ISSN 1413-3873

Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

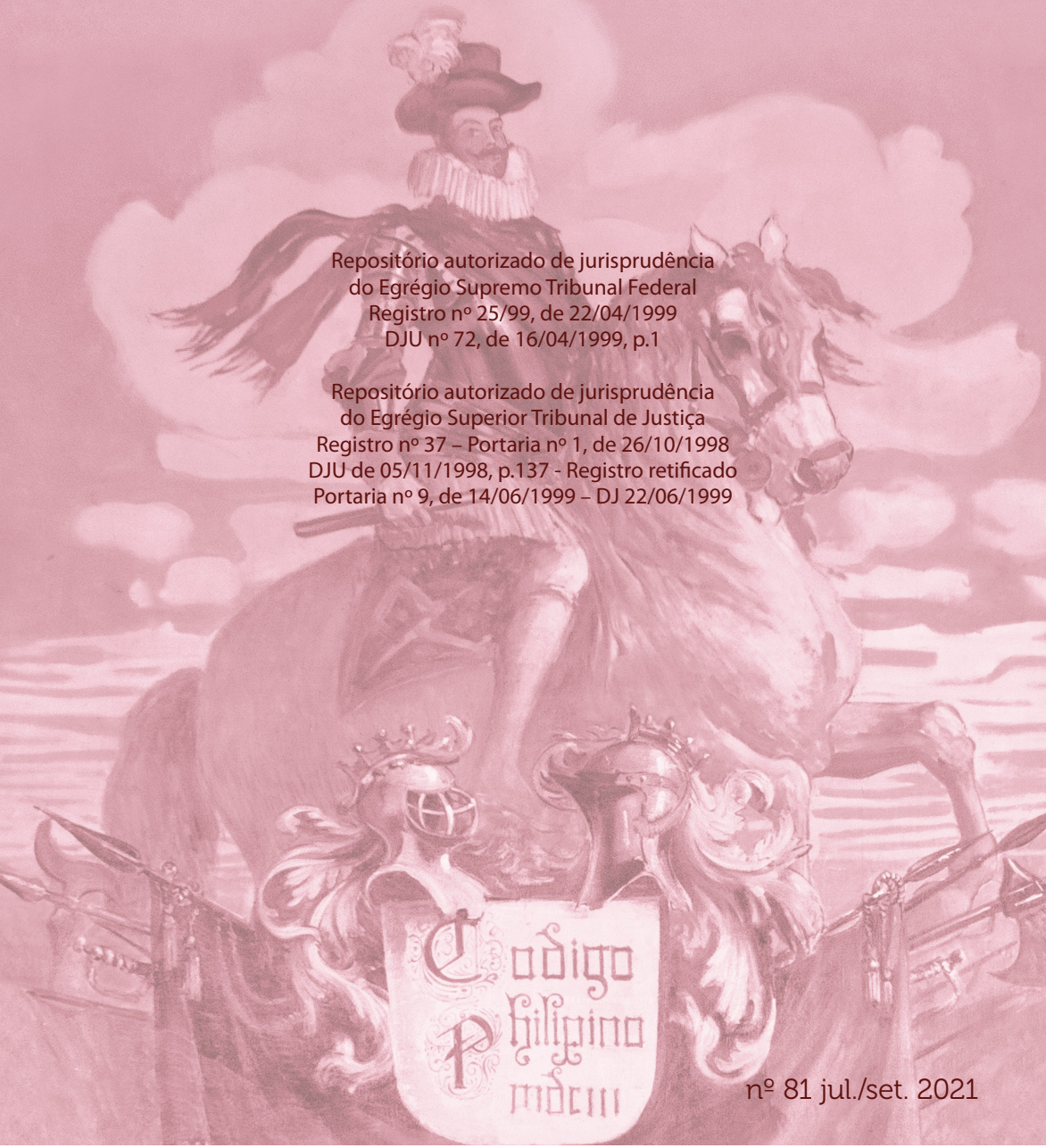
nº 81 jul./set. 2021

Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Book_RMP-81.indb 1 14/12/2021 12:30:34

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 81 jul./set. 2021

Book_RMP-81.indb 3 14/12/2021 12:30:35

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara
Antônio do Passo Cabral
Antonio Henrique Graciano Suxberger
Clarissa Diniz Guedes
Fernanda Medina Pantoja
Fredie Didier Jr.
Guilherme Peres
Guilherme Sandoval Góes
Marcelo Machado Costa Lima
Márcio Carvalho Faria
Ronaldo Cramer
Sofia Temer

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

1995-2020 (1 - 78)
2021 (79, 80, 81

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

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

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

Pedro Elias Erthal Sanglard
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais

Roberto Moura Costa Soares
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais

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

Gláucia Maria da Costa Santana
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador 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

Viviane Tavares Henriques
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Ertulei Laureano Matos
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
Sérgio Bastos Vianna de Souza
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
Kátia Costa Marques de Faria

Membros eleitos

Nelma Gloria Trindade de Lima
Antonio Carlos da Graça de Mesquita
Elizabeth Carneiro de Lima
Carlos Roberto de Castro Jatahy
Marcelo Daltro Leite
Angela Maria Silveira dos Santos
Márcia Maria Tamburini Porto
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Márcio José Nobre de Almeida
Carla Rodrigues Araujo de Castro

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Walberto Fernandes Lima
Luiz Fabião Guasque
Sumaya Therezinha Helayel
Márcio Mothé Fernandes

Pelos Promotores de Justiça

Conceição Maria Tavares de Oliveira
Antônio José Campos Moreira
Flávia de Araujo Ferrer
Cláudio Varela

Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Cláudio Henrique da Cruz Viana
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

Eduadro da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente, Interino

• • •

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

A problemática e os desafios impostos pela pandemia do covid-19, aliados às dificuldades políticas e econômicas pelas quais vem passando a República Federativa do Brasil, compõem um cenário de verdadeiros desafios para a ordem jurídica constituída. Nessa perspectiva, o conhecimento científico-jurídico é fundamental. A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no 81º volume de sua terceira fase, 133º desde o seu surgimento, busca continuar sendo uma arena de debates para os cultores dos mais relevantes temas da ciência jurídica contemporânea.

A seção Doutrina traz para o cotidiano dos nossos leitores teses de indiscutível relevância. É aberta com a homenagem, *in memoriam,* ao Promotor de Justiça Marcelo Lessa Bastos, frequente colaborador da Revista, veiculada no ensaio de autoria do advogado Tiago Reid sobre bem jurídico, deficientes mentais, estupro de vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Outros temas abordados por renomados juristas e estudiosos da área do Direito versam sobre publicidade institucional e a linha divisória entre o dever de informação e a promoção pessoal; o branqueamento de capitais e a advocacia, os deveres de *compliance* e a responsabilização por seu descumprimento; as capacidades institucionais e os caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática; o novo crime de perseguição do art. 147-A do Código Penal (*stalking); a* crítica à solução construída no EAREsp nº 1.255.986/PR, relativa às regras sobre honorários sucumbenciais aplicáveis aos processos iniciados na vigência do CPC-1973, entre outros importantes temas.

No Observatório Jurídico, o jurista e assíduo colaborador de nossa Revista, Ives Gandra da Silva Martins, trata de questões relativas à pandemia e à Constituição, ao passo que o Promotor de Justiça Emerson Garcia, Diretor da Revista, disserta a respeito de fraude na pavimentação de vias asfálticas enquanto ilicitude crônica na realidade brasileira.

No Observatório Filosófico, o Procurador de Justiça Adolfo Borges Filho apresenta suas reflexões sobre a etiologia da expressão *processo kafkiano,* quando utilizada para adjetivar feitos criminais.

O destaque na seção Memória Institucional fica por conta da entrevista com o Procurador de Justiça Jorge Vacite Filho. Nesta edição, inauguramos, ainda, a série de itens documentais destacados pelo Centro de Memória Procurador de Justiça João Marcello de Araújo Júnior, provenientes de seu acervo, iniciando com artigo sobre o livro escrito pelo Defensor Público aposentado Célio Erthal Rocha, intitulado "Um Olhar Sobre o Ministério Público Fluminense".

Na seção Peças Processuais, a prática cotidiana dos membros do Ministério Público é retratada nos seletos arrazoados destacados para esta edição e, na

Jurisprudência, a construção jurídica emanada de recentes julgados dos nossos Tribunais Superiores, de indiscutível relevância, também integram a pauta deste exemplar.

Por fim, resta-nos agradecer aos autores a colaboração e desejar a todos os assinantes uma excelente leitura!

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Marcelo Lessa Bastos – *In memoriam* **19**

Ensaio sobre bem jurídico, deficientes mentais, estupro de vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: Lei nº 13.146/2015 x Lei nº 13.718/2018

Tiago de Lima Santos Reid **21**

Microssistema da tutela coletiva: análise dos meios de consensualidade e da possibilidade de acordo na esfera da improbidade administrativa, com o advento da Lei nº 13.964/2019

Adriana da Silva Clericuzi **37**

Branqueamento de capitais e advocacia: os deveres de *compliance* e a responsabilização por seu descumprimento

Bárbara Dorati Ferrari **69**

Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática

Bruno de Sá Barcelos Cavaco **103**

Princípio da proibição da insuficiência: o dever do Estado de proteção mínima aos direitos sociais fundamentais

Carolina Maria Gurgel Senra **127**

Publicidade institucional: a linha divisória entre o dever de informação e a promoção pessoal

Emerson Garcia **155**

Acordo de Não Persecução Cível – questões procedimentais e processuais

Fabrício Rocha Bastos **167**

Regras sobre honorários sucumbenciais aplicáveis aos processos iniciados na vigência do CPC-1973: uma crítica à solução construída no EAREsp n. 1.255.986/PR

Fredie Didier Jr.
Rafael Alexandria de Oliveira **183**

Agente de Contratação como expoente de Governança na nova Lei de Licitações

Marcela do Amaral B. de Jesus Amado **209**

Improbidade administrativa no Estatuto da Cidade

Renee do Ó Souza
José Vicente Gonçalves de Souza **219**

Sucinta análise sobre o novo crime de perseguição do art. 147-A do Código Penal – *stalking*

Sauvei Lai **239**

Observatório Jurídico

Fraude na pavimentação de vias asfálticas: uma ilicitude crônica na realidade brasileira

Emerson Garcia **251**

A pandemia e a Constituição

Ives Gandra da Silva Martins **257**

Observatório Filosófico

Refletindo sobre a etiologia da expressão *processo kafkiano* adjetivando feitos criminais

Adolfo Borges Filho **263**

Peças Processuais

Parecer

Parecer. Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Ouvidoria-Geral do Ministério Público. Processo administrativo instaurado a partir de requerimento formulado pela Ouvidora-Geral do Ministério Público, no qual solicita orientação acerca de normatização que defina eventual instância revisora da atuação da Ouvidoria.

Emerson Garcia **273**

Peças

Parecer. Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível. Declínio de Atribuição em Matéria Cível. Declinante 7ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa da Cidadania da Capital. Ato praticado pelo Governador do Estado. Ato administrativo complexo. Improbidade administrativa que inicialmente não se vislumbra. Eventual irregularidade deve ser remediada através de ação própria no

âmbito das atribuições do remetente. Parecer no sentido do não acolhimento da promoção de remessa, com vistas à declaração da atribuição da 7ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital.

Marlon Oberst Cordovil **277**

Memória Institucional: Personalidades – História em Destaque

Nota Introdutória **287**

Personalidades

Jorge Vacite Filho: um Humanista no Júri **289**

História em Destaque

Livro "Um Olhar sobre o Ministério Público Fluminense" **307**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus nº 169.417 / São Paulo. *Habeas Corpus*. Desobediência (Art. 330 do Código Penal). Exercício de autodefesa. Inocorrência. Prática de ato atentatório à dignidade da Justiça e responsabilidade do depositário infiel (Art. 77, IV, e §§ 1º e 2º, e Art. 161, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil). Ressalva expressa quanto à aplicação de sanção penal. Independência das instâncias. Tipicidade da conduta. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Possibilidade. Ordem concedida para assegurar a conversão da pena privativa de liberdade.

Primeira Turma, 28/04/2020 ..... **313**

Jurisprudência Cível

Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 787 / Distrito Federal. Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT), contra atos comissivos e omissivos do Ministério da Saúde no que diz respeito à atenção primária de pessoas transexuais e travestis que violam

os preceitos fundamentais do direito à saúde (art. 6º e 196), da dignidade da pessoa humana e da igualdade (art. 5º).

Relator: Ministro Gilmar Mendes, 28/06/2021 ..... **327**

Reclamação nº 48.385 / Minas Gerais. Reclamação Constitucional. Impugnação de decisão de 2ª Instância que determina ao Município de Belo Horizonte a vacinação imediata de adolescente com imunizante da Fabricante Pfizer. Violação aos critérios científicos que orientam o Plano Nacional de Imunização. Impossibilidade de burla da fila de prioridades e escolha da marca da vacina. Manifesta ofensa a precedentes vinculantes do STF firmados na ADPF 754 e na ADI 6362. Necessidade de urgente concessão de efeito suspensivo.

Relator: Ministro Gilmar Mendes, 13/072021 ..... **355**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* nº 130.651 / São Paulo (2020/0175264-3). Agravo Regimental em Recurso Ordinário Constitucional. Pleito de trancamento ou de suspensão da Ação Penal. Medida excepcional. Responsabilidade subjetiva afirmada. Inversão da conclusão da instância local. Revolvimento de fatos e de provas. Não cabimento na via eleita. Discussão do débito tributário em execução fiscal. Garantia integral do crédito tributário. Irrelevância, no caso. Natureza diversa de pagamento voluntário e de parcelamento da exação. Precedentes. Excepcionalidade não demonstrada. Prosseguimento da Ação Penal. Possibilidade. Agravo desprovido.

Sexta Turma, 13/04/2021 ..... **363**

Jurisprudência Cível

Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 60984 / Rondônia (2019/0159256-2). Processual Civil e Administrativo. Recurso em Mandado de Segurança. Concurso público. Delegado de Polícia. Investigação social. Omissão acerca de fatos desabonadores do candidato. Descumprimento do Edital. Não recomendação para o cargo. Legalidade de sua exclusão do certame. Ausência de direito líquido e certo.

Primeira Turma, 03/05/2021 ..... **373**

Conflito de Competência nº 171.987 / São Paulo (2020/0099291-7). Administrativo e Processual Civil. Conflito de Competência. Ações Civis Públicas nas quais se postula determinação de não haver corte do serviço por inadimplência durante a pandemia da covid-19. Decisões contraditórias proferidas por juízos vinculados a Tribunais diversos (Art. 105, I, "d", da CF). Conhecimento. Circunstâncias que

atraem a competência da Justiça Federal. Participação da Anatel (Art. 109, I, da CF). Súmula 489/STJ.

Primeira Seção, 26/05/2021 ..... **385**

Noticiário

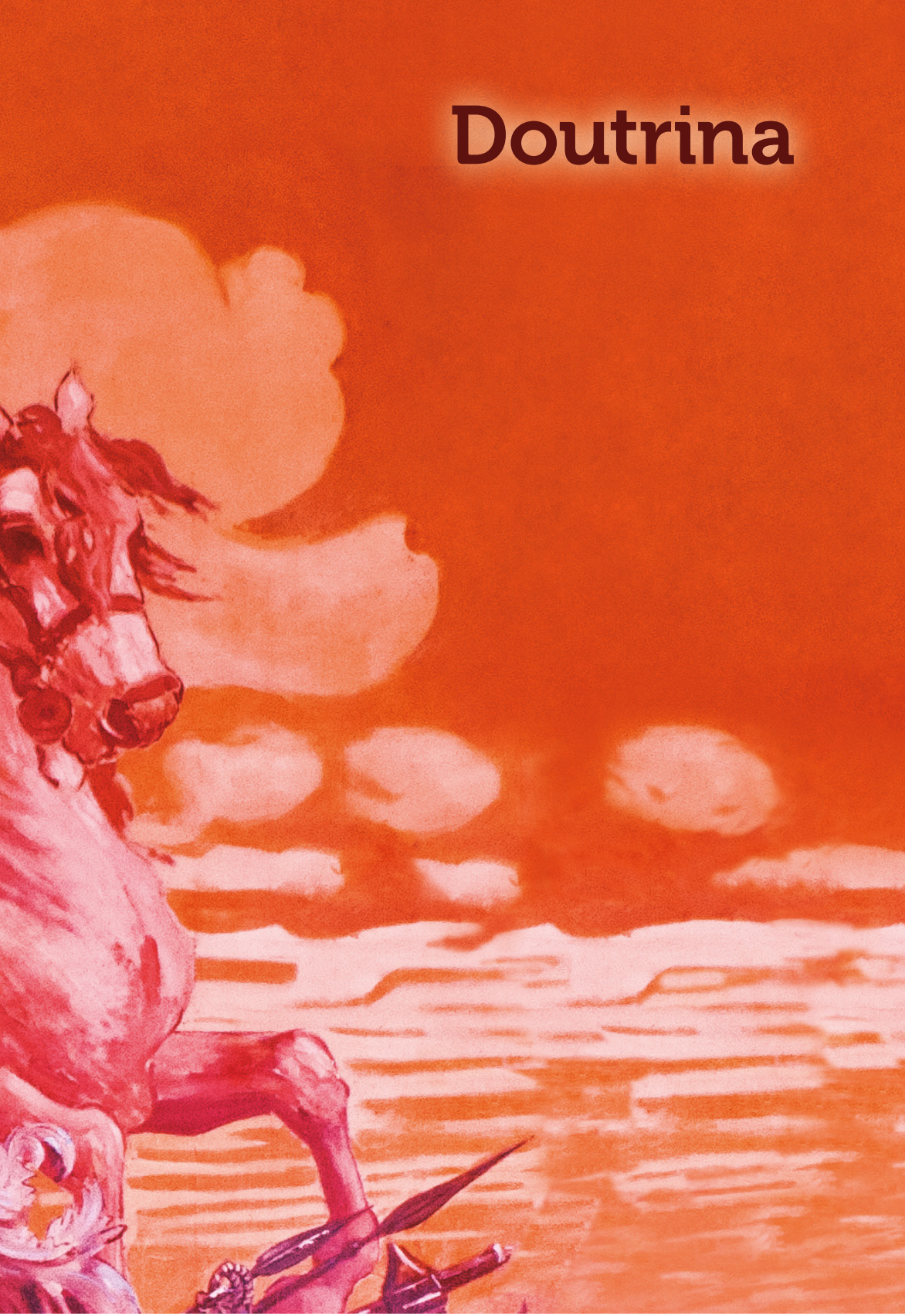
MPRJ empossa novos membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça para o biênio 2021-2023 ..... **409**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **417**

Detalhe da imagem da capa

Book_RMP-81.indb 16 14/12/2021 12:30:36

Doutrina



MARCELO LESSA BASTOS

In memoriam

Marcelo Lessa Bastos foi dono de uma notável carreira jurídica, especialmente dedicada às questões afetas à seara do Direito Penal, tendo sido membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro de 1994 até a sua inesperada partida, em 2021.

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre e Especialista pela Faculdade de Direito de Campos, foi professor universitário, lecionando a disciplina Direito Processual Penal, tanto na graduação como na pós-graduação da Faculdade de Direto de Campos/Centro Universitário Fluminense (UNIFLU/FDC). Foi também Coordenador do Grupo de Pesquisa Interinstitucional em Desenvolvimento Municipal/Regional-ITEP/UENF/UNIFLU, Professor dos cursos de Direito Médico e Perícias Médicas do IPOG e Editor-Chefe da Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos.

Foi Coordenador-Geral Pedagógico do Instituto Superior do Ministério Público, bem como Examinador-titular das Bancas de Direito Penal no XXIX e no XXX Concursos de Ingresso na Classe Inicial da Carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e de Processo Penal no XXXIII e no XXXIV Concursos.

Desempenhou, ainda, os ofícios de Avaliador *ad hoc* do MEC/INEP, para atos regulatórios de autorização de cursos de Direito, e de Consultor *ad hoc* do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP.

Ensaio sobre bem jurídico, deficientes mentais, estupro de vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: Lei nº 13.146/2015 x Lei nº 13.718/2018

"*In memoriam*" ao mestre Marcelo Lessa Bastos

Tiago de Lima Santos Reid*

Sumário

1. Ao mestre Marcelo Lessa Bastos, "*in memoriam*". 2. Introdução. 3. Fundamentos do direito penal democrático: introduzindo a discussão sobre bens jurídico-penais. 4. Controvérsias envolvendo o conceito de bem jurídico. 5. Tomada de posição: panorama sobre o "bem jurídico-penal crítico e liberal". 6. A dimensão teleológica dos tipos penais incriminadores e a teoria da imputação objetiva: o tipo além da mera causação. 7. Inserindo o problema: o Estupro de vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15). 8. Estupro de vulnerável: sentido e alcance do tipo penal. 9. Síntese. Referências.

Resumo

As leis 13.146/2015 e 13.718/2018 trouxeram significativas mudanças no ordenamento jurídico, em especial no Direito e no Processo Penal. Certamente, as mudanças de perspectiva, possíveis controvérsias e as correntes apenas serão assimiladas pela doutrina e pela jurisprudência com o amadurecimento dos temas. Pretendendo contribuir para o debate, o presente trabalho apresentará faces das discussões e, naturalmente, conduzirá às suas conclusões: na parte penal, o estudo buscará a melhor interpretação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1 c/c § 5º, do CP), alinhando o âmbito de proibição aos fundamentos do Direito Penal.

Resumen

Las leyes 13.146 / 15 y 13.718 / 18 trajeron cambios significativos al ordenamiento jurídico, en especial en el Derecho y el Proceso Penal. Ciertamente, los cambios de perspectiva, posibles controversias y las correspondientes respuestas sólo serán asimiladas por la doctrina y la jurisprudencia con la maduración del tema. Por lo tanto, sin pretensión de exaurir el

* Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Especialista em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Professor de Direito Penal do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Advogado.

Book_RMP-81.indb 21 14/12/2021 12:30:37

tema, el presente trabajo presentará las facetas de las controversias y, naturalmente, a sus conclusiones: en la parte penal, el estudio buscará la mejor interpretación del crimen de violación (artigo 217-A, § 1 c/c § 5º, do CP), alineando el ámbito de prohibición a los fundamentos del Derecho Penal.

1. Ao mestre Marcelo Lessa Bastos, "*in memoriam*"

Ainda enlutado pela precoce partida do Prof. Marcelo Lessa Bastos, reuni forças para prestar esta singela homenagem.

Dono de uma personalidade única, Marcelo reuniu, ao longo de sua brevíssima passagem pelo mundo, muitos adjetivos. Para muitos, era irreverente; dedicado; implacável; impecável; duro; intransigível. Para mim, no entanto, era simplesmente "mestre".

Conheci Lessa em 2009, nos bancos de Direito Penal da Faculdade de Direito de Campos. No final da graduação, Marcelo foi orientador da minha monografia, ocasião em que fez questão de enviá-lo para publicação em uma revista jurídica.

Ao final da graduação, Marcelo foi paraninfo da minha turma, tendo proferido discurso emocionado e emocionante[1].

Em 2014, Marcelo me indicou para ser assessor no MPRJ, onde permaneci até 2017, quando pedi exoneração para seguir caminho na advocacia criminal.

Em 2015, Lessa me indicou para ser Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito de Campos (UNIFLU), onde leciono até hoje.

Em 2018, quando escrevi meu primeiro livro, Marcelo foi responsável por escrever o prefácio, que até hoje me arranca lágrimas de emoção[2].

Em 2020, junto com outros amigos, gravamos um curso sobre o Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), cuja densidade teórica foi invejável e, *permissa venia*, incomparável[3].

Você costumava dizer, com a irreverência que lhe era peculiar, que gostaria de advogar comigo quando se aposentasse. Nem mesmo no pior pesadelo imaginamos esse desfecho.

Tenho uma dívida impagável com você, Marcelo. E na tentativa de compensar a reincidência da sua ausência, farei questão de pronunciar seu nome para aqueles que, por brutal e irreparável infelicidade do destino, não tiveram a honra de conhecê-lo.

Uma semana após sua triste partida, lembrei que, em 2018, ficamos de escrever um artigo juntos sobre o art. 217-A, § 5º, CP, quando da introdução da Lei nº 13.718/2018.

---

[1] O discurso pode ser acessado através do seguinte link: https://www.facebook.com/marcelo.lessabastos/posts/607972605953084.
[2] https://www.facebook.com/tdlsantosr/posts/1686660018038463
[3] https://www.facebook.com/marcelo.lessabastos/posts/2684664674950523

Book_RMP-81.indb 22 14/12/2021 12:30:37

Trocamos e-mails, conversamos e traçamos as linhas do artigo. Havíamos combinado que você, Marcelo, escreveria a parte processual penal, enquanto eu a parte penal material.

O artigo nunca chegou a ser publicado, mas como nele há muitas das nossas conversas, pensei que esta seria uma maneira de homenageá-lo.

Devo toda minha carreira a você, mestre. Quanta falta fará. Jamais esquecerei de você. Na tentativa de eternizar seu nome, mestre, anunciarei suas lições, seu modo de enxergar o ensino e sua mensagem. Eu prometo.

Fica aqui uma singela homenagem do seu eterno aluno, escrita com emoção e saudade.

2. Introdução

A expansão do Direito Penal[4] tem sido objeto de constante preocupação dos processualistas penais[5], que têm se socorrido do devido processo legal e da legalidade para conformá-la. Nada obstante a justa preocupação, parece-nos que o principal problema é anterior: refere-se à essência do Direito Penal.

De nada valeria garantir a imparcialidade, a inércia, a congruência entre a acusação e a sentença, a possibilidade recursal, a descrição analítica do crime ou uma justa dosimetria de pena se alguém "é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível"[6].

O Direito Penal jamais alcançará qualquer dos seus objetivos democráticos enquanto seus preceitos forem simplesmente aplicados sob o manto da supremacia legislativa. Afinal, o sistema punitivo não é amálgama heterogêneo de elementos, senão possui uma racionalidade interna que torna suas manifestações dotadas de sentido, apto a diferenciar legalidade e legitimidade; arbítrio e razão.

Inaugura-se, portanto, a presente reflexão com a seguinte pergunta: Que comportamentos pode o Estado proibir? Qual é o valor que fundamenta a aplicação dos preceitos criminais?

---

[4] SILVA SANCHES, Jesús-María. *A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. RT: São Paulo, Trad., Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 3ª Ed., 2013.

[5] Por todos: LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª. ed, 2016.

[6] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luís Greco, 2006, p. 75 e seguintes.

Book_RMP-81.indb 23 14/12/2021 12:30:37

3. Fundamentos do direito penal democrático: introduzindo a discussão sobre bens jurídico-penais[7]

Com frequência, o estudante depara-se com as seguintes assertivas: "o direito penal protege bens jurídicos essenciais ao convívio da sociedade"[8], que constituiria sua "missão precípua, que fundamenta e confere legitimidade ao direito penal"[9].

Abundantes em nossa doutrina[10], essas assertivas prejudicam a compreensão dos fundamentos do Direito Penal, porque pressupõem aquilo que deveriam explicar, estabelecendo um círculo vicioso: Afirma-se o bem jurídico-penal como única manifestação criminal legítima, porém não explica "o que são bens jurídico-penais", fazendo da definição um jogo retórico de palavras.

O mais grave é que, não raras as vezes, esses abertos conceitos transmitem a ideia de que os bens jurídico-penais seriam criados ou deduzidos diretamente da legislação[11].

Ora, se de fato o bem jurídico-penal fosse criado pela lei, não haveria nenhuma outra fonte acima do direito legislado que teria discricionariedade em "identificar" seus bens essenciais sem qualquer controle possível, fomentando uma *autopoiese*[12].

---

[7] Historicamente, a discussão envolvendo a existência de "bens jurídico-penais" como objeto de proteção das normas penais foi introduzida por Birnbaum em 1834. Entretanto, neste trabalho de pesquisa, verificou-se algumas contradições sobre o tema. De um lado, Roxin sustenta que Birnbaum possuía um objetivo antiliberal, pois sustentava, com a ideia do bem jurídico, a legitimidade de crimes contra a religião e a moralidade, divergindo, nesse ponto, de Feuerbach, segundo quem o direito penal deveria proteger direitos subjetivos (ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Marcial Pons: São Paulo, Trad. Alaor Leite, 2014). Por sua vez, Figueiredo Dias aduz que Birnbaum possuía um objetivo liberal: "com ela abranger um conjunto de substratos, de conteúdo eminentemente liberal, que oferecessem base suficiente à punibilidade dos comportamentos que os ofendessem", de sorte que, ao contrário do que sustenta Roxin, não houve discussão com Feuerbach; ao contrário: "daqui até a identificação tendencial da noção de bem jurídico com os direitos subjectivos fundamentais da pessoa individual – que já Feuerbach havia utilizado num contexto análogo e prenunciador – foi só um passo". (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, *Op. Cit*., 4.1, § 17, p. 115)

[8] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral*. Impetus: Niterói, v. 1, 8ª Ed., 2007, p.4.

[9] MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado, parte geral*. Método: Rio de Janeiro, v. 1, 10ª Ed., 2016, p. 10.

[10] Confira-se, a propósito, as seguintes passagens: "Com o direito penal, objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito" (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral*. Impetus: Niterói, 8ª Ed, 2007, p. 4); "bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo valor reconhecido pelo Direito torna-se um bem jurídico" (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal, parte geral*. Saraiva: São Paulo, 21ª Ed, 1998, p. 4); "A missão do direito penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos" (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral*. Saraiva: São Paulo, 16ª Ed., 2012, p. 19); "valores ou interesses reconhecidos pelo direito e imprescindíveis à satisfação do indivíduo ou da sociedade" (MASSON, Cléber. *Direito penal, parte geral*. Forense: São Paulo, 10ª Ed., 2016, p. 9).

[11] Por todos: "a partir da escolha, o bem se transforma em bem jurídico. Dos mais simples aos mais complexos; dos inerentes à natureza humana às criações alternativas da vida moderna; dos ligados à dignidade humana aos vinculados a puros interesses materialistas; todos os bens jurídicos gozam do amparo do direito. Os mais relevantes e preciosos atingem a tutela do Direito Penal, sob a ótica da intervenção mínima". (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Forense: São Paulo, 12ª Ed., 2016, p. 7.

[12] "Um dos principais problemas enfrentados pelos juristas residiu na punibilidade dos juízes que, durante o regime, aplicaram cegamente as leis formuladas à época. Ora, seguindo a lógica positivista, os juízes nazistas haviam exclusivamente aplicado as leis. No entanto, ao contrário de uma ordem jurídica perfeita, imaculada de valores metajurídicos, o resultado obtido exibia um verdadeiro escárnio diante da mais despretensiosa acepção de proporcionalidade, lealdade ou dignidade humana". HASSEMER,

Book_RMP-81.indb 24 14/12/2021 12:30:37

Segundo Hassemer: "Quem não estiver disposto a reconhecer uma diferença entre lei (positiva) e Direito (justo), não consegue discutir o fenômeno, não consegue mesmo vislumbrar como a punibilidade possa ser fundamentada, não consegue sequer ver onde está o problema"[13].

