VIII, IX e §5º, da Lei Complementar nº 69/1990, na redação dada pelo art. 15 da Lei Complementar nº 107/2003, por incorrer na vedação constitucional ao aumento de despesa, mediante emenda parlamentar a projeto de lei, em matéria de iniciativa reservada ao Poder Executivo (art. 63, I, da CF);

(viii) inconstitucionalidade material do art. 96, I e II, da Lei Complementar nº 69/1990, na redação dada pelo art. 29 da Lei Complementar nº 107/2003, que amplia o prazo prescricional das sanções disciplinares aplicáveis aos fiscais de rendas, tido como excessivo, desproporcional e desarrazoado, a teor do art. 5º, LIV, da CF.

O autor ataca, ainda, os arts. 4º, 16, 20, 21, 22, 24, 27 e 30 da Lei Complementar nº 107/2003 do Estado do Rio de Janeiro, embora sem veicular, quanto a eles, impugnação específica.

2. Submetido o feito ao rito do art. 12 da Lei nº 89.868/1999 pelo então relator, Ministro Maurício Corrêa, foram prestadas informações pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e pela então Governadora do Estado do Rio de Janeiro, que pugnaram pela improcedência dos pedidos deduzidos na ação direta.

Manifestação do Advogado-Geral da União pelo não conhecimento do feito e, caso conhecido, pela improcedência.

O Procurador-Geral da República opina pelo conhecimento parcial da ação direta, apenas em relação ao art. 118, parágrafo único, VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, porque não impugnada a totalidade do complexo normativo em que inserida a Lei Complementar nº 107/2003, e no mérito pela improcedência do pedido. Ultrapassada a preliminar e conhecida a ação também em relação à Lei Complementar nº 107/2003 do Estado do Rio de Janeiro, o parecer é pelo não conhecimento do pedido em relação aos arts. 4º, 16, 20, 21, 22, 24, 27, 28 e 30, à ausência de impugnação específica, e pela improcedência quanto aos demais.

Book_RMP-70.indb 464 05/06/2019 11:52:02

3. Redistribuído, nos moldes do art. 38, I, do RISTF, assumiu a relatoria do feito o eminente Ministro Marco Aurélio.

Na sessão do dia 06.11.2003, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, (i) rejeitou as preliminares arguidas e, iniciando o exame do mérito, também por unanimidade; (ii) julgou improcedente o pedido e declarou a constitucionalidade do art. 118, parágrafo único, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro; e (iii) julgou procedente e declarou a inconstitucionalidade dos arts. 5º, parágrafo único, 6º e 81, *caput*, da Lei Complementar nº 69/1990, na redação dada pelos arts. 2º, 3º e 5º da Lei Complementar nº 107/2003, ambas do Estado do Rio de Janeiro. Em seguida, o julgamento foi suspenso, por ausência de *quorum* constitucional.

Em 02.06.2004, após o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, julgar improcedentes os pedidos deduzidos em relação (i) à expressão "controle externo", trazida nos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 26 e 28 da Lei Complementar nº 107/2003 do Estado do Rio de Janeiro; (ii) à expressão "investigatório", no art. 3º, §3º, da Lei Complementar nº 69/1990 (introduzido pelo art. 28 da Lei Complementar nº 107/2003); e (iii) ao art. 105, V, VI, VII, VIII, IX e §5º, da Lei Complementar nº 69/1990, na redação dada pelo art. 15 da Lei Complementar nº 107/2003, pediu vista o eminente Ministro Joaquim Barbosa.

O julgamento foi retomado em 19.10.2006, com a apresentação do voto vista, com divergência parcial do Ministro Joaquim Barbosa pela (i) improcedência do pedido quanto ao art. 1º da LC nº 107/2003, que alterou o art. 3º da LC nº 69/1990; (ii) improcedência da alegação referente à inconstitucionalidade da expressão "controle externo", prevista na redação dos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25, 26 e 28 da LC nº 107/2003, que alteraram os arts. 87, 88, 91, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 109, VIII, 110 e 113-B, III, da LC nº 69/1990; (iii) improcedência do pedido relativo à inconstitucionalidade da utilização da expressão "investigatório" no texto do art. 28 da LC nº 107/2003, que alterou o art. 3º, §3º, da LC nº 69/1990; (iv) procedência parcial do pedido referente ao art. 15 da LC nº 107/2003, que introduziu nova redação aos incisos V, VI, VII, VIII, IX e §5º do art. 105 da LC nº 69/1990, para declarar inconstitucionais os incisos V e IX e constitucional o inciso VI, assim como para conferir interpretação conforme à Constituição Federal aos demais incisos; (v) improcedência, nos termos do voto do Relator, do pedido quanto ao art. 29 da LC nº 107/2003, que alterou os incisos I e II do art. 96 da LC nº 69/1990.

Destaco, por oportuno, que, no tocante ao pedido relativo à inconstitucionalidade do art. 15 da LC nº 107/2003, o Ministro Joaquim Barbosa havia votado, inicialmente, pela improcedência. Todavia, diante da discussão instaurada no Plenário, a partir de ponderações do Ministro Cezar Peluso, reajustou o seu entendimento, votando pela inconstitucionalidade das alterações introduzidas por tal dispositivo nos incisos V e IX do art. 105 da LC nº 69/1990. Na ocasião, aventada a impropriedade da presença de um membro do Ministério Público, assim como de um representante da Assembleia Legislativa do Estado, na composição de um órgão de assessoramento do Poder Executivo – no caso, do "Conselho Superior da Fiscalização Tributária, órgão de

Book_RMP-70.indb 465 05/06/2019 11:52:02

assessoramento do Secretário da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias", nos termos do consignado no *caput* do art. 105 da LC nº 69/1990, com a redação proposta pelo referido art. 15 da LC nº 107/2003 – tendo em vista a incompatibilidade de tal função com o papel constitucional delegado a seus membros, no caso do Ministério Público, e considerando, ainda, a ofensa à independência dos poderes, no caso do representante da Assembleia Legislativa do Estado. Também evoluiu o Ministro Joaquim Barbosa para declarar constitucional o inciso VI e aplicar interpretação conforme a Constituição Federal aos incisos VII e VIII do art. 105 da LC nº 69/1990, com a redação conferida pelo art. 15 da LC nº 107/2003, para tornar facultativa a participação do representante da OAB e do representante do CRC-RJ no Conselho Superior de Fiscalização Tributária.

No tópico, o Ministro Joaquim Barbosa foi acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

Na esteira do que discutido a respeito da inconstitucionalidade do art. 15 da LC nº 107/2003, e por entender também aqui configurado o problema de obrigatoriedade de escolha dos membros de um órgão do Poder Executivo, propôs o Ministro Cezar Peluso que, pelos mesmos fundamentos, fossem declaradas inconstitucionais também as expressões "um entre os membros do Ministério Público" e "um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ" presentes na redação do art. 19 da mesma lei, que, por sua vez, altera o art. 110 da LC nº 69/1990, no qual definida a composição da "Corregedoria Tributária do Controle Externo". Tal entendimento foi compartilhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Cármen Lúcia. Em sentido contrário, o Ministro Marco Aurélio, Relator, e o Ministro Ricardo Lewandowski julgavam a ação, no ponto, improcedente.

Também aventou o Ministro Cezar Peluso questão relativa ao art. 30 da LC nº 107/2003 – em que consignado que "esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, especialmente o inciso IV do art. 3º, os parágrafos 1º e 2º do art. 101, o inciso XI e o parágrafo único do art. 106, o art. 111, o inciso IV do art. 113 e o *caput* do parágrafo único do art. 116, todos da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990" – por entender questionada a constitucionalidade do dispositivo na petição inicial, a respeito da qual manifestaram-se os demais presentes pelo não conhecimento do pedido, por genérica a alegação, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator, que votou pela sua improcedência.

Pediu vista dos autos a então Presidente desta Corte, Ministra Ellen Gracie, a quem sucedi, na forma regimental.

4. Reitero que, em relação às seguintes matérias apreciadas na sessão de 06.11.2003, o julgamento já foi concluído, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, e com o voto da minha antecessora, a Ministra Ellen Gracie, no sentido de:

(i) rejeitar as preliminares arguidas;

(ii) julgar improcedente o pedido e declarar a constitucionalidade do art. 118, parágrafo único, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro; e

Book_RMP-70.indb 466 05/06/2019 11:52:02

(iii) julgar procedente o pedido e declarar a inconstitucionalidade dos arts. 5º, parágrafo único, 6º e 81, *caput*, da Lei Complementar nº 69/1990, na redação dada pelos arts. 2º, 3º e 5º da Lei Complementar nº 107/2003, ambas do Estado do Rio de Janeiro.

5. Pende de conclusão o julgamento, pois, sobre os seguintes pedidos, a respeito dos quais não apresentou voto Sua Exa., a Ministra Ellen Gracie:

(i) inconstitucionalidade da expressão "controle externo", prevista nos arts. 3º, §3º, 87, 88, 91, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 109, IV, 110 e 113-B, III, e no Título VIII da Lei Complementar nº 69/1990, conforme a redação que lhes foi dada pelos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23 e 28 da Lei Complementar nº 107/2003, bem como no art. 26 da LC nº 107/2003;

(ii) inconstitucionalidade do art. 105, V, VI, VII, VIII, IX e §5º, da Lei Complementar nº 69/1990, na redação dada pelo art. 15 da Lei Complementar nº 107/2003;

(iii) inconstitucionalidade do art. 29 da Lei Complementar nº 107/2003, que altera os art. 96, I e II, da Lei Complementar nº 69/1990 para amplia o prazo prescricional das sanções disciplinares aplicáveis aos fiscais de rendas;

(iv) inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar nº 107/2003, que, ao alterar o art. 3º da Lei Complementar nº 69/1990 para dele excluir o inciso IV e a expressão "*sem prejuízo de outras atribuições*";

(v) inconstitucionalidade da expressão "*investigatório*", prevista no art. 3º, §3º, da Lei Complementar nº 69/1990 – que foi introduzido pelo art. 28 da Lei Complementar nº 107/2003;

(vi) inconstitucionalidade do art. 19 da Lei Complementar nº 107/2003, que alterou o art. 110 da Lei Complementar nº 69/1990;

(vii) art. 30 da Lei Complementar nº 107/2003;

6. Passo, assim, ao voto que me cabe.

6.1. ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107/2003

Segundo o autor, padece de inconstitucionalidade o art. 1º da Lei Complementar nº 107/2003, que altera o art. 3º da Lei Complementar nº 69/1990 para dele excluir o inciso IV e a expressão "sem prejuízo de outras atribuições", porque teria restringido o campo de atuação do fiscal de rendas, em afronta ao princípio da eficiência previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República. Eis o teor do dispositivo impugnado:

> Art. 1º – O art. 3º, *caput*, da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, ficando o seu parágrafo único transformado em §1º, acrescido do §2º e revogado o inciso IV:
>
> > Art. 3º – São as seguintes as funções atribuídas privativamente aos funcionários titulares dos cargos de Fiscal de Rendas:

Book_RMP-70.indb 467 05/06/2019 11:52:02

> §2º – A lei poderá estabelecer outras atribuições não privativas aos funcionários titulares dos cargos de Fiscal de Rendas.

O inciso IV do art. 3º da LC nº 69/1990 em sua redação original, *revogado* pelo preceito impugnado, acrescia, às funções atribuídas privativamente aos funcionários titulares dos cargos de Fiscal de Rendas, "praticar outros atos indicados na legislação".

A invocação do *princípio da eficiência* na exordial mostra-se essencialmente genérica. Nela não há nada a demonstrar que a preservação das fórmulas excluídas do art. 3º da LC 69/1990 pelo art. 1º da LC 107/2003 – "sem prejuízo de outras atribuições" e "praticar outros atos indicados na legislação" confira maior concretude ao princípio constitucional da eficiência no âmbito da Administração fazendária estadual do que a opção pela sua supressão.

A Constituição da República em absoluto veda o redesenho e a reconfiguração das instituições, com vista ao seu aperfeiçoamento.

Não bastasse, incluído pelo art. 1º da Lei Complementar nº 107/2003 também o §2º do art. 3º da LC nº 69/1990, segundo o qual "*a lei poderá estabelecer outras atribuições não privativas aos funcionários titulares dos cargos de Fiscal de Rendas*", concluo que a alteração impugnada é muito mais topográfica do que propriamente de conteúdo.

Acompanho o relator, julgando o pedido *improcedente*.

6.2. EXPRESSÃO "CONTROLE EXTERNO"

O autor reputa inconstitucional a expressão "*do controle externo*", prevista nos arts. 3º, §3º, 87, 88, 91, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 109, IV, 110 e 113-B, III, e no Título VIII da Lei Complementar nº 69/1990, conforme a redação que lhes foi dada pelos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23 e 28 da Lei Complementar nº 107/2003, bem como no art. 26 da LC nº 107/2003, ao argumento de que decorrente de emenda parlamentar pela qual criado novo órgão, denominado "Corregedoria Tributária do Controle Externo", acarretando aumento de despesa (art. 63, I, da CF), além da incompatibilidade com os arts. 25 e 74 da CF, inadequada a expressão por se tratar a hipótese, a rigor, de controle interno.

Conforme assentado pelo eminente Relator, a inclusão da expressão "controle externo" tem efeitos meramente terminológicos. A discussão sobre o caráter externo ou interno da atuação do órgão instituído pela Lei nº 107/2003, em substituição à Corregedoria da Secretaria de Estado de Fazenda prevista na redação original da LC 69/1990, se mostra exógena ao campo do controle da sua constitucionalidade, e assume, para os efeitos do caso em tela, ares bizantinos. Afasto a alegada afronta ao art. 74 da CF.

Tampouco vislumbro acarretarem, os preceitos, aumento de despesa, pelo que insubsistente a alegação de afronta ao art. 63, I, da CF, ainda que pela via da simetria (art. 25).

Book_RMP-70.indb 468 05/06/2019 11:52:03

Também aqui, acompanho o relator para julgar *improcedente* o pedido.

6.3. ART. 15 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107/2003

Eis o teor do art. 15 da Lei Complementar nº 107/2003, que altera a composição do Conselho Superior da Fiscalização Tributária, órgão da administração fazendária do Estado do Rio de Janeiro:

> Art. 15 – O art. 105 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> > Art. 105 – O Conselho Superior da Fiscalização Tributária, órgão de assessoramento do Secretário da Secretaria de Estado competente para a fiscalização e arrecadação tributárias, obedecerá à seguinte composição:
> >
> > I – .....
> >
> > II – .....
> >
> > III – .....
> >
> > IV – .....
> >
> > V – um representante do Ministério Público ativo;
> >
> > VI – um representante da Procuradoria-Geral do Estado ativo;
> >
> > VII – um representante da OAB-RJ;
> >
> > VIII – um representante do CRC-RJ;
> >
> > IX – um representante da Assembleia Legislativa.
> >
> > §1º – .....
> >
> > §2º – .....
> >
> > §3º – .....
> >
> > §4º – .....
> >
> > §5º – O Conselho Superior da Fiscalização Tributária não poderá se reunir sem ter a presença de pelo menos 7 (sete) membros.

Na esteira da ilustrada maioria já formada, entendo incompatível com os contornos institucionais conferidos ao Ministério Público na Constituição de 1988 a participação de membro do *Parquet* em órgão de *assessoramento* do Poder Executivo. Do mesmo modo, a participação de membro da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro esbarra no postulado da separação dos Poderes. Nenhum conflito há, todavia, sob o ponto de vista constitucional, em relação à participação de representante

Book_RMP-70.indb 469 05/06/2019 11:52:03

da Procuradoria-Geral do Estado.