Logo, acima do direito legislado, deveria haver um direito "suprapositivo", cujas bases poderiam servir como fundamento capaz de rejeitar a validade de ilícitos arbitrários manifestados em leis[14].

De fato, nosso Tribunal Constitucional até hoje não reconheceu de maneira séria a necessidade de um bem jurídico-penal crítico e prévio à lei para fundamentar a existência de um tipo penal, aproximando-se, com sorte, do chamado conceito metódico[15].

No entanto, parece haver uma feliz tendência jurisprudencial em reconhecer a necessidade de um bem jurídico-penal como condição da validade e incidência de um tipo[16].

4. Controvérsias envolvendo o conceito de bem jurídico

Quando se sustenta a existência de um "bem jurídico-penal" necessariamente anterior à legislação, faz-se necessário refletir sobre seu conteúdo, declarando positivamente o seu conceito, conteúdo, extensão e efeitos. Deve-se enfrentar, portanto, no mínimo três questionamentos:

1. Existe um conceito unitário de bem jurídico-penal?[17] Isto é: Haveria algo comum nas infrações penais, sendo possível conectá-las a um denominador chamado "bem jurídico-penal"? Seria possível, por exemplo, conduzir a um lugar comum infrações tão distintas como crimes de perigo abstrato (art. 33, 11.343/06) e crimes de dano (art. 121, CP)? Crimes relacionados ao "respeito aos mortos" (art. 209/212, CP) aos crimes contra gerações futuras (art. 25, da Lei 11.105/05)? Lesões contra indivíduos (art. 129, do CP) aos maus-tratos contra os animais (art. 32, 9.605/98)? Crimes com

---

Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream /handle/id/176133/00 0476736.pdf?sequence=3. Acesso em: 23 de abril de 2015, p. 239

[13] HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais*. *Op. cit*., p. 240.

[14] HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais*. *Op. cit*., p. 242

[15] Veja-se: "No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade". (STF - HC: 104467 RS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-044 DIVULG 04-03-2011 PUBLIC 09-03-2011 EMENT VOL-02477-01 PP-00057)

[16] Confira-se: "O bem jurídico tutelado não é a moral pública mas sim a dignidade sexual como, aliás, o é em todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do Código Penal, dentre os quais, o do artigo 229. E o sujeito passivo do delito não é a sociedade, mas sim a pessoa explorada, vítima da exploração sexual". (REsp 1.699.665-PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018)

[17] Sustentando que não seria o objetivo do direito penal proteger bens jurídicos, confira: JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Manole: São Paulo, coleção estudos de direito penal, v. 6, Trad., Maurício Antônio Ribeiro Lopes, 2003, p. 3 e seguintes.

Book_RMP-81.indb 25 14/12/2021 12:30:37

referência pessoal (art. 157, do CP) aos crimes contra bens da comunidade (art. 14, da Lei 10.826/03)?[18]

2. Sendo positiva a resposta anterior, ter-se-ia que enfrentar novo questionamento: o que qualificaria um "bem jurídico-penal"? Veja-se que "essa afirmação faz surgir uma série de problemas, entre os quais se destacam dois: primeiro, o de definição ou demarcação, que é de determinar o que é bem jurídico e qual o alcance do conceito; segundo, o de fundamentação, que é o de explicar de onde a teoria do bem jurídico deriva a sua autoridade"?[19]

3. E quanto à capacidade crítica? Poderia o legislador criminalizar um comportamento pelo simples fato de não desejar que seja praticado[20]? Seria, pois, o conceito de bem jurídico-penal informativo ou eventualmente poderia invalidar tipos penais que não obedecessem à sua conformação?[21]

5. Tomada de posição: panorama sobre o "bem jurídico-penal crítico e liberal"

Partindo de uma visão liberal do contrato social[22], tem-se que "os habitantes de determinado território celebraram um acordo, no qual eles delegam a certos órgãos a garantia de sua convivência. Eles criam uma organização, o Estado, e lhe conferem o direito de obter a proteção dos cidadãos através da emissão e execução de leis penais"[23].

Com efeito, "os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal"[24], de maneira que "como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica" [25].

Assim, seriam "chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sociopolíticas menos gravosas"[26].

---

[18] Defendendo que não: STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general: el hecho punible*. *Op. Cit*., p. 115 e seguintes.

[19] GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Lumen juris: Rio de Janeiro, 2ª Edição, 2016, p. 4.

[20] Em defesa da tese: STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general: el hecho punible*. Editorial Hammurabi: Buenos Aires, Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 4ª Ed., 2005, § 6,7 e 9, P. 115/117.

[21] Panorama da discussão e pontos de vista em: ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I: Fundamentos. La estrutura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas de la 2.ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diáz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Thompson Reuters: España; RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Ed. Trotta, Madrid, 2004; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Parte geral, tomo I. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed., 2007. GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Lumen juris: Rio de Janeiro, 2ª Edição, 2016.

[22] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho*. Fórum: Belo Horizonte, 2ª Ed., 2014, p. 73.

[23] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, Op. Cit., p. 33.

[24] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, *Op. Cit*., p. 32.

[25] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, *Op. Cit*., p. 35.

[26] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, *Op. Cit*., p. 35.

Book_RMP-81.indb 26 14/12/2021 12:30:37

Essa noção de bens jurídico-penais vale para bens individuais ou da coletividade[27], conforme destaca o próprio Claus Roxin:

> Uma sociedade moderna também necessita, p. ex, de uma justiça que funcione e de uma moeda intacta. Daí resulta que, ao lado de bens jurídicos individuais, como vida, saúde, propriedade, patrimônio, também subsistem bens jurídicos da coletividade, como a administração da justiça e a moeda, de maneira que falsas declarações em Juízo e falsificações de moeda são legitimamente incriminadas[28].

Muito além de uma ideia genérica ou um conceito inalcançável, compreender o Direito Penal como protetor de bens jurídicos nesta feição traz repercussões práticas significativas e claras[29-30]:

> O conceito de bem jurídico que aqui se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Ele se diferencia do assim denominado conceito metódico de bem jurídico, segundo o qual como nem jurídico unicamente se deve entender o fim das normas, *a ratio legis*. Este conceito de bem jurídico deve ser rechaçado, pois não aporta nada que vá mais além do reconhecido princípio de interpretação teleológica. (...) Em um Estado Democrático de Direito, do qual parto como ideia diretriz, este Estado só pode consistir em um viver em comunidade de forma pacífica e livre, onde se respeitem os direitos humanos dos membros da sociedade. (...) A proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da Teoria do Injusto. O Direito Penal protege, no marco

[27] "Roxin, pois, afirma que o bem jurídico não se limita a bens jurídicos individuais, abarcando também bens jurídicos da generalidade ou transindividuais. Contudo, faz a ressalva de que neste último caso o bem jurídico resguardado deve ter função social de promover o desenvolvimento individual do cidadão no meio coletivo, como exemplo um sistema monetário saudável. Dessa forma se justificaria a intervenção jurídico-penal" LIMA, Bárbara Carolina de Almeida Mendes. *Do perigo da expansão da norma jurídico-penal e a flexibilização dos princípios orientadores do Direito Penal: um estudo a partir da tentativa de criminalização de movimentos sociais no Brasil*, p. 6. Disponível em <http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a214.pdf>. Acesso em: 19/08/2018.

[28] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Op. Cit., p. 34/35.

[29] Análise em: ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal*. *Op. Cit.*, p. 70 e seguintes.

[30] Naturalmente, contudo, não há aqui uma pretensão matemática: "A noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado. Há, todavia, um consenso relativamente cargo sobre o seu núcleo essencial" DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, *Op. Cit.*, 4.1, § 16, p. 114.

Book_RMP-81.indb 27 14/12/2021 12:30:37

> do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos frente aos riscos não permitidos [31].

De um lado, portanto, legitimam-se tipos penais como o homicídio (art. 121, CP), o porte de arma sem autorização (artigo 14, da Lei 10.826/03), a associação criminosa (art. 288, CPP), o estupro (art. 213, CP), unindo-os ao denominador: assegurar o livre exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, com a consequente preservação do Estado Democrático.

De outro lado, no entanto, consegue-se apontar a ilegitimidade da criminalização de meras imoralidades (artigos 228, 229, 230, do Código Penal); questionar a violação da própria dignidade (art. 122, do Código Penal); bem como questionar normas simbólicas (art. 288-A, do Código Penal[32]) e tipos penais fundados sobre *bens* de abstração impalpável[33], contornando claros limites ao poder punitivo do Estado.

Essas ideias estruturam o Direito Penal em valores democráticos; alinham seus preceitos aos fundamentos do Estado Democrático de Direito; contornam um poder punitivo útil e racional, cônscio da sua função.

6. A dimensão teleológica dos tipos penais incriminadores e a teoria da imputação objetiva[34]: o tipo além da mera causação

Competindo ao direito penal proteger bens jurídicos, deve-se reconhecer, por coerência, que a proibição veiculada na tipicidade incriminadora "não esgota em si, mas porta uma finalidade intrínseca, consistente em evitar que os bens jurídicos sejam colocados em risco em circunstâncias socialmente desaprovadas"[35]:

---

[31] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20, **** e 61.

[32] QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal, parte especial*. Juspodivm: Salvador, 2ª Ed., 2015, p. 1065 e seguintes.

[33] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, *Op. Cit.*, p. 36/53.

[34] Muito se produziu acerca da teoria da imputação objetiva, mas "sem a compreensão necessária sobre o assunto". Consagrados manuais "edificaram a teoria da imputação objetiva como sendo uma teoria de imputação do resultado e outros, como uma teoria de relação de causalidade", de sorte que "concluíram que a teoria seria de pouca serventia no Brasil, desconhecendo (ou confundindo) seus verdadeiros fundamentos e formas de aplicação". (JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 5ª Ed., Trad., André Luís Callegari, prefácio à 2ª Edição, André Luís Callegari, p. 6). Veja-se, por exemplo, que alguns autores chegaram a sustentar que seu nome correto deveria ser "teoria da não imputação objetiva" (?), pois evita a "imputação objetiva do resultado ou do comportamento do tipo penal a alguém" (?) (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral*. *Op. Cit*., p. 246); ou muito menos que a imputação objetiva visaria "verificar se o sujeito deu causa ao resultado sob o ponto de vista físico, naturalístico, ou seja, se o evento pode ser atribuído à conduta, sob o prisma exclusivamente objetivo" (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral*. Saraiva: São Paulo, 16ª Ed., 2012, p. 200). *Data maxima venia*, essas afirmações revelam que, no fundo, não se compreendeu o verdadeiro problema por trás da teoria da imputação objetiva: o alcance e a subsunção do comportamento à parte objetiva do tipo. No mesmo sentido é a crítica de Luís Greco: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva***.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 4ª Ed., 2014, p. 21/22.

[35] SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da imputação objetiva, apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45.

Book_RMP-81.indb 28 14/12/2021 12:30:37

> *El bien jurídico no sólo es uns categoría político-criminal, sino también dogmática, cuya afección resulta indispensable para la determinación del injusto; (...) Como todos los demás elementos típicos, la tipicidade de uma acción concreta ha de ser establecida no solo sobre la base de la causalidade, sino em referencia de ese elemento referencial que es el bien jurídico protegido*[36].

Sendo o tipo penal dotado de sentido, foi necessário desenvolver uma teoria mais apurada acerca da adequação típica com o propósito de alinhá-la ao injusto[37], ou seja, compreender a adequação típica além da mera causação; além da mera realização do verbo típico; pois, em última análise, nem todo resultado naturalístico ofende os bens jurídicos.

Idealizaram-se, assim, pressupostos que pudessem filtrar a subsunção à parte objetiva do tipo, primeira referência para as demais valorações típicas[38]. Logo, a parte objetiva do tipo enriqueceu; deixou de ser compreendida como mero "fazer" ou "não fazer", segundo um simples raciocínio de eliminação hipotética, passando a estar alinhada ao sentido conferido ao bem jurídico e a resolver, desde o tipo objetivo, problemas de imputação sem recorrer à finalidade do agente[39].

Esse foi o propósito da teoria batizada de imputação (subsunção à parte) objetiva (do tipo). "A imputação objetiva, ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do direito penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica, abstraindo de suas variadas manifestações ônticas".

---

[36] RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 66 e 82.

[37] "O injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena, que comportamento é, portanto, legal ou ilegal (...). O primeiro nível *valor ativo* tem por tarefa o controle de comportamentos: ele diz aos cidadãos o que, segundo as regras do direito penal, devem omitir e, em certos casos, fazer, combinando uma valoração com uma diretriz de comportamento" ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luís Greco, 2006, p. 68.

[38] Sobre o tema: REID, Tiago de Lima Santos. *Ação, tipicidade e ilicitude em direito penal*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º 62, 2016, p. 181/207.

[39] Essas ideias representaram um enorme avanço no pensamento jurídico-penal, porque, historicamente, as teorias de natureza causal sustentavam que a parte objetiva do fato típico seria completada pela mera correspondência, segundo a teoria da equivalência dos antecedentes causais. Assim, por exemplo, quem fabricou uma arma usada em um crime teria dado causa a um crime de homicídio. Para fundamentar a óbvia irresponsabilidade penal, socorria-se de outros elementos, à época, presentes na culpabilidade. Contra esse sistema, surgiu o finalismo, mas *o "*grande progresso que trouxe a teoria finalista da ação limita-se, porém, ao tipo subjetivo. Para a realização do tipo objetivo, considera ela suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência". Continuava-se tentando resolver os problemas de imputação com a sobrecarga à parte subjetiva do tipo. Por exemplo: Imagine que um indivíduo compre e presenteie seu desafeto com uma passagem aérea na esperança que o avião caia; nesse cenário, sem qualquer interferência do comprador da passagem, o avião cai e o desafeto morre. Nesse caso, os finalistas tentaram resolver o problema de imputação aduzindo que o tipo objetivo ("matar alguém") estaria preenchido, negando, porém, o dolo. Para tanto, afirmaram que o dolo pressupõe determinado domínio do fato ("antecipação biocibernética"), de forma que o exemplo dado cuidaria "de não mais que um desejar, nunca de uma vontade direcionadora" ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. *Op. cit*., p. 115/116.

Book_RMP-81.indb 29 14/12/2021 12:30:38

Assim, a teoria da imputação objetiva transferiu o "ponto de gravidade" dos problemas de imputação da parte subjetiva para a parte objetiva do tipo, proclamando que a subsunção ao comportamento previsto na lei não consiste em uma adequação mecânica; automática; naturalística, mas deve estar conectada ao sistema de proteção do bem jurídico.

Concretamente, segundo esse sistema, a adequação ao tipo objetivo apenas ocorreria quando[40] fosse criado um risco não permitido; ocorresse a concretização do risco não permitido no resultado; realização do resultado dentro do alcance do tipo:

> A teoria da imputação objetiva confere ao tipo objetivo uma importância muito maior do que ele até então tinha, tanto na concepção causal, como na final. Enquanto os finalistas consideram ação de matar unicamente o direcionamento consciente do curso causal no sentido da morte, de acordo com a concepção aqui defendida, toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar, e isto também quando ela não for dolosa. O dolo não é algo que cria a ação de matar, mas algo que pode nela existir ou estar ausente. Enquanto os finalistas não consideram o homicídio culposo uma ação de matar — apesar de uma causação punível de uma morte —, para a teoria da imputação objetiva são justamente o homicídio, a lesão etc. culposos que constituem o protótipo da ação de homicídio ou de lesão. Só por causa disso, o ponto de gravidade do delito já se desloca para a face objetiva do tipo[41].

Compreendida, portanto, "como um filtro da tipicidade objetiva, resolve vários problemas dentro da teoria do delito e isso só não enxerga aquele que não tem disposição para uma correta leitura sobre suas bases e fundamentos"[42].

7. Inserindo o problema: o Estupro de vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15)

Visando proteger o bem jurídico da dignidade sexual, o legislador estabeleceu diversos níveis de tutela: protege-se a "escolha e a liberdade sexual" através do crime de estrupo (art. 213, CP); protege-se a "escolha consciente" através da violação sexual mediante fraude (artigo 215, CP); protege-se de "coações no trabalho" através do assédio sexual (artigo 216-A, CP).

---

[40] Linhas mestras em: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 104 e seguintes.
[41] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 79.
[42] JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 5ª Ed., Trad., André Luís Callegari, prefácio à 2ª Edição, André Luís Callegari, p. 6.

Book_RMP-81.indb 30 14/12/2021 12:30:38

Além desses, o legislador brasileiro ainda estabeleceu uma proteção especial destinada aos vulneráveis[43]: pontualizando a questão no art. 217-A, CP, entendeu-se que os menores de 14 anos (*caput*), os deficientes mentais (§ 1º) e aqueles que não podem exprimir sua vontade (§ 1º) devem ser especialmente protegidos, presumindo sua incapacidade absoluta para consentir validamente na prática do ato sexual.

Diz-se "presumindo sua incapacidade absoluta" porque a Lei 13.718/2018 acrescentou o § 5º ao art. 217-A, CP, determinando que "as penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime".

Procurou, pois, a legislação estabelecer uma espécie de "presunção absoluta de vulnerabilidade" em todas as espécies do estupro de vulnerável.

Nada obstante, essa redação faz nascer uma aparente contradição: O artigo 6º, da Lei 13.146/15 (Estatuto da Inclusão da Pessoa com Deficiência) garante aos deficientes mentais a capacidade para "casar-se e constituir união estável", bem como "exercer direitos sexuais e reprodutivos".

Logo, nada mais natural do que levantar o seguinte questionamento: Como é possível harmonizar a *presunção absoluta* de estupro de vulnerável dos deficientes mentais (artigo 217-A, § 1º c/c § 5º, do CP) com os *direitos* previstos no artigo 6º, da Lei 13.146/15 (Estatuto da Inclusão da Pessoa com Deficiência)?

A resolução do problema levantado está muito longe de qualquer simplicidade:

De um lado, partindo da premissa que a adequação ao tipo objetivo reclama a realização de um *risco não permitido*, não se pode crer que o exercício regular dos direitos previstos na Lei 13.146/15 poderia ensejar a prática de estupro de vulnerável.

Parece esdrúxulo pensar que, hipoteticamente, dois deficientes possam se casar, constituir família e, a pretexto de exercerem os direitos sexuais conferidos pela Lei 13.146/15, possam estuprar e serem estuprados, ficando sujeitos às consequências penais (art. 225, CP).

De outro lado, no entanto, não se pode esvaziar completamente o tipo penal, considerando que, dependendo da natureza da doença mental, nem todos deficientes possuem "capacidade de avaliação", podendo compreender, desejar e consentir na prática do ato sexual.

Pelo exposto, verifica-se que o problema vai além de sustentar que a Lei 13.146/2015 prevalece ou é vencida pela presunção prevista artigo 217-A, § 5º, CP. Logo, pergunta-se: como deve ser feita a análise da adequação típica?

8. Estupro de vulnerável: sentido e alcance do tipo penal

Ao descrever um comportamento típico, o legislador não positiva um modelo puramente teórico, mas parte do mundo concreto, de um fato reiterado das interações

[43] Título VI; Capítulo II; Código Penal.

Book_RMP-81.indb 31 14/12/2021 12:30:38

humanas, conferindo a essa demanda social uma solução penal. Afinal, "o direito penal não cria condutas humanas, mas apenas as seleciona, atribuindo-lhes determinado valor"[44]:

> No momento da criação da regra jurídica, o legislador ao formular o modelo jurídico abstrato não paira nas alturas de uma construção meramente teórica, mas parte de dados de realidade, de um fato reiterado, de uma situação conflituosa real sobre a qual cabe impor uma solução justa. Assim, o legislador perscruta essa realidade relevante repetidamente ocorrida para definir quais os seus elementos básicos característicos. Desse modo, reproduzindo uma expressão de Engisch, o legislador caminha do real ao real por via do abstrato, ou seja, colhe da realidade os dados com que constrói o modelo, o qual se amolda ao comportamento futuro, pela presença no fato concreto dos dados elementares invariáveis descritos na norma. (...) A estrutura normativa não brota de elucubração do legislador, mas nasce de uma tensão própria da tarefa de, a partir do real, do concreto, formular um paradigma, um modelo de ações previsíveis. No dizer de Mackinney, "o tipo constituído é uma simplificação do concreto"[45].

Portanto, quando o legislador tipificou o crime de estupro de vulnerável para a proteção dos deficientes (art. 217-A, § 1º, do CP), não estava exercendo um indesejável paternalismo[46], escolhendo arbitrariamente quem poderia e quem não poderia realizar comportamentos sexuais.

Na realidade, buscando proteger um bem jurídico-penal, a intervenção penal busca proteger um grupo especial, cuja proteção poderia ser justificada e legitimada perante um conceito crítico e racional de bem jurídico: buscou-se, a rigor, proteger os doentes mentais *que são vulneráveis*. Este é o bem jurídico protegido pelo tipo penal (art. 217-A, CP).

Sendo assim, a resolução para a *vexata quaestio* não encontrará resolução abstrata (se é lícito ou não realizar atos sexuais), mas na demonstração de violação ao bem jurídico protegido.

A afetação ao bem jurídico deverá ser instrumentalizada através da mencionada *teoria da imputação objetiva*, que buscará alinhar o âmbito de proibição (injusto típico) ao sistema de proteção de bens jurídicos[47]. Dessa maneira, tem-se que apenas ocorrerá

---

[44] SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. *Op. cit.*, p. 33.
[45] REALE JUNIOR, Miguel. *A culpabilidade e o drama do Lord Jim*. Disponível em: www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_05_04341_04367.pdf. Acesso em: 15 de dezembro de 2013.
[46] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Op. Cit., p. 45.
[47] Remeto o leitor aos comentários sobre a teoria da imputação objetiva no capítulo anterior.

Book_RMP-81.indb 32 14/12/2021 12:30:38

subsunção à parte objetiva do tipo de estupro de vulnerável com a criação de um risco proibido ao bem jurídico da vulnerabilidade.

Essa afirmação faz surgir uma pergunta: de que maneira ou com que material a teoria da imputação objetiva trabalharia para cumprir o seu propósito? Responde-se: Através da instrução criminal, que possuiria um sentido e objetivo especial: provar a *vulnerabilidade*, bem jurídico da tipicidade incriminadora.

Com efeito, a intervenção penal apenas alcançará seu objetivo quando comprovar, em concreto, que determinado deficiente mental necessita da tutela especial do Direito Penal, adequando-se à *vulnerabilidade*, elemento que conduziu o legislador à proteção do bem jurídico.

Ao contrário, meras realizações do verbo típico sem a *vulnerabilidade* não encontrarão adequação ao tipo objetivo, pois a teoria da imputação objetiva impediria seu aperfeiçoamento, ainda que, no plano naturalístico, fossem realizados seus elementos.

9. Síntese

Ante o exposto, conclui-se a parte penal da seguinte maneira:

1. Na democracia, o Poder Punitivo deve estar sempre vinculado à proteção de bens jurídicos, conceituado criticamente como a preservação da organização Estatal; do pleno exercício dos direitos e das liberdades fundamentais; a coexistência e o livre desenvolvimento das pessoas, bem como os valores e demais pressupostos para a manutenção do Estado Democrático de Direito que não possam virtualmente ser defendidos por meios menos incisivos.

2. Cabendo ao Direito Penal proteger bens jurídico-penais, a adequação típica aos modelos penais deve ser compreendida além da mera causação, ou seja, da realização dos seus elementos. Buscando alinhar o âmbito da proibição ao bem jurídico, a imputação à parte objetiva do tipo reclama a observância de determinados pressupostos: criação de um risco não permitido; a concretização do risco não permitido no resultado; a realização do resultado dentro do alcance do tipo.

3. O bem jurídico protegido pelo crime previsto no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal é a dignidade sexual dos vulneráveis; não um paternalismo desmedido contra os deficientes, que possuem direitos sexuais garantidos pelo novo Estatuto da Inclusão (Lei 13.146/15).

4. A mera realização do verbo e dos elementos do art. 217-A, § 1º, CP não enseja automaticamente na prática do crime de estupro de vulnerável, considerando que a teoria da imputação (à parte) objetiva (do tipo), alinhando a proibição ao bem jurídico, exige que seja provada a vulnerabilidade, bem jurídico protegido.

5. Havendo prova da vulnerabilidade, não há que se cogitar em exercício regular de um direito (Art. 6º, da Lei 13.146/15), mas perfeita imputação objetiva ao tipo penal incriminador.

Book_RMP-81.indb 33 14/12/2021 12:30:38

6. Em sentido contrário, não havendo prova da vulnerabilidade, a hipótese deve ser compreendida como a realização de um *risco permitido*, considerando as prerrogativas conferidas pelo Art. 6º, da Lei 13.146/2015.

Referências

a) Parte penal:

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral*. Saraiva: São Paulo, 16ª Ed., 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais: a doutrina geral do crime***.** Parte geral, tomo I. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed., 2007.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva***.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 4ª Ed., 2014.

_____; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Lumen juris: Rio de Janeiro, 2ª Edição, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral*. Impetus: Niterói, v. 1, 8ª Ed., 2007.

HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha no pós-guerra*. Trad., Carlos Eduardo Vasconcelos. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176133. Acesso em 01/07/2017.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 5ª Ed., Trad., André Luís Callegari, prefácio à 2ª Edição, André Luís Callegari.

_____. *Sociedade, norma e pessoa*. Manole: São Paulo, coleção estudos de direito penal, v. 6, Trad., Maurício Antônio Ribeiro Lopes, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processo Penal***.** São Paulo: Saraiva, 13 ed., 2016.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado, parte geral*. Método: Rio de Janeiro, v. 1, 10ª Ed., 2016.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Juspodivm: Salvador, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal, parte especial*. Juspodivm: Salvador, 2ª Ed., 2015.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Ed. Trotta, Madrid, 2004.

REID, Tiago de Lima Santos. *Ação, tipicidade e ilicitude em direito penal*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º 62, 2016.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I: Fundamentos*. *La estrutura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas de la 2.ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón

Book_RMP-81.indb 34 14/12/2021 12:30:38

Peña, Miguel Diáz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Thompson Reuters: España.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luís Greco, 2006.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Marcial Pons: São Paulo, Trad. Alaor Leite, 2014.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Bases críticas do direito criminal*. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da imputação objetiva, apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. São Paulo: Direito, 2001.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho*. Fórum: Belo Horizonte, 2ª Ed., 2014.

SILVA SANCHES, Jesús-María. *A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. RT: São Paulo, Trad., Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 3ª Ed., 2013.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general: el hecho punible*. Editorial Hammurabi: Buenos Aires, Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 4ª Ed., 2005.

Superior Tribunal de Justiça, REsp 1480881 / PI, RECURSO ESPECIAL 2014/0207538-0, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 26/08/2015, Data da Publicação/Fonte DJe 10/09/2015.

Book_RMP-81.indb 35 14/12/2021 12:30:38

Microssistema da tutela coletiva: análise dos meios de consensualidade e da possibilidade de acordo na esfera da improbidade administrativa, com o advento da Lei nº 13.964/2019[1]

Adriana da Silva Clericuzi*

Sumário

1. Introdução. 2. Panorama da consensualidade no direito brasileiro. 3. Instrumentos de consensualidade no âmbito do microssistema da tutela coletiva. 3.1 Recomendação. 3.2 Termo de Ajustamento de Conduta. 4. Acordo de não persecução cível e a extensão dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência para a esfera cível. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo visa apresentar os meios de resolução consensual de conflitos no âmbito do microssistema da tutela coletiva, assim como as controvérsias existentes, trazendo uma visão panorâmica da consensualidade no direito brasileiro, como forma de diminuição da litigiosidade. Nesse sentido, a pesquisa aborda sobre os institutos da recomendação, do termo de ajustamento de conduta ("TAC") e, em especial, do acordo de não persecução cível, criado com o advento da Lei nº 13.964/2019, abordando sobre os mecanismos utilizados visando a operacionalização do referido instituto, haja vista a ausência de requisitos objetivos em lei. Ainda trata da possibilidade de aplicação da colaboração premiada e do acordo de leniência no âmbito cível. Para tanto, a pesquisa se vale de uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e legislativa, por meio de consulta de livros, artigos científicos, legislação, jurisprudência sobre o tema e vídeo publicado no *YouTube*.

Abstract

This article aims to present the means of consensual resolution of conflicts within the microsystem of collective protection, as well as the existing controversies, bringing a panoramic view of consensuality in Brazilian law, as a way of reducing litigation. In this

---

[1] Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Políticas Públicas e Tutela Coletiva do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso - IERBB/MPRJ. Orientador: Prof. Fabrício Bastos.

* Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso – Escola de Governo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – IERBB/MPRJ. Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Book_RMP-81.indb 37 14/12/2021 12:30:38

sense, the research addresses the institutes of the recommendation, the conduct adjustment term ("TAC") and, in particular, the civil non-prosecution agreement, created with the advent of Law No. 13.964/2019, addressing the mechanisms used aiming at operationalization of said institute, given the absence of objective requirements in law. It also deals with the possibility of applying the awarded collaboration and the leniency agreement in the civil scope. To this end, the research uses a methodology based on bibliographic and legislative research, through consultation of books, scientific articles, legislation, jurisprudence on the topic and video published on YouTube.

Palavras-chave: Recomendação. Termo de Ajustamento de Conduta. Acordo de não persecução cível. Colaboração Premiada. Acordo de Leniência.

Keywords: *Recommendation. Conduct adjustment Term. Civil non-prosecution agreement. Awarded Collaboration. Leniency Agreement.*

1. Introdução

O aumento da judicialização somado à insuficiência da lógica adversarial tradicional, fez com que no decorrer dos anos os operadores do direito se apropriassem cada vez mais dos métodos de autocomposição para resolução de conflitos, visando a redução da litigiosidade e, dependendo do caso concreto, servindo como mecanismo mais adequado para garantir um resultado mais célere e efetivo.

Nesse sentido, o presente trabalho iniciará trazendo uma visão panorâmica da consensualidade no direito brasileiro, abordando de maneira objetiva sobre os normativos que inauguraram a autocomposição no ordenamento jurídico brasileiro e a sua evolução nas esferas cível, administrativa e penal.

Em seguida, a pesquisa aborda sobre os meios de resolução consensual de conflitos, particularmente, no âmbito do microssistema da tutela coletiva, limitando-se a tratar dos institutos da *recomendação* e do *termo de ajustamento de conduta*, versando acerca do marco legal de cada instituto, sua natureza jurídica, o objeto de cada mecanismo de autocomposição, qual(ais) os legitimados para a sua utilização, momentos nos quais podem ser utilizados e eventuais controvérsias.

Por conseguinte, será apresentado o *acordo de não persecução cível*, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime, o qual alterou a redação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, tema novo ainda pouco debatido no direito brasileiro, muito embora tenha sido bem criticado, devido à ausência de lei prevendo os requisitos objetivos, visando a sua operacionalização.

Contudo, veremos que, com a aplicação das normas do microssistema do patrimônio público e combate à corrupção, tal "silêncio legislativo" não será óbice para

Book_RMP-81.indb 38 14/12/2021 12:30:38

a aplicação do *acordo de não persecução cível*, até que advenha norma regulamentando o respectivo instrumento.

Outrossim, analisaremos a possibilidade de extensão dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência para a esfera cível, de modo a compatibilizar a utilização dos instrumentos e evitar incongruências.

Por fim, para elaboração do presente trabalho foi realizada a metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e legislativa, por meio de consulta de livros, artigos científicos, legislação, jurisprudências sobre o tema e vídeo publicado no *YouTube*.

2. Panorama da consensualidade no direito brasileiro

Verifica-se que ao longo dos anos a decisão judicial não vem se mostrando como o único meio de se afastar a lesão ou ameaça de lesão a interesses transindividuais, tampouco o meio mais adequado, efetivo e tempestivo para salvaguardar tais interesses, surgindo a necessidade de ressignificar a tutela jurisdicional contemporânea.

Nessa linha, sempre que possível, o conflito de interesses deve ser dirimido amigavelmente, em proveito da concretização do acesso a uma ordem jurídica justa – não há real acesso à justiça sem resolução célere de conflitos -, da redução da judicialização de controvérsias e da pacificação social, mostrando-se como uma forma muito mais adequada de lidar com um conflito.[2]

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988, por meio do seu preâmbulo, declarou o compromisso "na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias"[3], trazendo a ideia de que a consensualidade é um objetivo a ser sempre perseguido. Assim, Emerson Garcia assevera que a consensualidade:

> Contribui para harmonizar e pacificar as relações sociais; atenua a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito; acarreta a redução dos custos, inerentes à longa tramitação de certas relações processuais, administrativas ou judiciais; e tende a aumentar os índices de satisfação dos envolvidos, que ganham em certeza e celeridade, em patamares sensivelmente superiores àqueles que obteriam ao fim da relação processual. [4]

Posteriormente, no campo infraconstitucional, a Lei nº 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), introduziu no direito brasileiro o compromisso de ajustamento de conduta, apesar de restrito aos direitos das crianças e dos adolescentes,

[2] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020, p. 264/265.
[3] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br/ccivil _03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05/01/2021.
[4] GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro:* potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 66, out./dez. 2017, p. 36.

Book_RMP-81.indb 39 14/12/2021 12:30:38

por força do art. 211: "Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial."

Em seguida, a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), com base no seu art. 113, inseriu tardiamente o §6º[5] ao art. 5º da Lei n.º 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública (LACP), permitindo a utilização do compromisso de ajustamento de conduta para quaisquer interesses difusos e coletivos.

Tem-se, ainda, a Lei nº 12.529/2011 – Lei do Sistema de Defesa da Concorrência[6], a qual prevê um tipo específico de compromisso de ajustamento de conduta, nomeado como "compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos efeitos lesivos", a ser tomado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em casos de infrações à ordem econômica.

A Lei nº 6.385/1976 – Lei do Mercado de Capitais com as suas alterações[7], também trouxe instrumento parecido, direcionado aos infratores das regras relacionadas ao mercado de valores mobiliários, tendo como pré-requisito a colaboração do infrator para a identificação dos demais envolvidos e a colheita de provas, sendo necessária a confissão da prática do ilícito. [8]

No plano do direito regulador, percebe-se uma ampla liberdade das agências reguladoras, quando da aplicação de sanções que se mostrem mais compatíveis com o grau de lesividade da conduta ilícita praticada pelo agente. As lacunas legislativas não têm impedido que tais agências editem normativos infralegais, estabelecendo a possibilidade de celebração de ajustes, os quais pelo menor caráter impositivo ou maior potencial de satisfação, tem sido designado de *soft regulation* (regulação fraca) por parcela da doutrina.[9]

Como exemplos, temos o art. 21, da Resolução Normativa nº 63/2004, editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que previu a possibilidade de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta; os arts. 83 a 87, da Resolução nº 3.259/2014, editada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); o art. 1º e seguintes, da Resolução nº 629/2013, da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS),

---

[5] Art. 5º, § 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL. *Código de defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 05/01/2021).

[6] BRASIL. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 06/01/2021.

[7] BRASIL. *Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 04/02/2021.

[8] GARCIA, Emerson. Op. Cit., p. 46.

[9] Ibidem, p. 46.

Book_RMP-81.indb 40 14/12/2021 12:30:38

sendo a única agência reguladora, no âmbito do direito sancionador, a ter norma legal expressa tratando da consensualidade, qual seja, arts. 29 e 29-A da Lei nº 9.656/1998.[10]

Ademais, a Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil[11], potencializou a importância do diálogo, prevendo expressamente o estímulo à conciliação, à mediação e aos métodos de resolução consensual de conflitos. Além da provável conformação dos conflitos de natureza coletiva à figura das convenções processuais, tendo grau de incidência amplo e atipicamente estendido pelo respectivo art. 190, *caput*.[12]

Outrossim, a publicação da Lei nº 13.140/2015[13] foi o marco legal da mediação, tratando do tema de forma independente, de modo que a consensualidade passou a nortear o processo civil, incluindo a Administração Pública.[14]

Vale ressaltar, a previsão constante no art. 26 (inserido nos idos de 2018), do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)[15], o qual dispõe sobre a possibilidade de celebração de compromisso de interesses no âmbito da Administração Pública. Juliana Banacorsi de Palma cita diversos exemplos de acordos no âmbito da Administração Pública:

> Hoje são vastos os exemplos: acordos substitutivos de processo sancionador ou de sanção por compromissos (notadamente de investimento); acordos integrativos, por meio dos quais se negocia o conteúdo da decisão unilateral final da Administração Pública; acordos processuais, análogos à figura do negócio jurídico processual previsto no novo Código de Processo Civil; acordos de colaboração, destinados à obtenção de provas e informações que melhorem

---

[10] Ibidem, p. 46/47.

[11] BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05/01/2021.

[12] PINHO. Humberto Dalla de Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017, p. 173.

[13] BRASIL. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.140%2C%20DE%2026%20DE%20JUNHO%20DE%202015.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20entre,o%20%C2%A7%202%C2%BA%20do%20art>. Acesso em 06/01/2021.

[14] GARCIA, Emerson. Op. Cit., p. 36.

[15] Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. § 2º (VETADO). (BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 09/01/2021).

Book_RMP-81.indb 41 14/12/2021 12:30:38

> os processos punitivos, como o acordo de leniência; acordos de rescisão contratual, como os recentemente disciplinados na Lei de Relicitações (Lei 13.448/2017) etc. (…) Trata-se simplesmente de conferir um tratamento jurídico mais adequado ao permissivo genérico já existente na Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 5º, §6º, trazendo maior segurança aos gestores sobre a viabilidade jurídica do consenso em sua repartição pública e segurança aos particulares quanto às cláusulas negociadas.[16]

Seguindo a mesma trilha, no âmbito do Ministério Público brasileiro, existem alguns normativos que trazem expresso incentivo à autocomposição e à atuação resolutiva, objetivando a prevenção e redução da litigiosidade, tais como, o Acordo de Cooperação Técnica 14/2012[17], a Resolução CNMP nº 118/2014[18], a Recomendação CNMP nº 54/2017[19] e a Resolução CNMP nº 179/2017[20].

O art. 1º, §2º, da Resolução CNMP nº 179/2017, também prevê a viabilidade da utilização do compromisso de ajustamento de conduta na seara da improbidade administrativa, de acordo com a conduta ou ato praticado, sendo que naquela época sequer havia lei tratando sobre o tema da consensualidade nesse particular, considerando que o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 vedava, expressamente, a transação, o acordo ou a conciliação nas ações que visassem a responsabilização de agentes públicos pelos atos ímprobos.

---

[16] PALMA. Juliana Bonacorsi de. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas*. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 08/01/2021, p. 19.

[17] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Acordo de Cooperação Técnica 14/2012*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/acordo_cooperacao_CNMP-MJ.pdf>. Acesso em: 02/02/2021.

[18] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Dispõe sobre a Politica Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências*. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 01/02/2021.

[19] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro*. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 01/02/2021.

[20] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em 02/02/2021.

Book_RMP-81.indb 42 14/12/2021 12:30:38

Tal situação, no âmbito do direito sancionador extrapenal[21], veio a ser alterada com o advento da Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime[22], a qual modificou a redação do §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA), admitindo a celebração do denominado *acordo de não persecução cível*, além da inclusão do §10-A ao respectivo artigo, de modo a permitir que nas hipóteses da possibilidade de resolução consensual, as partes podem requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, no período não superior a 90 (noventa) dias.

Do mesmo modo, a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Empresarial, que em seu art. 16[23] trouxe a disposição sobre o *acordo de leniência* no âmbito do processo administrativo sancionador, tendo como principal objetivo amenizar as consequências provenientes do ilícito cometido, desde que haja a colaboração do respectivo autor, para os atos tipificados em seu art. 5º, assim como no art. 17 há a previsão da celebração do *acordo de leniência* com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações.

Por fim, no âmbito do direito penal, é possível identificar a consensualidade em diversos normativos, como, por exemplo, Lei nº 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos – o agente recebe um benefício penal, concernente à redução da pena, mediante o fornecimento de informações que culminarão num efeito útil, sendo denominado como "delação premiada"; Lei nº 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; Lei nº 12.850/2013 – Lei das Organizações Criminosas; Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Empresarial; Lei nº 9.080/1995 – acrescentou dispositivos à Lei nº 7.492/1986 – Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional; Lei nº 9.613/1988 – Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro; Lei nº 11.343/2006 – Lei de Drogas; e a Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime, a qual prevê o denominado *acordo de não persecução penal*.

---

[21] Emerson Garcia assevera que o direito sancionador brasileiro, de natureza estatal, divide-se em penal e extrapenal. O primeiro, trata da estatuição e das consequências jurídicas decorrentes da prática de uma infração penal. O segundo, por sua vez, de contornos muito mais amplos, é individualizado por exclusão: suas sanções regra geral, alcançam uma pluralidade de bens jurídicos, que não a liberdade, e podem ser igualmente aplicadas por órgãos não jurisdicionais. Ainda, pode-se falar do *direito sancionador extrapenal de natureza judicial*, no qual são aplicadas sanções que restringem a esfera jurídica individual, assumindo contornos cíveis *lato sensu*. Essas sanções coexistem com as cominações cíveis *stricto sensu*, classicamente reconduzíveis ao dever de recomposição do *status quo* (v.g.: dever de reparar e de devolver), que não configuram, em sua essência, verdadeira sanção (grifos nossos). (GARCIA, Emerson. Op. Cit., p. 31/32).

[22] BRASIL. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6>. Acesso em 02/02/2021.

[23] Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar *acordo de leniência* com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei *que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: (grifos nossos)*. (BRASIL. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 02/02/2021).

Book_RMP-81.indb 43 14/12/2021 12:30:38

3. Instrumentos de consensualidade no âmbito do microssistema da tutela coletiva

A consensualidade traz a ideia de convergência de vontades em prol de um interesse comum, sendo dividida em *submissão*, *plena transação e modelos híbridos*, conforme os ensinamentos de Emerson Garcia:

> *Na submissão*, um dos acordantes se submete às diretrizes estabelecidas pelo outro. Tanto pode decorrer de uma opção do submisso como estar vinculada ao desequilíbrio de forças, o que é mais comum. (…) A submissão é o modelo mais adotado quando presente a indisponibilidade do interesse. Nesse caso, há uma espécie de norma-quadro, à qual devem ajustar-se os pactuantes.
>
> *Na plena transação*, os pactuantes, numa posição de total igualdade formal e material, acordam livremente direitos e obrigações, instrumentalizando-os da forma que melhor lhe aprouver. Encontra-se alicerçada no livre exercício da autonomia da vontade, que não sofre a influência de qualquer limitador passível de comprometer a sua exteriorização. Esse modelo, como é perceptível, mostra-se de todo incompatível com a indisponibilidade, total ou parcial, dos interesses envolvidos. Afinal, a indisponibilidade limita o acordo passível de ser realizado.
>
> Além desses modelos extremos, é possível nos depararmos com uma pluralidade de modelos intermediários. *São modelos híbridos*, em que determinados aspectos do acordo somente admitem a submissão e em outros prepondera a transação. (…) Em ambos os casos, como se percebe, uma parte do ajuste somente se compatibiliza com a submissão de um dos pactuantes às diretrizes estabelecidas pelo outro pactuante ou decorrentes da própria ordem jurídica.[24] (grifos nossos)

Os instrumentos de redução da litigiosidade são vias alternativas à jurisdição estatal, sendo também aplicáveis à solução dos litígios coletivos, por intermédio do denominado *sistema multiportas*, haja vista que poderão ser utilizados como formas extrajudiciais (sem judicialização das questões) ou extraprocessuais (sem a necessária existência da relação jurídica processual).[25]

[24] GARCIA, Emerson. Op. Cit., p. 30.
[25] BASTOS, Fabrício. *Curso de Processo Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 489.

Book_RMP-81.indb 44 14/12/2021 12:30:38

3.1. Recomendação

Em algumas hipóteses, a consensualidade pode visar tão somente a cessação de uma prática ilícita ou ao aperfeiçoamento de uma atividade, sem qualquer referência no campo do direito sancionador, por vezes, objetivando evitar a prática de um ilícito passível de sanção.[26]

Dessa forma, temos a *recomendação,* que é um dos instrumentos de atuação extrajudicial e de uso exclusivo do Ministério Público brasileiro, tendo caráter preventivo ou repressivo, assim como formal, por meio do qual o remetente expõe as razões de fato e jurídicas sobre uma situação específica, objetivando convencer o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, conceito esculpido no art. 1º, da Resolução CNMP nº 164/2017[27].

Conforme assevera o professor Landolfo Andrade, a comentada Resolução foi resultado de uma grande pressão exercida pelos altos escalões da Administração Pública, que rogavam pela regulamentação do instrumento chamado *reclamação*, em virtude da atuação de alguns membros do *Parquet* que a utilizariam para coibir a atuação dos agentes públicos a agirem de acordo com os seus entendimentos, sob ameaça de, não o fazendo, serem processados por crimes ou atos de improbidade. O professor entende que a resposta do CNMP foi bem equilibrada.[28]

Tal mecanismo, também se encontra previsto no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União, bem como nos arts. 26, VII c/c 27, parágrafo único, da Lei nº 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Esse papel atribuído ao Ministério Público, no direito comparado, é designado como *ombudsman* ou *defensor del pueblo*, tendo em vista que ostenta independência institucional e funcional, além do respectivo instrumento ter pouco custo, ser rápido e eficaz, para tal fim.[29]

De acordo com a doutrina contemporânea, alguns dos principais atributos do *ombudsman*[30] seriam*:* i) presidir procedimentos investigatórios; ii) expedir recomendações; iii) tutelar direitos fundamentais de forma preventiva ou repressiva; iv) atuar na esfera legislativa apresentando projetos para melhoria na tutela da coletividade, tal como emitindo notas técnicas.

---

[26] GARCIA, Emerson. Op. Cit., p. 37.

[27] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>. Acesso em: 08/01/2021.

[28] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020, p. 266.

[29] BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 490.

[30] "O *ombudsman* representa, portanto, um instrumento a serviço da cidadania para aumentar a prestação de contas (*accountability*), a transparência (*transparency*), a eficiência (*effiency*) e a democracia (*democracy*) imprescindível ao Império do Direito (*rule of law*) e ao Estado de Direito nos modernos Estados Constitucionais". (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 289 apud BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 490).

Book_RMP-81.indb 45 14/12/2021 12:30:38

Outrossim, encontram-se como princípios norteadores da recomendação, constantes no art. 2º, da Resolução CNMP nº 164/2017: i) motivação; ii) formalidade e solenidade; iii) celeridade e implementação tempestiva das medidas recomendadas; iv) publicidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e legalidade; v) máxima amplitude do objeto e das medidas recomendadas; vi) garantia de acesso à justiça; vii) máxima utilidade e efetividade; viii) caráter não vinculativo das medidas recomendadas; ix) caráter preventivo ou corretivo; x) resolutividade; xi) segurança jurídica; e xii) ponderação e proporcionalidade nos casos de tensão entre direitos fundamentais.

Nessa toada, verifica-se que a *recomendação* tem *natureza jurídica* de ato administrativo enunciativo, dispondo das seguintes características: i) unilateralidade; ii) exclusividade; iii) ausência de coerção (eficácia admonitória); e iv) fixação do dolo do destinatário.[31]

O referido instrumento é considerado um ato unilateral, pois é expedido pelo Ministério Público (MP) independentemente de prévia negociação com o seu destinatário, não assumindo qualquer tipo de obrigação. Ressalta-se que esse ato não pode ser considerado um título executivo extrajudicial (art. 784, CPC/2015), haja vista que somente a Fazenda Pública, por meio da Certidão de Dívida Ativa, poderá criar unilateralmente um título executivo extrajudicial.[32]

Ademais, antes da expedição da *recomendação* à autoridade pública, o MP deverá solicitar ao destinatário informações sobre a situação jurídica e o caso concreto afetos, exceto na hipótese de impossibilidade devidamente motivada; já nos casos de urgência, o MP poderá, de ofício, expedir a recomendação e, posteriormente, instaurar o respectivo procedimento, quais sejam, inquérito civil, procedimento administrativo ou procedimento preparatório.

Trata-se de mecanismo com caráter preventivo ou corretivo (impedir o cometimento da lesão ao direito transindividual ou repará-la, com a devida adequação do ato praticado, respectivamente), preliminar ou definitivo (antes da instauração de um procedimento ou durante, respectivamente), sendo ato enunciativo exclusivo do MP, sempre acompanhado de fundamentação expressa, adequada e específica.

Quanto ao caráter corretivo/repressivo, há na doutrina quem discorde da adoção nessa hipótese, por entender que, no caso, o meio mais adequado seria a judicialização da situação ou a tentativa de celebração do TAC.[33]

Favoravelmente, verifica-se o posicionamento do professor Fabrício Bastos, o qual entende ser perfeitamente possível a utilização com caráter repressivo, visto que a recomendação tem um viés unilateral e o TAC bilateral, além de decorrer da independência funcional do membro do MP a análise das peculiaridades do caso

[31] BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 491.
[32] Ibidem, p. 491.
[33] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 290 apud BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 491.

Book_RMP-81.indb 46 14/12/2021 12:30:38

concreto, assim como a área de atuação e a necessidade de intervenção, sempre mediante promoção expressa e fundamentada.[34]

Observa-se que a *recomendação* também é um mecanismo persuasivo, sem caráter vinculativo, ou seja, o destinatário não é obrigado a atender ao disposto no instrumento, porém se submeterá às consequências descritas. Considerando o seu caráter persuasivo, deverá conter advertências, sob pena de perder a sua efetividade. O MP deverá descrever todas as condutas a serem realizadas e as respectivas consequências, em caso de não cumprimento, pois o manejo desse instrumento terá como consequência o convencimento definitivo do órgão de execução acerca do tema.[35]

Por conseguinte, após a efetiva ciência do destinatário, a *recomendação* terá a aptidão de caracterizar o dolo na conduta ativa ou omissiva do agente. Tem-se como exemplo a situação na qual existe dúvida com relação ao dolo do agente na violação aos princípios regentes da atividade estatal, situação passível de configurar ato ímprobo, disposta no art. 11, da Lei nº 8.429/1992, sendo demonstrada a ilicitude do comportamento, porém o agente persiste em adotar a determinada conduta, no caso, o dolo restará peremptoriamente evidenciado.[36]

A *recomendação* será dirigida a qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, necessariamente que tenha poder, atribuição ou competência para adoção das medidas recomendadas, ou responsabilidade pela reparação ou prevenção do dano, visando a salvaguarda de interesses, direitos e bens objeto do instrumento, conforme previsto no art. 4º, *caput* e §1º, da Resolução CNMP nº 164/2017, sob pena de ter a sua efetividade comprometida, considerando que se for dirigida ao destinatário errado, esta pessoa física ou jurídica poderá não atender aos termos e não ser responsabilizada.

Outra regra importante que deve ser observada, diz respeito ao princípio do promotor natural (órgão de execução com atribuição) e as regras referentes ao foro por prerrogativa de função, nesse contexto, entendido como a correlação entre as atribuições do MP e as atividades funcionais dos destinatários da medida.[37]

De acordo com o previsto no art. 4º, §2º da comentada Resolução, quando entre os destinatários figurar autoridade para as quais a lei estabelece caber ao Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República (PGJ ou PGR) o encaminhamento da correspondência ou notificação, caberá ao PGJ ou ao PGR ou ao órgão do MP a quem essa atribuição for delegada, proceder com o envio da recomendação expedida pelo promotor natural, no prazo de 10 (dez) dias.

Ademais, a chefia institucional não poderá valorar o conteúdo da *recomendação*, exceto quando a negativa do encaminhamento estiver fundamentada, devido à expedição por órgão ministerial sem atribuição, quando afrontar a lei ou o dispositivo

[34] BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 493.
[35] Ibidem, p. 491.
[36] GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 581.
[37] BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 492.

Book_RMP-81.indb 47 14/12/2021 12:30:38

da comentada resolução, ou nas hipóteses de inobservância do tratamento protocolar devido ao destinatário.

Nessa trilha, há uma restrição trazida pelo art. 5º, da respectiva Resolução, relacionada à impossibilidade de expedição da *recomendação*, quando se tenha como destinatários as mesmas partes e objetos constantes nos pedidos de ação judicial, salvo situações excepcionais, justificadas pelas circunstâncias de fato e de direito e pela natureza do bem tutelado, devidamente motivadas, e desde que não contrarie decisão judicial.

Segundo o professor Fabrício Bastos:

> A própria resolução afasta a regra restritiva quando houver uma situação excepcional, com fundamentação adequada e específica. De qualquer forma, o principal foco da regra, ao meu sentir, como o faz a parte final do dispositivo indicado, é evitar o conflito entre uma decisão judicial e o teor da recomendação. Assim, o MP não pode expedir recomendação com o fim de obter um descumprimento de decisão judicial. Apesar de não constar expressamente na resolução, entendo que somente quando houver uma decisão judicial proferida deve ser impedida a recomendação, pois a simples pendência de uma relação jurídica processual não pode ser empecilho para o manejo de um instrumento extraprocessual, mormente quando busca uma decisão mediante autocomposição. Nada obstante, sob pena de configurar ato contraditório, o MP somente poderá expedir, neste caso, recomendação quando não for o autor da demanda coletiva.[38]

No tocante ao prazo, a Resolução usa o termo "prazo razoável", de modo que o MP deverá analisar as circunstâncias do caso concreto e especificar o prazo para o cumprimento da recomendação, assim como o de informar o cumprimento ou o seu descumprimento.

Assim, o MP deverá aguardar o transcurso do prazo para a adoção das medidas estabelecidas, com exceção se fato novo tornar urgente essa atuação e, caso a resposta do destinatário vier fundamentada, indicando as razões para o não cumprimento, o órgão ministerial deverá apreciá-la.

Por fim, habitualmente a doutrina costuma indicar um rol, exemplificativo, das consequências decorrentes da expedição da recomendação, citadas na obra do professor Fabrício Bastos:

[38] Ibidem, p. 493.

Book_RMP-81.indb 48 14/12/2021 12:30:38

> (…) a) solução extrajudicial e extraprocessual rápida, pouco custosa e efetiva do caso concreto; b) caracterização do dolo, má-fé e ciência da irregularidade do agente, após a devida ciência formal do destinatário, caso descubra os termos, podendo ser usado inclusive para fins de configuração do ato de improbidade administrativa; c) caracterização da consciência da ilicitude da conduta, que impede a alegação de erro de direito; d) permite o exercício da autotutela da Administração Pública; e) possibilitar a efetiva implementação de políticas públicas; f) a recomendação devidamente acompanhada de ciência formal e da comprovação do descumprimento configura elemento probatório importante para a esfera judicial; g) viabiliza o controle judicial dos motivos determinantes apresentados para justificar o não atendimento aos termos da recomendação; h) afasta a aplicabilidade da regra do art. 2ª da Lei 8.437/1992, quando houve a ciência formal do destinatário, sem o cumprimento dos termos da recomendação ou sem apresentação de justificativas plausíveis.[39]

3.2. Termo de Ajustamento de Conduta

Como já vimos, o *termo de ajustamento de conduta* (TAC) encontra-se disposto de maneira esparsada no nosso ordenamento jurídico, em arts. da Lei nº 8.069/1990 - ECA, Lei nº 8.078/1990 – CDC, Lei n.º 7.347/1985 – LACP e na Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso, destacando-se a previsão do art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985, assim como as Resoluções nº 118/2014 e nº 179/2017 do CNMP, Recomendação nº 54/2017 do CNMP, Resolução nº 125/2010 do CNJ[40] e Resolução Conjunta nº 02/2011 do CNJ e CNMP[41].

Tal instrumento visa solucionar um conflito de interesses e direitos transindividuais ou metaindividuais, com força de *título executivo extrajudicial*, ressalvada a hipótese de homologação judicial, na qual será *título executivo judicial*, por meio do qual alguns legitimados podem tomar dos responsáveis pelo dano ou ameaça, o compromisso de se adequarem à legalidade, sendo fixadas as respectivas penalidades, na hipótese de descumprimento.

Ademais disso, visto que o referido mecanismo extrajudicial de consensualidade possui legislação específica, não há a necessidade de assinatura por duas testemunhas, ou seja, não será aplicada a regra geral do art. 784, do CPC/2015 nem carece de homologação judicial para a integração de sua eficácia.

---

[39] Ibidem, p. 495.

[40] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 16/02/2021.

[41] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Institui os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/Resoluo_conjunta__02_de_21_de_junho_de_2011.pdf>. Acesso em: 16/02/2021.

Book_RMP-81.indb 49 14/12/2021 12:30:38

No que diz respeito à *natureza jurídica* do *termo de ajustamento de conduta*, o tema é bastante controvertido na doutrina, sendo necessário retomarmos alguns conceitos já exposados, trazidos pelo professor Emerson Garcia, pois há quem entenda que o TAC não tem natureza de transação, considerando que os órgãos públicos não poderiam negociar aspectos materiais de interesse público, devido à sua indisponibilidade, tal como ocorre na *submissão*.

Por outro lado, há quem entenda que o TAC se amolda ao modelo da *plena transação*, quanto aos aspectos periféricos ao direito material lesado, como, por exemplo, a fixação do prazo para o cumprimento do TAC, de maneira a assumir um *caráter híbrido*, qual seja, submissão no que se refere ao direito material e plena transação no que se refere aos aspectos periféricos.

O professor Fabrício Bastos, em sua obra "Curso de Processo Coletivo", compila e analisa as principais correntes doutrinárias existentes no Brasil acerca do tema da natureza jurídica do TAC, partindo da premissa da relevância de se definir em que consiste o TAC, para a delimitação do que pode ser passível de concessões recíprocas por parte do compromitente e do compromissário que o firmam e, por outro lado, aquilo que não poderá ser objeto de negociação pelos órgãos públicos legitimados à propositura do termo, a seguir expostas:

> *1ª tese – majoritária - o TAC não é transação* – para essa corrente, o violador ou ameaçador dos direitos transindividuais, assume, ainda que implicitamente, a ilicitude de sua conduta e o compromisso de adequá-la à lei, sob pena de sofrer as respectivas cominações. A LIA utiliza o termo "tomar" ao invés de "celebrar" o compromisso, trazendo a ideia de que o órgão público legitimado teria o dever de possibilitar o TAC, afastando a noção de negócio. A manifestação de vontade é unilateral, o violador ou ameaçador dos direitos transindividuais deverá apenas aceitar as cláusulas e, ao negar a proposta, estará ciente de que se sujeitará a uma demanda judicial coletiva. O termo não poderá versar sobre renúncia de direito material, devendo buscar o mesmo objetivo da demanda judicial coletiva, podendo tratar somente de aspectos periféricos e secundários de direito material, tais como condições de tempo, modo e local. Argumentos que reforçam essa tese são: i) não é celebrado pelo titular do direito material, mas, sim, pelos legitimados coletivos na qualidade de substitutos processuais (os quais, nesse contexto, são os tomadores do termo); ii) pela indisponibilidade dos direitos transindividuais; e iii) impossibilidade de concessões recíprocas. Não se pode confundir o TAC com a transação do direito civil (interesses disponíveis).[42]

[42] BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 496/497.

Book_RMP-81.indb 50 14/12/2021 12:30:38

2ª tese - o TAC é uma forma de transação - os adeptos a essa corrente entendem que o TAC é um ato administrativo negocial, diferente de um contrato, apesar de ter um viés consensual. Distingue-se da transação prevista no Código Civil: i) por não haver concessões recíprocas; ii) a única obrigação assumida pelo tomador é concernente à não judicialização do caso, durante o cumprimento das obrigações assumidas; iii) somente o destinatário do termo assume obrigações no sentido material; iv) o legitimado coletivo ostentaria uma "capacidade postulatória em nome coletivo"; e v) o objeto do termo não pode tratar de questões relacionadas ao direito material, tão somente dos aspectos secundários.[43]

3ª tese - o TAC não é transação, mas um negócio jurídico bilateral - de acordo com esse entendimento, as manifestações de vontade do obrigado e do órgão público são essenciais à celebração do ajuste. Os pactuantes contam com certa liberdade para negociar e definir a forma do ajustamento de conduta à lei. Defendem que o TAC é uma forma de conciliação diversa da transação, considerando as características dessa última. A conciliação preconiza a participação ativa das partes, as quais contribuem para a solução da controvérsia e o caminho para se chegar ao resultado conciliatório, necessariamente, passa pela negociação.[44]

4ª tese - o TAC possui uma natureza jurídica híbrida – aos adeptos a essa tese, o TAC é, concomitantemente, um ato de reconhecimento da ilicitude da conduta do obrigado (tendo como consequência o dever de prevenir o dano ou recompor o dano causado, referente a um direito transindividual) e uma transação, quanto aos aspectos periféricos, acessórios e secundários (condições de tempo, modo e local).[45]

5ª tese - o TAC não é uma transação, mas, tão somente, uma forma de regular o modo como se deverá proceder à sua reparação – os que se filiam a essa tese não afastam a natureza de negócio jurídico extrajudicial. Seria uma forma de consensualidade obtida por meio de negociação direta (*collaborative law*) entre o órgão público e o possível réu da demanda coletiva.[46]

6ª tese – o TAC é um acordo equivalente a um negócio jurídico bilateral e constitutivo - para essa parte da doutrina, o TAC tanto declara direitos quanto cria, altera e extingue relações jurídicas. Também

[43] Ibidem, p. 497/498.
[44] Ibidem, p. 498.
[45] Ibidem, p. 499.
[46] Ibidem, p. 499.