Embora seja salutar a sua participação em Conselho dessa natureza, a Ordem dos Advogados do Brasil-RJ e o Conselho Regional de Contabilidade-RJ constituem entidades autônomas, não integrantes da Administração Pública. Por esta razão, afigura-se constitucionalmente ilegítimo comando determinando sua participação compulsória em órgão colegiado. A solução apresentada, relativamente à interpretação conforme dos incisos VII e VIII do art. 105 da LC nº 69/1990, tem, a meu juízo, a virtude de assegurar a imperatividade da ordem constitucional sem deixar de render homenagem ao espírito de transparência e pluralismo que norteou a opção do legislador fluminense.

Acompanho, no tópico, a divergência inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa para, julgando o pedido parcialmente procedente, declarar a inconstitucionalidade do art. 105, V e IX, declarar a constitucionalidade do art. 105, VI, e conferir interpretação conforme ao art. 105, VII e VIII, todos da Lei Complementar nº 69/1990 na redação dada pela Lei Complementar nº 107/2003, para fixar a exegese de que tais preceitos consubstanciam convites à Ordem dos Advogados do Brasil-RJ e ao Conselho Regional de Contabilidade-RJ para comporem o Conselho Superior da Fiscalização Tributária, não sendo compulsória a sua participação.

6.4. ART. 29 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107/2003

Invocando o art. 5º, LIV, da Carta Política, o autor defende que o art. 29 da Lei Complementar nº 107/2003 do Estado do Rio de Janeiro, ao ampliar o lapso prescricional das sanções disciplinares aplicáveis aos fiscais de rendas (art. 96, I e II, da Lei Complementar nº 69/1990), estabelece prazos que não satisfazem o devido processo legal substantivo, sob o ângulo da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

Entendo que, ao ampliar de dois para cinco anos a prescrição relativamente às faltas sujeitas às penas de advertência, repreensão ou multa, bem como de cinco para dez anos a prescrição nos demais casos, o art. 29 da Lei Complementar nº 107/2003 em absoluto deixa de observar o critério da *proporcionalidade*, tanto sob o prisma da *adequação*, quando da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.

Todavia, em consulta ao repositório de legislação disponibilizado no sítio eletrônico da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, verifico que a redação do art. 96, I e II, da Lei Complementar nº 69/1990 foi novamente alterada, após o início o julgamento, pela Lei Complementar nº 135/2009, que restabeleceu, para a prescrição relativa às faltas sujeitas às penas de advertência, repreensão ou multa, o prazo de dois anos, e, para a prescrição relativa às faltas sujeitas às penas de suspensão, demissão, destituição da função, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, o prazo de cinco anos.

A modificação substancial operada no preceito normativo estadual objeto da presente ação direta o subtrai, a meu juízo, do controle jurisdicional já instaurado, uma vez ocorrida verdadeira revogação do conteúdo questionado.

Reputo *prejudicada*, pois, a presente ADI, na fração de interesse.

Book_RMP-70.indb 470 05/06/2019 11:52:03

6.5. EXPRESSÃO "INVESTIGATÓRIO", PREVISTA NO ART. 3º, §3º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 69/1990 (REDAÇÃO DADA PELO ART. 28 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107/2003

O dispositivo tem o seguinte teor:

> Art. 28 – Inclua-se o §3º ao art. 3º, da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, com a seguinte redação:
>
> > §3º – Se o auto de infração for anulado tendo em vista a existência de dolo por parte do fiscal autuante deverá a Corregedoria Tributária do Controle Externo instaurar procedimento *investigatório* para apuração do fato. (Destaquei.)

O autor sustenta que o preceito atacado consubstancia usurpação da prerrogativa da polícia civil para apurar infrações penais (art. 144, §4º, da CF). Alega, ainda, que o legislador fluminense invadiu a competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processo penal (art. 22, I, da CF).

Ao contrário do que teme o autor, o procedimento investigatório de que trata o preceito questionado, a ser instaurado pela Corregedoria do Controle Externo é, manifestamente, de natureza administrativa, sequer cogitável exegese que o confunda com o procedimento investigatório em matéria penal, objeto do art. 144, §4º, da Lei Maior.

Julgo o pedido *improcedente*, acompanhando o Relator.

6.6. ART. 19 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107/2003

Assim dispõe o art. 19 da Lei Complementar nº 107/2003:

> Art. 19 – O art. 110 da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> > Art. 110 – A Corregedoria Tributária do Controle Externo será exercida por um colegiado composto por 3 (três) membros, sendo um escolhido entre fiscais de renda, *um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ*, a serem escolhidos pelo Governador do Estado, o qual nomeará o Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo dentre aqueles, sendo que todas as decisões da Corregedoria serão tomadas por maioria de votos dos membros do Colegiado.

Book_RMP-70.indb 471 05/06/2019 11:52:03

Pelas mesmas razões declinadas em relação ao art. 15 da LC nº 107/2003, a maioria do Plenário já se inclinava pela parcial procedência do pedido deduzido quanto ao art. 19 da LC nº 107/2003, no sentido de declarar inconstitucionais a expressão "um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ".

Ocorre que a Lei Complementar nº 135/2009 conferiu nova redação ao art. 110 da LC nº 69/1990, passando esta a ostentar a seguinte redação:

> Art. 110. Integra a Corregedoria Tributária de Controle Externo num Colegiado composto por 3 (três) membros, sendo 1 (um) escolhido entre Fiscais de Rendas, ativos ou aposentados, 1 (um) entre Procuradores do Estado, ativos ou aposentados e 1 (um) representante da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção RJ, a serem escolhidos pelo Governador do Estado, o qual nomeará o Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária de Controle Externo entre aqueles, sendo que as decisões da Corregedoria sobre sindicância e processo administrativo disciplinar serão tomadas por maioria de votos dos membros presentes do Colegiado.

Embora a nova redação do preceito impugnado tenha corrigido o vício relativamente à incompatibilidade da participação de membro do *Parquet* em órgão dessa natureza, persiste a inconstitucionalidade em relação ao comando de participação compulsória de representante da OAB.

Sem deixar de aderir, no tópico, à divergência inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa, embora reajustando em face do atual *status* normativo, julgo o pedido *parcialmente procedente* para declarar a *inconstitucionalidade* da expressão "*1 (um) representante da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção RJ*".

6.7. ART. 30 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 107/2003

Consoante já registrei, o autor não veicula *impugnação específica* no tocante ao art. 30 da Lei Complementar nº 107/2003 do Estado do Rio de Janeiro, o mesmo ocorrendo em relação aos 4º, 16, 20, 21, 22, 24 e 27. Embora tais preceitos sejam indicados na exordial inicial, sobre eles nada argumentou o autor. Não conheço.

7. CONCLUSÃO

Ante o exposto:

1. *Não conheço* da ação quanto ao art. 30 da Lei Complementar nº 107/2003, acompanhando a divergência no ponto.

2. Julgo improcedente a ação, acompanhando o Relator, quanto:

Book_RMP-70.indb 472 05/06/2019 11:52:03

a) ao art. 1º, da Lei Complementar nº 107/2003 do Estado do Rio de Janeiro, no que altera o art. 3º da Lei Complementar nº 69/1990;

b) à expressão "*do controle externo*", prevista nos arts. 3º, §3º, 87, 88, 91, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 109, IV, 110 e 113-B, III, e no Título VIII da Lei Complementar nº 69/1990, conforme a redação que lhes foi dada pelos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23 e 28 da Lei Complementar nº 107/2003, bem como no art. 26 da LC nº 107/2003;

c) à expressão "investigatório", prevista no art. 3º, §3º, da Lei Complementar nº 69/1990 – que foi introduzido pelo art. 28 da Lei Complementar nº 107/2003.

3. Julgo *parcialmente procedente* o pedido, em relação ao art. 105 da Lei Complementar nº 69/1990, na redação dada pelo art. 15 da Lei Complementar nº 107/2003, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos V e IX, declarar a constitucionalidade do inciso VI e conferir interpretação conforme, nos termos do voto, aos incisos VII e VIII, acompanhando, neste ponto, a divergência.

4. Julgo *parcialmente procedente* o pedido em relação ao art. 19 da Lei Complementar nº 107/2003, que alterou o art. 110 da Lei Complementar nº 69/1990, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ", acompanhando, neste ponto, a divergência.

5. Julgo prejudicada a ação em relação ao art. 29 da Lei Complementar nº 107/2003, que altera os art. 96, I e II, da Lei Complementar nº 69/1990, ante a perda superveniente do objeto, em face de alteração substancial do teor do preceito.

É como voto.

08/03/2018
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia para acompanhar, *integralmente*, o douto voto da eminente Ministra ROSA WEBER.

É o meu voto.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.877

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATORA DO ACÓRDÃO RISTF: MIN. CÁRMEN LÚCIA

Book_RMP-70.indb 473 05/06/2019 11:52:03

REQTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S): IAN RODRIGUES DIAS (10074/DF)

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. No mérito, também por unanimidade, julgou improcedente a ação e declarou a constitucionalidade do inciso VII do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e procedente e inconstitucionais os artigos 5º e parágrafo único, 6º e 81, *caput*, da Lei Complementar nº 69, de 19 de novembro de 1990, na redação dada pelos artigos 2º, 3º e 5º da Lei Complementar nº 107, de 07 de fevereiro de 2003, ambas do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente. Em seguida, o julgamento foi suspenso por ausência de quorum constitucional. Falou pelo requerente o Dr. Wladimir Sérgio Reale. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Presidente, Celso de Mello e Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário, 06.11.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que julgava improcedente a ação em relação aos artigos remanescentes, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. Presidência, em exercício, do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Plenário, 02.06.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do §1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 29.09.2004.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, divergindo parcialmente do Relator, no que foi acompanhado pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Carlos Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, pediu vista dos autos a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 19.10.2006.

Decisão: O Tribunal, por maioria, não conheceu da ação direta quanto ao art. 30 da Lei Complementar nº 107/2003-RJ. No mérito, julgou parcialmente procedente a ação, nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa, para I) declarar a constitucionalidade dos arts. 1º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 25, 26, 28 e 29 da Lei Complementar nº 107/2003-RJ; do inciso VI do art. 105 da Lei Complementar nº 69/90-RJ, na redação dada pelo art. 15 da Lei Complementar nº 107/2003-RJ; e II) declarar a inconstitucionalidade dos artigos 5º e parágrafo único, 6º, e 81, *caput*, da Lei Complementar nº 69/90-RJ, na redação dada pelos artigos 2º, 3º e 5º da Lei Complementar nº 107/2003-RJ; ii) declarar a inconstitucionalidade dos incisos V e IX do art. 105 da Lei Complementar nº 69/90-RJ, na redação dada pelo art. 15 Lei Complementar nº 107/2003-RJ; iii) dar interpretação conforme a Constituição aos

Book_RMP-70.indb 474 05/06/2019 11:52:03

incisos VII e VIII do art. 105 da Lei Complementar nº 69/90-RJ, na redação dada pelo art. 15 Lei Complementar nº 107/2003-RJ, no sentido de tornar facultativa a participação dos representantes da OAB-RJ e do CRC-RJ no Conselho Superior da Fiscalização Tributária; e iv) declarar a inconstitucionalidade da expressão "um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – seção RJ", constante do art. 110 da Lei Complementar nº 69/90-RJ, na redação dada pelo art. 19 da Lei Complementar nº 107/2003-RJ. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber e Celso de Mello, nos termos de seus votos. Redigirá o acórdão a Ministra Cármen Lúcia, Presidente (art. 38, IV, *b*, do RI/STF). Plenário, 8.3.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário

Book_RMP-70.indb 475 05/06/2019 11:52:03

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.432.186 / RIO GRANDE DO SUL (2014/0023916-0)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

AGRAVANTE: F. M. DE C.

ADVOGADO: AURY CELSO LIMA LOPES JÚNIOR E OUTRO(S) – RS031549

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. VULNERABILIDADE TEMPORÁRIA. PRECEDENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito." (*HC* nº 389.610/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017)

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade,

Book_RMP-70.indb 477 05/06/2019 11:52:03

negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de maio de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.432.186/RS (2014/0023916-0)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

AGRAVANTE: F. M. DE C.

ADVOGADO: AURY CELSO LIMA LOPES JÚNIOR E OUTRO(S) – RS031549

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por F. M. DE C. contra decisão monocrática proferida por esta Relatoria, às fls. 833-835 (e-STJ), que deu provimento ao recurso especial, para determinar o regular processamento do feito, desconstituindo-se a extinção da punibilidade referente ao terceiro fato descrito na denúncia.

Em resumo, a defesa alega, preliminarmente, a incidência do óbice da Súmula nº 7/STJ.

No mérito, argumenta que "a incapacidade transitória não é suficiente para transformar a ação pública em incondicionada" (e-STJ, fl. 848). Assim, insiste no reconhecimento da decadência, ante a ausência de representação no prazo oportuno.

É o relatório.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.432.186/RS (2014/0023916-0)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

AGRAVANTE: F. M. DE C.

ADVOGADO: AURY CELSO LIMA LOPES JÚNIOR E OUTRO(S) - RS031549

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. VULNERABILIDADE TEMPORÁRIA. PRECEDENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

Book_RMP-70.indb 478 05/06/2019 11:52:03

> 1. "Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito." (*HC* nº 389.610/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017)
>
> 2. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Em primeiro lugar, observe-se que, independentemente do reexame fático, a questão posta nos autos pode ser resolvida. Trata-se apenas de responder a uma indagação técnico-jurídica: "a vulnerabilidade do art. 225, parágrafo único, do CP contempla a incapacidade temporária?"

Ou seja, não é necessário examinar o acervo probatório para responder a essa questão.

Com efeito, destaque-se que, ao responder a este imbróglio, esta Quinta Turma entendeu não haver motivos para discriminar onde a lei não o fez. Em outros termos, "o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito."

A propósito:

> PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA INCAPAZ DE OFERECER RESISTÊNCIA. DORMIA NO MOMENTO DOS FATOS. CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ART. 225, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
>
> [...]
>
> II – O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade, o que não ocorre na espécie.

Book_RMP-70.indb 479 05/06/2019 11:52:03

> III – Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito.
>
> IV – As reformas trazidas pela Lei nº 12.015/09 demonstram uma maior preocupação do legislador em proteger os vulneráveis, tanto é que o estupro cometido em detrimento destes (art. 217-A do CP) possui, no preceito secundário, um *quantum* muito superior ao tipo penal do art. 213 do CP. E o parágrafo único do art. 225 do CP corrobora tal entendimento, uma vez que atesta um interesse público na persecução penal quando o crime é cometido em prejuízo de uma vítima vulnerável.
>
> V – *In casu*, o egr. Tribunal de origem rechaçou a tese de ilegitimidade ativa do Ministério Público para oferecimento da denúncia, em face da vulnerabilidade da vítima, que se encontrava dormindo no momento do suposto crime, portanto, era incapaz de oferecer resistência. Ressalte-se que o ora paciente foi justamente denunciado pela prática, em tese, do art. 217-A, §1º, do Código Penal, o que enseja uma ação penal pública incondicionada. Consignou que as retratações apresentadas pela ofendida e sua genitora não vinculam a atuação do Ministério Público por se tratar de caso de ação penal pública incondicionada.
>
> VI – Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria, não sendo necessário, de imediato, a certeza da autoria, a qual será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia, o princípio do *in dubio pro societate*. *Habeas corpus* não conhecido. (*HC* nº 389.610/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017)

Portanto, não há que se falar em óbice da Súmula nº 7/STJ, tampouco em decadência do direito de representar.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

Book_RMP-70.indb 480 05/06/2019 11:52:03

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0023916-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.432.186/RS (2014/0023916-0)

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02321200060085 03812185020128217000 03943963220138217000 21200014679

2321200014679 3812185020128217000 3943963220138217000 70050746262

70054018346 70056697691

EM MESA

JULGADO: 15/05/2018

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: F. M. DE C.