Book_RMP-81.indb 51 14/12/2021 12:30:38

> defende a negociação das obrigações periféricas. Posicionamento seguido pelo art. 1º, da Resolução CNMP nº 179/2017, que o define expressamente como negócio jurídico.[47]
>
> *7ª tese – minoritária - o TAC é uma verdadeira transação* - essa parcela da doutrina entende que, ao celebrar o termo, o legitimado coletivo se compromete a não mais investigar a conduta do causador do dano e, em contrapartida, o agente se compromete a cessar ou adequar a conduta tida como ilegal. Admite a possibilidade de renúncia de um direito transindividual, mesmo que parcial, tal como ocorreria na hipótese da reparação integral do dano ambiental poder causar a falência da pessoa jurídica infratora, situação na qual a reparação parcial do dano, por meio do TAC, seria possível, mantendo-se a função social da empresa.[48]

A despeito da controvérsia doutrinária, há julgado da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, figurando como *especialmente excepcional*, no qual entendeu ser possível transação envolvendo direitos difusos, quando não for possível a recondução do meio ao *status quo ante,* assim vejamos:

> PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao *status quo ante*. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido.[49]

No tocante à *legitimidade para figurar como tomador do TAC*, verifica-se que de acordo com o ECA e a LACP, somente os órgãos públicos legitimados à propositura de ações civis públicas estariam autorizados a tomar o compromisso, entendendo-se como órgão público o "ente público" (incluindo instituições e pessoas jurídicas de direito público), tais como: Ministério Público, Defensoria Pública, Fazenda Pública, entes políticos e autarquias, incluindo órgãos ainda que sem personalidade jurídica

---

47 Ibidem, p. 499.
48 Ibidem, p. 499.
49 STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. nº 299.400 RJ 2001/0003094-7. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, rel. p/ ac. Ministra Eliana Calmon J. 01/06/2006. DJ 02/08/2006. STJ, 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_299400_RJ_1272586823060.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1614274582&Signature=gnqznX4dznKgbKGziHRZ%2Fr0RtrY%3D>. Acesso em: 16/02/2021.

Book_RMP-81.indb 52 14/12/2021 12:30:39

(ex.: Procon). As associações, os sindicatos e as fundações privadas, não podem ser tomadoras, devido à personalidade jurídica de direito privado.[50]

Contudo, há controvérsia relacionada às sociedades de economia mista e as empresas públicas, as quais estão ligadas à Administração Pública, muito embora tenham personalidade jurídica de direito privado. Dividindo-se em dois posicionamentos: i) não são legitimadas, por não ostentarem personalidade jurídica de direito público; ii) a depender do contexto são legitimadas, na hipótese em que têm como finalidade a prestação de serviço público, atuando como órgão público e, não são legitimadas, quando atuam na exploração de atividade econômica, como ente privado.[51]

Vale lembrar que, o ente público só estará legitimado a tomar o compromisso se, no caso concreto, também possuir legitimidade para propor a demanda coletiva, como, por exemplo, uma autarquia voltada à defesa do meio ambiente tem legitimidade para tomar o compromisso do poluidor que age na sua área de atuação, não tendo, contudo, legitimidade para atuar obrigando um fornecedor a realizar um *recall* de veículos com falha no sistema de freios, pois a matéria não seria afeta a sua atuação (posicionamento majoritário).[52]

Relativamente às associações civis, há quem sustente que deveria ser estendido às demais entidades privadas, diferenciando-se em duas situações, quais sejam, celebração de TAC extrajudicial e judicial. Na primeira situação, aplicar-se-iam as regras restritivas da LACP (apenas entes públicos seriam tomadores), na segunda situação, seria sustentada a possibilidade de tais entidades privadas serem tomadoras, estabelecendo uma modalidade de autocomposição, visto que o órgão jurisdicional seria instado a homologar ou não o instrumento.

Há, inclusive, precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF 165/DF, em síntese, indicando que a ausência de normativa expressa quanto às associações privadas não afastaria a possibilidade do acordo, levando em conta que os entes públicos só podem fazer o que a lei determina, enquanto os entes privados podem fazer tudo que a lei não proíbe, ou seja, como já exposado, haveria a viabilidade no âmbito judicial e por meio do TAC.[53]

Noutro flanco, quando se trata da *execução do TAC*, qualquer dos colegitimados aptos a proporem a ação civil pública, relacionada ao escopo do termo de compromisso, incluindo as associações, poderão executá-lo.

Com relação ao Ministério Público, mesmo não participando da tomada do *termo de ajustamento de conduta*, mas tendo ciência de sua inexecução, deverá executá-lo, com base no princípio da obrigatoriedade, assim como devido à legitimidade ser concorrente, disjuntiva e mitigada, desde que esteja dentro das suas funções

[50] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 271.
[51] Ibidem, p. 271.
[52] Ibidem, p. 271.
[53] BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 501.

Book_RMP-81.indb 53 14/12/2021 12:30:39

institucionais zelar pelo interesse transindividual escopo do compromisso, podendo deixar de atuar contanto que justifique.[54]

Outrossim, o art. 26 da LINDB, como já mencionado, inovou trazendo a possibilidade da autocomposição no âmbito da Administração Pública, devendo ser interpretado como norma geral para celebração de TAC. O *legitimado* é a "autoridade administrativa" (exemplo: secretarias municipais, estaduais e ministérios), diferente do previsto na LACP, de modo a reforçar a ideia da indispensabilidade de intervenção do MP, quando da celebração do instrumento, evitando sobreposição de atuações.

Quanto à *natureza jurídica* do TAC em testilha, parcela da doutrina assevera que tal compromisso seria um *negócio de acertamento*. No prisma da validade, seria necessário: prévia oitiva do "órgão jurídico", solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, sem dispor de desoneração permanente de dever ou condicionar direito reconhecido por orientação geral e prever com clareza as obrigações das partes, o prazo e as sanções se descumprido.[55]

Noutro giro, o art. 3º, parágrafos 1º ao 3º, da Resolução CNMP nº 179/2017, traz algumas regras que devem ser observadas, no que tange à *representação do compromissário do TAC*, quais sejam, *i) se firmado por pessoa física* - poderá ser assinado por procurador com poderes especiais e, *se firmado por pessoa jurídica*, deverá ser assinado por quem tiver poderes de representação extrajudicial ou, por procurador, com poderes especiais outorgados pelo compromissário; *ii) se a procuração for particular*, deverá ter reconhecimento de firma; *iii) se a empresa for integrante de grupo econômico*, deverá assinar o representante legal da pessoa jurídica controladora à qual esteja vinculada, sendo admissível a representação por procurador com poderes especiais outorgados pelo representante.

Como o tomador do termo não é o titular do direito transindividual, não poderá fazer renúncias no seu objeto, mesmo que parcialmente, à guisa de exemplo, digamos que uma área de 9 (nove) hectares foi desmatada ilegalmente, nesse caso, não pode o órgão público tomar o compromisso do responsável pelo dano para reparação de apenas 8 (oito) hectares da área. A ideia é que a celebração do termo seja equivalente à demanda judicial coletiva. [56]

Nessa trilha, poderá ser fixado como *objeto*: modo, lugar e tempo no qual será reparado o dano ou afastada a ameaça. Ainda, existe a possibilidade de o termo prever somente medidas parciais ou provisórias, sem disposição do remanescente pelo Ministério Público. Tal como ocorre em situação de urgência, na qual as partes buscando maior celeridade e eficiência, firmam o compromisso quanto aos pontos de consenso específico e os itens remanescentes continuam a ser investigados, podendo ser objeto de arquivamento fundamentado ou de ação civil pública.[57]

---

[54] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 272.
[55] BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 503/504.
[56] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 274.
[57] Ibidem, p. 274.

Book_RMP-81.indb 54 14/12/2021 12:30:39

O termo poderá estabelecer obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa ou de pagar, dependendo do caso concreto, entretanto, em sendo possível a reparação integral do bem lesado, não será admitida a simples compensação pecuniária do dano. Deverá ser observado na redação das cláusulas: plena liquidez das obrigações assumidas e a previsão de multa, em caso de inadimplemento, assim como a possibilidade de correção monetária.[58]

O art. 13 da LACP dispõe que as indenizações pecuniárias (quando não for possível a restituição do *status a quo* do bem lesado) e as liquidações de multas deverão ser revertidas ao fundo federal ou estadual de reparação de interesses transindividuais lesados; já a redação do art. 5º, *caput* e o seu parágrafo único, da Resolução CNMP nº 179/2017, alarga essa destinação, incluindo os fundos municipais que tenham o mesmo escopo do fundo previsto no art. 13 da LACP, além da destinação dos recursos a projetos de prevenção ou reparação de danos de bens jurídicos da mesma natureza, ao apoio a entidades cuja finalidade institucional inclua a proteção aos direitos ou interesses difusos, a depósito em contas judiciais ou, ainda, poderão receber destinação específica que tenha a mesma finalidade dos fundos previstos em lei ou esteja em conformidade com a natureza e a dimensão do dano, ou em proveito da região ou pessoas impactadas.

Insta ressaltar que a indenização compensatória deverá ter como destino os fundos previstos no art. 13 da LACP, considerando entendimento firmado pelo STJ:

> (…) 6. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 ("A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"), a conjunção "ou" deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedente do STJ: REsp 625.249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31/08/2006)
>
> 7. A reparação de danos, mediante indenização de caráter compensatório, deve se realizar com a entrega de dinheiro, o qual reverterá para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7345/85.
>
> 8. Destarte, não é permitido em Ação Civil Pública a condenação, a título de indenização, à entrega de bem móvel para uso de órgão da Administração Pública.
>
> 9. Sob esse ângulo, sobressai nulo o Termo de Ajustamento de Conduta *in foco*, por força da inclusão de obrigação de dar equipamento de informática à Agência de Florestal de Lajeado.

[58] GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 457.

Book_RMP-81.indb 55 14/12/2021 12:30:39

> 10. Nesse sentido direciona a notável doutrina: "(...) como o compromisso de ajustamento às 'exigências legais' substitui a fase de conhecimento da ação civil pública, contemplando o que nela poderia ser deduzido, são três as espécies de obrigações que, pela ordem, nele podem figurar: (i) de não fazer, que se traduz na cessação imediata de toda e qualquer ação ou atividade, atual ou iminente, capaz de comprometer a qualidade ambiental; (ii) de fazer, que diz com a recuperação do ambiente lesado; e (iii) de dar, que consiste na fixação de indenização correspondente ao valor econômico dos danos ambientais irreparáveis" (Edis Milaré, Direito Ambiental, p. 823, 2004).[59]

Frisa-se que a inexistência da previsão de multa no instrumento não ensejará na sua nulidade, a Resolução CNMP nº 179/2017 prevê que em casos excepcionais e devidamente fundamentados, o termo poderá estabelecer que a cominação seja fixada judicialmente, se necessária à execução do compromisso.

Após a assinatura do TAC, será instaurado um procedimento administrativo específico de acompanhamento do cumprimento das obrigações lá fixadas ou o acompanhamento poderá ser feito nos próprios autos do procedimento no qual foi firmado o TAC, nessa hipótese, sendo a investigação suspensa.

No prazo de 3 (três) dias após a comprovação da cientificação de todos os interessados, o órgão colegiado superior do MP deverá ser cientificado acerca do conteúdo integral do termo, não havendo controle acerca do mérito e do conteúdo, tampouco a executividade do termo estará condicionada à concordância e posterior homologação pelo colegiado superior do MP, sob pena de violação ao princípio da independência funcional.[60] O STJ inclusive já firmou entendimento no mesmo sentido.[61] Lembrando que esse trâmite não será aplicável ao TAC homologado judicialmente.

Posteriormente ao recebimento da cópia integral do compromisso, o órgão colegiado superior do MP dará publicidade do extrato do TAC, nos termos do art. 7º, da Resolução CNMP nº 179/2017 e em seguida encaminhará cópia eletrônica do inteiro teor do TAC ao Conselho Nacional do Ministério Público.[62]

---

[59] STJ. RECURSO ESPECIAL: Resp. 802.060 RS 2005/0201062-8. Relator: Ministro Luiz Fux. J. 17/12/2009. DJe 22/02/2010. STJ, 2009. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=938450&num_registro=200502010628&data=20100222&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em 10/01/2021.

[60] BASTOS, Fabrício. Op. Cit., p. 507.

[61] STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgReg no REsp 1.175.494 PR 2010/0000198-6. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 22/03/2011. DJe 07/04/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1047296&num_registro=201000001986&data=20110407&peticao_numero=201100053640&formato=PDF>. Acesso em 10/01/2021.

[62] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 16/02/2021.

Book_RMP-81.indb 56 14/12/2021 12:30:39

Chegando-se ao final do acompanhamento do TAC, e caso este tenha se dado nos próprios autos da investigação (inquérito civil ou procedimento preparatório), serão remetidos para revisão e homologação pelo órgão colegiado superior do MP; e, no caso de o acompanhado ter sido realizado nos autos do procedimento administrativo específico, o membro do MP deverá apenas cientificar órgão colegiado superior sobre o seu arquivamento.

No caso de descumprimento das obrigações, se o tomador do termo for o MP, o órgão ministerial deverá promover a execução do título executivo extrajudicial, no prazo de 60 (sessenta) dias, podendo estender o período quando o descumprimento for justificado e houver reafirmação dos termos do TAC pelo compromissário, sem o prejuízo de multa.

Segundo o Professor Landolfo Andrade, "poderá" ser executado judicialmente, essa expressão seria utilizada, pois alguns tipos de TAC são suscetíveis a *protesto extrajudicial*, mecanismo que se demonstra bem eficaz para a Fazenda Pública na cobrança extrajudicial de dívidas, como já decidiu o STJ no REsp 1126515/PR, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/12/2013, DJe 16/12/2013.[63]

Para que a multa seja executada, é necessário que seja certa, líquida e exigível e, ainda, se o valor for excessivo, o juízo poderá reduzi-lo, por força do art. 814, parágrafo único do CPC/2015.

Um questionamento que sempre surge é se a celebração do TAC por um dos legitimados seria um pressuposto processual negativo para que os demais legitimados promovam a ação civil pública acerca dos mesmos fatos.

Ao longo do trabalho, vimos que a legitimidade dos colegitimados à propositura da ação civil pública é concorrente, ou seja, a atuação de um não exclui a dos demais. Ainda, a Carta Constitucional de 1988 assegura a inafastabilidade do controle judicial para se afastar uma lesão ou ameaça a direito.

Nessa toada, os colegitimados que não tenham anuído/participado ao TAC, e que discordem das cláusulas estabelecidas, poderão buscar a sua complementação e/ou impugnação quando o título estiver i) *incompleto*, ii) *contiver vício insanável* ou iii) *for coercitivamente débil*.[64] Além disso, o próprio tomador do termo, se posteriormente a

[63] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 274.

[64] i) *incompleto* - quando as obrigações pactuadas não forem suficientes para a tutela do bem jurídico. Imagine a hipótese de dano ambiental para a qual o termo teria contemplado somente o reflorestamento de 80% (oitenta) por cento da área ilegalmente desmatada. No caso, o colegitimado poderia tomar do compromissário um novo TAC, por meio do qual este se comprometeria a reflorestar os 20% (vinte) por cento restantes da área, sendo ou não um órgão público, ir à juízo em prejuízo dele, manejando uma ação de conhecimento. O degradador não poderia aventar uma falta de interesse processual do autor, pois as obrigações assumidas representam uma garantia mínima em prol dos titulares dos interesses lesados, e não limite máximo de responsabilidade em favor do causador do dano. ii) *contiver vício insanável* - por exemplo, se houvesse desvio de finalidade por parte do órgão tomador do compromisso em benefício do compromissário ou ilegítima transação sobre direito transindividual. É a total inadequação do título à tutela do direito transindividual. Digamos que uma área de preservação permanente tenha sido desmatada para a construção de uma casa e ao invés do tomador determinar no TAC a demolição da casa e o reflorestamento da área, estabelecer o pagamento de indenização ao fundo de reparação. Nessa hipótese, estaríamos diante de um evidente desvio de finalidade, assim, o colegitimado poderia insurgir-se contra o TAC, buscando a

Book_RMP-81.indb 57 14/12/2021 12:30:39

sua assinatura identificar qualquer uma das três situações supramencionadas, poderá tomar as providências cabíveis, considerando que o direito material não lhe pertence, portanto, não podendo ser indevidamente disposto.[65]

Por fim, vale lembrar que nos casos nos quais o MP não for o tomador do termo, deverá ser comunicado acerca da celebração, na qualidade de fiscal da ordem jurídica.

4. Acordo de não persecução cível e a extensão dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência para a esfera cível

A redação original do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 vedava expressamente transação, acordo ou a conciliação em ações que visassem responsabilizar agentes públicos que praticassem atos de improbidade administrativa. Nos idos de 2015, ainda houve uma tentativa de alteração dessa vedação, por meio da Medida Provisória nº 703, a qual perdeu a sua eficácia nos idos de 2016, por não ter sido convertida em lei.

Imperioso mencionar a pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com a Universidade de Itaúna, por meio da qual teria sido possível identificar as dificuldades de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Em especial, quanto ao baixo índice de ressarcimento ao erário identificado, ocasionado pela morosa tramitação da ação de improbidade.[66] Entraves que poderiam ser solucionados com a maior utilização dos meios de autocomposição.

Retomando o tema da vedação legal, alguns entendiam que, em verdade, a normativa pretendia vedar acordos sobre patamares sancionatórios dos atos praticados. Outro argumento interessante é que ao tempo da edição da LIA o direito penal brasileiro era avesso a qualquer tipo de solução consensual, pois se falava em indisponibilidade da ação penal e da indisponibilidade do objeto do processo penal.[67]

Ademais, viu-se que ao longo dos anos houve uma evolução contínua do direito penal, culminando, por exemplo, com a publicação da: Lei dos Juizados Cíveis e Criminais, a qual previa instrumentos de composição civil de danos e a suspensão do processo; Lei da Organização Criminosa, que abordou sobre a colaboração premiada; Lei Anticorrupção, Lei nº 12.529/2011 - Lei do Cade e Lei 13.506/2017 – Lei do Procedimento Administrativo Sancionador no âmbito do BACEN/CVM, as quais

---

anulação judicial, assim como a condenação do responsável à obrigação de demolir a construção e reflorestar a área degradada. iii) *for coercitivamente débil* - quando as sanções cominatórias forem insuficientes para convencer o compromissário a cumprir a obrigação principal. Considerando a capacidade financeira do compromissário e/ou do benefício fruído com o descumprimento do termo, o compromissário pode chegar à conclusão de que é mais vantajoso permanecer inadimplente. (ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 279/281).

[65] Ibidem, p. 282.

[66] ALMEIDA. Gregório Assegra de. *et. al*. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de improbidade administrativa:* obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 85.

[67] DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A Colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico das demandas de improbidade administrativa*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, nº 67, jan./mar. 2017, p. 116.

Book_RMP-81.indb 58 14/12/2021 12:30:39

tratam do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, abordando sobre o tema da corrupção empresarial.

Nessa trilha, também temos a Lei de Mediação, que em seu art. 36, §4º, previu a possibilidade de autocomposição no âmbito da improbidade administrativa, entendimento também reforçado por meio do art. 26, da LINDB, assim como a Lei Anticorrupção, que permitiu a celebração de acordo de leniência e Resolução CNMP nº 179/2017. Diante de todas as mudanças legislativas no microssistema de tutela do patrimônio público, muitos entendiam que teria havido uma derrogação tácita do art. 17, §1º, da LIA.[68]

Considerando esse cenário, os professores Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bomfim, chegaram às seguintes conclusões:

> (...) a) admitem-se a colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c art. 4º da Lei nº 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei nº 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admite-se acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a "colaboração premiada" em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência.[69]

Forçoso consignar que, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela repercussão geral da questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.
>
> 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da

[68] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 986.
[69] Ibidem, p. 118.

Book_RMP-81.indb 59 14/12/2021 12:30:39

> ação (CF, art. 129, §1º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.[70]

Para a melhor doutrina seria possível o acordo quanto às condições, prazo e modo de reparação do dano, inclusive a perda da vantagem ilícita obtida pelo agente. No que diz respeito às medidas punitivas previstas no art. 12 da LIA, também se questionava sobre a possibilidade de acordo, tendo duas correntes sobre o tema.[71]

De acordo com a primeira corrente, não seria possível o acordo, primeiramente, devido à indisponibilidade dos bens jurídicos tutelados pela LIA, segundamente, porque não caberia ao legitimado ativo da ação escolher quais medidas seriam mais adequadas, visto que tal aplicação estaria restrita ao magistrado, ou seja, atividade privativa da jurisdição, exercida somente por meio de um processo.[72]

Para a segunda corrente, antes mesmo da alteração da LIA, admitia-se acordos no âmbito da improbidade administrativa, considerando as circunstâncias do caso concreto e se fosse a solução mais adequada para a efetiva tutela da probidade administrativa.[73]

A premissa relacionada à impossibilidade de realização de acordo na seara da improbidade administrativa estava equivocada, tendo em vista que nesse contexto não caberia renúncias, não poderia haver confusão entre transação e negociação do direito civil.

Após esse breve resumo acerca da consensualidade na seara da improbidade administrativa (até os idos de 2019), examinaremos agora o denominado *acordo de não persecução cível*, introduzido na LIA pelo chamado Pacote Anticrime, com entrada em vigor em 23 de janeiro de 2020, instituto de consensualidade e cooperação, o qual permite a conciliação antes e depois da propositura da ação de improbidade administrativa.[74]

O professor Emerson Garcia assevera que existem duas modalidades de consensualidade no direito brasileiro, quais sejam, *consensualidade de colaboração* e *consensualidade de pura reprimenda*, a primeira é caracterizada pela obtenção de um benefício em razão do fornecimento de informações úteis ao Poder Público na realização dos fins, a segunda, por sua vez, o agente aceita a imediata oposição de uma restrição em sua esfera jurídica, não sendo necessário que ofereça informações úteis[75], concluindo que o *acordo de não persecução cível* é compatível com ambas e

---

[70] STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1175650 PR 0058049-91.2015.8.16.0000. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. J. 25/04/2019. DJe 07/05/2019. STF, 2019. Disponível em: < https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340063444&ext=.pdf>. Acesso em: 11/12/2020.

[71] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 981.

[72] Ibidem, p. 981.

[73] Ibidem, p. 981/982.

[74] Ibidem, p. 987.

[75] GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro:* potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 66, out./dez. 2017, p. 37/38.

Book_RMP-81.indb 60 14/12/2021 12:30:39

que um dos pontos mais palpitantes sobre essa temática residiria na necessidade de homologação judicial dos ajustes celebrados, o que lhe parece indispensável.[76]

O instituto do *acordo de não persecução cível* tem *natureza jurídica* de negócio jurídico, considerando que depende da livre manifestação de ambas as partes, vinculando os pactuantes aos efeitos expressos no ajuste, por ter natureza consensual bilateral, não estando os legitimados obrigados a propor o acordo, tampouco o agente ímprobo a firmá-lo, não existindo ao agente ímprobo um direito subjetivo à celebração do acordo.[77]

Observa-se que, muito embora já houvesse no âmbito do Ministério Público a Resolução CNMP nº 179/2017, o Pacote Anticrime não trouxe parâmetros procedimentais e materiais para serem aplicados nessa modalidade de ajuste, de modo que fosse padronizado em nível nacional.

Vale lembrar que a regulamentação do comentado instituto fora vetada pelo Presidente da República, sob o argumento da segurança jurídica, pois conferia ao Ministério Público a legitimidade exclusiva para a celebração do acordo, de modo que criaria uma incongruência com o art. 17, *caput*, da LIA, tendo em vista que a pessoa jurídica interessada não poderia celebrá-lo.

O professor Humberto Dalla Bernardina Pinho assevera que o veto teria sido equivocado, pois lendo detidamente o dispositivo, em nenhum momento o legislador quis restringir a legitimidade, mas, sim, frisar que nos acordos propostos pelo Ministério Público deveriam ser observados certos parâmetros, tal como há no acordo de não persecução penal.[78]

Na ausência de parâmetros para a sua aplicação, caberá ao Conselho Nacional do Ministério Publico estabelecer, em nível nacional, parâmetros aos Ministérios Públicos dos Estados e da União, bem como a Administração Pública criar diretrizes no intuito de orientar os seus entes na celebração do *acordo de não persecução cível*.[79]

Segundo o professor Landolfo Andrade, o acordo de não persecução cível, somente poderá ser celebrado quando presentes, cumulativamente, os seguintes *requisitos: i) confissão da prática do ato ímprobo; ii) compromisso de reparação integral do dano eventualmente sofrido pelo erário; iii) compromisso de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade de bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso; e iv) aplicação de um ou algumas das sanções previstas no art. 12 da LIA*.[80]

---

[76] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO CNMP. *Em Pauta - Acordo de Não Persecução Cível*. Brasília: CNMP, 2021. 1 vídeo (36 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3PwARmm9glE>. Acesso em: 12/02/2021.

[77] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 988.

[78] BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla. *O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa:* Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei n° 8.429/1992 pela Lei n° 13.964/2019. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 145-162, jul. 2020. ISSN 2447-4290. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845>. Acesso em: 20 nov. 2020.

[79] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 989.

[80] Ibidem, p. 989.

Book_RMP-81.indb 61 14/12/2021 12:30:39

O fundamento do primeiro requisito é a aplicação, por analogia, das normas que disciplinam a autocomposição em outras instâncias de responsabilização, quais sejam, art. 16, §1º, III, da Lei nº 12.846/2013; art. 86, §1º, IV, da Lei nº 12.825/2011; e art. 28-A, do Código Penal, utilizando as normas do microssistema do patrimônio público.

A recomposição do patrimônio público é parte irrenunciável, fazendo-se imperiosa a aplicação de ao menos uma das sanções dispostas no art. 12 da LIA, a ideia é de não haver um desvirtuamento do papel da LIA.

O acordo poderá prever a aplicação imediata de quaisquer das sanções dispostas no art. 12 da LIA, quais sejam, *i) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ii) ressarcimento integral do dano; iii) perda da função pública; iv) suspensão dos direitos políticos; v) pagamento de multa civil;* e *vi) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário*.[81]

No que tange às sanções dos *itens iii) e iv)*[82], a regra do art. 20, *caput*, da LIA pressupõe a resistência à aplicação da pretensão punitiva por parte do agente ímprobo, caso o agente concorde com a aplicação da sanção por meio do *acordo de não persecução cível* estaria afastada a hipótese de tal artigo.[83]

Quanto à sanção do *item iv)*[84], há de se ressaltar a previsão expressa na Carta Constitucional, em seu art. 15, v, o qual prevê o ato de improbidade administrativa como hipótese de suspensão dos direitos políticos (privação temporária), ao contrário do que ocorre quando da prática de infração penal, na qual a suspensão está condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ainda, deve-se considerar a previsão do art. 37, §4º, da CRFB/88, na qual os atos de improbidade importarão na suspensão dos direitos políticos.

Adicionalmente, poderão ser aplicadas outras medidas que se mostrem necessárias e adequadas à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, estabelecendo obrigação de fazer ou não fazer.

Com relação aos *legitimados* à celebração do acordo, entende-se que seriam os mesmos à propositura de improbidade administrativa, haja vista o silêncio da norma nesse particular. Sendo a fase extrajudicial do acordo formalizada por meio de TAC, utilizando-se as normas do microssistema da tutela do patrimônio público, qual seja, art. 5º, §6º, da LACP, tendo eficácia de *título executivo extrajudicial*.[85]

Insta ressaltar que as sociedades de economia mista e as empresas públicas não teriam legitimidade para celebração do referido TAC, de modo que os acordos

---

[81] Ibidem, p. 990/991.

[82] No âmbito do Ministério Público de São Paulo, houve a homologação de acordos de não persecução cível, nos quais foram estabelecidas tais sanções. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. *Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP, 2020*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2676665.PDF>. Acesso em 19/01/2021.

[83] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 991.

[84] De acordo com a LIA a suspensão dos direitos políticos é aplicável para qualquer uma das modalidades de improbidade administrativa.

[85] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 993.

Book_RMP-81.indb 62 14/12/2021 12:30:39

celebrados teriam que passar pela homologação do judiciário (art. 515, III, CPC/2015), nesse caso, tendo eficácia de título executivo judicial, dependendo de oitiva do MP, na qualidade de fiscal da ordem jurídica. Na fase judicial, todos os legitimados da LIA, podem celebrar o *acordo de não persecução cível*.[86]

Noutro flanco, é preciso estabelecer em quais momentos o *acordo de não persecução cível* pode ser celebrado. Na fase extrajudicial, antes do ajuizamento da ação de improbidade, formalizado por meio do TAC (art. 515, III, CPC/2015). Se o acordo for celebrado por empresa pública ou sociedade de economia mista, deve ser levado à homologação judicial. Na fase judicial, pode ser celebrado no curso da ação de improbidade, com eficácia condicionada à homologação judicial (art. 515, II, CPC/2015).

Daí surgem algumas perguntas: "A LIA estabeleceu um marco temporal para celebração do acordo?", entende-se que não, por força do art. 139, V, CPC[87]. Sendo o controle do acordo judicial realizado pelo magistrado, o qual analisará o mérito, podendo deixar de homologar, homologar ou homologar parcialmente. Em todo caso, o magistrado poderá devolver às partes para que realizem ajustes no acordo.[88]

Os acordos celebrados judicialmente pelo Ministério Público não serão passíveis de revisão pelo Conselho Superior, pois sofrerão o controle do magistrado.

Por conseguinte, questiona-se a viabilidade de *extensão dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência para a esfera de improbidade administrativa com o acordo de não persecução cível.* A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, antes da alteração do art. 17, §1º, da LIA, reconheceu tal possibilidade nos acordos celebrados no âmbito da Operação Lava Jato, com a premissa da interpretação teleológica do microssistema da tutela do patrimônio público e combate à corrupção (Lei nº 9.807/199, Lei nº 9.613/1988, Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Código Civil de 2002, Lei nº 12.850/2013 e Lei nº 12.846/2013).

A respectiva interpretação se faz necessária, haja vista que seria um contrassenso a pessoa jurídica que cometesse ato lesivo à administração pública que, concomitantemente, configurasse ato ímprobo, fosse beneficiada pelo acordo de leniência, porém a pessoa física que praticasse a mesma conduta tivesse negada a possibilidade de acordo, no âmbito da improbidade administrativa.[89]

A viabilidade de extensão dos efeitos do acordo de colaboração premiada e do acordo de leniência à esfera da improbidade permitirá inclusive a possibilidade de aplicações das sanções da LIA em patamares inferiores aos estabelecidos

---

[86] Em sentido contrário decidiu o TJRS, o qual entendeu que compete exclusivamente ao MP a proposta de acordo de não persecução cível (ANPC) em ação de improbidade administrativa, em sede de Correição Parcial ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra decisão de primeiro grau da Comarca de Getúlio Vargas, 1ª Câmara Cível, nº 70084406685 (CNJ nº: 0079027- 27.2020.8.21.7000).