ADVOGADOS: AURY CELSO LIMA LOPES JÚNIOR E OUTRO(S) – RS031549

VIRGINIA PACHECO LESSA – RS057401

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a Dignidade Sexual – Estupro de vulnerável

Book_RMP-70.indb 481 05/06/2019 11:52:03

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: F. M. DE C.

ADVOGADO: AURY CELSO LIMA LOPES JÚNIOR E OUTRO(S) – RS031549

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Book_RMP-70.indb 482 05/06/2019 11:52:03

• • •

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.747 / DISTRITO FEDERAL (2015/0163486-0)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE: ARIEL REY ORTIZ OLSTAN

ADVOGADO: IRINEU DE OLIVEIRA FILHO E OUTRO(S) – DF005119

AGRAVADO: UNIÃO

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACUMULAÇÃO DE SUBSÍDIOS. TETO CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03. *TEMA Nº 480/STF*. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE.

1. O STF, no julgamento de mérito do RE nº 609.381/GO, fixou a tese segundo a qual "o teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. Os valores que ultrapassam os limites estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos." (*TEMA Nº 480/STF*)

2. Hipótese em que o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação firmada pelo STF.

Agravo interno improvido.

Book_RMP-70.indb 483 05/06/2019 11:52:03

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 06 de junho de 2018 (Data do Julgamento).

MINISTRA LAURITA VAZ

Presidente

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Vice-Presidente

AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.747/DF (2015/0163486-0)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE: ARIEL REY ORTIZ OLSTAN

ADVOGADO: IRINEU DE OLIVEIRA E OUTRO(S) – DF005119

AGRAVADO: UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo interno interposto por ARIEL REY ORTIZ OLSTAN contra decisão monocrática da minha relatoria, que negou seguimento a recurso extraordinário interposto com o objetivo de reformar acórdão proferido por esta Corte, assim ementado (fl. 480, e-STJ):

> ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO. ACUMULAÇÃO DE SUBSÍDIOS. DOIS CARGOS DA MAGISTRATURA EM ESTADOS DIVERSOS. MANDADO DE SEGURANÇA. SUBMISSÃO AO TETO CONSTITUCIONAL. ENTENDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF.
>
> I – O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE nº 609.381/GO, da relatoria do eminente

Book_RMP-70.indb 484 05/06/2019 11:52:03

> Ministro Teori Zavascki), determinou a observância à norma de teto de retribuição implementada pela Emenda Constitucional nº 41/2003 no inc. XI, do art. 37, da Constituição Federal, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior, considerando que o pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional.
>
> II – Agravo interno improvido.

A decisão agravada negou seguimento ao recurso extraordinário nos termos da seguinte ementa (fl. 564, e-STJ):

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACUMULAÇÃO DE SUBSÍDIOS. TETO CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03. *TEMA Nº 480/STF*. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Aduz a parte agravante, em síntese, que:

> A discussão central da presente impetração é de outra natureza: diz com a incidência, ou não, do teto remuneratório sobre o somatório de proventos percebidos por servidores que, antes da vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, acumulavam licitamente esses mesmos proventos. Este tema específico teve sua repercussão geral reconhecida em duas oportunidades pelo Excelso STF, nos RREE nºs 612.975 e 602.043, conforme anteriormente descrito nas razões do presente recurso.
>
> Verifica-se, no presente caso a singularidade do pleito, ou seja, refere-se ao direito líquido e certo do recorrente em acumular licitamente ambas as aposentadorias de magistrado, anteriores à Emenda Constitucional nº 20/98 e nº 41/03, sendo que o corte pelo teto remuneratório deverá incidir, tão somente, à cada uma delas.
>
> Ademais, entendimento contrário ao assentado acima importaria odioso enriquecimento ilícito do Estado em face do servidor, tendo em vista o caráter contributivo do sistema previdenciário a que este se submete, não se olvidando que o Recorrente contribuiu duplamente para a Previdência Social na justa expectativa de perceber os respectivos proventos, não sendo lícito que o Poder Público se aproprie desses valores sob o pretexto de aplicar o disposto no art. 37, XI da Constituição Federal. (fl. 595, e-STJ)

Book_RMP-70.indb 485 05/06/2019 11:52:03

Pugna pelo regular processamento do recurso extraordinário.

A parte agravada, instada a manifestar-se, apresentou impugnação às fls. 603/606, e-STJ.

É, no essencial, o relatório.

AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.747/DF (2015/0163486-0)

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACUMULAÇÃO DE SUBSÍDIOS. TETO CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03. *TEMA Nº 480/STF*. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE.

1. O STF, no julgamento de mérito do RE nº 609.381/GO, fixou a tese segundo a qual "o teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. Os valores que ultrapassam os limites estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos." (*TEMA Nº 480/STF*)

2. Hipótese em que o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação firmada pelo STF.

Agravo interno improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não obstante o esforço contido nas razões recursais, não prospera a pretensão de reforma da decisão prolatada.

Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 609.381/GO, reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia constitucional (*Tema nº 480/STF*) que versa sobre a aplicação do limite remuneratório de que trata a Emenda Constitucional nº 41/2003.

O mérito do referido recurso também já foi decidido em acórdão assim ementado:

Book_RMP-70.indb 486 05/06/2019 11:52:03

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TETO DE RETRIBUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03. EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA FIXADOS. EXCESSOS. PERCEPÇÃO NÃO RESPALDADA PELA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE.
>
> 1. O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior.
>
> 2. A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. Os valores que ultrapassam os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos.
>
> 3. A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos: (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; e (b) que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal. O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional.
>
> 4. Recurso extraordinário provido. (RE nº 609.381, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 2/10/2014, acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-242, divulgado em 10/12/2014, publicado em 11/12/2014.)

No caso, o acórdão impugnado, ao analisar a controvérsia, baseou-se nos seguintes fundamentos (fls. 487/488, e-STJ):

> Em suma, resta evidente que os proventos em questão não são – de ordem geral – acumuláveis, pois estão sob a rubrica do art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98. No processo em questão, não há dilema sobre o fato. O debate cinge-se à aplicabilidade do teto remuneratório.
>
> Assim, no caso em tela – duas aposentadorias públicas – não há que se falar em direito líquido e certo à acumulação, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

Book_RMP-70.indb 487 05/06/2019 11:52:04

> Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito administrativo. 3. Acumulação de aposentadorias em cargos públicos. Vedação pelas constituições federais de 1967 e 1988. Admitidas apenas as hipóteses previstas no texto constitucional, entre as quais não se inclui o caso dos autos. 4. Interpretação restritiva do art. 11 da EC nº 20/98. Possibilidade de acumular um provento da inatividade com um vencimento de cargo da ativa, no qual tenha ingressado antes da publicação da referida emenda, ainda que inacumuláveis os cargos. Vedada, em qualquer caso, a cumulação de duas aposentadorias. Não aplicação à hipótese dos autos. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgR no MS nº 24.664/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14.2.2012, Acórdão Eletrônico publicado no DJe-058 em 21.3.2012.)

De qualquer forma, como está fixado no art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98, "aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o §11 deste mesmo artigo", o qual é o teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal, parece evidente que a situação em questão é de correta aplicação da imposição constitucional, uma vez que não há direito adquirido que vede tal aplicação, como leciona José dos Santos Carvalho Filho:

> Conforme já se examinou anteriormente, o artigo 37, XI da CF, impõe os limites para remuneração dos servidores, o que é denominado usualmente de "teto remuneratório".
>
> O artigo 40, §11, por sua vez, reafirma esses limites para as hipóteses em que há mais de uma remuneração, considerando-se para sua verificação a soma dos ganhos do inativo. (...) O certo é que a Constituição pretende que nenhum servidor, ativo ou inativo, perceba remuneração além do teto fixado no artigo 37, XI, seja ela oriunda de fonte singular; seja proveniente de dupla fonte. Tal escopo é o que claramente transmite o artigo 40, §11, da Carta.
>
> (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Artigos 39 ao 41. *In:* BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge e AGRA, Walber de Moura (Coordenadores). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.825-826.)

O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE nº 609.381/GO, da relatoria do eminente Ministro Teori Zavascki), determinou a observância à norma de

Book_RMP-70.indb 488 05/06/2019 11:52:04

> teto de retribuição implementada pela Emenda Constitucional nº 41/2003 no inc. XI, do art. 37, da Constituição Federal, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior, considerando que o pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional.
>
> Ante o exposto, não havendo razões para modificação da decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno.

Desse modo, em decorrência da ausência de divergência entre o acórdão da Segunda Turma e o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, não há como o presente recurso ascender àquela Corte.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Vice-Presidente

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL

AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.747/DF (2015/0163486-0)

Número Registro: 2015/0163486-0

Números Origem: 00024908720048070000 20040020024909 20040020024909RED

PAUTA: 06/06/2018

JULGADO: 06/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **VICE-PRESIDENTE DO STJ**

Relator AgInt no RE no AgInt nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretária

Bela. VÂNIA MARIA SOARES ROCHA

Book_RMP-70.indb 489 05/06/2019 11:52:04

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ARIEL REY ORTIZ OLSTAN

ADVOGADO: IRINEU DE OLIVEIRA FILHO E OUTRO(S) – DF005119

RECORRIDO: UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Agentes Políticos – Magistratura – Remuneração

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: ARIEL REY ORTIZ OLSTAN

ADVOGADO: IRINEU DE OLIVEIRA FILHO E OUTRO(S) – DF005119

AGRAVADO: UNIÃO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Book_RMP-70.indb 490 05/06/2019 11:52:04

RECURSO ESPECIAL Nº 1.411.258 / RIO GRANDE DO SUL (2013/0339203-9)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF – PR000000F

RECORRIDO: TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S) – RS026828

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S) – RS065635

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI Nº 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, entre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/

Book_RMP-70.indb 491 05/06/2019 11:52:04

BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposta ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. A alteração do art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, pela Lei nº 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.

5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.

7. Devem-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se veem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua

Book_RMP-70.indb 492 05/06/2019 11:52:04

liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput* da Carta Magna).

8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. *In casu,* diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, §3º), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.

9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: *O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, §3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA*.

10. Recurso Especial do INSS desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães (voto-vista), Sérgio Kukina e Gurgel de Faria (que se declarou habilitado a votar) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, a Sra. Ministra Regina Helena Costa.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília/DF, 11 de outubro de 2017 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Ministro Relator

Book_RMP-70.indb 493 05/06/2019 11:52:04

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0339203-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.411.258/RS

Números Origem: 00148908220114049999 00587816220088210070070108000587851 0800058785 120126544 148908220114049999 201303392039 587816220088210070 7010800058785

PAUTA: 25/11/2015

JULGADO: 09/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO

Secretária

Bela. Carolina Véras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL– INSS

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF

RECORRIDO: TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S)

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie – Pensão por Morte (Art. 74/9)

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, a Dra. Karina Teixeira de Azevedo, pelo recorrente e o Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, pelo Ministério Público Federal.

Book_RMP-70.indb 494 05/06/2019 11:52:04

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após as sustentações orais proferidas, pediu vista regimental o Sr. Ministro Relator. Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª. Região) e Humberto Martins."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0339203-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.411.258/RS

Números Origem: 00148908220114049999 00587816220088210070070108000587851080005878512012654414890822011404999920130339203958781622008821007070108000587851

PAUTA: 09/03/2016

JULGADO: 09/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. Carolina Véras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF

RECORRIDO: TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S)

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie – Pensão por Morte (Art. 74/9)

Book_RMP-70.indb 495 05/06/2019 11:52:04

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho."

RECURSO ESPECIAL nº 1.411.258/RS (2013/0339203-9)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF – PR000000F

RECORRIDO: TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S) – RS026828

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) – *AMICUS CURIAE* ADVOGADO: ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S) – RS065635

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo INSS com fundamento no art. 105, III, *a* da CF, no qual se insurge contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA.
>
> 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva a pensão.
>
> 2. A nova redação dada pela Lei nº 9.528/97 ao §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 não teve o condão de derrogar o art. 33 da Lei nº 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários.
>
> 3. Consoante entendimento predominante nesta Corte, o absolutamente incapaz não pode ser prejudicado pela inércia de seu representante legal, até porque não se cogita de prescrição

Book_RMP-70.indb 496 05/06/2019 11:52:04

> em se tratando de direitos de incapazes, a teor do art. 198, inciso I, do Código Civil c/c os artigos 79 e 103, parágrafo único da Lei de Benefícios, não se lhe aplicando o disposto no artigo 74 da Lei nº 8.213/91 (fl. 125).

2. Os Embargos de Declaração opostos (fls. 129/143) foram rejeitados (fls. 144/148).

3. Em suas razões recursais, o INSS alega violação aos arts. 535 do CPC; 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, e 2º, §1º, da LICC, sob os seguintes fundamentos: (a) o acórdão recorrido, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, permaneceu omisso quanto à alegação de que o menor sob guarda não está incluído no rol dos dependentes previdenciários; (b) o fato gerador da pensão é o óbito do segurado, que ocorreu na vigência da Lei nº 9.528/97, que deixou de contemplar o menor sob guarda como dependente previdenciário, motivo pelo qual é indevida a concessão do benefício na presente demanda.

4. O presente Recurso Especial foi admitido na origem como representativo da controvérsia, a teor do art. 543-C do CPC, em face da multiplicidade de recursos especiais com fundamento em questão idêntica de direito e em razão da diversidade de fundamentos do acórdão e dos argumentos apresentados pelo recorrente.

5. Remetidos os autos a esta Corte Superior, submeti o julgamento deste Recurso Especial à Primeira Seção, em conformidade com o art. 543-C do CPC e com a Resolução 8/08 desta Corte.

6. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da douta Subprocuradora-Geral da República ANA BORGES COÊLHO SANTOS, opina pelo não conhecimento do Recurso Especial, em parecer cuja ementa restou assim transcrita:

> RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, III, *A*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA DA AVÓ MATERNA.
>
> – O aresto combatido, que manteve a sentença no sentido de que a autora faz jus à concessão do benefício de pensão por morte de sua guardiã (avó materna), dirimiu a questão com fundamentos de ordem infraconstitucional (artigo 33 do ECA) e constitucional (artigo 227 da CF/88).
>
> – Ausência de interposição de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 126/STJ.
>
> – Parecer pelo não conhecimento do recurso especial.

7. É o relatório.

Book_RMP-70.indb 497 05/06/2019 11:52:04

RECURSO ESPECIAL Nº 1.411.258/RS (2013/0339203-9)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF – PR000000F

RECORRIDO: TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S) – RS026828

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S) – RS065635

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

VOTO

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI Nº 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, entre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min.

Book_RMP-70.indb 498 05/06/2019 11:52:04

CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. A alteração do art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, pela Lei nº 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.

5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.

Book_RMP-70.indb 499 05/06/2019 11:52:04

> 7. Devem-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se veem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput* da Carta Magna).
>
> 8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. *In casu*, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, §3º), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.
>
> 9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, §3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, *AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (9.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA*.
>
> 10. Recurso Especial do INSS desprovido.

1. Cumpre esclarecer, inicialmente, que, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entendo ser possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ (*é inadmissível recurso especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário*), porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância.