[87] O TJSP homologou ANPC após o prazo da contestação no bojo do processo nº 1001336-92.2017.8.26.0562, em conformidade com os princípios da duração razoável do processo e do estímulo estatal à solução por autocomposição.

[88] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Op. Cit., p. 995.

[89] Ibidem, p. 998.

Book_RMP-81.indb 63 14/12/2021 12:30:39

no art. 12, podendo até culminar na isenção total, não obstante a obrigação de ressarcimento ao erário.[90]

Na hipótese acima, sendo celebrado o acordo, o termo deve ser assinado, conjuntamente, pelos membros do Ministério Público com atribuição criminal e na esfera do patrimônio público, respeitando o princípio do promotor natural.

Os Ministérios Públicos Estaduais têm empreendido esforços para estabelecer critérios objetivos para a operacionalização do *acordo de não persecução cível*, tais como, Ministério Público do Ceará (Nota Técnica 01/2020)[91], Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Nota Técnica CAO Cidadania nº 16/2020) e Ministério Público de São Paulo (Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP)[92].

Sendo assim, verifica-se que o tema é novo e ainda tem muito a ser feito para que a operacionalização desse mecanismo traga mais efetividade para a resolução dos conflitos no âmbito da tutela do patrimônio público e da probidade.

5. Conclusão

A resolução consensual de conflitos, no âmbito do microssistema da tutela coletiva, apresenta-se como um importante mecanismo para salvaguardar os direitos e interesses transindividuais e metaindividuais, haja vista a possibilidade de adoção do instrumento mais adequado ao caso concreto, sem contar na possibilidade de se obter um resultado mais célere, efetivo, eficaz e menos custoso aos envolvidos.

Outrossim, verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro há um incentivo à adoção da autocomposição não somente na esfera cível, mas também na esfera administrativa e penal, objetivando a redução da litigiosidade.

Durante a pesquisa, foram analisados os principais instrumentos disponíveis com o escopo de tutelar os comentados direitos e interesses, quais sejam, a *recomendação* e o *termo de ajustamento de conduta*, bem como as suas limitações e controvérsias.

Assim, conclui-se que a *recomendação* é um instrumento extrajudicial, de uso exclusivo pelo Ministério Público, com caráter preventivo ou repressivo, não vinculativo, o qual visa convencer o seu destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício do interesse público e, no caso de descumprimento, evidencia-se o dolo na conduta do agente.

No que tange ao *termo de ajustamento de conduta*, constata-se a natureza de título executivo extrajudicial, sendo considerado título executivo judicial quando homologado judicialmente. Para a doutrina majoritária, não é considerado uma

---

[90] Ibidem, p. 998.

[91] MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ. *Nota Técnica 01/2020 - Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – CAODPP*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2676665.PDF>. Acesso em 19/01/2021.

[92] MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP, 2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2676665.PDF>. Acesso em 19/01/2021.

Book_RMP-81.indb 64 14/12/2021 12:30:39

transação, existindo diversas teses sobre a matéria, tendo como objeto: o modo, lugar e tempo no qual será reparado o dano ou afastada a ameaça de lesão. Figuram como legitimados os mesmos à propositura da ação civil pública, com exceção das associações, os sindicatos e as fundações privadas, havendo discussão doutrinária quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Por conseguinte, abordamos sobre o *acordo de não persecução cível*, introduzido no direito brasileiro nos idos de 2019, o qual carece de regulamentação para a sua operacionalização. Não obstante, vimos que tal "silêncio legislativo" não será óbice para a sua aplicação, tendo em vista a possibilidade de utilização das normas do microssistema do patrimônio público e combate à corrupção.

Por fim, constata-se a viabilidade de extensão dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência para a esfera cível, de modo a compatibilizar a utilização dos instrumentos e evitar incongruências.

Referências

ALMEIDA. Gregório Assegra de. *et. al*. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de improbidade administrativa:* obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 85.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020.

BASTOS, Fabrício. *Curso de Processo Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Foco, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http: // www.planalto.gov.br/ccivil 03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05/01/2021.

BRASIL. *Código de defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 05/01/2021.

BRASIL. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 06/01/2021.

BRASIL. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 04/02/2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05/01/2021.

Book_RMP-81.indb 65 14/12/2021 12:30:39

BRASIL. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.140%2C%20DE%2026%20DE%20JUNHO%20DE%202015.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20entre,o%20%C2%A7%202%C2%BA%20do%20art>. Acesso em 06/01/2021.

BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 09/01/2021.

BRASIL. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6>. Acesso em 02/02/2021.

BRASIL. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 02/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Acordo de Cooperação Técnica 14/2012*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/acordo_cooperacao_CNMP-MJ.pdf>. Acesso em: 02/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Dispõe sobre a Politica Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 01/02/21.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 01/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Institui os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/Resoluo_conjunta__02_de_21_de_junho_de_2011.pdf>. Acesso em: 16/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 16/02/2021.

Book_RMP-81.indb 66 14/12/2021 12:30:39

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 16/02/2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO CNMP. *Em Pauta - Acordo de Não Persecução Cível*. Brasília: CNMP, 2021. 1 vídeo (36 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3PwARmm9glE>. Acesso em: 12/02/2021.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A Colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico das demandas de improbidade administrativa*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, nº 67, jan./mar. 2017, p. 116.

GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro:* potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 66, out./dez. 2017, p. 36.

_____. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ. *Nota Técnica 01/2020 - Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – CAODPP*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2676665.PDF>. Acesso em 19/01/2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. *Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP*, 2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2676665.PDF>. Acesso em 19/01/2021.

PALMA. Juliana Bonacorsi de. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas*. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 08/01/2021.

PINHO. Humberto Dalla de Bernardina de. *O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa:* Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei N° 8.429/1992 pela Lei N° 13.964/2019. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 145-162, jul. 2020. ISSN 2447-4290. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1175650 PR 0058049-91.2015.8.16.0000. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. J. 25/04/2019. DJe 07/05/2019. STF, 2019. Disponível em: < https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340063444&ext=.pdf>. Acesso em: 11/12/2020.

Book_RMP-81.indb 67 14/12/2021 12:30:39

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. 802.060 RS 2005/0201062-8. Relator: Ministro Luiz Fux. J. 17/12/2009. DJe 22/02/2010. STJ, 2009. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=938450&num_registro=200502010628&data=20100222&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em 10/01/2021.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgReg no REsp 1.175.494 PR 2010/0000198-6. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 22/03/2011. DJe 07/04/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1047296&num_registro=201000001986&data=20110407&peticao_numero=201100053640&formato=PDF>. Acesso em 10/01/2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. nº 299.400 RJ 2001/0003094-7. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, rel. p/ ac. Ministra Eliana Calmon J. 01/06/2006. DJ 02/08/2006. STJ, 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_299400_RJ_1272586823060.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1614274582&Signature=gnqznX4dznKgbKGziHRZ%2Fr0RtrY%3D>. Acesso em: 16/02/2021.

Book_RMP-81.indb 68 14/12/2021 12:30:39

Branqueamento de capitais e advocacia: os deveres de *compliance* e a responsabilização por seu descumprimento

Money laundering and advocacy: compliance duties and breach responsibilities

Bárbara Dorati Ferrari*

Sumário

Introdução. I. Criminal *compliance* e a sociedade de controle. II. Os deveres de *compliance* na prevenção do branqueamento de capitais e o advogado. 2.1. Grupo de Ação Financeira (GAFI). 2.2. Normativa da União Europeia. a) Diretiva 91/308/CE. b) Diretiva 2001/97/CE. c) Diretiva 2005/60/CE. d) Diretiva (UE) 2015/849. 2.3. Portugal (Lei nº 83/2017). 2.4. Brasil (Lei nº 9613/1998). III. Da responsabilização criminal do advogado pelo descumprimento dos deveres de *compliance*. 3.1. Advogado dever de garante? 3.2. Formas de comparticipação criminosa: possibilidades punitivas do advogado. a) Da comparticipação principal (autoria). b) Da comparticipação acessória (cumplicidade). Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho se destina a examinar a responsabilização criminal do advogado por crime de branqueamento pelo descumprimento dos deveres de *compliance*. A partir de uma problematização geral do contexto histórico do surgimento do *compliance* como fruto da autorregulação regulada, será examinado o sistema comunitário de prevenção do branqueamento de capitais sob uma análise comparativa com o ordenamento jurídico brasileiro, verificando, primeiramente, para quais advogados incide a determinação legal de que colaborem com a Unidade de Inteligência Financeira e informem sobre atividades suspeitas de seus clientes e, por sua vez, se este dever implica a sua colocação como garante. Será, outrossim, realizado o estudo da comparticipação criminosa para verificar se e quando a conduta de omissão dos deveres de colaboração ensejará, além da sanção administrativa que lhe é própria, também a sanção penal, utilizando, para tanto, os critérios da imputação objetiva

* Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advogada.

Book_RMP-81.indb 69 14/12/2021 12:30:39

para verificar quando que a conduta inicialmente neutra ultrapassa os limites do risco permitido e passa a ser considerada relevante criminalmente – no caso, quando a falta de solidariedade ensejará a criação do risco proibido. Embora seja um tema de grande discussão e implicações, buscamos encontrar uma solução razoável diante da necessidade de combater o branqueamento de capitais com a imposição do dever de comunicação a determinados sujeitos que operam nos setores considerados sensíveis à prática criminosa, entre os quais se encontra o advogado, e sua (in)compatibilidade com o instituto do segredo profissional.

Abstract

The present study aims to examine the criminal accountability of the lawyers for the money laundering crime, particularly for the "duty of compliance" disregard. Starting from a general problematization of the historical context from the compliance emergence as a self-regulation, the community process of money laundering prevention will be analyzed in comparison to the Brazilian legal system. Initially, it will be analyzed whether the lawyers have to collaborate with the financial intelligence unit, as well as inform it about any suspicious activity of their clients. Thereby, it will be discussed whether these duties put the lawyers into a guarantor position or not. The kinds of criminal participation will also be studied, in order to check if and when the omission of the collaboration duty may give cause to a criminal penalty, beyond the normal administrative penalty. For this purpose, the objective imputation criterion will be used to verify when an initially neutral behavior may cross the allowed risk bound to become criminally relevant – in case, when the lack of solidarity may create a forbidden risk. Although this theme provokes big discussions and implications, this paper aims to find reasonable solution among the need of fighting the money laundering crime (especially from the duty of communication aspect, which is imposed to some people who deal with crimes – for example, the lawyers) and its compatibility or not with professional secret right.

Palavras-chave: Branqueamento de capitais. *Compliance*. Deveres de reporte. Dever de garante. Limites da cumplicidade criminosa.

Keywords: *Money laundering. Compliance. Duty to report. Guarantor duty. Bounds of criminal participation.*

Introdução

O presente trabalho versará sobre o estudo do dever de comunicação de operações suspeitas dos clientes impostos aos advogados no quadro da prevenção do branqueamento de capitais e as consequências jurídicas advindas do seu descumprimento no âmbito de uma responsabilização criminal.

Book_RMP-81.indb 70 14/12/2021 12:30:39

Reflexo de uma preocupação global em combater de forma eficiente o crime de branqueamento de capitais, existe, na esfera internacional, a busca pelo desenvolvimento de políticas criminais, visando à identificação, repressão e o controle das atividades que se operam em setores sensíveis à prática de atos de branqueamento. Tal preocupação, por sua vez, repercutiu na elaboração de legislações no âmbito interno de diversos países que guardam, entre si, muitas semelhanças. Nessa linha, nos ordenamentos jurídicos de diversos países, foram desenvolvidas regras de viés preventivo com a imposição de deveres, entre os quais, o dever de comunicação às autoridades competentes de operações suspeitas dos clientes.

Tais medidas refletem, por sua vez, o atual cenário globalizado no qual vigora um acelerado desenvolvimento tecnológico aliado a especialização e complexidade da estrutura empresarial, o que implica a incapacidade, por parte do poder público, de isoladamente prevenir, detectar, investigar e sancionar a prática de ilícitos realizados no seu interior. Visando suprir essa ineficiência, surge a autorregulação, na qual o poder público delega parte de sua função regulatória a particulares para a prevenção e controle desses crimes e isto, por sua vez, ocorre por meio dos sistemas de *criminal compliance*.

Com efeito, as políticas de combate ao branqueamento de capitais são criadas e se desenvolvem sobre a cooperação entre o setor público e o privado – entidades ou pessoas que exercem suas atividades em setores considerados sensíveis à prática desse crime[1] – entre os quais encontram-se os advogados. Ocorre que, a determinação legal de que advogados colaborem com a Unidade de Inteligência Financeira e informem sobre atividades suspeitas de seus clientes, por sua vez, implica uma certa (in)compatibilidade com o seu dever deontológico do sigilo profissional. E aqui surge o problema posto no presente estudo: o advogado de representação contenciosa é, de fato, um dos obrigados? A referida determinação legal implica a colocação do advogado como garante? É possível a sua responsabilização por crime de branqueamento pelo descumprimento dos deveres de *compliance*? Quais seriam os limites dessa punibilidade no âmbito das condutas neutras entre as quais atividade profissional do advogado se encontra?

Para responder este problema jurídico, será inicialmente estudado, no primeiro capítulo, o *compliance* como uma das formas de autorregulação regulada, partindo-se de uma breve análise da sociedade disciplinadora de Foucault e da sociedade de controle de Deleuze. Reputamos oportuno esta análise ao considerarmos o *compliance* como materialização da perspectiva da sociedade de controle, na qual ocorre o estímulo à autorregulação, sob a perspectiva da função do advogado dentro do *criminal compliance*.

Após, no segundo capítulo, serão abordados os deveres de *compliance* na prevenção do branqueamento de capitais, verificando a posição do advogado nos principais documentos internacionais que tratam sobre esta matéria e nas legislações

[1] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.41.

Book_RMP-81.indb 71 14/12/2021 12:30:39

que foram fortemente influenciadas por suas regras. No caso, quanto a essas últimas, o exame se consubstanciará aos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, cuja análise comparativa será através das seguintes legislações: Lei nº 83/2017 e Lei nº 9.613/1998, alterada pela Lei nº 12.683/2012, apontando suas similitudes e diferenças. Em seguida, finalizando o capítulo, será brevemente analisado o posicionamento inflexível da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) quanto à (in)compatibilidade dos deveres de *compliance* com o instituto do sigilo profissional e, portanto, a sua inaplicabilidade, com o apontamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4841, ajuizada em 22 de agosto de 2012, no STF, que, em que pese esteja pendente de julgamento, demonstra a situação de incerteza que vigora no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro e último capítulo, pretendemos, inicialmente identificar se a determinação legal de que o advogado colabore com a Unidade de Inteligência Financeira e informe sobre atividades suspeitas de seus clientes implica a sua colocação como garante e, consequentemente, se o descumprimento destes deveres lhe ensejará uma responsabilidade penal na forma de autor ou cúmplice, diante da lei portuguesa e brasileira. Após, finalizaremos o estudo com a verificação dos limites da cumplicidade punível dos advogados que contribuírem, mediante auxílio material, no curso causal do resultado criminoso, no âmbito das condutas neutras. Aliás, esse estudo final se faz necessário justamente pelo fato de que, em decorrência do expansionismo penal, houve a ampliação da punibilidade de atividades cujo risco (permitido) é inerente. Por isso, utilizando os critérios da teoria da imputação objetiva buscaremos verificar quando a conduta do advogado, considerada inicialmente neutra, ultrapassa o limite do risco permitido e passa a ser considerada relevante criminalmente, verificando que, na realidade, o dever de comunicação (quando cumprido) confere uma segurança a esses profissionais, implicando o afastamento da tipicidade de sua conduta, ainda que esta interfira no curso causal criminoso.

Este é o objeto do nosso estudo, de lançar um pequeno contributo na sistematização dos deveres de *compliance* impostos aos advogados no âmbito de prevenção e combate do branqueamento de capitais, identificando o seu contexto histórico e evolução normativa em âmbito internacional, apontando seus paradoxos e implicações na esfera da responsabilização penal.

I. Criminal *compliance* e a sociedade de controle

Como forma de contextualizar, reputamos oportuno introduzir, preliminarmente, ainda que de forma breve, as ideias de Foucault e Deleuze, eis que nelas encontram-se a gênese do *compliance*. No caso, após o estudo e as interpretações

Book_RMP-81.indb 72 14/12/2021 12:30:39

do pensamento de Michel Foucault[2], Gilles Deleuze[3] cria um diagnóstico da sociedade atual, denominando-a de sociedades de controle.

A passagem da modernidade para a contemporaneidade ocasionou a mudança de um modelo de sociedade, vista por Foucault como disciplinar, para um modelo de sociedade identificada por Gilles Deleuze (1992) como de "controle"[4]. Na sociedade disciplinar, gerida pelo modelo Panóptico de sistema de vigilância, vista à época como algo inovador, era aquele em que o Estado conseguia vigiar e controlar de maneira concentrada. Por sua vez, a sociedade de controle é caracterizada pela difusão do poder, no qual o modelo Panóptico de vigilância intensa do Estado é substituído pela autorregulação regulada e, decorrência disso, as instituições que antes eram controladas pelo Estado passam a incorporar as normas e aplicar nelas mesmas, gerindo seu próprio controle, se autorregulando. À vista disso, podemos afirmar, de certa forma, que a sociedade atual se encontra no momento de transição de uma forma de encarceramento completo para uma espécie de controle aberto e contínuo. De todo modo, parece-nos que a sociedade disciplinadora não deixou de existir, mas sofreu mutação para a sociedade de controle. Estamos no processo de transição, e talvez até coexistindo ambas. Trata-se de uma das transformações da sociedade em termos de organização do poder, o qual deixou de ser concentrado e passou a ser difuso. E aqui se encontra o ponto de partida do presente estudo: o *compliance* como materialização da perspectiva da sociedade de controle.

À vista disso, é incontestável que a transformação do contexto histórico, fruto da globalização, implicou o enfraquecimento do Estado de controle e na persecução da criminalidade – que, por sua vez, encontra-se mais especializada –, de forma adequada e eficiente. A crescente complexidade social aliada ao acelerado desenvolvimento tecnológico refletiu em uma criminalidade empresarial complexa e repleta de obstáculos e que, por sua vez, retiraram a capacidade do Estado de controlar, sozinho, as estruturas empresariais e consequentemente, os crimes praticados nela, sobretudo sob o viés preventivo[5].

Neste ponto, surge a autorregulação regulada como estratégia, por parte do Estado, para suprir a sua ineficiência de regular o ambiente empresarial, de modo que

---

[2] Em sua obra FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 162-250, considera a sociedade disciplinar como revolucionária cujo modelo de controle e vigilância é representado pelo sistema do Panóptico de Jeremy Bentham. Inclusive, se refere ao Panóptico como o verdadeiro ovo de Colombo na ordem política, metáfora utilizada para tratar do que esse modelo seria naquele contexto, *idem*, p 237.

[3] A formação do conceito de sociedade de controle de Gilles Deleuze, através dos estudos do pensamento de Foucault, identifica-se na obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault.

[4] Cf. adverte DELEUZE, Gilles. Controle e devir. *In*: *Conversações*, 1972-1990, Tradução Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992, p. 209-218, mais especificadamente p. 215-216, o próprio Foucault "[...] é um dos primeiros a dizer que as sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando pra trás, o que já não somos. Estamos entrando nas sociedades de controles, que funcionam não mais por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea".

[5] COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In*: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Atelier: Barcelona, 2013, p. 43-76, mais especificadamente p. 45-46.

Book_RMP-81.indb 73 14/12/2021 12:30:39

consiga conjurar os interesses individuais empresariais com os da sociedade[6]. Pela autorregulação o Estado, admitindo sua incapacidade de regular sozinho a atividade empresarial, bem como de conter, isoladamente, a expansão da criminalidade, reflexo da sociedade globalizada[7], utiliza-se delas para atingir os seus objetivos, ou seja, transfere parcialmente sua função regulatória (pois a titularidade permanece com o poder público)[8] às empresas, propiciando a sua intervenção mais efetiva e consequentemente, uma efetiva prevenção[9]. Através de um intervencionismo à distância, torna-se, deste modo, mais regulador[10].

Reflexo dessa nova forma de intervencionismo é a criação e instituição, pelo Estado, de deveres impostos ao ente privado como forma encontrada para recuperar o seu controle sobre a criminalidade econômica[11] e é através do *compliance* que o Estado vislumbra uma nova técnica para combater, de forma eficaz, esta criminalidade, conferindo na autorregulação regulada a solução de seus problemas[12].

Fruto da autorregulação, surge então o criminal *compliance* como método de prevenção de natureza privada das atividades infratoras e delitivas por parte da empresa. Representa uma transferência por parte do Estado, aos sujeitos incumbidos, da tarefa de identificação de fatos criminosos, visando dividir a sua responsabilidade com os particulares[13], tendo como base normas e diretrizes nacionais ou internacionais que tratam das medidas de cooperação de viés preventivo[14].

Visto isto, é possível perceber os reflexos da sociedade de controle com a expansão da tutela penal, com seu viés preventivo e repressivo, abrigando também a tutela da ordem econômica, a exemplo do branqueamento de capitais[15]. Disto decorre que, o combate à criminalidade, em especial ao delito de branqueamento de capitais, implicou o estabelecimento de deveres, com viés preventivo, a determinados agentes particulares e de incentivos visando a sua colaboração na prevenção e

---

[6] *Idem*, p.46.

[7] Esse novo cenário decorre da incapacidade do Estado de, com seus mecanismos de gestão, regular e supervisionar o âmbito empresarial, motivo pelo qual recorre à autorregulação regulada para exercer o controle neste ambiente, impedindo e detectando eventuais atos ilícitos, cf. CAVERO, Percy García. *El delito de lavado de activos*. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2015, p. 210.

[8] Trata-se de uma transferência parcial de poderes, por parte do Estado, ao ente privado, na qual o Estado delega, porém, com limites predeterminados, nos quais os particulares se subordinam, cf. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?, ob. cit., p. 51.

[9] FORIGO, Camila Rodrigues. O *Criminal Compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (coord); SOBRINHO, Fernando Martins Maria (org.). *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliane e outros temas contemporâneos*. Londrina/PR: Thoth, 2017, p.17-44, mais especificadamente p.31.

[10] COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?, ob. cit., p.52.

[11] CAVERO, Percy García, ob. cit., p. 210.

[12] TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo Da Silva Souza. *Criminal compliance*, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. Salvador, v. 4, n. 1, jan./jun. 2018, p. 98 –113.

[13] RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 23.

[14] TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo Da Silva Souza, ob. cit., p. 98 –113.

[15] *Idem*, *ibidem*.

Book_RMP-81.indb 74 14/12/2021 12:30:40

controle da criminalidade[16], tornando os particulares como *longa manus* dos órgãos policiais dos Estados[17].

À vista disso, diversos documentos internacionais refletem essa tendência de imposição crescente de deveres de colaboração, tais como a Normativa da União Europeia, o GAFI, o ordenamento jurídico português e brasileiro, mediante a Lei nº 83/2017 e a Lei nº 9.613/1998 (doravante conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro), com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012, conforme será exposto no próximo capítulo. No caso, o descumprimento destes deveres de *compliance* poderá ensejar tanto sanções de caráter administrativo, como também a responsabilização penal quando considerados garantes por ingerência na norma[18]. De qualquer maneira, é neste ponto que se insere a pertinência temática: o *compliance*, como parte do movimento de difusão do poder, no qual o Estado delega poderes aos particulares através da autorregulação, embora com limites por ele predeterminados. Por sua vez, tais limites impostos pelo Estado ao *compliance*, como forma de controle sobre a difusão do poder trazida pela autorregulação, é o que toca a função do advogado dentro do *criminal compliance*, objeto do presente estudo.

II. Os deveres de *compliance* na prevenção do branqueamento de capitais e o advogado

Consequência direta do esforço mundial para se combater de forma efetiva o branqueamento de capitais[19], há, em nível internacional, o debate sobre o desenvolvimento de políticas criminais, visando a repressão, identificação e o controle das atividades desempenhadas nos setores sensíveis à prática deste crime[20]. Por sua vez, tais esforços são marcados pelo reconhecimento – de caráter transnacional, da incapacidade do poder público de, isoladamente, prevenir, investigar e monitorar atos de branqueamento[21]. À vista disso, visando atuar de forma mais efetiva na persecução deste crime diante as dificuldades de investigação e complexidades que lhe caracterizam, o setor público passou a atuar juntamente às instituições privadas que exercem suas atividades nesses setores tidos por sensíveis[22].

---

16 FORIGO, Camila Rodrigues, ob. cit., p.39.

17 RIOS, Rodrigo Sanches. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro*: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo. Saraiva-GVlaw, 2010, p. 53.

18 TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo Da Silva Souza, ob. cit., p. 98-113.

19 O Combate ao branqueamento nas normas internacionais verifica-se nos seguintes documentos: Convenção de Viena (1988), Convenção de Estrasburgo (1990), Convenção de Palermo (2000), Convenção de Mérida (2003), Convenção de Varsóvia (2005), além das seguintes Diretivas do Conselho da Comunidade Europeia relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais: 91/308/CEE, 2001/97/CE, 2005/60/CE e 2015/849/CE, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 36-38.

20 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.38.

21 GIBSON GARCÍA, Ramón. Nuevas disposiciones en materia de prevención de lavado de dinero para las instituciones financieras. Iter Criminis, *Revista de Ciencias Penales*, México, Segunda Época, n. 12, out. 2004/mar. 2005, p. 185-213.

22 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.39.

Book_RMP-81.indb 75 14/12/2021 12:30:40

Reflexo desta cooperação entre o setor público e privado – entidades ou pessoas que exercem suas atividades em ambientes nos quais são comumente utilizados pelos agentes para a prática do crime[23], houve para tais agentes a imposição de deveres de colaboração com o órgão de inteligência e vigilância do poder público, entre os quais, o dever de comunicação de operações suspeitas praticadas sob sua égide[24]. E aqui surge o primeiro problema posto no presente trabalho: o advogado de representação contenciosa é sujeito obrigado a este dever?

Para responder este problema, reputamos oportuno o exame, ainda que de forma breve, dos documentos internacionais de maior relevância nesta temática: as Recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI), as Diretivas do Conselho das Comunidades Europeias, a legislação de Portugal e do Brasil, apontando suas principais peculiaridades quanto ao tratamento conferido ao advogado no âmbito do combate ao branqueamento de capitais e os deveres de reporte na Comunidade Europeia e brasileira.

Aliás, importante mencionar que a inclusão dos advogados como obrigados a implementar os mecanismos de controle decorreu da constatação da utilização, por autores de branqueamento, dessa atividade profissional para a prática de atos ilícitos[25]. Por tais motivos, com acerto, os documentos internacionais acabaram por incluir essa categoria profissional à função combativa, o que, por sua vez, implicou os questionamentos acerca do instituto sigilo profissional e da função do advogado no sistema de justiça.

2.1. Grupo de Ação Financeira (GAFI)

Em fevereiro de 2012, o GAFI[26] revisou suas recomendações[27] e, entre as modificações, acabou por incluir os advogados como obrigados a cumprir as medidas

---

[23] Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.39, entre os documentos internacionais que tratam sobre essa cooperação privada, destacam-se: Convenção de Palermo, em seu art. 7º, a Convenção de Mérida, em seu art. 14ª, e as Diretivas do Conselho da Comunidade Europeia, em diferentes dispositivos, *Idem*, *ibidem*.

[24] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.41; GIBSON GARCÍA, Ramón, ob. cit., p. 185-213.

[25] Há três motivos que revelaram à exposição da utilização da atividade advocatícia como meio propício à prática de branqueamento de capitais: (i) a constatação de que a atuação do advogado acaba por conferir ao ato ilícito uma aparência de legitimidade; (ii) o fato de que a assessoria jurídica pode ser utilizada para fins de auxiliar atos de branqueamento; (iii) a grande capacidade em contribuir, ainda que sem a intenção, com o crime em questão, cf. *A lawyer's guide to detecting and preventing money laundering. International Bar Association, the American Bar Association and Council of Bars and Law Societies of Europe*, outubro de 2014, p. 24.

[26] Em inglês, *Financial Action Task Force* (FATF) foi criado em 1989 pelo grupo de sete países mais industrializados do mundo (G7) com o objetivo de combater de forma eficiente o branqueamento de capitais. Destina-se a expedir, de forma constante, recomendações sobre as melhores técnicas para a sua repressão e acompanhar sua implementação, visando definir padrões globais com a imposição de regras a serem incorporadas pelas legislações dos países que o compõem, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.38-39; NETTO , Aldo Romani. *Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia*: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais. Dissertação de Mestrado em Direito defendida perante a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20706/TCC%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL%20REVISADA%20-%20ENCADERNA%C3%87%C3%83O.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 ago. 2019, p. 93; BADARÓ, Gustavo Henrique.

[27] Em 1990, sob o número de 40, o GAFI expediu suas recomendações e, após revisões (ampliação das obrigações e seu escopo de incidência com a criação e publicação de 09 Recomendações), retornou em

Book_RMP-81.indb 76 14/12/2021 12:30:40

administrativas de prevenção ao branqueamento de capitais, tais como o dever de devida diligência, de manutenção de registro e o dever de comunicar operações suspeitas de seus clientes, delimitando, por sua vez, e de forma expressa, as atividades exercidas pelo advogado sob as quais incidem tais deveres (Recomendação 22 e 23)[28]. Nesse sentido, em suas notas interpretativas da Recomendação 23[29], dispõe que, no que se refere ao dever de comunicação de operações suspeitas, não lhe será exigido quando no seu exercício profissional receber informações sujeitas ao segredo-privilégio profissional de natureza legal, cabendo aos países a definição do regramento das questões que estarão abrangidas pela garantia do sigilo.

À vista disso, observa-se que o GAFI, não obstante ter incluído os advogados como obrigados aos deveres de comunicação, afasta tal dever quando este entra em conflito com o sigilo profissional, incumbindo, no entanto, aos países signatários a regulamentação dessa excepcionalidade. Tais países, por sua vez, comumente embasam suas legislações nas Diretivas da União Europeia, e que, conforme será exposto a seguir, ao encontro com as notas interpretativas da Recomendação 23, normalmente determinam que as informações sujeitas ao sigilo são aquelas obtidas mediante apreciação da situação jurídica de seu cliente ou no exercício da defesa ou representação em processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou mediação[30]. De qualquer maneira, observa-se que o GAFI exclui da obrigação os advogados que recebem informações mediante o exercício das atividades típicas da advocacia.