2. A alegação de não interposição pelo INSS de Recurso Extraordinário não pode ser empecilho à cognição do Recurso Especial, considerando-se que, neste

Book_RMP-70.indb 500 05/06/2019 11:52:04

caso, a interseção do acórdão recorrido com dispositivos da Carta Magna é apenas oblíqua, reflexa ou indireta, como, aliás, ocorre em todas as demandas que versem sobre o Direito Previdenciário, a proteção da criança e do adolescente e outras espécies jurídicas integrantes do grande continente do Direito Público ou Social.

3. A colenda Suprema Corte não tem conhecido dos Recursos Extraordinários interpostos em casos análogos (concessão de pensão por morte a menor sob guarda), por entender que a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, entre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

4. Com efeito, o interesse da Justiça – o maior interesse da Justiça – será, sem dúvida, o de julgar o recurso e prestar a devida jurisdição, decidindo a lide como entender de justiça, porquanto a disciplina do procedimento é de relevância menor, não projetando sombra sobre o acesso que a parte deve ter ao grau mais elevado do Poder Judiciário; não se confunde o exercício do poder jurisdicional com a prática de atos administrativos de impulsão do feito, fazendo a lei escrita incidir tal como soam as suas palavras, sem levar em conta a sua finalidade, máxime quando o tema jurídico versado no processo cuida de matéria relevante ou de indagação jurídica complexa, a cujo respeito se imponha análise de mérito de feitio verticalizado.

5. Superada a admissibilidade, passo à análise da questão de mérito objeto do Recurso Especial.

6. Cinge-se a discussão jurídica posta no presente estudo à possibilidade (ou não) do pagamento de pensão por morte ao menor sob guarda, quando o óbito do segurado tenha ocorrido após a vigência da MP 1.523/96, que alterou o art. 16, §2º, da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/96), excluindo-o (o menor sob guarda) da fruição do referido benefício previdenciário; a questão em análise perpassa pelo menos três problemas jurídicos de igual importância teórica e prática: (i) o da proibição de retrocesso de direitos sociais, (ii) o da especialidade e generalidade das leis e (iii) o da interpretação das regras subconstitucionais escritas, segundo as superiores diretrizes constitucionais.

7. A Lei nº 8.213/91, que trata dos benefícios previdenciários, dispõe acerca da pensão por morte em seus arts. 74 a 79 e estabelece 3 requisitos para a sua concessão aos beneficiários do segurado: (a) que tenha ocorrido o óbito do segurado; (b) que estivesse na condição ou na qualidade de segurado; e (c) que o postulante do benefício ostentasse a qualidade de beneficiário do segurado falecido.

8. Previa, ainda, na redação original do art. 16, §2º, que o menos sob guarda judicial se equiparava a filho do segurado e, portanto, detinha (o menor sob guarda) a condição de dependente natural ou automático dele (do segurado), como beneficiário do RGPS, nessa precisa condição; eis a redação desse dispositivo:

Book_RMP-70.indb 501 05/06/2019 11:52:04

> Art. 16 – *São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:*
>
> I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
>
> (...)
>
> §2º. *Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.*

9. Ocorre que a MP 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, alterou o citado dispositivo e retirou do menor sob guarda a condição de dependente previdenciário. O citado §2º, passou a dispor que:

> §2º – O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

10. Como se vê, o menor sob guarda perdeu a condição de beneficiário natural do seguro social do seu guardião, permanecendo, porém, com essa qualidade o menor sob tutela; a distinção entre as duas condições deve ser recordada e pode ser assim resumida, nas palavras do douto Professor SÉRGIO PINTO MARTINS:

> Guarda é o processo inicial para a tutela e a adoção.
>
> Na tutela, o menor é colocado em família substituta.
>
> A tutela ocorre: (a) falecendo os pais ou com a sua ausência; (b) decaindo os pais do pátrio poder (art. 1.728 do Código Civil). Será prestada a tutela para os filhos menores de 18 anos (art. 1.728 do Código Civil).
>
> A curatela é prestada a pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil, que não puderem exprimir sua vontade, aos deficientes mentais, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxico, aos excepcionais sem completo desenvolvimento mental, aos pródigos (art. 1.767 do Código Civil).
>
> Na guarda, o filho fica com o cônjuge que estiver em condições de assumir os cuidados com ele ou em cuja companhia já estavam os

Book_RMP-70.indb 502 05/06/2019 11:52:04

> filhos. A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros (§1º do art. 33 da Lei nº 8.069/90). Excepcionalmente, deferir-se-á guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados (§2º do art. 33 da Lei nº 8.069/90) (*Comentários à Lei nº 8.213/91* – Benefícios da Previdência Social. São Paulo: Atlas, 2013, p.59).

11. Diante da alteração normativa, a egrégia 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp. 844.598/PI, realizado em 26.3.2008, DJe 17.2.2009, de relatoria do ilustre Ministro HAMILTON CARVALHIDO, achou de manifestar o entendimento de que, quando o óbito do segurado ocorre em data posterior à citada MP 1.523/96, não faz jus o menor sob guarda à concessão do benefício de pensão por morte; essa orientação passou a ser seguida por esta Corte Superior, sem maiores questionamentos, pelo que se pode ter essa questão como pacificada nesse sentido, até o momento; foi assim que esse julgamento restou ementado:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. INCABIMENTO.
>
> 1. Esta Corte já decidiu que, tratando-se de ação para fins de inclusão de menor sob guarda como dependente de segurado abrangido pelo Regime Geral da Previdência Social - RGPS, não prevalece o disposto no art. 33, §3º do Estatuto da Criança e Adolescente em face da alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97. (REsp nº 503.019/RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, *in:* DJ 30/10/2006)
>
> 2. Embargos de divergência acolhidos.

12. Entretanto, em que pese o virtuosismo dessa orientação jurisprudencial, reverencianda por todos os títulos, reputa-se não ser esta a solução de melhor justiça a ser dada à questão, conforme se passa a demonstrar, levando em consideração, sobretudo, as mais recentes e universalizadas percepções do elenco dos direitos fundamentais, com destaque para aqueles que se destinam à proteção das crianças e dos adolescentes, inclusive os listados em tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário.

13. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte tem avançado na matéria, passando a o reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários, como se depreende da leitura dos mais recentes julgados:

Book_RMP-70.indb 503 05/06/2019 11:52:04

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DA FALECIDA. SERVIDORA PÚBLICA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS E ADOLESCENTES (CF, ART. 227). PREVALÊNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O menor sob guarda judicial de servidor público do qual dependa economicamente no momento do falecimento do responsável tem direito à pensão temporária de que trata o art. 217, II, *b*, da Lei nº 8.112/90.

2. O art. 5º da Lei nº 9.717/98 deve ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente (CF, art. 227), como consectário do princípio fundamental da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito, bem assim com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, art. 33, §3º).

3. Segurança concedida (MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016).

• • •

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. MENOR SOB GUARDA. ALINHAMENTO DO ACÓRDÃO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. Não se conhece de recurso especial quando o acórdão recorrido está alinhado com a jurisprudência do STJ. É conferida ao menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários (AgRg no REsp 1.476.567/MG, Rel Ministro Mauro Campbell Marques – DJe 08/10/2014)

2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015).

• • •

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDORA PÚBLICA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem afirmou que, "comprovada a dependência econômica da Apelada, forçoso é reconhecer-lhe

Book_RMP-70.indb 504 05/06/2019 11:52:04

o direito à obtenção da pensão pleiteada e ao pagamento das parcelas atrasadas, desde o requerimento administrativo, como determinado na sentença, até a data em que completar os 21 anos de idade" (fl. 177, e-STJ).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a concessão da pensão por morte deve observar os requisitos previstos na legislação vigente ao tempo do evento morte.

3. Uma vez reconhecido que foram preenchidos todos os requisitos para concessão da pensão por morte, ao tempo de sua instituição, não cabe ao STJ, na estreita via do Recurso Especial, adotar posicionamento diverso, pois, para isso, seria necessário adentrar no contexto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

4. Ademais, a Primeira Seção desta Corte, na assentada de 26/2/2014, no julgamento do RMS 36.034/MT, de Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, consignou que "a criança e adolescente têm norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, §3º, Lei nº 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e §3º, inciso II)".

5. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015).

• • •

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. REVERSÃO DA PENSÃO ESPECIAL. PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO REJEITADA. NETO SOB GUARDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NO ART. 5° DA LEI Nº 8.059/1990. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROTETIVAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 33, §3°, DA LEI Nº 8.069/1990. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA (ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) E DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRECEDENTE DA 1ª TURMA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Preliminar de sobrestamento rejeitada diante do indeferimento liminar do EREsp 1.339.645/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, por ausência de similitude jurídica (Dje 23/9/2015).

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, a despeito da omissão no art. 5° da Lei nº 8.059/1990

Book_RMP-70.indb 505 05/06/2019 11:52:04

da condição de dependente do neto/menor sob guarda, dita omissão não tem o condão de afastar o direito à pensão especial de ex-combatente, diante do disposto no art. 33, §3°, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo qual o vínculo da guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os efeitos, inclusiveprevidenciário, bem como tendo em vista o Princípio da Prioridade Absoluta assegurada pela Constituição Federal (art. 227, *caput* e §3°, II) e à Doutrina da Proteção Integral do menor e do adolescente, estampada no art. 1º do ECA, dispensando-se o exame de eventual dependência econômica, a qual é presumida por força da guarda do menor pelo instituidor do benefício.

3. Precedentes: REsp 1.339.645/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 04/05/2015; AgRg no REsp 1081938/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/12/2008, DJe 30/03/2009; AgRg no REsp 785.689/PB, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 28/08/2008, DJe 15/09/2008.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015).

• • •

DIREITO ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. ÓBITO DO TITULAR. REVERSÃO DO BENEFÍCIO A NETOS MENORES QUE SE ACHAVAM SOB SUA GUARDA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI Nº 8.059/90 QUE DEVE SER SUPRIDA PELA APLICAÇÃO DO ECA (ART. 33, §3º). CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA (ART. 227 DA CF/88) E DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL (ART. 1º DO ECA). CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (ONU/1989). RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA (Lei nº 8.069/90), "A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário";

2. O art. 5º da Lei nº 8.059/90, por sua vez, não relaciona os menores sob guarda como beneficiários de pensão especial de ex-combatente, detentor da guarda, que vai a óbito;

3. Tal omissão legislativa, contudo, não tem o condão de impedir que os infantes percebam referida pensão, vez que, pelo critério da

Book_RMP-70.indb 506 05/06/2019 11:52:04

> especialidade, terá primazia a incidência do comando previsto no referido art. 33, §3º do ECA, cuja exegese assegura que o vínculo da guarda conferirá à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito (e não apenas previdenciário), sendo, portanto, desinfluente que a pensão do ex-combatente não serevista de natureza previdenciária;
>
> 4. O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos interesses e direitos de crianças e adolescentes, positivado no art. 227 da Constituição Federal, conclama a soluções interpretativas que, no plano concreto, assegurem, em favor daqueles sujeitos vulneráveis, a efetiva proteção integral prometida pelo art. 1º do ECA, compromisso, aliás, solenemente adotado pelo Estado brasileiro ao ratificar a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança.
>
> 5. Recurso especial da União desprovido (REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015).

14. Não se deve perder de vista que a condição de dependência do menor resulta de situação essencialmente fática, cabendo-lhe o direito à pensão previdenciária sempre que o mantenedor (segurado do INSS) faleça, a fim de não se deixar o hipossuficiente ao desabrigo de qualquer proteção, máxime quando se achava sob guarda, forma de tutela que merece estímulos, incentivos e subsídios do Poder Público, conforme compromisso constitucional assegurado pelo art. 227, §3º, VI da Carta Magna, além de atentar contra a proteção da confiança com aquele já devidamente cadastrado como dependente do segurado, mediante a prática de ato jurídico administrativo perfeito, pelos agentes do INSS.

15. Assim, a alteração do art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, pela Lei nº 9.528/97, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo nas diretrizes constitucionais de isonomia e proteção à criança e ao adolescente. Os direitos da criança e do adolescente estão consagrados na Constituição Federal nos seguintes termos:

> Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
>
> (...)

Book_RMP-70.indb 507 05/06/2019 11:52:05

> §3º – O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
>
> (...)
>
> II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
>
> III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
>
> (...)
>
> VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

16. Da leitura do citado dispositivo, constata-se que foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposta ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

17. Percebe-se claramente que a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes da Previdência Social, por meio de lei infraconstitucional, investe contra a eficácia de normas da Carta Magna, a pretexto de minudenciar as hipóteses ou situações de sua incidência ou aplicabilidade.

18. É certo que, a não ser raramente, a Constituição Federal não traz a disciplina direta e imediata utilizada na solução dos conflitos concretos, mas é igualmente fora de dúvida que essa mesma normatividade inferior não tem a força de subtrair, modificar ou encurtar o alcance daquelas normas magnas, entendendo-se por *alcance* não apenas o comando explícito, mas, sobretudo o espírito da Constituição, que se colhe e se apreende pelas suas disposições garantísticas e de proteção às pessoas e aos seus interesses.

19. Além disso, os direitos fundamentais possuem inquestionável preeminência dentro do sistema jurídico, motivo pelo qual os dispositivos constitucionais definidores de um direito fundamental devem ser interpretados de forma a garantir a plena eficácia desses direitos. No caso dos direitos sociais, que exigem um dever correlato do Estado, torna-se indispensável ao aplicador da norma uma especial atenção visando à conformação ao caso concreto, a fim de concretizar a pretensão de eficácia ínsita à Carta Maior, de forma a garantir a maior efetividade possível.

20. A alteração de uma norma concessiva ou ampliativa de direito fundamental previsto na CF atentam contra a proibição de retrocesso, princípio constitucional implícito que se destina justamente para os casos em que o direito fundamental exija a edição de normas para a consecução do seu fim, visando evitar que o legislador ordinário suprima arbitrariamente a disciplina infraconstitucional concretizadora de um direito fundamental social, sem criar alternativas que conduzam ao objetivo social.

Book_RMP-70.indb 508 05/06/2019 11:52:05

21. O douto jurista JOSÉ GOMES CANOTILHO conceitua o princípio de proibição ao retrocesso como sendo *o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial* (*Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338/340).

22. Conforme observou NARBAL ANTÔNIO MENDONÇA FILETI, a colenda Corte Suprema, no julgamento da ADI 2.065/DF, DJU 4.6.2004, já teve a oportunidade de invocar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, tendo reconhecido a vedação genérica de retrocesso, nos seguintes termos do voto vencido do relator originário, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

> O mesmo cabe dizer em tese, mutatis mutandis, da viabilidade da arguição posta nesta ação direta, malgrado aqui a lei cuja revogação pura e simples se tacha de inconstitucional, por violar o referido art. 194, VII da CD, seja posterior à Lei Fundamental vigente.
>
> Pouco importa. Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.
>
> (...)
>
> Ao contrário do que supõem as informações governamentais, como admiti, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora de Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente – pré ou pós-constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária (*A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. São José/SC: Conceito, 2009, p. 144 e 145).

Book_RMP-70.indb 509 05/06/2019 11:52:05

23. Por sua vez, o eminente jurista JOSÉ AFONSO DA SILVA reconhece a noção de proibição de retrocesso como sendo um direito subjetivo negativo, admitindo que *todas as normas que reconhecem direitos sociais, ainda que sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais: ao Poder Legislativo, é proibida a emanação de leis contrárias a esses direitos e está vinculado à adoção de medidas necessárias à sua efetivação; ao Poder Judiciário, é vedado o prejuízo da consistência desses direitos por meio de suas decisões; e, ao Poder Executivo, é imposta, tal como ao legislativo, atuação de forma a proteger e impulsionar a realização concreta desses direito* (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.160).

24. Devem-se considerar, ainda, as peculiaridades do Estado Democrático de Direito, que visa a consecução da segurança nas relações sociais, garantida por meio de ações estatais, e, por consequência, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, convém registrar, ainda, o posicionamento do douto Professor INGO WOLFGANG SARLET, que defende que a proteção dos direitos fundamentais só será possível quando garantido um mínimo de segurança jurídica, que guarda íntima relação com a proibição de retrocesso:

> (...) a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumentos da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade (*A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 443).

25. Em contrapartida ao princípio da proibição ao retrocesso, lança-se mão do princípio da reserva do possível, a fim de justificar a adoção de medidas que visam a adequação de políticas sociais a gastos orçamentários. Entretanto, conforme pondera de forma valorosa o Professor MÁRIO DE CONTO, o princípio da reserva do possível deve ser aplicado em consonância com os valores tutelados pelo Estado Democrático de Direito, no qual o princípio da Dignidade da Pessoal Humana é basilar:

> Deve-se atentar para que o princípio não seja utilizado como um discurso político autorizador de medidas retrocessivas, notadamente

Book_RMP-70.indb 510 05/06/2019 11:52:05

> em países periféricos como o Brasil, onde a escassez de recursos públicos em face das necessidades da sociedade é geralmente apresentada como justificadora do desrepeito às diretrizes constitucionais e da ineficiência em implementar direitos sociais.
>
> Em suma, a atribuição de sentido ao princípio da proibição do retrocesso social perpassa pela pré-compreensão de uma Teoria da Constituição dirigente e compromissária, adequada ao modelo constitucional brasileiro e da necessidade de atribuir máxima efetividade aos princípios constitucionais, sem a qual o ordenamento constitucional passa a ser um mero protocolo de intenções, um mero ideário, sem o compromisso das promessas da modernidade (*O princípio da proibição de retrocesso social*: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 93/94).

26. Vem muito a propósito rememorar a construção contemporânea do *diálogo das fontes,* que vai nesse mesmo caminho evolutivo e prega, com apoio nas ideias do jurista alemão ERIK JAYME que o surgimento de normas gerais positivas *mais benéficas* a certos destinatários (ou a detentores de certos direitos) faz submergir o anterior estatuto – ainda que firmado em *lex specialis* – destronando a proposta hermenêutica de que *a norma geral não pode revogar a norma especial,* e que constitui uma conhecida *técnica* de solucionar aparentes conflitos internormativos; a noção que subjaz a essa teoria, contudo, é a do *fortalecimento das garantias – nunca o contrário – por isso que essa concepção tem fortes laços com a proibição de retrocessos jurídicos*.

27. Outra reflexão instigante diz respeito ao fato de alteração normativa veicular entendimento adverso, claramente maculador do princípio que deve permear as leis reconhecedoras de direitos sociais, como os previdenciários, ou seja, o da proibição de retrocesso; assim, se já definida uma orientação legal mais favorável à proteção dos hipossuficientes, não se afigura aceitável, do ponto de vista jurídico e sistêmico que, a partir da adoção de lei restritiva ocasional, dê-se a inversão da orientação até então vigorante.

28. Apresso-me em ressalvar que os autores mais consagrados teorizam a respeito da proibição de retrocesso enfatizando a sua incidência no trato normativo da seguridade social, da assistência e da prevenção contra infortúnios; contudo, deve-se anotar que a visão restritiva da proibição de retrocesso não é compatível com a largueza do instituto, que deve ser estendido à proteção das garantias individuais e, portanto, aplicável, por extensão principiológica, a quaisquer relações jurídicas que provoquem a redução de direitos subjetivos.

29. O princípio da proibição de retrocesso – convém ser relembrado – tem assento substantivo na Carta Magna de 1988, derivando diretamente, entre outros dispositivos, dos que fixam o perfil do Estado Social e Democrático de Direito, os

Book_RMP-70.indb 511 05/06/2019 11:52:05

que proclamam a máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, os que protegem a segurança jurídica e a confiança e os que tutelam o valor social e a adequada valorização do trabalho humano.

30. É correto assegurar, no desenvolvimento das ideias garantísticas, que uma das mais firmes pilastras do Estado de Direito Democrático é a que sustenta que o poder estatal não pode surpreender o indivíduo, tese que já fora exposta pelo reverenciado Professor GERALDO ATALIBA, que expressa em palavras de imperecível atualidade a necessidade de serem as ações estatais previsíveis, isto é, moldadas em formas pré-sabidas que as estruturam e conformam, representando, sobretudo, um antídoto contra as surpresas desagradáveis; diz esse notável jurista e mestre:

> O quadro constitucional que adota os padrões do constitucionalismo – do ideário francês e norte-americano instalado no mundo ocidental, nos fins do século XVIII – e principalmente a adoção de instituições republicanas, em inúmeros Estados, cria um sistema absolutamente incompatível com a surpresa. Pelo contrário, postula absoluta e completa previsibilidade da ação estatal pelos cidadãos e administrados (*República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.171).

31. Essa refinada advertência é dirigida a qualquer alteração prejudicante, seja no domínio do Direito Tributário, do Direito Sancionador ou de outra seara jurídica; no Direito Penal, como se sabe, esse princípio da proibição de retrocesso aponta que não apenas se regem os crimes e as penas pela lei do tempo da sua consumação, como ainda que a lei revogada, quando mais favorável, produz efeitos no futuro, mesmo depois de retirada do ordenamento (exceção da ultratividade); faço essas considerações somente para melhor ilustrar a minha compreensão dessa temática e o seu sentido juridicamente multiabrangente.

32. Assim, cabe ao Poder Judiciário o controle da efetivação dos direitos sociais e impedir o retrocesso social, buscando por meio de hermenêutica encontrar a solução que melhor concretize os preceitos constitucionais.

33. Tratando-se de questão ligada à Previdência Social (acesso a prestações sociais) que deve, portanto, ater-se ao sentido finalístico desse ramo jurídico, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e que se encontram em situações sociais adversas.

34. Nessa linha de orientação, deve-se prevenir, com absoluta prioridade, que os destinatários da pensão por morte no momento do infortúnio da morte do seu guardião em que justamente se encontram desamparados, se exponham a riscos que façam periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua

Book_RMP-70.indb 512 05/06/2019 11:52:05

liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput* da Carta Magna).

35. Além disso, não se deve perder de vista que a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que, convém ressaltar, é norma específica e em perfeita harmonia com o mandamento constitucional, assim dispõe:

> Art. 3º – A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.
>
> • • •
>
> Art. 33 – A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.
>
> (...)
>
> *§3º – A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.*

36. Da leitura da evolução cronológica da legislação referente à criança e ao adolescente, especialmente no que diz respeito aos benefícios previdenciários, verifica-se que, se, por um lado, deixou-se de mencionar expressamente o menor sob guarda no rol dos beneficiários previdenciários, há no ordenamento jurídico uma norma que estende os benefícios previdenciários a eles (Lei nº 8.069/90).

37. Impõe-se concluir que, se fosse a intenção do legislador infraconstitucional excluir o menor sob guarda da pensão por morte, teria alterado também a Lei nº 8.069/90 o que, como visto, não ocorreu; parece fora de dúvida que essa atitude do legislador não deve ser posta de lado na análise da situação do menor sob guarda, no que se refere ao seu direito à percepção do benefício previdenciário da pensão por morte.

38. Assim, considerando que os direitos fundamentais devem ter, na medida do possível, eficácia direta e imediata, deve-se priorizar a solução ao caso concreto que mais dê concretude ao direito. *In casu*, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas é silente (ou se tornou silente) ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que estende a pensão por morte aos menores nessa situação (sob guarda), deve ser reconhecida a eficácia desta última, por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e sobretudo com a ideologia do sistema jurídico que prioriza a proteção ao menor e ao adolescente.

Book_RMP-70.indb 513 05/06/2019 11:52:05

39. Essa orientação encontra-se em sintonia com a manifestação da Corte Especial do STJ que, em Questão de Ordem suscitada pelo Ministério Público Federal no julgamento dos EREsp. 727.716/CE perante a 3ª Seção, foi provocada a se manifestar sobre a constitucionalidade da nova redação dada ao art. 16, §3º, da Lei nº 8.213/91 pela Medida Provisória 1.523/1996, que retirou o menor sob guarda do rol de beneficiários da pensão por morte.

40. Apesar de não conhecer do incidente, ficou consignado, nos votos do douto Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Relator para o acórdão, que *se a Constituição assegura, como se alega, a mencionada equiparação, o eventual vazio normativo da lei ordinária é suscetível de ser colmatado, se for o caso, pela aplicação direta do próprio preceito constitucional* (AI nos EREsp. 727.716/CE, DJe 23.5.20111). O voto do eminente Ministro deixa à mostra que não há a menor necessidade de se questionar a validade constitucional dessa lei, mas apenas de interpretá-la conforme a Constituição, de modo a assegurar a primazia desta.

41. Corroborando esse entendimento, cite-se a doutrina de DANIEL MACHADO DA ROCHA E JOSÉ PAULO BALTAZAR JÚNIOR:

> No sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) foram previstas três formas de colocação em família substituta para as crianças que, por abandono dos pais ou orfandade, necessitam ser protegidas: adoção (que é definitiva), tutela e guarda (que são temporárias).
>
> Segundo o *caput* do artigo 33 da Lei nº 8.069/90: "A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais." A guarda prevista no estatuto da Criança e do Adolescente pode ser deferida nas seguintes hipóteses: a) incidentalmente nos procedimentos de tutela e adoção (§1º do art. 33 do ECA); e b) excepcionalmente, para atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis (§2º do art. 33 do ECA). A tutela, por sua vez, destina-se, principalmente, à preservação dos bens do órfão. Nos termos do parágrafo único do art. 36 do ECA, pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder e implica necessariamente o dever de guarda. Como se vê, a tutela é um plus em relação à guarda, já que esta não requer a suspensão ou destituição do pátrio poder.
>
> O preceito equiparativo do §2º do artigo em comento teve seus contornos restritos, retirando-se do menor sob guarda a condição de dependente previdenciário por força da MP 1.523/96, de 14 de outubro de 1996. Depois, a MP nº 1.523-3, de 10 de janeiro de

Book_RMP-70.indb 514 05/06/2019 11:52:05

> 1997, passou a exigir a comprovação de dependência econômica que até então era presumida. Este preceito, após sucessivas reedições, acabou sendo convertido na Lei nº 9.528/97. Entretanto, esta Lei não revogou expressamente o §32 do art. 33 do ECA, que confere a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários, concretizando a proteção especial prevista pelo legislador constituinte no *caput* do art. 227 e ao inciso II do §3º do mesmo artigo, ambos da CF (*Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 13ª ed. Atlas, 2015, p. 112).

42. Diante dessas considerações, entendo que a questão deve ser analisada no sentido de dar incondicional proteção ao menor, em respeito à orientação do art. 227, *caput* da CF devendo incidir, na espécie, a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que, convém ressaltar, é norma específica e que guarda perfeita sintonia com o mandamento constitucional.

43. Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial do INSS.

44. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0339203-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.411.258/RS

Números Origem: 00148908220114049999 00587816220088210070 07010800058785 10800058785 120126544 148908220114049999 201303392039 587816220088210070 7010800058785

PAUTA: 08/06/2016

JULGADO: 08/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. Carolina Véras

Book_RMP-70.indb 515 05/06/2019 11:52:05

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF

RECORRIDO: TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S)

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie – Pensão por Morte (Art. 74/9)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada a Sra. Ministra Assusete Magalhães."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria (caso se declare habilitado a votar), Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região) e Humberto Martins.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.411.258/RS (2013/0339203-9)

VOTO-VISTA

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se, na origem, de ação ajuizada em 09/12/2008, por menor impúbere, objetivando o recebimento de pensão por morte da avó materna, ocorrida no dia 20/08/2007.

De acordo com a petição inicial, a menor, em razão do falecimento de sua mãe, no dia 21/03/1999, ficou sob a guarda da avó materna, com quem passou a residir e dela depender economicamente. Após o óbito da avó, em 20/08/2007, requereu, em 20/11/2008, por meio da tutora que lhe foi nomeada, pensão por morte, que, na via administrativa, foi indeferida, motivando o ajuizamento da presente ação.

O pedido foi acolhido, em 1º Grau, condenando o INSS "a CONCEDER à autora, TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS, o benefício de pensão por morte de MARIA LUIZA FERREIRA DOS SANTOS, com valor correspondente a 100% (cem por cento) da aposentadoria que a segurada teria direito se estivesse aposentada por invalidez na data de seu falecimento, a contar da data do requerimento administrativo (20/11/2008)", com

Book_RMP-70.indb 516 05/06/2019 11:52:05

atualização monetária das parcelas vencidas, juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, com observância da Súmula 111 do STJ, mais custas processuais, pela metade.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento ao apelo da parte autora, para fixar, como marco inicial do benefício, a data do óbito da segurada (20/08/2007), e deu parcial provimento à remessa oficial, para alterar a sentença, quanto às custas e à correção monetária. Negou provimento à Apelação do INSS e determinou, ainda, a implantação do benefício, em até 45 (quarenta e cinco) dias. O acórdão restou assim ementado:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA.
>
> 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do *de cujus* e da condição de dependente de quem objetiva a pensão.
>
> 2. *A nova redação dada pela Lei nº 9.528/97 ao §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 não teve o condão de derrogar o art. 33 da Lei nº 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários.*
>
> 3. Consoante entendimento predominante nesta Corte, o absolutamente incapaz não pode ser prejudicado pela inércia de seu representante legal, até porque não se cogita de prescrição em se tratando de direitos de incapazes, a teor do art. 198, inciso I, do Código Civil c/c os artigos 79 e 103, parágrafo único da Lei de Benefícios, não se lhe aplicando o disposto no artigo 74 da Lei nº 8.213/91 (fl. 125e).

Opostos Embargos de Declaração, pelo INSS, foram rejeitados (fls.144/148e).

Publicado o acórdão em 24/02/2012, na vigência do CPC/73, o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL interpôs, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, o presente Recurso Especial.

Sustenta o recorrente violação ao art. 535, I e II, do CPC/73, pois o acórdão recorrido teria sido "omisso/contraditório na aplicação e esclarecimentos acerca da legislação previdenciária que regula os elencados como dependentes para fins previdenciários, sendo que entre eles não estaria incluído o menor sob guarda, o que prejudica o intento da parte autora deferido judicialmente (...) já que a teor da legislação previdenciária restou deferido para a parte recorrida o benefício previdenciário sem a necessária condição de dependente, dada a exclusão do menor sob guarda de tal condição, nos termos da Lei nº 9.528/97" (fls. 153/154e).

Book_RMP-70.indb 517 05/06/2019 11:52:05

Defende, quanto ao mais, violação aos arts. 16, §2º, Lei nº 8.213/91, na redação da Lei nº 9.528/97, e 2º, §1º, da LICC, afirmando, em síntese, a impossibilidade de concessão da pensão por morte ao menor sob guarda, no caso, uma vez que, à época do óbito da instituidora da pensão, após a edição da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, não está ele mais elencado no rol de dependentes da Previdência Social.