2.2. Normativa da União Europeia

O combate ao branqueamento de capitais na Comunidade Europeia ensejou a edição de diversas Diretivas, entre as quais, no que se refere aos deveres dos advogados, destacam-se[31]:

2012 à quantidade inicial de 40, cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 94 e BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 39. As Recomendações e suas notas interpretativas estão disponíveis na sua versão oficial em: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[28] No que se refere ao dever de devida diligência acerca do cliente e manutenção de registros, a Recomendação 22, "d", do GAFI, determina que se aplicam apenas aos advogados quando realizarem transações para seus clientes nas atividades de: "Compra e venda de imóveis; Gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros ativos do cliente; Gestão de contas correntes, de poupança ou de valores mobiliários; Organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas; Criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais". Por sua vez, a Recomendação 23, "a", do GAFI, determina que somente no exercício dessas atividades descritas no parágrafo (d) da Recomendação 22 que o dever de comunicar operações suspeitas de seus clientes incidirá aos advogados. Disponível em: http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi/view>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[29] Notas interpretativas da Recomendação 23 do GAFI, n.º 1 e 2, p. 120. Disponível em: http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi/view>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[30] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 95-96; Nota interpretativa da Recomendação 23 do GAFI, n.º 2, p. 120. Disponível em: http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi/view>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[31] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 97; SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. *Lavagem de dinheiro e os deveres de colaboração do advogado*. SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). São Paulo: LiberArs, 2017, p.80.

Book_RMP-81.indb 77 14/12/2021 12:30:40

a) Diretiva 91/308/CE[32]

Com a imposição de deveres de identificação dos seus clientes, a conservação de documentos para servirem de elemento probatório e a comunicação de transações suspeitas aos órgãos competentes, a Diretiva 91/308/CE, já revogada, se limitava a regular, de forma sucinta, as atividades das entidades de crédito e instituições financeiras, sobre as quais recaíam tais obrigações. Logo, de início, não trouxe os advogados como obrigados[33].

Por sua vez, trouxe em seu art. 12, de forma ampla, a determinação de que os Estados-membros regulem outras atividades profissionais sensíveis à prática do branqueamento de capitais, possibilitando desta forma, a expansão e inclusão dos profissionais forenses, ao cumprimento das medidas de controles[34].

b) Diretiva 2001/97/CE[35]

Em 2001, a Diretiva 2001/97/CE, visando suprir a lacuna legislativa existente, alterou grande parte da Diretiva acima exposta, de modo que, não obstante ter mantido os deveres, ampliou o rol dos setores sensíveis ao branqueamento de capitais, entre os quais a inclusão, de forma expressa, dos profissionais jurídicos quando no exercício de assistência em transações financeiras, imobiliárias ou empresariais e afins[36] (art. 2º, nº 5)[37].

A Diretiva em exame, inovou ao trazer, pela primeira vez, as hipóteses em que o dever de comunicação é incompatível com o sigilo profissional, exonerando expressamente os profissionais forenses deste dever quando a informação for obtida para os fins de determinar a situação jurídica do cliente ou, então, no exercício de defesa ou de representação em processo judicial (art. 6º, nº 3)[38]. Em tais hipóteses, o dever de

---

[32] Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de junho de 1991. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0308. Acesso em: 10 ago. 2018.

[33] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 97.

[34] Neste momento, a inclusão dos advogados às obrigações poderia ser considerada mediante uma interpretação analógica, autorizada e até mesmo incentivada pela Diretiva em exame. No entanto, essa liberdade conferida aos países signatários de ampliação dos mecanismos de controle para além dos estabelecimentos de crédito e instituições financeiras não teve os resultados esperados, ou seja, na prática isto não ocorreu, cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 97-98.

[35] Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro de 2001. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:57ce32a4-2d5b-48f6-adb0-c1c4c7f7a192.0010.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 10 ago. 2018.

[36] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 98.

[37] Para uma análise completa das atividades dos advogados sob as quais incidem os deveres de reporte bem como as hipóteses excepcionais em que este dever é afastado, vide art. art. 2º, nº 5 e art. 6º, nº 3 da Diretiva 2001/97/CE.

[38] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 99. Nesse sentido, Ivo Coca Vila, expõe que o legislador europeu conferiu proteção ao advogado dispensando dos deveres de reporte quando este exercer suas três principais funções nucleares de sua profissão: a defesa, representação e o assessoramento jurídico –quando no processo de determinar a situação jurídica do cliente. Quanto a este último, quando implicar o desemprenho, por parte do advogado, de uma atividade vinculada a análise e ajustes da conduta do cliente com a legalidade, estará o advogado exercendo o assessoramento jurídico, e, portanto, desobrigado aos deveres de comunicação. De modo contrário, caso a determinação da situação jurídica envolva uma transação comercial ou financeira, nestes casos o advogado não estará desempenhando uma atividade jurídica, mas sim, estará atuando como um "agente de negócios", caso em que o advogado estará exonerado do seu dever do sigilo profissional, cf.

Book_RMP-81.indb 78 14/12/2021 12:30:40

comunicar operações suspeitas de seus clientes inexistirá, salvo se o consultor jurídico participar de atos de branqueamento ou prestar consultoria jurídica para facilitá-lo ou então ter o conhecimento de que realiza seus serviços para este fim (item 17)[39].

c) Diretiva 2005/60/CE[40]

Na mesma linha, a Diretiva 2005/60/CE, objetivando aprimorar o combate ao branqueamento mediante a coordenação internacional, veio para consolidar o caminho político-criminal inicialmente definido em 1991, pela Diretiva 91/308/CE[41]. Para tanto, manteve como obrigados aos deveres de prevenção os membros de profissões jurídicas – entre os quais, os advogados, quando atuarem em transações financeiras, imobiliárias, empresariais e afins, consideradas como setores sensíveis à prática de branqueamento de capitais[42] (itens 04 e 19 e art. 2º, n.º 3, "b")[43].

Da mesma forma, repetiu-se o afastamento da incidência do dever de comunicação de operações suspeitas quando as informações obtidas decorrerem da apreciação da situação jurídica do cliente, do exercício de sua representação ou defesa em um processo judicial ou de qualquer aconselhamento realizado a fim de se impedir ou instaurar um processo (item 20 e art. 23º, n.º 2)[44]. Logo, no que se refere aos advogados, manteve-se a inexistência do dever de reporte quando exercerem atividade na qual o sigilo profissional é inerente[45].

d) Diretiva (UE) 2015/849[46]

Por fim, a Diretiva (UE) 2015/849, aprovada em maio de 2015 pelo Parlamento Europeu, ampliou ainda mais o rol dos membros de profissões jurídicas obrigados ao dever de comunicação de operações suspeitas de seus clientes, incluindo os consultores tributários[47]. Logo, a Diretiva em exame que inclusive adotou regramentos já implementadas no ordenamento jurídico de diversos países da União Europeia[48],

---

COCA VILA, Ivo. *El abogado frente al blanqueo de capitales. ¿Entre Escila Y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012* (TEDH 12323/11). Caso Michaud contra Francia. InDret. *Revista para el análisis del Derecho,* nº 4, 2013, p. 20. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4481147>. Acesso em: 10 ago. 2018. No mesmo sentido, Rodrigo Sanches Rios defende a exoneração dos deveres de *compliance* quando conflitar com o sigilo profissional, ínsito ao exercício de defesa, cf. RIOS, Rodrigo Sanches, ob. cit., p. 109.

39 SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 87.

40 Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005. Disponível em: http://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0060. Acesso em: 10 ago. 2018.

41 COCA VILA, Ivo. *El abogado frente al blanqueo de capitales*, ob. cit., p.03.

42 NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 101.

43 Para uma análise completa de todas as atividades desempenhadas pelos profissionais jurídicos que incidem os deveres de reporte bem como as hipóteses excepcionais em que inexiste este dever, vide art. 2º, nº 3, "b" e art. 23º, nº 2 da Directiva 2005/60/CE.

44 NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 101.

45 NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 103.

46 Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849<. Acesso em: 10 ago. 2018.

47 SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 88.

48 ESTELLITA, Heloísa. *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. São Paulo: Editora FGV, 2016, p.33.

Book_RMP-81.indb 79 14/12/2021 12:30:40

manteve como atividade sensível à prática do branqueamento de capitais a atuação do advogado em operações financeiras, imobiliárias ou societárias, inovando quanto à inclusão da prestação da consultoria fiscal por possuir um risco mais elevado de ser utilizada para fins de branqueamento (item 09 e art. 2º, n.º3, "b")[49]. Conservou também as exceções nas quais o advogado estará isento do dever de reporte: o recebimento das informações mediante a apreciação da situação jurídica do cliente, do exercício da defesa, representação ou mesmo quando realiza conselhos em processos judiciais, salvo quando participar ativamente do branqueamento, realizar consultoria jurídica ou tiver o conhecimento de que a realiza para esta finalidade (item 09)[50].

Da análise do quadro evolutivo das Diretivas, parece-nos que o legislador europeu, buscando combater de forma efetiva o branqueamento de capitais, atribuiu aos agentes privados, atuando juntamente ao Estado, essa função e missão combativa, imputando, para tanto, os deveres de *compliance*[51]. E, quanto aos advogados de consultoria jurídica, reconheceu o seu dever de comunicar quando a sua orientação ou consultoria for relativas à condução negocial e patrimonial ou quando em atividades extrajudiciais, tais como transações financeiras ou empresariais, conforme apontam as Diretivas[52] acima expostas. Excluíram tal dever de colaboração, contudo, quando da atuação dos advogados em virtude dos processos judiciais (atuais ou iminentes)55[53], o que, por sua vez, demonstra a maturação da Comunidade Europeia que, ao regular as atividades em que recaem os deveres de reporte, conferiu, na realidade, uma proteção ao profissional.

2.3. Portugal (Lei nº 83/2017)[54]

Decorrente das regras comunitárias, a legislação de Portugal cumpre o mesmo roteiro das recomendações do GAFI e das Diretivas da União Europeia. Inclusive, a Lei nº 83/2017, mais recente legislação quanto à regulamentação das medidas

[49] Para análise detalhada das atividades do advogado que incidem os deveres de reporte bem como as hipóteses excepcionais em que inexiste este dever, vide item 09 e art. 2º, nº.3, alínea "b da Diretiva (UE) 2015/849.

[50] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 103-104; SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 88.

[51] COCA VILA, Ivo. *El abogado frente al blanqueo de capitales*, ob. cit., p.02.

[52] Neste sentido, apontam a Diretiva nº 2001/97/CE (que alterou a Diretiva nº 91/308), de 4 de dezembro de 2001 (itens 16 e 17), a Diretiva 2005/60/CE , de 26 de outubro de 2005 (itens 19 e 20), e a Diretiva 2015/849, de 20 de maio de 2015 (item 09), todas do Parlamento Europeu e do Conselho.

[53] Do exame das Diretivas, afere-se, outrossim, que a orientação na Comunidade Europeia é no sentido de que a imposição dos deveres de reporte aos advogados não fere o sigilo profissional quando da sua atuação em atividades extrajudiciais, excepcionando, por sua vez, quando do exercício de atividades típicas da advocacia: realização da defesa ou representação em processos judiciais ou aconselhamento sobre formas de solução de litígios. Em tais casos, destaca-se que, levaram em consideração o instituto do sigilo profissional. Neste sentido, NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 104.

[54] No presente trabalho, reputamos oportuno restringir a análise da Lei nº 83/2017, mais recente legislação portuguesa sobre as medidas preventivas e repressivas de combate ao branqueamento de capitais, não obstante existir outras de grande relevância no ordenamento jurídico português, em especial: Lei nº 49/2004 que regula o sentido e o alcance dos atos próprios dos advogados os quais são acobertados pelo sigilo profissional; Lei nº 145/2015 (Estatuto da Ordem dos Advogados) que dispõe acerca do regramento do segredo profissional inerente aos atos típicos da advocacia e o Regulamento 94/2006 de dispensa de segredo profissional, que trata do procedimento para as hipóteses em que o sigilo profissional pode ser afastado.

Book_RMP-81.indb 80 14/12/2021 12:30:40

preventivas e repressivas de combate ao branqueamento de capitais, representa a transposição, ainda que parcial, da Diretiva 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e da Diretiva 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016.

À vista disso, em recente alteração normativa, Portugal também se alinhou ao entendimento de que os advogados se sujeitam ao dever de colaboração com a Unidade de Inteligência Financeira, conforme se observa no art. 4º, nº 1, alínea "f" e nº 2 c/c o art. 43º da Lei nº 83/2017[55]. A exceção encontra-se em seu art. 79º, o qual – reproduzindo o teor das Diretivas da União Europeia e das Recomendações do GAFI, estabelece que não são abrangidas pelo dever de comunicação quando a atuação do advogado se consubstanciar no auxílio da defesa ou representação do cliente a despeito de um processo judicial (atual, futuro ou mesmo conselhos para evitá-lo) ou na apreciação de sua situação jurídica, ou seja, as informações obtidas por meio do exercício da defesa de seus clientes nas quais o sigilo profissional é inerente e, portanto, incompatível com o dever de comunicação[56].

Logo, do exame da legislação portuguesa, verifica-se que o legislador resguardou o sigilo profissional dos advogados quando atuarem no exercício do direito de defesa de seu cliente e, em tais casos, inexiste o dever de reporte. Assim, em Portugal, os deveres de *compliance* impostos aos setores privados para, em cooperação com o setor público, combaterem o branqueamento de capitais somente incidem aos advogados cuja atividade visa consolidar operações financeiras, imobiliárias, de compra e venda, de gestão de fundos, entre outras atividades similares, ou seja, sem relação com o direito de defesa do cliente, as quais devem seguir as determinações impostas na Lei nº 83/2017 – comunicando as operações suspeitas de seus clientes ao bastonário da sua ordem profissional (Ordem dos Advogados) que encaminharão, imediatamente e sem filtragem, ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal e à Unidade de Informação Financeira (art. 79º, nº 2 do diploma legal ora referido)[57].

A orientação da Comunidade Europeia constitui uma importante fonte legislativa para a regulação de outros países, entre os quais o Brasil[58], o qual, não obstante guarde pontuais similitudes com a norma portuguesa, carece de uma menção expressa aos advogados.

---

[55] Para uma análise completa de todas as atividades desempenhadas pelos advogados sobre as quais recaem os deveres de colaboração, vide art. 4º, nº 1, alínea "f" e nº 2, da Lei nº 83/2017; para os deveres de comunicação de operações suspeitas, vide art. 43º do mesmo diploma legal.

[56] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 111.

[57] Nas hipóteses expressamente previstas e delimitadas pela Lei nº 83/2017, a colaboração dos advogados às autoridades de *law enforcement* não é incompatível com o segredo profissional, cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 111-113. Importante destacar que em Portugal, à Unidade de Informação Financeira (*Law-enforcement-type* FIUs) é atribuído poderes de investigação e de persecução ou seja, natureza de polícia judiciária. No caso, os fundamentos que conduziram a sua criação foram encontrar neste órgão uma maneira mais eficiente para a aplicação da lei, atribuindo poderes apropriados para tanto, sem ter que desenvolver uma nova estrutura legal e administrativa, como ocorre no Brasil com o COAF, cf. *Financial Intelligence Units: an Overview* – Washington, D.C.: *International Monetary Fund, Legal Dept., Monetary and Financial Systems Dept.: World Bank, Financial Market Integrity*. Div., Washington, USA, 2004, p. 13-14.

[58] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 104.

Book_RMP-81.indb 81 14/12/2021 12:30:40

2.4. Brasil (Lei nº 9613/1998)[59]

O ordenamento jurídico brasileiro, no seguimento das normativas internacionais e fortemente influenciado por elas[60], trouxe os deveres de cooperação na prevenção e combate ao branqueamento de capitais e os obrigados a tais regras na Lei nº 9613/98[61] (Lei de Lavagem de Dinheiro) e, ao encontro da expansão que também ocorreu em diversos países, em 2012, com a Lei nº 12.683, teve seu rol dos setores sensíveis obrigados significativamente ampliado, com a inclusão das pessoas físicas ou jurídicas que prestam assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência em operações financeiras, societárias, imobiliárias, de compra e venda, de gestão de fundos e afins[62] (art. 9º, XIV, da Lei nº 9613/1998), o que demonstra a grande influência das Diretivas da União Europeia e também das Recomendações do GAFI[63] no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante, à diferença dos primeiros, haver diversas lacunas e omissões legislativas, tal como a ausência de menção expressa do advogado.

Assim, a tais obrigados recaem os deveres de colaboração a Unidade de Inteligência Financeira (UIF), e, no caso da brasileira, é o (COAF)[64]. Como apontado, entre as obrigações administrativas, encontra-se o dever de comunicar atividades suspeitas de seus clientes ao órgão regulador da atividade profissional ou, na sua falta, ao COAF, e, no caso dos advogados, caberia a OAB. Além disso, outra importante inovação da lei em comento foi a determinação a este órgão representativo (OAB) da regulamentação das hipóteses que configuram transações suspeitas e a forma como deverá ser transmitida (art. 11º, I e § 1º do diploma legal ora referido)[65].

O descumprimento destas obrigações, por sua vez, não ensejará de forma automática a responsabilização criminal, mas tão somente sanções de cunho

---

[59] Lei nº 9613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro) com alteração da Lei nº 12.683.

[60] As Diretivas promulgadas pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia influenciaram a alteração legislativa brasileira e a instituição do art. 9, inciso XIV, cf. GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de 'lavagem' de dinheiro. *In*: *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 237, p. 09-10, ago. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

[61] Elencados respectivamente nos arts. 10 e 11 e art. 9 da Lei nº 9613/98.

[62] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 44-46.

[63] As Recomendações expedidas pelo GAFI, não obstante não integrarem o ordenamento jurídico do Brasil, caracterizam-se por serem importantes fontes de referência para a adoção de políticas criminais e edição de novas leis, conforme ocorreu em 2012, com a Lei nº 12.683 que, fortemente influenciada pelas Recomendações do GAFI, em especial as Recomendações 22 e 23, alterou a Lei nº 9613/98, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 39; Aliás, as modificações são, na verdade, uma reprodução, ainda que parcial, das Recomendações, cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 96-97.

[64] Como apontado na nota 58, o COAF, apesar de realizar atividade regulatória, fiscalizatória bem como aplicação das sanções administrativas nos casos em que inexistam órgãos reguladores, diferentemente da UIF portuguesa, não possuí poder de investigação e persecução. Sua a atribuição se limita ao recebimento e análise das informações enviadas pelas entidades obrigadas e, posteriormente, verificando se tratar de atividades suspeitas, repassá-las ao órgão da persecução estatal, cf. *Financial Intelligence Units: an Overview – Washington, D.C.: International Monetary Fund, Legal Dept., Monetary and Financial Systems Dept.: World Bank, Financial Market Integrity. Div.* Washington, USA, 2004, p. 10; SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 72.

[65] SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 77.

Book_RMP-81.indb 82 14/12/2021 12:30:40

administrativo (elencadas no art. 12 da Lei nº 9613/1998)[66], salvo nas hipóteses em que estiverem presentes os requisitos de autoria ou cumplicidade do tipo do branqueamento de capitais, conforme será tratado no terceiro capítulo sob a análise das condutas neutras.

À luz do art. 9º, XIV c/c o art. 11 da Lei nº 9613/1998 e, considerando-se a omissão legislativa, questiona-se: a alteração legislativa e ampliação do rol dos sujeitos obrigados incluíram, de fato, os advogados? O dever de colaboração se verifica no patrocínio judicial da defesa e/ou no exercício da atividade de orientação ou consultoria jurídica sobre a condução negocial e patrimonial?

Preliminarmente, oportuno mencionar o fato de que a inclusão dos advogados como obrigados ao dever de comunicação no ordenamento jurídico é assunto de extrema incerteza e discussão e, entre essas, encontra-se a inclusão genérica desta categoria profissional ao dispor "assessoria ou consultoria de qualquer natureza" (art. 9°, XIV do diploma legal ora em comento), permitindo aferir que, ao menos em uma primeira análise, os deveres abrangeriam qualquer atividade desempenhada pelos advogados, tais como o assessoramento jurídico para o exame da situação jurídica de seu cliente[67].

No entanto, o entendimento doutrinário – seguido pela Corte Europeia de Direitos Humanos[68], orienta-se no sentido de que a atividade do advogado se classifica em duas categorias distintas. A primeira trata-se do advogado de representação contenciosa, que seria aquele que "atuaria na defesa de seu cliente em processo contencioso judicial e extrajudicial ou que emitiria parecer jurídico para litígios judiciais ou extrajudiciais", para os quais inexiste os deveres em comento[69]. A segunda, por sua vez, seria o advogado de operações, aquele que "orientaria o seu cliente em operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem qualquer relação direta com litígio ou processo judicial"[70], atividade jurídica apta a afastar o sigilo profissional, que por sua vez não é absoluto.

---

[66] Tais como como advertência, multa pecuniária, inabilitação temporária para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas e cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento (art. 12 da Lei nº 9613/98).

[67] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 184.

[68] Em 06 de dezembro de 2012, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso Michaud contra França (TEDH 12323/11), pela primeira vez, decidiu o conflito existente no dever de comunicar operações suspeitas e o direito do sigilo profissional, validando a regulamentação da Ordem dos Advogados da França que flexibilizou o segredo profissional ao determinar que os deveres de comunicar operações suspeitas de branqueamento de capitais de seus clientes incidirá aos advogados quando sua atividade se consubstanciar no auxílio em operações financeiras. Os juízes da Corte Europeia entenderam que o segredo profissional amparado no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos não se trata de uma norma de caráter absoluto, podendo ser afastada por lei em determinadas situações. E, por fim, afirmaram que inexiste o dever quando a atuação do advogado se consubstanciar na defesa do cliente em processo judicial, hipótese na qual o sigilo profissional é inerente e portanto, não seria violado, cf. COCA VILA, Ivo. *El abogado frente al blanqueo de capitales*, ob. cit., p 04-6 e 08-11; SOUZA, Tiago Fontoura de. A nova lei de lavagem de dinheiro – Uma breve análise sobre as principais alterações e aspectos polêmicos. *Revista Jurídica da Ajufesc*, 3ª ed., 2014, p. 19. Disponível em: http://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Tiago-Fontoura-de-Souza.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

[69] SOUZA, Tiago Fontoura de, ob. cit., p. 18.

[70] *Idem*, *ibidem*.

Book_RMP-81.indb 83 14/12/2021 12:30:40

Assim, nem toda a atuação do advogado se consubstanciará em função típica da advocacia e, na doutrina, há ainda diversas classificações, embora, de modo geral, se concentrem na divisão acima referida[71], do mesmo modo que se orienta a normativa europeia.

No que se refere aos advogados que atuam no patrocínio judicial da defesa, exercendo funções típicas da advocacia, por sua vez, é razoável sustentar a inexistência do dever de colaboração do advogado com o órgão nacional de inteligência financeira. No Estado brasileiro, essa escusa encontra amparo não apenas no art. 34.ª, VII da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), como ainda no art. 154 do Código Penal brasileiro, o qual tipifica o crime de violação do segredo profissional.

Em relação a OAB, a determinação regulatória sobre os deveres de colaboração com a UIF não foi, por sua vez, acatada, argumentando que os deveres de *compliance* são, sem exceção, incompatíveis com o instituto do segredo profissional do advogado e, portanto, as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012 à Lei nº 9613/1998 não se estendem aos advogados[72], posicionamento que, por sua vez, reputamos inflexível e, portanto, discordamos. Aliás, o instituto do sigilo profissional não é absoluto, e, embora seja uma discussão de grande dimensão (e não objeto do presente trabalho)[73], parece-nos que o posicionamento do GAFI, da Comunidade Europeia, e também da legislação

[71] Aliaga Méndez, classifica a atividade em três categorias de assessoramento a depender do momento em que se realiza: prévio à execução de uma operação jurídica que ainda não existe; após ela se concretizar e produzir efeitos jurídicos e, o pré-contencioso, quando o auxílio se consubstanciar na defesa ou representação em um futuro possível processo judicial. Afirma que somente estes dois últimos, que são atuações "*ex post*", constitui função precípua do advogado. Tal entendimento, por sua vez, foi refutado por Ivó Coca Vila para o qual toda a atividade de assessoramento constituí atividade típica da advocacia da qual é inerente o dever do sigilo profissional, independentemente do momento em que é realizado. Assim, este autor classifica a atividade jurídica em dois grupos: o primeiro, quando atua no exercício da defesa, representação e assessoramento jurídico e o segundo, quando desempenha as tarefas de gestão financeiras, manejo de fundos, operações mercantis e afins, e, somente neste último que incidirá os deveres de prevenção impostos pela lei de branqueamento de capitais. Aliás, segundo este autor, no caso da lei espanhola, seria somente nas seguintes hipóteses: quando assessorar em operações de compra e venda de bens imóveis ou entidades comerciais, cf. COCA VILA, Ivó. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. *In*: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDES, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 287-318; mais especificadamente, p. 306- 314; Gustavo Badaró classifica a atividade do advogado em quatro categorias e afirma que o dever de reporte previsto na Lei nº 9613/98 não se aplica "aos advogados que exercem atividades típicas e privativas da advocacia", cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.192.

[72] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 43.

[73] A questão da (in)compatibilidade dos deveres de *compliance* e a advocacia é, em nível global, tema de grande controvérsia e discussão há mais de uma década, diante dos deveres deontológicos do sigilo profissional, apontando-se a indispensabilidade do advogado à boa administração da justiça, a sua função social na prossecução do interesse público, ser o advogado a interface necessária entre os particulares e o Poder Público, o fato desse profissional cuidar dos interesses dos cidadãos na efetivação da justiça, entre outras qualidades indispensáveis a um Estado de Direito. Decorrente de sua importância, há o segredo profissional como deveres impostos aos advogados e, de outro lado, prerrogativas e imunidades que se coincidem diversas vezes. No caso dos deveres, a lei (especialmente o Estatuto da Ordem dos Advogados) lhe confere também incompatibilidades e impedimentos, buscando garantir a sua independência profissional que é essencial à confiança da justiça, cf. SANTOS, Filipe Matias. O advogado interno (*in-house lawyer*): Estatuto e particularidades do segredo profissional. *In*: PALMA, Maria Fernanda [et al.]. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 173-176. Para uma análise sobre os advogados externo e o interno ("*in-house*"), vide. *Idem*, p. 179-182.

Book_RMP-81.indb 84 14/12/2021 12:30:40

portuguesa, é o mais coerente quanto ao afastamento do dever de comunicação nas hipóteses em que há o exercício típico da advocacia e com ele o exercício da defesa do representado, atividades nas quais o sigilo profissional é inerente.

A omissão por parte da OAB em emitir a normativa para conferir eficácia à Lei nº 9.613/1998[74], por sua vez, implicou o fortalecimento de uma corrente doutrinária cuja orientação é no sentido de que inexiste, no Brasil, os deveres de *compliance* aos advogados[75], da qual discordamos. Inclusive, o Conselho Federal da OAB, em parecer[76], se manifestou que a Lei nº 9613/98 não se aplica aos advogados, haja vista o "silêncio eloquente da lei" em não ter intencionalmente mencionado, de forma expressa, este profissional jurídico e, portanto, inexiste para esses profissionais os mecanismos de controle[77]. Desde junho de 2014 que, após tentativas de acordos com a OAB, o COAF aguarda a sua regulamentação, conforme determinado pela Lei nº 12.683/12.

Acerca das modificações legislativas em exame, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4841/DF[78], interposta em agosto de 2012, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), sob a alegação de inconstitucionalidade do teor do art. 9º, XIV e também do art. 11, ambos da Lei nº 9.613/98, redação conferida em 2012 pela Lei nº 12.683 e que, entre as modificações, ampliou o rol de sujeitos obrigados, incluindo os profissionais jurídicos ao dever de comunicação de operações suspeitas. Para tanto, de modo geral, alegou-se a inconstitucionalidade diante da prerrogativa-dever do segredo profissional imposto aos advogados[79]. Por sua vez, em contrapartida, ao entender que o teor do art.

---

[74] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 63.

[75] Isto pois, as modificações impetradas pela Lei nº 12.683/2012 à Lei nº 9.613/1998, incluindo os advogados ao dever de comunicação e a determinação de que o órgão de representação profissional (OAB) emita regulamento específico quanto às hipóteses e condições que essa comunicação deve ser feita, consistem em uma norma de eficácia limitada, de modo que para produzirem efeitos jurídicos dependem da emissão de outra norma e neste caso seria a regulamentação da OAB, cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 43.

[76] Processo nº 49.0000.2012.006678-6/CNECO. Requerente: Presidência do Conselho Federal da OAB, Relatora: Daniela Rodrigues Teixeira. Brasília, Consulta (nº 49.0000.2012.006678-6/OEP) – assunto: Lei nº 12.683/12, sobre crimes de lavagem de dinheiro, julgado em 20 de agosto de 2012. Disponível em: < https://www.oab.org.br/arquivos/490000201201031 5-1.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

[77] Em Portugal, a ordem dos advogados encontra-se como um dos maiores críticos à inserção dos advogados como destinatários dos deveres de prevenção do branqueamento, entendendo se tratar de uma verdadeira perversão torná-los verdadeiros investigadores contra os seus clientes, cf. MACHADO, Miguel da Câmara. Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais. *In*: SOUSA MENDES, Paulo de; FERRO, Miguel Sousa (dir.). *Revista de concorrência e regulação*, ano VII, nº 31, jul.-set. 2017, p. 39-92, especificadamente p. 57. Nesta linha, Alfredo Castanheira que, embora trace uma crítica à legislação anterior, permanecem os problemas e portanto ainda pertinente sua constatação de que a imposição ao advogado de deveres no âmbito de prevenção do branqueamento de capitais é incompatível em diversos aspectos com o Estatuto que traz a esta classe profissional deveres deontológicos, a exemplo do sigilo profissional, de modo que: "o que pretende o novo regime é converter um advogado numa polícia à paisana, ou pior ainda, num agente infiltrado", cf. NEVES, Alfredo Castanheira. *Reflexos do Novo Regime Jurídico de Prevenção e Repressão do Branqueamento de Capitais sob a Perspectiva do Advogado Segredo Profissional – Lei nº 11/2004, de 27 de março, 2004*. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=30347&ida=30375>. Acesso em: 19 jul. 2019.

[78] STF: ADI nº 4841/DF, de 22 de agosto de 2012 no STF, Relator(a): Min. Celso de Mello. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4291691>. Acesso em: 10 jul. 2019. Permanece inerte desde 18 de novembro de 2015.

[79] A exemplo do art. 7°, XIX e § 6º da Lei nº 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

Book_RMP-81.indb 85 14/12/2021 12:30:40

9º, XIV da Lei nº 9.613/98 se baseia nas Recomendações 22 e 23 do GAFI, o MPF se manifestou pelo indeferimento do pedido de liminar feito pela CNPL para a suspensão da eficácia das normas até o trânsito em julgado. Alegou, outrossim, que o segredo profissional, da mesma forma que sucede com qualquer outro direito fundamental, não é absoluto, passível de relativização, mencionando que a própria lei admite ao prever a sua relativização quando houver justa causa e, enfatiza que tais deveres somente incidirão aos advogados de operações[80]. Da mesma forma, a AGU, reconhecendo a constitucionalidade dos dispositivos em comento, argumentou tratar-se de decorrência da busca do combate ao branqueamento de capitais e, por isso, o interesse público impõe este sacrifício[81]. A ADI 4841 permanece inerte desde 18 de novembro de 2015.

Isto posto, no cenário atual brasileiro, ainda não há uma solução pacífica na doutrina e jurisprudência quanto à incidência da Lei de Lavagem de Capitais aos advogados e a obrigatoriedade dos advogados em implementar os mecanismos de *compliance* e, embora haja entendimentos contrários[82], parece-nos que a legislação brasileira foi extremamente influenciada com o cenário europeu, guardando pontuais semelhanças com as normativas acima examinadas – inclusive, com a legislação de Portugal, com a imposição dos deveres de comunicação somente aos advogados de operações e afastando dos advogados de representação contenciosa, ou seja, daqueles que desempenham as funções típicas da advocacia[83]. De todo modo, é inegável o atraso legislativo que influi, por sua vez, em uma insegurança à classe dos advogados, conforme verificaremos a seguir.

De qualquer modo, é forçoso ressaltar o fato de que a exoneração dos advogados do dever de comunicação de operações suspeitas não lhes torna imunes à responsabilização quando contribuir dolosamente[84] com atos de branqueamento de

---

[80] SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 80-81.

[81] *Idem*, *ibidem*.

[82] De forma contrária, argumenta-se que, diante do fato de não haver menção expressa dos advogados como obrigados e a falta de regulamentação da OAB acerca das hipóteses, forma e condições em que os deveres de reporte devem ser comunicados às autoridades de *law enforcement*, no cenário atual brasileiro, inexiste essa obrigação aos advogados. Neste sentido, GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85-92; NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 110.

[83] Nesse sentido, Callegari entende que o legislador brasileiro ao prever o assessoramento "de qualquer natureza", conscientemente retirou os advogados de representação contenciosa dos deveres de colaboração, cf. CALLEGARI, André Luís. Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.), *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 375. Na mesma linha, GRANDIS, Rodrigo de, ob. cit., p. 9-10, não considera inconstitucional a inclusão dos advogados de operações, cujo assessoramento ocorre em áreas que não possuem ligação com o processo judicial, como as comerciais e tributários. Em sentido similar, BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.192; CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*. São Paulo: RT, 2013; LOBATO, José Danilo Tavares. Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro. *In*: SOUSA MENDES, Paulo de; MORAIS, Luís Silva (dir.). *Revista de concorrência e regulação*, ano IV, nº 16, out. - dez. 2013, p. 97-140, especificadamente p. 134.

[84] Neste ponto, surge outra discussão quanto ao afastamento da responsabilização penal dos advogados que contribuem com dolo eventual, exigindo-se o dolo direto e a teoria da cegueira deliberada. Para uma

Book_RMP-81.indb 86 14/12/2021 12:30:40

capitais, porém, em contrapartida, surge a dificuldade de limitar quando a sua conduta, cujo risco permitido é inerente, deixa de ser neutra e passa a ser relevante criminalmente.

III. Da responsabilização criminal do advogado pelo descumprimento dos deveres de *compliance*

Diante do exposto, vimos que a transformação da sociedade disciplinar na de controle implicou a reestruturação da sociedade para uma forma de controle mais difuso e menos corporal, surgindo o *compliance* como uma das formas de autorregulação regulada, com a imposição de deveres a determinados sujeitos, com viés preventivo. Nisto decorre que, embora ainda não haja solução pacífica na doutrina e jurisprudência brasileira quanto ao advogado ser obrigado a implementar os deveres de colaboração[85], entendemos que, à semelhança de Portugal, e seguindo as normativas da Comunidade Europeia, a Lei nº 12.683/2012 incluiu o advogado "de operações" no rol de sujeitos obrigados ao dever de comunicação. Por sua vez, o descumprimento dessas obrigações enseja sanções de cunho administrativo. E aqui surge o problema posto no presente estudo: a inobservância do dever de comunicação pode acarretar imputação por infringência ao dever de garante? À vista do risco (permitido) inerente à atividade profissional do advogado, quando a sua conduta será relevante para o direito penal? Ou seja, quais são os limites da atuação lícita do advogado no âmbito do risco permitido?

3.1. Advogado dever de garante?

No ordenamento jurídico português, o dever de garante, previsto no art. 10º, nº 2 do Código Penal português, é atribuído àquele para o qual incida um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar o resultado. Ao tratar dos deveres de garante, Jorge de Figueiredo Dias leciona acerca da necessidade da existência de relações fáticas como indispensável à sua configuração. Logo, o dever de garante somente se fundamentará quando existir entre o agente que recai o dever jurídico atribuído pela lei e o bem jurídico violado a existência dessas relações fáticas[86]. É necessário, outrossim, para a relevância penal da omissão, haver analogia com os comportamentos ativos.[87]

análise completa dessa teoria e suas implicações, vide BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 137-148.

[85] SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 83.

[86] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: Parte Geral, tomo I, Questões fundamentais – A doutrina geral do crime. 2ª ed. Coimbra Editora, 2007, p. 933 e ss.; KAWAKAMI, Cynthia Yuri. *Lavagem de dinheiro e advocacia: Dos deveres jurídicos dos advogados à cumplicidade mediante ações neutras*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais defendida perante Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34674/1/Lavagem%20de%20dinheiro%20e%20advocacia.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019, p 67-69.

[87] PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal* - Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 69-70.

Book_RMP-81.indb 87 14/12/2021 12:30:40

No ordenamento jurídico brasileiro, via de regra, os atos que consubstanciam na prática do crime de branqueamento de capitais ou lavagem de dinheiro, como é denominado neste Estado, são de caráter positivo e, portanto, exigem um agir do agente para a caracterização do crime em questão. Logo, exceto nos atos de "guardar" ou "ter em depósito", não é admitida a omissão própria. Para todos os demais atos a omissão será penalmente relevante apenas na modalidade de omissão imprópria, a qual, por sua vez, necessariamente exige para a sua caracterização o preenchimento dos requisitos do art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro[88]: dever de garantia do agente, a capacidade e possibilidade de evitar o resultado, e sua inércia dolosa diante do dever-poder de fazê-lo[89]. Somente nestas hipóteses, que devem ser preenchidas de forma cumulativa, haverá a responsabilização do agente pelo resultado, qual seja, pelo crime de lavagem de dinheiro. Vejamos[90].

O dever de evitar o resultado, denominado de dever de garante, é o primeiro requisito necessário para que haja omissão imprópria e somente existirá quando se concretizar uma das três hipóteses taxativamente arroladas no art. 13, § 2º, alíneas "a", "b" e "c" do CP[91]. Na primeira delas, haverá o dever de garante quando a lei, ordinária ou complementar, assim determinar, ou seja, sua fonte é a lei (art. 13, § 2º, alínea "a" do CP). Disso decorre que, caso a lei determine o dever de evitar a ocorrência do crime de branqueamento de capitais a determinado profissional no exercício de sua atividade tida como setor sensível, este deverá agir conforme a imposição legal para impedir a sua ocorrência, sob pena de responsabilização criminal na forma comissiva por omissão, desde que, contudo, presentes os demais requisitos, que serão a seguir expostos[92]. Logo, embora haja entendimento contrário, entendemos que por este dispositivo o advogado não possui o dever de garante uma vez que não há na legislação já examinada (Lei nº 9613/98) a determinação do dever de impedir a ocorrência de atos de lavagem.

Aliás, entre os deveres de cunho administrativo impostos pela Lei nº 9613/98 aos advogados, cujo objetivo é a cooperação entre o setor público e privado no combate ao branqueamento de capitais, não há, diferentemente do que ocorre em

---

[88] Código Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, art.13, § 2º dispõe as hipóteses taxativas nas quais a omissão será penalmente relevante: "quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado".

[89] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 302-304.

[90] Aliás, importante ressaltar que comumente se tem utilizado a norma geral de adequação da omissão imprópria para suprir a dificuldade probatória, levando a uma responsabilização objetiva, vedada no direito penal. Logo, afora as hipóteses legais necessárias à omissão imprópria, imputar aos dirigentes de uma empresa o crime de branqueamento de capitais por não evitarem que seus empregados pratiquem atos de branqueamento, sem prévio e efetivo conhecimento destes, é conferir uma responsabilização objetiva. A mesma lógica podemos aplicar aos advogados em face de seus clientes, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.197.

[91] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.197; BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit., p. 304.

[92] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.198.

Book_RMP-81.indb 88 14/12/2021 12:30:40

Portugal[93], o dever de abstenção, limitando-se ao dever de identificação, manutenção de registros e comunicação de atividades suspeitas[94]. Desta forma, pode-se concluir que, o mero descumprimento dos deveres de *compliance* pelo advogado, não lhe atrairá o dever de garante[95]. Mas, ainda que se entenda que o dever de comunicação implica a colocação do advogado como garante, para a sua responsabilização por omissão imprópria, exige-se além do dever de garante, o conhecimento efetivo acerca deste dever, a previsibilidade e possibilidade de evitar o resultado e, por fim, o dolo direto de contribuir, com sua omissão, com o resultado[96].

Neste ponto, mostra-se importante, por sua vez, traçar considerações acerca da diferença existente entre o dever de comunicar e o dever de impedir o resultado criminoso.

Denominado por *gatekeeper* e *whistleblowers*, são aqueles sujeitos incluídos como obrigados aos deveres de colaboração com o Estado na missão combativa do crime de branqueamento de capitais. No caso do *gatekeeper*, há um dever de abstenção, enquanto no do *whistleblowers*, há o dever de comunicação, deveres esses que são completamente diferentes do dever de impedir o resultado criminoso[97].

A segunda hipótese, comumente utilizada na defesa de cargos de direção em empresas, ocorre quando o agente, de forma consciente e voluntária, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, ou seja, embora não haja determinação legal com a imposição do dever de evitar o resultado, o agente, de forma inequívoca reconhece que assumiu este dever ao aceitar determinado cargo (art. 13, § 2º, alínea "b" do Código Penal brasileiro)[98].

E por fim, a terceira e última fonte do dever de garante ocorre quando o agente, com o comportamento anterior, cria o risco – não permitido – da ocorrência do resultado (art. 13, § 2º, alínea "c" do CP). E aqui surge a questão: o descumprimento dos deveres de *compliance* implica a criação de um risco não permitido? Tal qual

---

[93] No que se refere ao dever de abstenção existente no ordenamento jurídico português, interessante mencionar o fato que a Lei nº 83/2017, revogadora da Lei nº 25/2008, omitiu a antiga determinação do dever de abstenção de executar operações quando "saibam ou suspeitem estar relacionada com a prática dos crimes de branqueamento (...)", art. 35 da Lei nº 25/2008. A atual redação, por sua vez, trouxe o dever de abstenção de execução de operações suspeitas de estar relacionada com "a prática de atividades criminosas", art. 47, cf. TCC. KAWAKAMI, Cynthia Yuri, ob. cit. p 68-69. De qualquer modo, podemos compreender como atividade criminosa a prática de atos de branqueamento de capitais e, portanto, pela lei portuguesa tem o advogado o dever de abstenção o que é diferente de impedir o resultado; SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 55.

[94] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.199-200; GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. *In*: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 115-138;

[95] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.199-201.

[96] BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit., p. 307.

[97] SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 55.

[98] Nesse sentido, Schünemann afirma que o cargo de direção ou qualquer outro em que configura superior hierárquico, não implica automaticamente o seu dever de garante, ou seja, de evitar a ocorrência de branqueamento de capitais pelos profissionais que lhe são subordinados, ou o dever de vigiá-los. É necessário um regramento específico internamente à empresa com a determinação deste dever, o qual, por sua vez, se estenderá a terceiros quando da aceitação de um ato formal descentralizador, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Traducción realizada por Daniela Brockner y Juan Antonio Lascurain Sanchez. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid, Tomo XLI, Fasc.II, 1988, p. 535.

Book_RMP-81.indb 89 14/12/2021 12:30:40

adverte Bottini, entendemos que[99], nesta hipótese, haverá a criação de um risco não permitido da ocorrência do branqueamento de capitais pelo descumprimento dos deveres de *compliance* e, portanto, tem o advogado o dever de garante e deve evitar o resultado. Logo, a inobservância do dever de comunicação de operações suspeitas pode acarretar a imputação por infringência ao dever de garante quando atos de branqueamento se concretizarem diante nessa inércia, contudo, desde que presentes os demais requisitos: esteja demonstrado que o advogado tinha prévio e efetivo conhecimento do processo de branqueamento em curso e do seu dever de garante, além de capacidade e a possibilidade de interromper os atos em andamento[100]. Quanto ao risco não permitido e os demais critérios da imputação objetiva, será devidamente explicado no próximo item.

3.2. Formas de comparticipação criminosa: possibilidades punitivas do advogado

No seguimento das possibilidades punitivas do advogado pelo descumprimento do dever de comunicação e, tendo em vista o dever de garante que possui o advogado, abordaremos as formas de comparticipação sobre o aspecto da comparticipação principal e acessória punível sob a ótica da teoria da imputação objetiva no direito português e brasileiro. Tal análise se faz necessária para verificar se e quando que a não comunicação pelos advogados de operações – os quais entendemos estarem incluídos aos deveres de colaboração – ensejará, além das sanções administrativas, na sua responsabilização pelo crime de branqueamento de capitais, ou seja, buscaremos discutir a tipicidade dessas condutas sob a ótica crítica do expansionismo penal e sua atual tendência de atribuir responsabilização criminal àquelas condutas cujo risco é inerente.

a) Da comparticipação principal (autoria)

No ordenamento jurídico português a autoria, prevista no art. 26.º do Código Penal, pode ocorrer em quatro modalidades: autoria imediata, quando o agente executa o fato por si mesmo; autoria mediata, quando executa o fato por intermédio de outrem;

---

[99] Em sentido contrário: COCA VILA, Ivó. *La posición jurídica del abogado*, ob. cit., p. 300, ao realizar a análise da lei espanhola que pune a modalidade imprudente, alega que a infração dos deveres administrativos não pode, por si só, justificar a sanção penal na modalidade imprudente. Somente seria admissível à tipicidade caso o advogado fosse considerado garante e que, para este autor, não é o caso com a imposição dos deveres administrativos. Portanto, afirma que o advogado não é nem um *gatekeeper* bem como garante de impedir a concretização do branqueamento de capitais. Da mesma forma, RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 168, alega que o dever de comunicação imposto aos advogados não implica o dever de evitar o resultado do branqueamento de capitais. São coisas distintas, sendo o primeiro apenas a obrigação de informar operações suspeitas de seus clientes às autoridades competentes e, portanto, não preenche nenhuma das hipóteses necessárias à tipificação da omissão imprópria do art. 13, § 2° do Código Penal brasileiro. Logo, para RASSI, o advogado não tem o dever de impedir o resultado, ou seja, não é garante, motivo pelo qual entende que com o seu comportamento omissivo não cria um risco proibido, *idem*, *ibidem*.

[100] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.199; BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit., p. 307.

Book_RMP-81.indb 90 14/12/2021 12:30:40

coautoria, quando toma parte direta na execução do fato, por acordo ou juntamente com outro(s) e, por fim, a instigação, quando o agente determina dolosamente outrem à prática do fato, desde que se inicie a execução. Em todas essas formas de comparticipação criminosa, há a execução de uma conduta conforme o tipo[101].

Na legislação brasileira, salvo a modalidade de instigação que pertence à cumplicidade (ou participação, como é denominada neste Estado), a autoria segue a mesma linha do ordenamento português, entendendo-se como autor aquele que, com o domínio dos fatos: executa diretamente as condutas do tipo, colabora juntamente a outrem e de maneira funcional com a execução do delito (coautoria) ou quando utiliza-se de terceiro para a execução das condutas do tipo penal (autoria mediato)[102]. Logo, no caso do crime de branqueamento de capitais, será autor aquele que executar dolosamente as condutas previstas nas respectivas legislações (em Portugal, Lei nº 83/2017 e, no Brasil, Lei nº 9613/98) e, aqui encontra-se o advogado quando garante, com o conhecimento desta condição e a possibilidade de interromper os atos em andamento, em decorrência de sua omissão da obrigação que lhe é imposta (dever de comunicação) atos de branqueamento de capitais se concretizam. Neste caso, haverá um crime omissivo por omissão pela norma geral de adequação (art. 13, § 2º do Código Penal brasileiro) e, portanto, autoria do crime de branqueamento de capitais pelo descumprimento do dever de comunicação.

Aliás, neste ponto, Figueiredo Dias[103] leciona acerca da possibilidade de uma cumplicidade por omissão em crimes de ação ou omissão. Para tanto, observa que nos casos em que a intervenção do garante tem o poder de evitar o resultado típico, a regra é a sua responsabilização na forma de autoria. No entanto, não excluí a possibilidade de uma responsabilidade pela omissão em crimes de ação ou omissão na forma de cumplicidade, desde que se verifique pressupostos adicionais, tais como uma qualidade, intenção ou, como é neste caso, um dever especial. Nesse mesmo sentido, o Tribunal espanhol[104]em sua decisão trouxe a possibilidade da configuração da comparticipação acessória por omissão mediante a exigência da demonstração de que a intervenção do omitente não seria capaz de impedir o resultado criminoso, mas apenas dificultá-lo. Por sua vez, nos casos de plena certeza de evitação do resultado

---

[101] PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE. *Código Penal Anotado e Comentado – Legislação conexa e complementar.* 2.ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014, p.141. Roxin, por sua vez, classifica a autoria em três diferentes categorias: "delitos de domínio", para aquele que possui o domínio do fato, "delitos de dever": para aqueles em que há a atribuição de um "dever especial subjacente ao preceito incriminador" e os "delitos de mão própria" para aqueles que por si próprio pratica as condutas típicas cf. *Idem*, p. 143.

[102] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.168.

[103] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., p. 974-975. Porém, expõe que a responsabilização na forma de autoria é, em princípio, suficiente para as hipóteses de omissão na qual o garante tinha a capacidade de impedir o resultado criminoso.

[104] Desde a sua decisão proferida em 2000 que a Corte se utiliza dos seguintes requisitos para delimitar a cumplicidade por omissão: (I) que se tenha produzido um resultado, de lesão ou de risco, característico de um tipo penal de ação previsto em lei; (II) que se tenha omitido uma ação que, hipoteticamente, pudesse evitar o resultado, exigindo que a não evitação do resultado equivalha à sua causação; (III) que o omitente seja qualificado para figurar como autor do tipo ativo referente; (IV) que o omitente esteja em condições de realizar voluntariamente a ação; (V) que a omissão suponha um dever jurídico de atuar, SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 17.

Book_RMP-81.indb 91 14/12/2021 12:30:40

criminoso pelo agir do omitente, haverá a caracterização da comissão por omissão na forma de autoria.

b) Da comparticipação acessória (cumplicidade)

Por sua vez, a cumplicidade (embora com denominação diferente[105] no Brasil, guarda identidade e semelhança com Portugal) é aquela conduta necessariamente dolosa, secundária e causal, sendo que este dolo refere-se à realização da conduta típica bem como ao auxílio prestado[106] e, ao contrário da autoria, não possuí o domínio do fato, porém, auxilia na prática do crime sem executar diretamente as condutas descritas no tipo[107]. Assim, o cúmplice contribuí dolosamente com a execução do fato principal mediante o auxílio moral ou material[108]. O primeiro influi na criação da vontade do autor à prática do crime[109], sendo necessário uma conduta positiva do cúmplice, como quando o advogado sugere dolosamente ao seu cliente a realizar atos de branqueamento e, portanto, não se relaciona com o descumprimento do dever de comunicar.

O auxílio material, por sua vez, ocorre quando, sem ser execução, o agente contribui com a prática do crime[110]. E aqui surge a problemática do limite punível desta cumplicidade no âmbito das ações neutras com as seguintes questões: haverá responsabilização na forma de cumplicidade material quando o advogado de operações, no exercício de sua atividade profissional, com a omissão dos deveres de colaboração, contribuir dolosamente para o delito? Qual é o limite punível desta cumplicidade? Ou seja, quando o auxílio do advogado prestado no exercício de sua atividade profissional justificará a incidência da sanção penal?

É necessário, portanto, a fixação de critérios objetivos que determinem quando a conduta deixa de ser neutra ou cotidiana – que são aquelas cuja a prática implica o incremento do risco permitido, ou seja, o agente cria, com a sua conduta, um risco permitido, e passa a ser criminalmente relevante. Conforme leciona Greco, essa problemática concerne à questão, do que ele denomina de participação criminal no seu limite para baixo[111], no qual se busca diferenciar as condutas limítrofe entre as consideradas neutras e as que excedem esta, tornando-se punível. Para traçar tais

---

[105] No brasil, a comparticipação acessória denomina-se de participação, que pode ser moral (denominada de instigação) ou material.
[106] PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, ob. cit., p. 148-149.
[107] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 170-171.
[108] PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, ob. cit., p. 148-149.
[109] *Idem*, p. 149.
[110] *Idem*, *ibidem*.
[111] No limite para cima, por sua vez, busca-se diferenciar a autoria e a participação cf. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, ob. cit., p. 85-86; Aliás, Roxin se utiliza de sua teoria do domínio do fato para diferenciar, mediante utilização de critérios objetivos, autores de cúmplices, reconhecendo autor aquela figura central que tem o domínio sobre o risco em causar o resultado típico e cúmplice aquele que, de forma secundária, sem o domínio do fato, contribui ao fato típico, cf. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 9.ª ed., Tradução de Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p.42.

Book_RMP-81.indb 92 14/12/2021 12:30:40

limites, a doutrina brasileira e estrangeira[112] se alinham na utilização dos critérios da imputação objetiva, indicando como requisitos essenciais[113]: a criação de um risco não permitido que contribui causalmente para o resultado típico, estando este, por sua vez, dentro do âmbito de abrangência da norma de cuidado violada[114].

Assim, conforme exposto, a atividade dos advogados insere-se no âmbito das ações neutras, aquelas que estão no limite entre a cumplicidade punível e a contribuição impunível, consideradas como socialmente adequadas[115] e, neste caso, o risco não permitido e penalmente relevante ocorrerá quando a conduta ultrapassar o limite do risco permitido[116]. Para identificar esse momento, a doutrina brasileira e estrangeira elabora diferentes critérios[117] e que, conforme será demonstrado, coincidem no ponto de partida. Vejamos.

Inicialmente, GRECO[118] encontra no princípio da solidariedade humana a justificativa de uma ação neutra poder resultar em um risco proibido. Para tanto, utilizando os ensinamentos de Émile Durkheim de que a solidariedade é um elemento integrador da sociedade e enquanto fato social não depende da vontade humana, identifica o contexto atual da sociedade em que há uma profunda integração e, aliado ao pensamento de Giddens[119], aponta como resultado desta integração a necessidade de positivar a solidariedade. No Brasil, o legislador conferiu no art. 13, § 2.º do Código Penal brasileiro, que trata da omissão imprópria, o dispositivo para essa tutela e consequentemente a punição pela falta de solidariedade. Assim, utiliza-se deste dispositivo como "critério normativo de imputação objetiva" para aferir quando a conduta neutra ultrapassa o limite do risco permitido e passa a ser considerada relevante criminalmente e, portanto, punível a título de cumplicidade pelo auxílio material ao autor do fato[120].

---

[112] Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 172-182; GRECO, Luís. *Um panorama da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.19 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte General, tomo I*. 2ª ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2006, p. 362 e ss.

[113] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 112.

[114] Embora não haja um padrão exato quanto aos requisitos essenciais da teoria da imputação objetiva, no presente trabalho, seguiremos os indicados por ROXIN, Claus, *Derecho penal*, ob. cit. p. 365.

[115] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 76.

[116] É necessário a relevância social da conduta do agente que implicou a criação de um risco e esta, por sua vez, traz consigo outras circunstâncias como a "magnitude do dano que eventualmente ameaça a ser produzido e os sacrifícios que serão necessários para eliminar plenamente um risco", cf. ROXIN, Claus, ob. cit., p. 1011.

[117] No âmbito das atividades cotidianas, por sua vez, a doutrina elabora outros três requisitos diferentes e necessários para a criação do risco não permitido ou juridicamente desaprovado: violação a normas de segurança, o que, para Roxin, a regulação de tais normas reflete a existência de um risco juridicamente relevante, o princípio da confiança de que o outro se comportará da forma correta e a figura do homem prudente, cf. ROXIN, Claus, ob. cit., p. 372; GRECO, Luís, ob. cit., p. 60-62.

[118] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, ob.cit., p. 85-92.

[119] Giddens, por sua vez, explica o aumento das condutas geradoras de riscos e o expansionismo penal sobre elas, utilizando-se da mesma ideia de Durkheim, entendendo se tratar da consequência do estreitamento dos vínculos sociais e a consequente dificuldade de controle, por parte do Estado, sobre as condutas delitivas. Diante disso, defende a existência dos sistemas abstratos ocupados, pelo que ele denomina de peritos, sendo que, as condutas praticadas por esses agentes especializados nesses novos ambientes de difícil controle levam a questão das ações neutras e, no caso, Giddens atribuí para estes peritos o dever de solidariedade, ou seja, a imposição de um agir positivo para impedir o resultado, cf. *Idem*, p.87-88.

[120] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, ob.cit., p. 89.

Book_RMP-81.indb 93 14/12/2021 12:30:41

Desta forma, GRECO[121] aponta que somente haverá – pela falta de solidariedade –, a criação do risco proibido quando a conduta praticada pelo advogado violar o art. 13, § 2.º do Código Penal brasileiro, o qual, conforme já exposto, traz o dever específico de evitar o resultado em três hipóteses, sendo que, em nenhuma dessas ocorre com o dever de comunicação. Pelo contrário, tal dever possui viés colaborativo com o Estado na missão combativa do branqueamento de capitais com a determinação de que informe operações suspeitas de seus clientes, e não o dever de impedir o resultado criminoso praticado. Logo, segundo seus ensinamentos, do qual concordamos parcialmente, Greco entende que não há como o advogado responder na forma de cumplicidade material pelo crime de branqueamento de capitais praticado por terceiro, ainda que tenha prévio e efetivo conhecimento da prática criminosa por seu cliente, por entender que o dever de colaboração não implica o dever de evitação e, portanto, a conduta do advogado, nesses casos, é neutra[122]. Porém, embora a natureza dos deveres seja diferente, discordamos parcialmente por entendermos que, o descumprimento dos deveres de colaboração – no caso, o dever de comunicação –, enseja a criação do risco proibido pela colocação do advogado, neste caso, na posição de garante por ingerência na norma.

Na doutrina internacional, encontramos em Jakobs[123]uma importante contribuição para a problemática, ao determinar a atipicidade da conduta do cúmplice pela proibição do regresso quando o auxílio for inofensivo, afastado do plano criminoso do autor, ou seja, por si só carece de um sentido criminal. Somente quando sua conduta influir, de fato, no curso causal criminoso, se encaixando no plano delitivo do autor, haverá relevância penal e a responsabilização pela cumplicidade devido a criação do risco proibido[124]. Logo, pela concepção de Jakobs, da qual concordamos, se o advogado desempenha normalmente a sua atividade profissional com a observância das regras atribuídas à sua atividade profissional, ainda que contribua de forma causal com o crime, será atípica a sua conduta pois, esse auxílio, encontra-se dentro do socialmente adequado e, portanto, não possui relevância penal. Somente haverá sua responsabilização pela cumplicidade quando de fato contribuir na prática do crime. Aliás, buscamos neste trabalho, a fixação de limites para conferir a liberdade do exercício do profissional que não possui o *animus* em praticar – seja na forma de autor, seja na forma de cúmplice – atos de branqueamento de capitais. E tal solução encontramos nos critérios defendidos por Jakobs, para o qual haverá a tipicidade objetiva da conduta do advogado quando ele contribuir de fato com o liame causal,

[121] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, ob. cit., p. 85-92; Na mesma linha, na doutrina brasileira, encontra-se RASSI, João Daniel, ob. cit., p.147-150. Para este autor, a verificação de quando o risco deixa de ser permitido e passa a ser proibido deve ser avaliado pela solidariedade, *idem*, p. 114 e ss.
[122] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, ob. cit., p. 85-92.
[123] JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. *In*: *Moderna dogmática Penal. Estudios compilados*. 2ª ed. México: Porrúa, 2006, p. 370-374.
[124] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 80.

Book_RMP-81.indb 94 14/12/2021 12:30:41

o que não ocorre com o seu conhecimento de atos de branqueamento de seu cliente e nada fazer a respeito (omitindo-se de seu dever de comunicar)[125].

Por sua vez, o método utilizado para aferir a criação do risco proibido para as ações neutras por Robles Planas[126], o qual entendemos ser o melhor e mais objetivamente adequado para o problema dos advogados e os deveres de *compliance*, é a existência de um dever especial que incida sobre o cúmplice, sem o qual não haverá a sua punibilidade sobre o resultado. Sua premissa decorre da análise da cadeia causal delitiva, afirmando que, como regra, não existe um dever, sobre eventuais intervenientes, de cuidar das implicações de suas condutas quando terceiro ainda irá atuar nessa cadeia, salvo se sobre ele incidir deveres especiais ou quando o seu auxílio se adaptar à conduta típica do autor. Somente nessas hipóteses haverá a criação do risco proibido no âmbito das ações neutras, refletindo no seu dever de garantir as consequências de sua conduta[127].

Por sua vez, explica que os deveres especiais são aquelas normas elaboradas para determinados profissionais cuja atividade neutra desempenhada possa ser utilizada para fins de praticar atos ilícitos[128], ou seja, trata-se justamente dos deveres de colaboração impostos aos advogados de operações. Neste caso, para tais agentes há o dever de cumprir com as normas direcionadas à sua atividade quando do seu exercício profissional, sendo que, haverá a criação do risco proibido quando esse agente descumprir tais obrigações. Porém, de outro lado, o cumprimento destes deveres especiais implicará o afastamento da tipicidade de sua conduta, já que, neste caso, o comportamento está dentro do risco permitido[129].

Diante disso, à luz das premissas expostas, entendemos que os deveres de colaboração impostos aos advogados de operação para a missão combativa do branqueamento de capitais coincidem com os deveres especiais defendidos por Robles Planas e, portanto, caso a assessoria exercida acabe por contribuir casualmente na consecução do branqueamento de capitais, o cumprimento destes deveres especiais ensejará o afastamento da tipicidade de sua conduta, pois, neste caso, o comportamento do advogado é neutro, sob o viés objetivo. Por outro lado, o descumprimento deste dever ensejará na criação do risco não permitido e, portanto, pela teoria da imputação objetiva, se a conduta do advogado influir casualmente no resultado criminoso, será objetivamente relevante para o direito penal, ou seja, haverá tipicidade objetiva. Contudo, conforme já exposto, para a tipicidade integral, é necessário ainda o preenchimento da tipicidade subjetiva, ou seja, demonstração do dolo efetivo pelo resultado.