Por fim, alega que, "uma vez demonstrada contrariedade à Lei Federal – art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, na redação em vigor a partir da Lei nº 9.528/97 e art. 2º, §1º, da LICC – o INSS requer seja o recurso conhecido e provido, a fim de que haja a reforma do acórdão regional, *definindo-se a impropriedade da concessão de beneficio de pensão por morte para a parte autora, por falta de enquadramento como dependente previdenciária da mesma na época do óbito*", ou, "se assim não entender a C. Turma, o INSS requer a anulação da decisão que rejeitou os embargos de declaração, por afronta ao artigo 535, do CPC, para que o Tribunal Regional profira outra, suprindo a omissão/contradição havida no julgado" (fl. 163e).

Sem contrarrazões (fl. 165e), o Recurso Especial foi admitido, na origem (fl. 166e).

Distribuído ao Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, o julgamento do presente feito foi submetido à Primeira Seção, sob o rito dos arts. 2º, *caput*, da Resolução 8/2008/STJ e 543-C do CPC/73.

O Ministério Público Federal, a fls. 184/190e, opina pelo não conhecimento do Recurso Especial, em razão do óbice da Súmula 126/STJ.

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO - IBDP foi admitido no feito, a fl. 238, na condição de *amicus curiae*.

Iniciado o julgamento, o Ministro Relator, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, proferiu substancioso voto, negando provimento ao Recurso Especial, interposto pelo INSS. Destacou, em preliminar, a não incidência da Súmula 126/STJ, pois violação à Constituição Federal, se houvesse, seria indireta ou reflexa. Quanto à questão de mérito, fundamentou-se na assertiva de que a alteração introduzida pela Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, ao art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, representa retrocesso normativo, incompatível com o texto da Constituição da República. Asseverou, ainda, que "a alteração do art. 16, §2º da Lei nº 8.213/91, pela Lei nº 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente".

Pedi vista dos autos, para melhor examinar a questão controvertida, relativa à incidência da Súmula 126/STJ e à possibilidade de concessão de pensão por morte, a menor sob guarda, em caso de óbito ocorrido após a inovação legislativa introduzida pela Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, que alterou o §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, na sua redação original, excluindo o menor sob guarda judicial como dependente do segurado.

Book_RMP-70.indb 518 05/06/2019 11:52:05

Destaco, de plano, inexistir a alegada negativa de prestação jurisdicional, haja vista que a matéria em questão foi analisada, de forma completa e fundamentada, pelo Tribunal de origem, ficando claro – como não deixa dúvida a ementa do acórdão recorrido – o entendimento adotado, no sentido de que "a nova redação dada pela Lei nº 9.528/97 ao §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 não teve o condão de derrogar o art. 33 da Lei nº 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários".

Observo, por outro lado – assim como o fez o Relator –, não ser caso de incidência da Súmula 126/STJ, como óbice à admissibilidade do Recurso Especial, pois a ofensa à Constituição Federal, pelo acórdão recorrido, acaso existisse, seria indireta ou reflexa, de modo que a não interposição do Recurso Extraordinário, no caso, não impede o conhecimento do Especial.

Nesse sentido, são inúmeros os precedentes do STJ, entre os quais destaco:

> PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 126 DA SÚMULA DO STJ. INOCORRÊNCIA. SERVIDORA PÚBLICA. VANTAGEM PESSOAL INSTITUÍDA POR LEI ESTADUAL. SUPRESSÃO. ATO TIDO POR NULO. REVISÃO OCORRIDA APÓS 13 ANOS. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 9.784/99. DECADÊNCIA CONFIGURADA.
>
> 1. *Não é o caso de incidência da Súmula 126/STJ, pois a menção genérica ao princípio da legalidade não impede a discussão dos demais fundamentos (legislação federal) no âmbito do Recurso Especial, principalmente quando a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que não cabe Recurso Extraordinário se a suposta violação à norma constitucional for reflexa, como ocorre no presente caso.*
>
> (...)
>
> Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no REsp 1.366.119/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/08/2014).
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO REFLEXA. ACATAMENTO. SÚMULA 126/STJ. AFASTAMENTO. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. ABUSIVIDADE DESCARTADA NA ORIGEM. REVISÃO NESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. IMPROVIMENTO.
>
> 1. *Embora acatada a tese de ofensa reflexa ao texto constitucional, para afastar a aplicação da Súmula 126 desta Corte, o recurso não merece provimento por fundamento remanescente, qual seja, a incidência da Súmula nº 7 desta Corte, porquanto a revisão do julgado demanda reapreciação do contexto fático-probatório.*

Book_RMP-70.indb 519 05/06/2019 11:52:05

2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no AREsp 467.933/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 26/05/2014).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTEGRATIVO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA REPETITÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRANSPORTADORES AUTÔNOMOS. ART. 22, III, DA LEI Nº 8.212/1991. BASE DE CÁLCULO. PORTARIA Nº 1.135/2001. PRAZO PRESCRICIONAL CONFORME À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. LC Nº 118/2005.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, em observância aos princípios da fungibilidade e economia processual.

2. O acórdão a quo, ao decidir que "ofende o disposto no art. 22, inciso III, da Lei nº 8.212/1991, a fixação, por ato infralegal, da base de cálculo da contribuição devida pela empresa sobre a remuneração paga ao transportador autônomo", é passível de análise em recurso especial, por alegação de violação do art. 22, inciso III, da Lei nº 8.212/1991, não havendo falar que a menção feita ao princípio da legalidade tributária constante da ementa do acórdão confira natureza constitucional à sua fundamentação, mormente porque, neste caso, qualquer eventual violação a dispositivo constitucional, se houver, será meramente reflexa. Assim, não aplicável o óbice da Súmula nº 126 do STJ. Nesse sentido, entre outros: AgRg nos EDcl no REsp 1000671/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 28/02/2012; AgRg no Ag 1318552/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 03/02/2011.

(...)

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, não provido (STJ, EDcl no REsp 1.277.943/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/10/2012).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SÚMULAS 283/STF E 126/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. Atacados os fundamentos do acórdão recorrido, no recurso especial, descabida a aplicação da Súmula 283/STF.

2. *"Não tem incidência a Súmula 126 desta Corte nos casos em que a alegada violação à Constituição Federal é de natureza reflexa ou indireta" (AgRg no REsp 919.242/SP, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2008, DJ 25/02/2008, p. 377).*

Book_RMP-70.indb 520 05/06/2019 11:52:05

> 3. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 901.148/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 22/11/2010).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal entende cabível o Recurso Extraordinário somente em casos de violação direta à Constituição da República, conforme salientou o Ministro Relator, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, tendo mencionado, inclusive, acórdãos proferidos pelo Pretório Excelso, no julgamento de casos em que se discutia a mesma controvérsia dos presentes autos, aos quais acrescento:

> Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. *Menor sob guarda judicial. Condição de dependente, para fins previdenciários. Discussão.* Artigo 97 da Constituição Federal. Súmula Vinculante nº 10. Violação. Inexistência. Legislação infraconstitucional. *Ofensa reflexa*. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.
>
> 1. *Pacífica a jurisprudência da Corte de que não há violação do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma, nem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, limita-se a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto.*
>
> 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF.
>
> 3. Agravo regimental não provido (STF, AgRg no ARE 804.313/PI, Rel.Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/03/2015).

No mais, superada a questão relativa ao conhecimento do Recurso Especial, resta saber se a Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, ao dar nova redação ao art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, implicou, ou não, na exclusão do direito do menor sob guarda à pensão por morte.

O art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
>
> I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
>
> (...)

Book_RMP-70.indb 521 05/06/2019 11:52:05

> §2º *Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado:* o enteado; *o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda*; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

Porém, com o advento da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, o §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, acima transcrito, passou a ter a seguinte redação:

> §2º *O enteado e o menor tutelado* equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Em razão de o menor sob guarda, após a inovação trazida pela Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, não mais constar do rol de beneficiários equiparados ao filho, prevaleceu, nesta Corte, até há algum tempo, o entendimento de não mais ser possível reconhecer-lhe o direito à pensão por morte, quando o óbito do instituidor da pensão ocorrer na vigência da alteração legislativa, na linha dos seguintes precedentes:

> SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE A MENOR SOB GUARDA. EFEITO MULTIPLICADOR E LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA RECONHECIDOS. PEDIDO DEFERIDO.
>
> I – Nada obstante o pedido de suspensão de liminar e de sentença não ser a via adequada para o debate do mérito da ação originária, "o reconhecimento de lesão grave aos valores protegidos pelo art. 15 da Lei nº 12.016, de 2009, exige um juízo mínimo acerca da decisão judicial" (AgRg na SS nº 2.585/BA, relator o Ministro Ari Pargendler, DJe de 6/9/2012), de modo que a ofensa à ordem, à saúde, à segurança e à economia será tão grande quanto o for a probabilidade de reforma do ato judicial.
>
> II – *Hipótese em que a decisão cujos efeitos foram aqui suspensos discrepa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "no sentido de ser indevida pensão por morte a menor sob guarda se o óbito do segurado tiver ocorrido sob a vigência da MP nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97"* (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.104.494/RS, Relator o Ministro Nefi Cordeiro, DJ de 16/12/2014).
>
> III – Efeito multiplicador reconhecido, tendo em conta a probabilidade de que a decisão impugnada estimule o ajuizamento de novas ações com o mesmo objeto, e lesão à economia pública demonstrada pela

Book_RMP-70.indb 522 05/06/2019 11:52:05

irrepetibilidade dos proventos eventualmente pagos, considerando a natureza alimentícia do benefício de pensão por morte.

Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg na SLS 1.988/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, DJe de 23/03/2015).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/96 (LEI Nº 9.528/97). EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DO ROL DOS DEPENDENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O art. 557 do CPC autoriza ao relator decidir o recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade.

2. *O tema controvertido diz respeito à possibilidade de concessão, ao menor sob guarda, de pensão por morte. O entendimento desta Corte encontra-se uniformizado no sentido de que a Lei nº 9.528/97, norma previdenciária específica, prevalece em relação ao art. 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicável às hipóteses em que o óbito ocorreu a partir de sua vigência.*

3. Precedentes: AgRg no REsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 24/11/2014; EREsp 859.277/PE, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 27/02/2013; REsp 1.328.300/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/04/2013.

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no REsp 1.482.391/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/04/2015).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ARGUIÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL EM AGRAVO REGIMENTAL.

1. *A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de ser indevida pensão por morte a menor sob guarda se o óbito do segurado tiver ocorrido sob a vigência da MP nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97.*

2. A Corte Especial deste Tribunal decidiu, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 1.135.354/PB, ser inviável a arguição de questões constitucionais em recurso especial, tendo

Book_RMP-70.indb 523 05/06/2019 11:52:05

> em vista que a via própria para o exame do pleito de declaração incidental de inconstitucionalidade é o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.
>
> 3. Não compete ao STJ examinar na via especial suposta violação a dispositivo constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
>
> 4. Se a argumentação suscitada não foi, oportunamente, aventada em contrarrazões ao recurso especial, observa-se a ocorrência da preclusão, afinal não se admite inovação argumentativa em sede de agravo regimental.
>
> 5. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.104.494/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 03/02/2015).

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO OCORRIDO APÓS ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO ART. 16 DA LEI Nº 8.213/1991. MENOR SOB GUARDA EXCLUÍDO DO ROL DE DEPENDENTES PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. BENEFÍCIO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> *– Esta Corte Superior firmou compreensão de que, se o óbito do instituidor da pensão por morte ocorreu após a alteração legislativa promovida no art. 16 da Lei nº 8.213/1991 pela Lei nº 9.528/97 – hipótese dos autos –, tal benefício não é devido ao menor sob guarda.*
>
> *– Não há como afastar a aplicação da Súmula 83/STJ à espécie, pois a Corte a quo dirimiu a controvérsia em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que, em vários julgados, também já rechaçou a aplicabilidade do art. 33, §3º, da Lei nº 8.069/1990, tendo em vista a natureza específica da norma previdenciária.*
>
> Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no REsp 1.285.355/ES, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe de 04/03/2013).

Quando atuava no TRF/1ª Região, tive oportunidade de apreciar, como Relatora, a questão controvertida, na Arguição de Inconstitucionalidade 1998.37.00.001311-0/MA, ocasião em que foi declarada, por maioria, pela Corte Especial, "a inconstitucionalidade do §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória 1.623, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, na parte que excluiu o menor sob guarda judicial do rol dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado".

Book_RMP-70.indb 524 05/06/2019 11:52:05

Porém, no STJ, a sua Corte Especial, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 727.716/CE, tratando do mesmo tema, mas sob o enfoque da inconstitucionalidade da Lei nº 9.528/97, houve por bem não conhecer do incidente, concluindo que, nesse caso, há um vazio legislativo, e não, propriamente, vedação do direito do menor.

O saudoso Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Relator para o acórdão, no voto condutor do julgamento acima referido, esclareceu que "o incidente de inconstitucionalidade é cabível quando a declaração de ilegitimidade de uma norma seja indispensável ao julgamento da causa. No caso concreto, isso não ocorre. Segundo ficou relatado, havia um dispositivo legal assegurando a menor sob guarda certo benefício previdenciário, equiparando-o, para esse efeito, à condição de filho. Tal norma foi revogada por outra, que não reproduziu essa equiparação. O que se sustenta, assim, é a inconstitucionalidade dessa falta de equiparação, uma vez que se trata de um direito constitucional. Na verdade, não há inconstitucionalidade a ser declarada. A lei superveniente não negou o direito à equiparação. Apenas omitiu-se em prevê-lo. Ora, se a Constituição assegura, como se alega, a mencionada equiparação, o eventual vazio normativo da lei ordinária é suscetível de ser colmatado, se for o caso, pela aplicação direta do próprio preceito constitucional. Seria insólito, assim, declarar a inconstitucionalidade, no caso, declaração essa que, além de não incidir sobre nenhum específico dispositivo legal, é desnecessária para julgar a causa. Portanto, em preliminar, voto no sentido de não conhecer do incidente".

Há, na Constituição da República, inúmeros dispositivos conferindo tratamento diferenciado aos menores, sem distinção quanto à circunstância de estarem sob guarda ou tutela, merecendo destaque o art. 227, consagrador do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, assegurando, inclusive, proteção especial dos direitos previdenciários, na forma do aludido art. 227, *caput* e §3º, II, *in verbis*:

> Art. 227 – *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.*
>
> (...)
>
> §3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
>
> (...)
>
> II – *garantia de direitos previdenciários e trabalhistas*.

Book_RMP-70.indb 525 05/06/2019 11:52:05

Nessa perspectiva, crianças e adolescentes são detentores de direitos especiais, em razão de sua particular condição, tendo a família, a sociedade e o Estado o dever de, *com absoluta prioridade*, assegurar-lhes essas garantias, entre as quais se inserem os direitos previdenciários.

O argumento comumente empregado, pelo INSS – renovado no presente Recurso Especial e nos memoriais que apresentou –, no sentido de que a Lei nº 9.528/97, ao excluir a menção ao menor sob guarda do rol previsto no art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, teve por fim impedir a prática de fraudes e abusos nos pedidos de guarda, cujo objetivo estaria voltado à concessão de futura pensão por morte, não se justifica, porque, na forma do *caput* do art. 227 da Constituição da República, *a prioridade absoluta do legislador ordinário deve ser assegurar o direito previdenciário do menor,* e não – como quer fazer crer o recorrente –, evitar o impacto financeiro decorrente do reconhecimento do direito, mesmo porque eventuais práticas abusivas ou fraudulentas, se porventura existentes, devem ser debeladas pelos meios adequados.

O Estatuto da Criança e do adolescente – Lei nº 8.069/90 –, por sua vez, confere, no seu art. 4º, proteção integral à criança e ao adolescente, em dispositivo similar ao art. 227, *caput*, da Constituição da República, e, no seu art. 33, §3º, não deixa dúvida quanto à possibilidade de reconhecer, ao menor sob guarda, o direito à pensão por morte. Confiram-se os mencionados dispositivos legais:

> Art. 4º *É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*
>
> (...)
>
> Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.
>
> (...)
>
> §3º *A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.*

Ponho-me, assim, de acordo com o eminente Relator, quando concluiu que, se o art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91 tornou-se silente quanto ao direito à pensão do menor sob guarda, subsiste norma infraconstitucional específica – art. 33, §3º, da Lei nº 8.069/90, que não foi revogado –, garantindo-lhe "a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários", disposição legal que se encontra em sintonia com os princípios constitucionais insertos no art. 227 da Constituição Federal.

Book_RMP-70.indb 526 05/06/2019 11:52:05

Não há falar que o reconhecimento do direito implique inobservância do art. 195, §5º, da CF/88, pois não será criado, majorado ou estendido benefício, sem a correspondente fonte de custeio total, não havendo quebra do equilíbrio financeiro e atuarial, a que se refere o *caput* do art. 201 da Constituição da República, mesmo porque o segurado contribuiu para a Previdência Social, para futura obtenção, em contrapartida, de benefícios, em decorrência, inclusive, do evento morte.

Deve ser exigida, porém, como requisito à concessão do benefício, a comprovação da dependência econômica, em relação ao falecido segurado, em similitude com o que se exige do enteado e do menor sob tutela, nos termos do art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91.

Essa exigência, por certo, pode evitar eventuais abusos, pois, se apesar da guarda, restar comprovado que o menor não dependia economicamente do instituidor da pensão, não deverá ser concedido o benefício.

Por fim, a dissipar dúvida sobre o assunto, essa controvérsia jurídica foi também objeto de análise, pela Corte Especial do STJ, no recente julgamento dos EREsp 1.141.788/RS, em acórdão assim ementado:

> PREVIDENCIÁRIO. *PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. ART. 16 DA LEI Nº 8.213/90. MODIFICAÇÃO PELA MP Nº 1.523/96, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97. CONFRONTO COM O ART. 33, §3º, DO ECA. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PREFERENCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.*
>
> 1. *Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97 na Lei nº 8.213/90.*
>
> 2. *O art. 33, §3º da Lei nº 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente.*
>
> 3. Embargos de divergência acolhidos. (STJ, EREsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, DJe de 16/12/2016)

Os referidos Embargos de Divergência 1.141.788/RS foram acolhidos, à unanimidade, e, conforme voto proferido pelo Relator, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, a controvérsia foi dirimida no sentido de que, "ocorrido o óbito do instituidor da pensão por morte após 11 de outubro de 1996, data em que foi editada a MP nº 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, que alterou o art. 16 da Lei nº 8.213/90 e suprimiu o menor sob guarda do rol de referido benefício previdenciário, ainda assim, deve prevalecer referido direito com fundamento no art. 33, §3º, da Lei nº 8.069/90".

Book_RMP-70.indb 527 05/06/2019 11:52:05

Destacou o Relator que "a Terceira Seção do STJ, quando detinha a competência para processar e julgar matéria previdenciária, havia pacificado a jurisprudência sobre o tema no sentido de que, como a lei previdenciária tem caráter especial em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, de ordem geral, prevaleceria sobre esta e, portanto, o menor sob guarda não mais teria direito ao benefício da pensão por morte após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97 na Lei nº 8.213/90". Porém, a Primeira Seção, competente para apreciar as causas previdenciárias, após a alteração instituída pela Emenda Regimental 14/2011, ao julgar o RMS 36.034/MT, decidiu que "embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, §3º, Lei nº 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e §3º, inciso II)", concluindo que, "havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor".

Apontou-se, nos Embargos de Divergência, para comprovar o dissídio pretoriano, precedente da Segunda Turma do STJ, de relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, cuja ementa é a seguinte:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. *MENOR SOB GUARDA DA AVÓ. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE.* AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA CONTRA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 182 DA SÚMULA DO STJ. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. *Entendimento nesta corte no sentido de que ao menor sob guarda deve ser assegurado o benefício de pensão por morte em face da prevalência do disposto no artigo 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica. Precedente: RMS 36.034/MT, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 15/04/2014.*
>
> 2. Nas razões do agravo regimental, a parte agravante combateu apenas o mérito do acórdão anterior, furtando-se de rebater especificamente os fundamentos da decisão agravada. Nesse

Book_RMP-70.indb 528 05/06/2019 11:52:05

> sentido, é entendimento pacífico deste Superior Tribunal sobre a incidência da Súmula nº 182 do STJ.
>
> 3. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma.
>
> 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1.476.567/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/10/2014)

A Corte Especial decidiu, a final, que deveria prevalecer a tese firmada no aresto paradigma, de relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, no sentido de que "o art. 33, §3º da Lei nº 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente", de modo que "ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97 na Lei nº 8.213/90".

Não restam dúvidas, assim, quanto ao reconhecimento do direito ora em exame, de modo que, comprovada a dependência econômica em relação ao instituidor da pensão, em similitude com o que é exigido do enteado e do menor tutelado (art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91), é devida a pensão por morte ao menor sob guarda, ainda que o falecimento do guardião, instituidor da pensão, seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97.

Em resumo, acompanho o Relator, com a fixação de tese sobre a matéria.

CASO CONCRETO

Firmada essa premissa, resta verificar, no caso concreto, se o benefício é devido à autora.

De acordo com a sentença de fls. 84/86e, verifica-se que, na espécie, a menor, autora da ação, vivia com a avó materna, de quem dependia economicamente, desde a morte da mãe, *in verbis*:

> A condição de dependente da parte autora restou atestada por meio da documentação juntada (fls. 21 e 28/29). O falecimento de MARIA LUIZA FERREIRA DOS SANTOS, ocorrido em 22/08/2007, restou demonstrado por meio do documento de fl. 20.
>
> *A alegada falta de comprovação da condição de dependente do segurado não se sustenta, vez que, conforme a documentação juntada nos autos (fls. 14/44), corroborada pela uníssona prova oral produzida (fls. 71/73), demonstrou que a segurada, avó da autora, era quem cuidava da mesma, dando-lhe ampla assistência, inclusive financeira.*

Book_RMP-70.indb 529 05/06/2019 11:52:06

> Em assim sendo, e assim o é, não vislumbro amparo para a negativa administrativa operada pela parte ré, devendo, agora, ser concedido o benefício (fl. 85e).

Por outro lado, no acórdão recorrido há a expressa afirmação de que, "no caso dos autos, de acordo com o documento acostado à fl. 21, verifica-se que a autora vivia sob a guarda formalizada judicialmente pela falecida avó Maria Ferreira dos Santos, em 22/03/1999" (fl. 118e).

Sendo assim, considerando as premissas fáticas fixadas na origem e o disposto no art. 33, §3º, da Lei nº 8.069/90 e no art. 227, *caput* e §3º, II, da CF/88, há de ser reconhecido o direito da autora à pensão por morte de sua falecida avó, ainda que o óbito tenha ocorrido na vigência da nova redação dada ao art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, sucessivamente reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, acompanho o voto do Relator, rendendo minhas homenagens ao Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, a quem cumprimento pela iniciativa de rediscussão de tema tão relevante.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0339203-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.411.258/RS

Números Origem: 00148908220114049999 00587816220088210070070108000587851 0800058785 120126544 148908220114049999 201303392039 587816220088210070 7010800058785

PAUTA: 27/09/2017

JULGADO: 11/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO

Secretária

Bela. Carolina Véras

Book_RMP-70.indb 530 05/06/2019 11:52:06

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF – PR000000F

RECORRIDO: TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S) – RS026828

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S) – RS065635

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie – Pensão por Morte (Art. 74/9)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães (voto-vista), Sérgio Kukina e Gurgel de Faria (que se declarou habilitado a votar) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, a Sra. Ministra Regina Helena Costa.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Book_RMP-70.indb 531 05/06/2019 11:52:06

Noticiário

Eduardo Gussem transmite temporariamente o cargo de Procurador-Geral de Justiça do MPRJ a Ricardo Ribeiro Martins

Em respeito às regras da eleição destinada ao provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça, referente ao biênio 2019/2021, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) procedeu, em 4 de outubro, à transmissão temporária do cargo. O então Procurador-Geral de Justiça Eduardo Gussem se desincompatibilizou da função, que passaria a ser desempenhada, nos dois meses seguintes, pelo Procurador de Justiça Ricardo Ribeiro Martins.

Ressaltou Eduardo Gussem que o Ministério Público será muito bem conduzido pelo Procurador de Justiça Ricardo Ribeiro Martins, que conta com larga experiência e soma 32 anos de dedicação a esta instituição. "Dr. Ricardo Martins é uma pessoa serena, equilibrada, com total condição de fazer um belo trabalho à frente da chefia institucional nos próximos meses", acrescentou.

Procurador de Justiça Decano do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), Ricardo Ribeiro Martins assim definiu o desafio de desempenhar a função de Procurador-Geral de Justiça pelos próximos 60 dias: "assumo o cargo temporariamente, com o espírito de continuidade. Tomo a liberdade de utilizar a máxima do universo do

futebol, com a afirmação de que 'em time que está ganhando não se mexe'. Pretendo fazer as coisas funcionarem neste período da forma mais tranquila possível, dentro das metas já estabelecidas pela atual administração", pontuou.

A Corregedora-Geral do Ministério Público fluminense, Procuradora de Justiça Luciana Sapha, acompanhou o ato de transmissão de cargo e fez questão de deixar uma mensagem especial para Ricardo Ribeiro Martins: "desejo muita sorte ao Procurador-Geral de Justiça neste período de desempenho interino da função. E tenho a certeza de que, além do apoio da Corregedoria-Geral, ele poderá contar com a colaboração de toda classe".

Book_RMP-70.indb 536 05/06/2019 11:52:18

Ertulei Laureano Matos é eleito presidente da Amperj

O Procurador de Justiça Ertulei Laureano Matos foi eleito, no dia 19 de outubro, presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj) e estará à frente da entidade até 2020. Ertulei substituirá o Promotor de Justiça Luciano Mattos.

Pela primeira vez na história da Amperj, a eleição foi realizada pelo Sistema Eletrônico de Votação (SEV) cedido pelo MPRJ, o qual permite o acesso a partir de qualquer computador conectado à internet para se efetivar o voto. Com isso, não houve necessidade de o associado comparecer presencialmente à Amperj para participar do sufrágio.

Ertulei concorreu pela chapa azul, única a se inscrever para o pleito que definiu a composição da Diretoria e dos Conselhos Consultivo e Fiscal da entidade para o biênio 2019/2020. A cerimônia de posse dos componentes ocorrerá no dia 1º de janeiro de 2019.

Book_RMP-70.indb 537 05/06/2019 11:52:19

Confira abaixo a nova composição:

DIRETORIA:

Presidente: Ertulei Laureano Matos

Vice-Presidente: Virgilio Panagiotis Stavridis

Secretário-Geral: Dimitrius Viveiros Gonçalves

Diretor Financeiro: Angela Maria Silveira dos Santos

Diretor Cultural: Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Diretor Social: Sumaya Therezinha Helayel

Diretor de Defesa de Direitos e Prerrogativas Funcionais: Túlio Caiban Bruno

Diretor Assistencial e de Assuntos Relativos a Aposentados e Pensionistas: Antônio Carlos Silva Biscaia

Diretor de Assuntos Legislativos: Victoria Siqueiros Soares Le Cocq D'Oliveira

Diretor de Esportes: Marcio Almeida Ribeiro da Silva

CONSELHO CONSULTIVO:

Everardo Moreira Lima

Vera de Souza Leite

Carlos Alberto Pires de Carvalho e Albuquerque

Marcelo Daltro Leite

Carlos Cicero Duarte Junior

Andrezza Duarte Cançado

Luciana de Souza Garcia das Neves

Paula Cunha Basílio

Carolina Motta da Cunha Gonçalves Wienskoski

CONSELHO FISCAL:

Elisa Fraga de Rego Monteiro – Presidente

José Roberto Paredes – titular

Tatiana Costa Torres – titular

Nelma Glória Trindade de Lima – suplente

Lourdes Gamba – suplente

Marlon Oberst Cordovil – suplente

Book_RMP-70.indb 538 05/06/2019 11:52:19

MPRJ elege integrantes do Conselho Superior para o biênio 2019/2021

Em eleição realizada no dia 5 de novembro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) definiu os oito novos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) para o biênio 2019-2021. A votação eletrônica teve início às 10h e se encerrou, pontualmente, às 17h, como previsto. No total, 179 Procuradores de Justiça, dos 193 habilitados, efetuaram seu voto, com 14 abstenções. Entre os Promotores de Justiça, de um total de 700 membros habilitados, houve 592 votantes, com 108 faltosos. Foram registrados dez votos nulos e um branco na votação dos Promotores e, no caso da votação dos Procuradores, apenas um voto nulo.

Pelo Colégio de Procuradores de Justiça, foram eleitos os Procuradores Walberto Lima, Marcelo Daltro Leite, Anna Maria Di Masi e Lilian Moreira Pinho. Para as quatro vagas preenchidas pelos votos dos Promotores de Justiça, os eleitos foram os Procuradores de Justiça Dennis Aceti, Galdino Augusto Coelho Bordallo, Viviane Tavares Henriques e Vera Regina de Almeida. Os postulantes que seguiram os eleitos na ordem de número de votos, pela respectiva classe, serão considerados suplentes, para substituir os titulares em seus impedimentos e faltas ou suceder-lhes em caso

Book_RMP-70.indb 539 05/06/2019 11:52:21

de vacância. Assim, os suplentes eleitos pelos Procuradores de Justiça foram Lilian Moreira Pinho, Antonio Carlos Mesquita e Bruno Ferolla. Pelos Promotores de Justiça, foram eleitos suplentes os Procuradores Denise Tarin, Luiz Fabião Guasque, Marcia Maria Tamburini Porto, Ana Lúcia Melo e Guilherme Eugênio de Vasconcellos.

O Procurador-Geral de Justiça interino, Ricardo Martins, destacou a importância do pleito: "essa eleição é uma festa da democracia interna. Ter um Conselho Superior com essa representatividade é fundamental para os Promotores de Justiça. O fato de os integrantes deste órgão serem eleitos, assumindo todos os compromissos de manter o ambiente democrático da instituição, configura algo muito importante".

As eleições foram realizadas pelo Sistema Eletrônico de Votação (SEV), que conferiu maior agilidade à apuração dos votos e conforto aos membros, que puderam votar de seus gabinetes ou de qualquer computador com acesso à internet, evitando deslocamentos desnecessários do interior do Estado para a sede, na capital fluminense. Seis computadores também foram instalados na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados para atender àqueles que optaram pelo voto presencial.

O processo eleitoral foi acompanhado por Rodnei Couto e Soeli Fiorini, integrantes do Laboratório de Engenharia de Software da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), que realizaram a auditoria no SEV e aprovaram as eleições eletrônicas, atestando a confiabilidade e a imparcialidade do sistema, que foi integralmente desenvolvido por servidores da Secretaria de Tecnologia da Informação e da Comunicação (STIC/MPRJ).

Book_RMP-70.indb 540 05/06/2019 11:52:23

Eduardo Gussem é reeleito Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Em pleito realizado no dia 3 de dezembro de 2019, o Procurador-Geral de Justiça Eduardo Gussem foi reeleito para o biênio 2019/2021, com 750 votos, o que corresponde a 93,28% do total de votos válidos. Participaram do pleito 804 Promotores e Procuradores de Justiça, entre os 893 membros ativos habilitados, tendo sido computados 21 votos brancos (2,61%) e 33 votos nulos (4,1%).

Único candidato inscrito para compor a lista tríplice para provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça, Gussem dará continuidade ao trabalho que vem desenvolvendo à frente do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), nos últimos dois anos. Em suas palavras, "a candidatura única, acima de tudo, representa uma conquista de unidade da instituição, que sempre prestigiou o candidato mais votado. Como a recondução é um processo quase natural dentro do MPRJ, neste ano, os demais interessados, muitos com totais condições de assumir a chefia, entenderam por bem não apresentar candidatura, diante do cenário de crise política e econômica do nosso Estado. Mas não tenho a menor dúvida de que, na próxima eleição, vários colegas, muito preparados, disputarão um pleito muito concorrido", destacou Eduardo Gussem. Segundo ele, o processo eleitoral foi primordial para se reexaminar o trabalho desenvolvido. "É sempre muito importante para que possamos fazer uma reavaliação do trabalho que está sendo realizado, das conquistas, dos avanços alcançados e do que nós temos que melhorar na instituição", afirmou.

Book_RMP-70.indb 541 05/06/2019 11:52:24

Propostas para o segundo biênio

"Para os próximos dois anos, a expectativa é muito grande, principalmente no combate obsessivo à corrupção, um mal que tomou conta de todos os espaços dentro do nosso Estado – imerso em dívidas, assim como os 92 municípios fluminenses. Com uma visão mais preventiva e resolutiva, pretendemos nos aproximar mais da sociedade, orientar melhor os cidadãos, informando-os acerca do nosso trabalho e métodos de atuação", planeja Gussem.

Nesta gestão, será dada continuidade a uma agenda de modernização e amadurecimento institucional. O planejamento estratégico, a gestão de resultados e o maior investimento na atuação extrajudicial, preventiva e proativa constam entre os princípios basilares que norteiam a administração de Gussem. Calcado nos valores da independência, da combatividade, da integração e do diálogo, o foco para os próximos dois anos é o combate à corrupção e a busca por uma administração pública mais ágil, eficiente e resolutiva.

Para Gussem, faz-se necessário tornar o Estado mais eficiente e transparente. O MPRJ buscará perante o próximo governo maior transparência na divulgação de dados e informações, sobretudo pela Secretaria de Fazenda. "É inadmissível que tenhamos que entrar com medidas judiciais para obter dados fiscais sob o argumento de que os mesmos estão sob sigilo. Não por outra razão, o Rio de Janeiro ocupa o 26º lugar, segundo a Transparência Brasil, no ranking de transparência", afirma. A integração com as instituições de controle é outro ponto tido como fundamental para atuação de forma harmônica com o Ministério Público Federal, com o Tribunal de Contas do Estado e com a Controladoria Geral da União, construindo parcerias e trocando dados.

Book_RMP-70.indb 542 05/06/2019 11:52:25

Atuação no primeiro mandato

No primeiro ano de gestão, em 2017, o MPRJ economizou R$ 3,7 milhões com controle de processos de aquisições de bens e serviços e revisões de cálculos de reajustes e repactuações contratuais. Paralelamente, foram reduzidos custos nos CRAAIs, na gestão de imóveis, em contratos terceirizados, com o uso de veículos e em consumo de energia, além da adoção de um programa de auxílio de controle de despesas e a capacitação de técnicos para gerir e fiscalizar contratos, entre outras iniciativas.

O MPRJ também promoveu a reestruturação e o fortalecimento dos grupos de atuação especializada, incluindo a criação de novas estruturas. A constituição do Grupo de Atribuição Originária Criminal (GAOCRIM/MPRJ) e as iniciativas articuladas entre a Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais e os Grupos de Atuação Especializada no Combate à Corrupção (GAECC/MPRJ) e de Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos contra a Ordem Tributária (GAESF/MPRJ) acarretaram exponencial crescimento das investigações e das ações penais, bem como do combate à improbidade administrativa.

Além disso, por meio da transparência, da integridade, da participação popular e de tecnologias e inovações está sendo construído um novo modelo de atuação mais preventivo e compromissado com resultados. Os investimentos em tecnologia e soluções digitais têm proporcionado, entre outros, a produção de dados que representem ativos relevantes ao exercício da atividade-fim ministerial

Book_RMP-70.indb 543 05/06/2019 11:52:29

e ao controle social. Neste particular, a plataforma "MP em Mapas" tem figurado como importante ferramenta destinada à construção de um ambiente de gestão pública participativa e democrática.

Trajetória de Eduardo Gussem

Natural de Barra do Piraí, Município do Sul Fluminense, Eduardo Gussem tem mais de 25 anos de atuação no MPRJ. Desde que ingressou na instituição, em 1993, atuou por 15 anos em comarcas de Juízo único, no Tribunal do Júri e em Promotoria de Justiça de Execução Penal. Exerceu, por 11 anos, cargos na administração, sendo coordenador de Movimentação de Primeiro Grau, Secretário-Geral do Ministério Público, presidente da Associação dos Membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj), Subprocurador-Geral de Administração e Subprocurador-Geral de Planejamento. Aos 54 anos de idade, Gussem exerce, desde janeiro de 2017, a função de Procurador-Geral de Justiça do MPRJ.

Book_RMP-70.indb 544 05/06/2019 11:52:29

MPRJ entrega Colar do Mérito e Medalha Annibal Frederico de Souza

Em cerimônia realizada no dia 14 de dezembro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) agraciou, com o Colar do Mérito do Ministério Público e a Medalha Annibal Frederico de Souza, 24 pessoas que prestaram relevantes serviços à sociedade e à instituição. A festividade encerrou a Semana do Ministério Público, durante sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, realizada no Edifício-Sede do MPRJ.

Homenageado com o Colar do Mérito, maior honraria concedida pelo MPRJ, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, discursou em nome dos demais. Membro da mais alta Corte do país, ele lembrou sua experiência como Promotor de Justiça do MPRJ entre 1979 e 1982. "A Justiça é a ponte por onde passam todas as misérias e aberrações da sociedade e nós temos a obrigação de dar o exemplo. Foi essa a lição que eu aprendi no MPRJ. Ser MP é ter sensibilidade para não fazer da acusação um pedestal de glória sobre a desgraça alheia, lutar com independência olímpica contra o flagelo da corrupção, que desvia leitos de hospitais e que leva as crianças brasileiras ao limite da sobrevivência, é amar o Brasil e não perguntar o que o nosso país pode fazer por nós, mas o que podemos fazer pelo nosso país", ressaltou.

O Procurador-Geral de Justiça do MPRJ, Eduardo Gussem, falou do papel do *Parquet* em busca de uma sociedade mais justa. "Aproveito este momento para congratular os homenageados, comemorar esse dia tão importante, mas convido a todos para uma reflexão. Em que medidas nossas ações têm apresentado ganhos reais para a coletividade? A relevância de uma estrutura é proporcional à sua capacidade de entregar resultados úteis. Por isso eu destaco a necessidade que temos de reforçar nossa unidade institucional. Em uma sociedade marcada por problemas complexos, os órgãos de execução devem atuar em regime colaborativo. A liberdade de ação deve ser posta a serviço de iniciativas convergentes", destacou, acrescentando que os desafios são enormes. "A sociedade brasileira e nosso Estado, em particular, clamam

Book_RMP-70.indb 545 05/06/2019 11:52:30

por dias melhores. Festejemos esse dia com orgulho do passado, mas com ânimo renovado para ajudarmos na reconstrução de um estado mais ético e seguro e menos desigual, um Rio de mais Justiça".

Compuseram a mesa principal do evento a Desembargadora Maria Augusta Vaz, terceira Vice-Presidente do Tribunal de Justiça; a Corregedora-Geral do MPRJ, Luciana Sapha; a Presidente interina do Tribunal de Contas do Estado, Marianna Montebello; o Procurador-Geral do Estado, Rodrigo Crelier Zambão da Silva; o Presidente licenciado da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional RJ, Felipe Santa Cruz; o Superintendente da Polícia Federal no Estado, Ricardo Saad; o Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público, Marcelo Weitzel Rabello de Souza; o Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, Fernando César Baptista de Mattos; o Procurador-Geral do Município do Rio de Janeiro, Antônio Carlos de Sá; o Presidente da Associação do MPRJ, Luciano Oliveira Mattos de Souza; a Presidente do Centro de Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Maria do Carmo Casa Nova; o Presidente do Sicoob Coomperj, Luiz Antônio Ferreira de Araujo; e a Presidente da Fundação Escola Superior do MPRJ, Lilian Moreira Pinho.

Além do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, foram agraciados com o Colar do Mérito do Ministério Público o General do Exército e Interventor Federal, Walter Souza Braga Neto; o General de Divisão do Exército e Secretário de Estado de Segurança, Richard Nunes; o Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Abel Fernandes Gomes; o Assessor Especial da Presidência da Ordem dos Advogados

Book_RMP-70.indb 546 05/06/2019 11:52:32

do Brasil – seccional do Rio de Janeiro, Anderson Prezia Franco; o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho; a Juíza do TJRJ, Renata Gil de Alcantara Videira; as Procuradoras de Justiça do MPRJ, Angela Maria Silveira dos Santos, Conceição Maria Tavares de Oliveira, Elizabeth Carneiro de Lima, Marcia Tamburini, Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso Miranda e Patrícia Silveira da Rosa; o Procurador de Justiça aposentado do MPRJ, Norton Esteves Pereira; a Procuradora de Justiça aposentada do MPRJ, Vanda Menezes Rocha de Barros; o Promotor de Justiça do MPRJ, Bernardo Maciel Vieira; a Promotora de Justiça do MPRJ, Elisa Fraga; e a servidora do MPRJ, Gerusa Vasti de Oliveira Stavridis.

Os servidores agraciados com a Medalha Annibal Frederico de Souza foram o oficial do MPRJ, Flávio Sueth Nunes; a analista do MPRJ, Maria da Glória Araújo Amaral; e os técnicos do MPRJ Davi Evaristo de Oliveira Kaptzki, Gabriela Bueno do Amaral, Lilian Ribeiro Dias, Maria da Glória Araújo Amaral e Rafael Vieira Queiroz.

Book_RMP-70.indb 547 05/06/2019 11:52:35

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÃO
23-24, 40, 43, 52-54, 58-59, 62-64, 69, 72, 74, 89, 106, 118, 125, 128-132, 135-153, 157-178, 192, 213, 215, 225, 228-229, 232-233, 235, 250-251, 260, 276, 280, 282, 285, 291, 294, 299, 304, 320, 325, 327-331, 333, 337, 339-340, 344, 372, 386, 391, 399, 403-408, 412, 414, 422, 426-427, 432-433, 435-437, 439, 441-443, 446, 450-452, 454, 456-464, 466, 470, 472-474, 477-480, 503, 509, 512, 516, 520, 522, 529, 545;

AÇÃO(ÕES) COLETIVA(S)
125, 128-130, 132-133, 136, 138-141, 143-144, 146-148, 150, 152-154, 157-159, 163-168, 170, 172-178, 226, 230, 235, 251;

AÇÃO INDIVIDUAL COM EFEITOS COLETIVOS
125, 161-162;

AÇÃO MERAMENTE INDIVIDUAL
125, 161-162, 164, 168;

AÇÃO PSEUDOCOLETIVA
125, 161, 169-170, 173;

AÇÃO PSEUDOINDIVIDUAL
125, 161, 168-169;

AGENTES PÚBLICOS
83-84, 138, 321, 325, 328-329;

CELEBRAÇÃO
99-100, 106-109, 112-113, 120, 137, 316;

CLÁUSULA *CROSS-DEFAULT*
99, 118;

CLÁUSULA *NEGATIVE PLEDGE*
99, 118;

CLÁUSULA *STEP-IN-RIGHTS*
99, 119;

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
37, 54-55, 63, 73-74, 265-266;

COMPENSAÇÃO
40, 68, 99-100, 116-118;

CONSIGNAÇÃO DE RECEITA
99, 119;

CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO
43, 189;

CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
83-85, 97;

COVENANT
99-100, 119;

CRIMINALIDADE
23, 33, 37, 42, 44-46, 52, 70-71, 79, 205, 219, 393-394;

DANO MATERIAL
37, 60, 65, 75, 78-79;

DANO MORAL
37, 60-62, 65-69, 74, 225, 338-343, 386;

DIGNIDADE HUMANA
29, 99, 101, 182, 319, 341, 386, 393, 504;

DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO
209, 215, 218;

DIREITO DA PERSONALIDADE
99, 101, 103, 106, 108, 120;

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO
125, 130-133, 142-143, 146-147, 150-152, 163, 165, 175;

DIREITOS HUMANOS DA VÍTIMA
209, 219;

ESTIPULAÇÃO
99-101, 106-109, 114, 119-120, 148;

EUTANÁSIA
248;

EXCEÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO
99, 114-115;

GARANTIA BANCÁRIA
99, 108-109, 111-113, 120;

GARANTIAS ATÍPICAS
99-100, 109-110, 113;

GARANTIAS ESPECIAIS
99-101, 109;

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL
209-210, 216, 220;

Book_RMP-70.indb 549 05/06/2019 11:52:35

INDEPENDÊNCIA ENTRE PODERES
245;

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA
19-20, 24, 27, 34;

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS
37, 72;

JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA
225-229, 232-233, 235-236, 238-239;

JURIDICIDADE
83-86, 90-91, 93-94, 97, 191, 321, 341;

LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO
37, 76-78;

LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS
37, 54-55, 74-75;

LEI Nº 11.719/2008
58-59;

LIVRE INICIATIVA
99, 103-105, 120;

MALA DIRETA
249;

MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA
125, 128, 136-144, 159, 166, 170, 176;

MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA
225, 229, 232, 234, 240;

OBRIGAÇÕES
42, 99-100, 107-109, 113, 116-117, 119-120, 209, 212, 291-292, 300, 308-309, 311;

PARLAMENTARISMO DE COALIZÃO
189, 196;

PARTICIPAÇÃO POPULAR
189-190, 543;

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
19-20, 22-23, 25-34, 374;

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE
99, 106;

PRINCÍPIO DA ISONOMIA
19, 27-28, 263, 266-268

PRIVATIZAÇÃO DAS PRISÕES
201, 204, 206;

PROCESSO COLETIVO ESPECIAL
146, 150-151;

PROCESSO COLETIVO
125, 129, 132-133, 135-136, 138-148, 150-151, 153-154, 157-158, 160-167, 169-170, 173-178, 231;

PROCESSO COLETIVO COMUM
146, 150-151, 153;

PROCESSO-MODELO
125, 154;

PROCESSO-PILOTO
125, 154;

QUESTÕES REPETITIVAS
125, 135, 150, 152-154;

RACISMO INSTITUCIONALIZADO
201, 203;

REPARAÇÃO DO DANO
37-40, 42, 44-46, 49, 52-56, 58-60, 62-63, 67, 69-70, 72-73, 75, 77-79, 173, 338;

REPERCUSSÃO INDIVIDUAL E COLETIVA
125, 177;

SPAM
249-250;

SÚMULA 444 DO STJ
19-20, 23, 34;

TRABALHO PENITENCIÁRIO
201, 203-204;

TUTELA DA PERSONALIDADE
99, 101-102;

VÍTIMA
37-42, 44-46, 48-55, 57-59, 61-63, 65-75, 79, 219, 247, 383, 479-480;

VITIMIZAÇÃO
37, 45-52, 69, 79, 220;

Book_RMP-70.indb 550 05/06/2019 11:52:35

Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

revista.assina@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista.publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br