---

[125] Mendes, Felipe Lourenço. *Criminal compliance*: ações neutras na advocacia. *Actio Revista de Estudos Jurídicos*. Maringá, nº 27, vol. 2 – jul./dez. 2017, p. 142.
[126] ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito*: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 310.
[127] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 82-83.
[128] ROBLES PLANAS, Ricardo, ob. cit., p. 310.
[129] NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 83.

Book_RMP-81.indb 95 14/12/2021 12:30:41

Conclusão

Preliminarmente, é oportuno reconhecer que a atividade investigativa no âmbito acadêmico nunca termina efetivamente, eis que se trata de verdadeiro *work in progress*. Deste modo, ao fim e ao cabo deste esforço investigativo, concluímos que:

Ao longo do estudo, verificamos que a sociedade de controle cedeu à disciplinar e nessa transformação surgiu a autorregulação regulada como forma do Estado exercer de forma eficiente o controle sobre a crescente criminalidade econômica mediante a difusão do poder. Isto decorreu do reconhecimento da incapacidade, por parte do Poder Público, em isoladamente prevenir, investigar ou reprimir a prática de crimes em determinados setores sem a colaboração das instituições privadas. Diante disso, conferiu a missão combativa a agentes que atuam nos setores considerados sensíveis à prática de atos de branqueamento, entre os quais os advogados, mediante a imposição de deveres de colaboração.

No que se refere a discussão existente acerca da (in)compatibilidade do dever de comunicação com o segredo profissional, verificamos que a Comunidade Europeia orienta-se no sentido de que os deveres de reporte não é incompatível com o instituto sigilo profissional, salvo quando o advogado atuar para a defesa do constituinte, em processos judiciais, administrativos, mediações, arbitragens, ou no caso de aconselhamento de solução de litígio. No Brasil, por sua vez, a OAB é inflexível quanto a aceitação do dever de comunicação incidir aos advogados, alegando sua incompatibilidade com o instituto do sigilo profissional e, consequentemente, sua inconstitucionalidade. Refere ainda que, embora haja a permissão para o afastamento do sigilo quando existir justa causa (nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam a defesa própria), este não é o caso[130].

Concluímos que, embora haja entendimentos contrários no ordenamento jurídico brasileiro, o advogado tem o dever de comunicar e tal dever recaí somente aos advogados que não atuam no exercício típico da advocacia, denominados pela doutrina de advogado de operações. Aliás, a justificativa para limitar o poder-dever do sigilo profissional de tais profissionais foi a necessidade combativa da criminalidade econômica e a frequente utilização desses profissionais como meio para a prática de atos de branqueamento de capitais. E é essa a orientação da Comunidade Europeia ao dispor, de forma expressa, quais advogados estão obrigados ao dever de comunicação e para quais inexiste tal dever, demonstrando o atraso legislativo que vigora no Estado brasileiro ao deixar a cargo da OAB a regulamentação, enquanto, a exemplo de Portugal, tal regulamentação encontra-se na própria Lei nº 83/2017.

Após, verificamos que o advogado é garante por ingerência na norma e, portanto, tem o dever de evitar o resultado do branqueamento de capitais quando presente a capacidade e a possibilidade de impedir o resultado criminoso. Porém, é necessário também à tipicidade da omissão imprópria a demonstração de seu prévio e efetivo conhecimento acerca de atos de branqueamento em curso e o seu dolo

[130] Cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 91-92; SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 16.

Book_RMP-81.indb 96 14/12/2021 12:30:41

sobre o resultado. Logo, o descumprimento do dever de comunicação poderá ensejar a responsabilização criminal quando, presentes essas hipóteses, em decorrência de sua omissão dolosa, o crime de branqueamento se consumar. Neste caso, haverá a imputação pelo resultado, que deu causa pela omissão, na forma de autoria ou na modalidade de cumplicidade acessória, conforme Figueiredo Dias[131] entende ser possível nas hipóteses em que a autoria possui o dever especial. Neste caso, aliás, o advogado será punido de forma duplamente atenuada.

Por sua vez, não obstante à primeira vista a imposição do dever de comunicação de operações suspeitas aos advogados parecer uma afronta ao dever deontológico do segredo profissional por colocá-lo em uma situação de conflito de deveres, contudo, com o estudo do limite punível da comparticipação acessória, verificamos que, na realidade, os deveres de colaboração (no caso, o seu cumprimento) tratam-se de uma proteção a esse profissional. Isto pois, sua atividade encontra-se no âmbito das ações neutras, ou seja, de criação de riscos (permitidos) que não possuem relevância. E, neste ponto, verificamos a grande dificuldade existente em mensurar quando a conduta do profissional deixa de ser neutra e passa a ser relevante à tipicidade do crime de branqueamento de capitais praticado por seu cliente. É justamente nessa linha tênue que separa o risco permitido do risco proibido que se encontra o problema e, com o estudo dos critérios da teoria da imputação objetiva na doutrina brasileira e estrangeira, verificamos que o dever de comunicação imposto ao advogado de operação coincide com os deveres especiais defendidos por Robles Planas como critério para a cumplicidade nas ações neutras e, portanto, o cumprimento dos deveres de colaboração implica o afastamento da tipicidade de sua conduta (neutra) ainda que a atuação do advogado tenha provocado uma intervenção na cadeia causal do resultado de branqueamento de capitais, pois, neste caso, não ultrapassou os limites do risco permitido.

Por outro lado, o descumprimento do dever de comunicação enquanto deveres especiais ensejará na criação do risco proibido de modo que, pelos critérios da teoria da imputação objetiva, caso a intervenção do advogado contribua casualmente no resultado criminoso, será objetivamente relevante para o direito penal, ou seja, haverá tipicidade objetiva, seguindo-se a análise da tipicidade subjetiva.

Por fim, seja a título de autoria, seja a título de cumplicidade, o simples descumprimento do dever de comunicação não é suficiente para a imputação penal, mas tão somente a administrativa que lhe é inerente. Embora seja garante, para que haja responsabilização penal na forma de autor – ou de cúmplice, como Figueiredo refere ser possível –, faz-se necessário a demonstração de uma série de requisitos já expostos, entre os quais a demonstração do elemento subjetivo. Logo, embora o descumprimento dos deveres de *compliance* retira a sua conduta do risco permitido, é necessário a intenção do advogado em praticar o crime de branqueamento de capitais e juntamente ao agir doloso a contribuição efetiva e causal com o resultado criminoso, pois, caso contrário, estaríamos conferindo uma responsabilização objetiva, que é veemente vedado pelo direito penal.

[131] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., p. 974-975.

Book_RMP-81.indb 97 14/12/2021 12:30:41

Bibliografia

A lawyer's guide to detecting and preventing money laundering. International Bar Association, the American Bar Association and Council of Bars and Law Societies of Europe, outubro de 2014, p. 24.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi, 2012.

CALLEGARI, André Luís. Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*. São Paulo: RT, 2013.

COCA VILA, Ivó. El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila Y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11), Caso Michaud contra Francia. InDret, *Revista para el análisis del Derecho*, nº 4, 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4481147>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. *In*: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDES, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 287-318.

_____. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In*: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 43-76.

DELEUZE, Gilles. Controle e devir. *In*: *Conversações, 1972-1990*. Tradução Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992, p. 209-218.

_____. *Post-scriptum* sobre as sociedades de controle. *In*: *Conversações, 1972-1990*. Tradução Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992, p. 219-226.

ESTELLITA, Heloísa. *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. São Paulo: Editora FGV, 2016.

Book_RMP-81.indb 98 14/12/2021 12:30:41

FATF (2012-2019), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. FATF: Paris, fev. 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>. Acesso em: 10 ago. 2018.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: Parte Geral, tomo I, Questões fundamentais – A doutrina geral do crime. 2ª ed., Coimbra Editora, 2007.

Financial Intelligence Units: an Overview – Washington, D.C.: International Monetary Fund, Legal Dept., Monetary and Financial Systems Dept.: World Bank, Financial Market Integrity. Div.. Washington, USA, 2004.

FORIGO, Camila Rodrigues. O *Criminal Compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (coord); SOBRINHO, Fernando Martins Maria (org.). *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliane e outros temas contemporâneos*. Londrina/PR: Thoth, 2017, p. 17-44.

GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. As recomendações do GAFI, 2012*. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi/view>. Acesso em: 10 ago. 2018.

GIBSON GARCÍA, Ramón. Nuevas disposiciones en materia de prevención de lavado de dinero para las instituciones financieras. *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*. México, Segunda Época, nº 12, out. 2004/mar. 2005, p. 185-213.

GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. *In*: *Boletim IBCCRIM*, ano 20, nº 237, p. 09-10, ago. 2012.

_____. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. *In*: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 115-138.

GRECO, Luís. *Um panorama da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. *In*: *Moderna dogmática Penal*. Estudios compilados, 2ª ed. México: Porrúa, 2006, p. 370-374.

KAWAKAMI, Cynthia Yuri. *Lavagem de dinheiro e advocacia*: Dos deveres jurídicos dos advogados à cumplicidade mediante ações neutras. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais defendida perante Faculdade de Direito da

Book_RMP-81.indb 99 14/12/2021 12:30:41

Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34674/1/Lavagem%20de%20dinheiro%20e%20advocacia.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

LOBATO, José Danilo Tavares. Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro. *In*: SOUSA MENDES, Paulo de; MORAIS, Luís Silva (dir.). *Revista de concorrência e regulação*, ano IV, nº 16, out.- dez. 2013, p. 97-140.

MACHADO, Miguel da Câmara. Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais. *In*: SOUSA MENDES, Paulo de; FERRO, Miguel Sousa (dir.). *Revista de concorrência e regulação*, ano VII, nº 31, jul.- set. 2017, p. 39-92.

MENDES, Felipe Lourenço. Criminal *compliance*: ações neutras na advocacia. *Actio Revista de Estudos Jurídicos*. Maringá, nº 27, vol. 2 – jul./dez., 2017, p. 142.

NETTO , Aldo Romani. *Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia*: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais. Dissertação de Mestrado em Direito defendida perante a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20706/TCC%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL%20REVISADA%20-%20ENCADERNA%C3%87%C3%83O.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 ago. 2019.

NEVES, Alfredo Castanheira. *Reflexos do Novo Regime Jurídico de Prevenção e Repressão do Branqueamento de Capitais sob a Perspectiva do Advogado Segredo Profissional – Lei nº 11/2004, de 27 de março, 2004*. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=30347&ida=30375>. Acesso em: 19 jul. 2019.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal - Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal* 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE. *Código Penal Anotado e Comentado – Legislação conexa e complementar*. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014.

RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014.

RIOS, Rodrigo Sanches. *Advocacia e lavagem de dinheiro*: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo. Saraiva-GVlaw, 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito*: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 9ª ed. Tradução de Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.

_____. *Derecho penal – Parte General, tomo I*. 2ª ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2006.

Book_RMP-81.indb 100 14/12/2021 12:30:41

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. *Lavagem de dinheiro e os deveres de colaboração do advogado*. SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). São Paulo: LiberArs, 2017.

SANTOS, Filipe Matias. O advogado interno (*in-house lawyer*): Estatuto e particularidades do segredo profissional. *In*: PALMA, Maria Fernanda [et al.], *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 171-208.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Traducción realizada por Daniela Brockner y Juan Antonio Lascurain Sanchez. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid, Tomo XLI, Fasc. II, 1988.

SOUZA, Tiago Fontoura de. A nova lei de lavagem de dinheiro – Uma breve análise sobre as principais alterações e aspectos polêmicos. *Revista Jurídica da Ajufesc*. 3ª ed., p. 01-21, 2014. Disponível em: http://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Tiago-Fontoura-de-Souza.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo Da Silva Souza. *Criminal compliance*, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. Salvador, v. 4, nº 1, jan./jun. 2018, p. 98 –113.

Índice de jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4841,* Relator(a): Min. Celso de Mello, interposta em 22/08/2012, inerte desde 18/11/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4291691 >. Acesso em: 10 jul. 2019.

Processo nº 49.0000.2012.006678-6/CNECO, Consulta (n.º 49.0000.2012.006678-6/OEP) – assunto: Lei 12.683/12, sobre crimes de lavagem de dinheiro, Requerente: Presidência do Conselho Federal da OAB, Relator (a): Daniela Rodrigues Teixeira. Brasília, julgado em 20 de agosto de 2012. Disponível em: < https://www.oab.org.br/arquivos/4900002012010315-1.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

Legislação consultada

BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

Book_RMP-81.indb 101 14/12/2021 12:30:41

BRASIL. *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei nº 9613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 48/95*. Código Penal. Disponível em: wwww.dgsi.pt. Acesso em: 09 ago. 2019.

PORTUGAL. *Lei nº 83/2017*. Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho. Diário da República, 1.ª série — N.º 159 — 18 de agosto de 2017. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/108021178/details/maximized>. Acesso em: 05 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991*, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0308. Acesso em: 10 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro de 2001*, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Texto encontrado no Jornal Oficial da União Europeia de 28 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:57ce32a4-2d5b-48f6-adb0-c1c4c7f7a192 .0010.02/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005*, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. Texto encontrado no Jornal Oficial da União Europeia de 25 de novembro de 2005. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0060>. Acesso em: 10 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015*, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n° 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão. Texto encontrado no Jornal Oficial da União Europeia de 05 de junho de 2015. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Book_RMP-81.indb 102 14/12/2021 12:30:41

Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática

Bruno de Sá Barcelos Cavaco*

Sumário

1. Protagonismo do Judiciário na cena contemporânea e judicialização da política. 2. Cena atual e ressignificação da separação dos poderes. 3. O exame das capacidades institucionais. 4. Capacidades institucionais e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 5. Perspectivas e expectativas. Referências bibliográficas.

Resumo

Este ensaio procura fazer uma breve análise acerca de como a teoria institucional e o argumento das capacidades institucionais podem restar funcionalizados à equalização de conflitos interinstitucionais na contemporaneidade. Partindo-se das inarredáveis premissas da judicialização da política (e das próprias relações sociais) e do exaurimento do modelo clássico-liberal da separação dos poderes, propõe-se a adoção devidamente regrada e contextualizada das "capacidades institucionais", haurida sob o marco consequencialista previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a fim de que uma nova cena institucional e democrática venha a lúmen, em uma verdadeira transposição paradigmática.

Abstract

This paper aims at analyzing how institutional theory and the argument of institutional capacities can remain functionalized to the equalization of interinstitutional conflicts in contemporary times. Starting from the unquestionable premises of the judicialization of politics (and of the social relations themselves) and the exhaustion of the classic-liberal model of the separation of powers, it is proposed to adopt properly regulated and contextualized "institutional capacities", drawn up under the consequential framework foreseen in the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, so that a new institutional and democratic scene comes to light, in a true paradigmatic transposition.

Palavras-chave: Separação de poderes. Ressignificação. Capacidades institucionais. Consequencialismo. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

* Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Membro efetivo do IBDP.

Book_RMP-81.indb 103 14/12/2021 12:30:41

Keywords: *Separation of powers. Resignification. Institutional capabilities. Consequentialism. Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law.*

1. Protagonismo do Judiciário na cena contemporânea e judicialização da política

Para fins de necessária contextualização, fundamental tecer algumas nodais linhas sobre o recrudescimento do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas.

Na trilha da derrocada dos ideais dos Estados Sociais e a deficiência das demais instâncias políticas em realizar suas atividades essenciais, vem-se atribuindo um papel peculiar ao Judiciário na implementação de uma espécie de democracia muito particular, mediante a judicialização da política.

Tal expressão ganhou delineamento a partir do paradigmático trabalho coordenado por Tate e Vallinder[1], intitulado *The Global Expansion of Judicial Power (1995)*.

A judicialização da política perpassa todo o discurso jurídico do século XX e corporifica o coroamento de um movimento de reforço do papel do Judiciário (após a superação da fase autonomista do Direito Processual), devido à incapacidade de as instituições majoritárias darem provimento às demandas sociais e à consequente busca destas perante o Estado-Juiz.

Tal fenômeno de escala global, marcado pela transferência de poder das instâncias políticas representativas para os tribunais, vem se dando em inúmeros países desde o final da Segunda Guerra Mundial, em ondas associadas a processos de democratização.

As modalidades de transferência são várias, desde a adoção de constituições analíticas e generosas no catálogo de direitos, passando pela criação de tribunais de extração constitucional, pela ampliação do acesso à justiça a interesses metaindividuais até os impactos da assinatura de tratados internacionais sobre os ordenamentos jurídicos nacionais.

Em termos mais específicos, a judicialização da política tem reconfigurado a face da democracia representativa em duas dimensões principais, quais sejam: a fiscalização abstrato-normativa de leis em sentido estrito e de atos emanados do executivo e, principalmente, a fraturante interferência dos Tribunais no estabelecimento e condução governamental de políticas públicas.

Percebe-se, nesse contexto, a tentativa de arranjos e rearranjos institucionais preordenados à delimitação dos espaços dos diversos sistemas (político, jurídico e econômico), em um subjacente contexto de interferências recíprocas e, precipuamente, da crise de representação.

[1] TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power.* New York Univ. Press, 1997.

Book_RMP-81.indb 104 14/12/2021 12:30:41

Aqui, vale dizer, já se enuncia o cerne do presente ensaio, qual seja, o argumento das capacidades institucionais como percurso necessário para a equalização de conflitos interinstitucionais na contemporaneidade.

Pois bem.

Volvendo ao tema, em precisa radiografia dos tempos modernos, Garapon[2] constata a judicialização das relações sociais em nossa época, ao afirmar que os juízes são cada vez mais instados a se manifestar em uma variadíssima gama de setores da vida social.

Contudo, o Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas públicas. Aliás, em determinadas circunstâncias, corre-se o risco de "criar" cidadãos de segunda classe (despolitização da sociedade), os quais, em vez de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo juridiscista.

Nessa senda, mesmo diante de inequívoca ineficiência estrutural, não se pode olvidar que a crise de legitimação estatal a acoimar fundamentalmente os países periféricos coloca o Judiciário em papel de proeminência, ocupando espaços contramajoritários e conferindo concretude aos direitos fundamentais não observados pelas demais instâncias políticas[3].

Marcado por um déficit histórico e premido pela assunção de uma cultura constitucional tardia, observa-se em âmbito nacional a utilização *correntia* da judicialização, com vistas à implementação de direitos fundamentais (o que, na forma do modelo de 1988, pode conduzir a judicialização da política como expressão e possibilidade de correção de nosso histórico déficit democrático).

Nada mais do que um dos vários sintomas inseridos em uma patológica moldura de quase colapso das instituições brasileiras.

De acordo com Campilongo[4], a representação política está em crise[5].

---

[2] Nas precisas palavras do autor francês, "o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso". (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia:* o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 24).

[3] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, *passim*.

[4] CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, *passim*.

[5] Em sentido contrário, a partir de uma visão sociológica sobre o tema, ver: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 7-8. Para a autora, com esteio em profundo estudo empírico: "as falsas premissas do silogismo da judicialização não resistem ao teste dos fatos. Para concluir-se que a política é judicializada, o STF é ativista e o Legislativo encontra-se enfraquecido, faz-se necessário olhar não apenas para o volume de ações impetradas, mas também para os resultados daquelas efetivamente decididas pelo STF. Como ele decide as ações contra normas promulgadas pelo Legislativo? E como ele as decide no mérito, e não apenas liminarmente, de modo a efetivamente limitar a expressão da vontade majoritárias? Essas perguntas ainda não foram respondidas pela literatura sobre judicialização, assim como não o foram outras igualmente relevantes para uma defesa minimante consistente do argumento de que há algum tipo de retração do Legislativo, seja na origem,

Book_RMP-81.indb 105 14/12/2021 12:30:41

Apesar de o sistema político desempenhar hoje uma função específica, as demais expectativas criadas no plano da sociedade redundaram em eloquente fracasso, notadamente pela infactibilidade de se decidir no presente como será o futuro.

Persiste uma ingênua convicção na capacidade prestigiadora do sistema político, determinante da crise da representação hodierna. Essa ambição totalizante do sistema político invariavelmente deságua em frustrações. Para os fracassos, encontram-se desculpas simplórias, sem que se discutam politicamente os limites do sistema político.

A ausência de representatividade política adequada conduz a outra falácia: a eventual capacidade do mercado para decidir, substituindo os mecanismos de escolha coletiva. Sai a política e entra a economia, transferindo-se para o sistema econômico os malogros do sistema político.

No espaço legislativo, assiste-se a uma democracia representativa em crise e a um parlamento sem agenda. Por seu turno, o Executivo não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais[6].

Lord Woolf[7], durante a reforma inglesa de 1988, a qual flertou com o *civil law*, asseverou que um enorme numerário financeiro era usado pelo sistema judicial para resolução de um contencioso decorrente do não cumprimento de direitos fundamentais sociais, e que seria melhor direcionar esses valores no gasto e asseguramento de políticas públicas de saúde, habitação e aos quais se poderiam agregar, no Brasil, inúmeros outros direitos fundamentais não assegurados minimamente a nossos cidadãos, geradores de milhões em nosso sistema judiciário.

Barroso[8] afirma, nesse passo, que a concretização da democracia não se perfaz tão somente com a observância estrita do princípio majoritário, mas também e,

---

seja nos efeitos do processo de judicialização. É possível comprovar empiricamente a existência de um vazio normativo no Congresso Nacional a respeito daqueles temas nos quais o STF é chamado a decidir no controle abstrato de constitucionalidade? E essas decisões tendem a refrear a produção legislativa, permitindo ao Congresso que o STF substituta sua vontade pela dele? Seriam muitas as questões a serem respondidas para que se pudesse operar a passagem da premissa que se apoia no grande volume de ADIs impetradas no STF para a conclusão que o Congresso legisla pouco e mal. O limitado repertório de casos que usualmente acompanham os libelos que associam a expansão do poder judicial do STF à retração da capacidade de representação do Legislativo também não é, de nenhum modo, suficiente para conferir lógica ao falaz silogismo da judicialização. Ademais, tais casos já mencionados consistem naquilo que, em Estatística, denomina-se *outliers*, isto é, registros que se desviam significativamente do restante dos dados componentes de uma amostra". Mais a frente, a partir da experiência brasileira, nomeadamente com esteio na atividade judicante do Pretório Excelso, a autora afirma que a judicialização nacional acaba por fortalecer a representação, *in verbis*: "desde 1988 o STF vem exercendo sua função contramajoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas, isto é, pelos poderes Legislativo e Executivo, ajustadas as premissas, tem-se como conclusão do silogismo da judicialização o fortalecimento da representação". (*Idem*, *Ibidem*, p. 9).

[6] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 13.

[7] WOOLF, Harry. Civil justice in the United Kingdom. *The American Journal of Comparative Law*, p. 709-736, 1997.

[8] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 3, 1996.

Book_RMP-81.indb 106 14/12/2021 12:30:41

fundamentalmente, com a efetivação dos direitos fundamentais proclamados na tessitura constitucional.

Nesse diapasão, atribui-se aos direitos fundamentais (teorização adequada dos direitos fundamentais) uma dúplice função, qual seja, de integração dos indivíduos no processo político-comunitário e de ampliação do chamado espaço público.

Testemunha-se, nessa vereda, uma criação progressiva de uma nova arena pública em torno do Poder Judiciário, externa ao circuito clássico sociedade civil-partidos-representação-formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular.

Cada vez mais, o Judiciário é instado a se manifestar sobre questões que extrapolam a arena estritamente legal, sendo obrigado a se posicionar sobre a intimidade e a vida privada das pessoas.

No paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, ter acesso aos direitos não significa apenas ser livre contra os abusos do poder, nem recebê-los segunda uma concepção alheia de bem-estar (multiculturalismo das sociedades pós-modernas e o consequente dissenso racional acerca dos *standards* mínimos dos valores fundamentais[9]).

Sob outro giro, não se pode negar que a desneutralização[10], a emergência de seu ativismo e, sobretudo, a judicialização da política são processos afirmativos do Judiciário, em escala mundial, compreendendo tanto os sistemas de *commom law* como os de *civil law (*de todo modo, mister assinalar uma irreversível tendência no cenário globalizado de uma interpenetração entre os sistemas de *civil law* e *common law*[11]*).*

Segundo Vianna[12], o Judiciário abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação.

Para Zaffaroni[13], o limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado Moderno. A Justiça moderna não pode ser apolítica, mesmo porque é inarredável o reconhecimento de que o Poder Judiciário é governo.

A definição do Judiciário, por isso, não pode ser estabelecida na "afirmação de que não estabelece regras *erga omnes*, de que não é colegislador", porquanto a realidade tem demonstrado que não lhe resta, às vezes, outro recurso do que sê-lo.

---

[9] HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação.* cit., p. 290.

[10] Sobre a desconstrução do mito da neutralidade do juiz e do processo no que toca à construção do direito do caso concreto, v. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Processo e Ideologia.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26 e ss. e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo.* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

[11] TROCKER, Nicolò. *La Formazione Del Diritto Processuale Europeo.* Torino: G. Giappichelli, 2012, *passim*.

[12] VIANNA, Luiz Werneck; et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[13] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário:* Crise, Acertos e Desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Book_RMP-81.indb 107 14/12/2021 12:30:41

Nesse mesmo sentido, Pogrebinschi[14] ressalta que o conceito de representação política deve ser alargado de modo a abranger as Cortes Constitucionais, que não podem, afinal, deixar de ser reconhecidas como instituições políticas.

A análise empírica aqui cederá lugar a uma argumentação normativa que, por meio de uma discussão dos conceitos de delegação, legitimidade e *accountability,* buscará defender que o que se chama de judicialização pode vir a ser encarado como representação.

Trata-se de ampliar a representação política como expressão da vontade majoritária, concebendo novos arranjos institucionais para sua vocalização.

Especificamente sobre o tema, afigura-se imperiosa a advertência veiculada pelo multicitado mestre Cappelletti[15] no sentido de que não se pode apostar em uma *república de juízes* (juristocracia).

A criatividade da função jurisdicional pressupõe desvendar a seguinte questão: o Juiz é mero intérprete-aplicador do Direito ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, de criação do Direito.

Pouco importa, segundo se sustenta, se há diferenciação ontológica entre interpretação e criação do Direito[16]. O verdadeiro problema está no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito pelos Tribunais.

Sustenta, ainda, o Mestre de Florença, que, na tarefa de criar a lei, o juiz não detém total liberdade para interpretação, pois o sistema jurídico estabelece certos limites à liberdade judicial, que tanto podem ser limites processuais quanto substanciais.

Não há oposição entre as duas atividades, já que o processo de criação ocorre em função da necessidade de preencher as lacunas resultantes do processo legislativo, o que é feito por meio da interpretação. A norma do caso concreto, como cediço, somente se perfaz mediante a integração erigida pelo processo hermenêutico.

A questão, frise-se, está no grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação. O grau de criatividade é maior quando a decisão do juiz está baseada na equidade, e menor quando julga e interpreta argumentando em alguma lei ou precedente.

Porém, em ambos os casos, a atividade do juiz se assemelha ao do legislador, visto que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação de sua liberdade[17].

---

[14] POGREBINSCHI, Thamy. *Op. cit.,* p. 11.

[15] CAPPELLETTI, Mauro; trad: DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Juízes legisladores?* SA Fabris Editor, 1999, p. 36-39.

[16] PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. cit. p. 16.

[17] Mesmo tendo como pano de fundo a seara penal, as ideias desenvolvidas sob a ótica do sistema constitucional podem ser transpostas para a hipótese em comento. Nesse passo, o eminente penalista constrói didática metáfora ao desenhar os espaços de conformação legiferante deixados pelo constituinte originário ao legislador derivado, comparando-os aos sinais verde, amarelo e vermelho, a depender do exaurimento do tratamento da matéria de natureza constitucional. (FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, *passim*).

Book_RMP-81.indb 108 14/12/2021 12:30:41

A dúvida levantada por Cappelletti é se essa concepção de juiz-legislador não minaria a ideia fundamental da separação dos poderes, ameaçando a democracia e conduzindo ao Estado totalitário.

Nessa perspectiva, Calmon de Passos[18] mergulha fundo nas mazelas do fenômeno em questão, assentando que a "juridificação das relações sociais e a judicialização de sua aplicação, sem a democratização da sociedade, mascara um retrocesso assustador"[19].

Em igual direção, temendo a despolitização da sociedade, Garapon[20] diagnostica que a brutal aceleração da expansão jurídica nesse quartel de século não é conjuntural, mas ligada à própria dinâmica hodierna das sociedades democráticas.

---

[18] Como fundamento para tanto, destaca Calmon de Passos que: "todo ato de aplicação do direito tem uma dimensão de criação do Direito. Mas esse espaço jamais pode significar que a decisão a nível micro deslegitime, desatenda ou inviabilize os objetivos postos a nível macro. Se formos rigorosos no atentar para os fatos, veremos que pouco vale teorizar sobre a supremacia do povo, como titular do poder constituinte ou de seus representantes, os legisladores, ou dos administradores e julgadores. Constituição, leis, decretos, contratos são textos, linguagem, sempre impotente, por si só, para interferir na realidade, na crueza dos fatos. Se quisermos ser fiéis à realidade, devemos concluir que 'direito', em termos socialmente operantes, é apenas aquele que o detentor do monopólio do uso legítimo da força diz que é direito e assegura a efetividade de sua decisão. Impensável e ideologicamente perverso imaginar o magistrado como um agente político vocacionado para se contrapor ao poder político e ao poder econômico ou conformá-los. Parece, portanto, que há um dilema intransponível ou impossível de solução a se pretender dar ao magistrado o poder de submeter o poder político e o econômico. O magistrado desempenha sempre o papel que lhe é adequado em função de como se organiza politicamente a sociedade e do processo de produção que foi institucionalizado. O Poder Judiciário só pode atuar a nível micro e nestes termos seu agir se assemelha à esmola que antigamente se dava, toda sexta ou sábado, não me lembro bem, aos mendigos que batiam a nossa porta: um pãozinho de Santo Antonio e uma xícara de farinha. Engana a fome, mas não elimina a mendicância. O que há de grave no ativismo judicial é que ele dá a esmola não desfalcando seu patrimônio, mas o do povo brasileiro, porquanto, penalizando a empresa, ou a inviabiliza ou ela transfere o ônus para o consumido; e penalizando o Estado, penaliza o contribuinte, que é dele o dinheiro que diz público e que por isso mesmo é descuidado às vezes criminosamente". (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo:* reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 63-64).

[19] Nesse sentido, são válidas as advertências de Streck no que pertine à construção de condições de possibilidade preordenadas à evitação de arbitrariedades. Em sendo assim, o Professor da UNISINOS pontifica que: "se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma linguístico-filosófico, superando qualquer possibilidade de modelos interpretativos (se quiser, hermenêuticos) sustentados no esquema sujeito-objeto". (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 393).

[20] Contextualizando o tema, o eminente magistrado francês afirma que: "essa reviravolta judiciária da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado. O ativismo judiciário, de que ele é o sintoma mais aparente, é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo, que necessita de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado, o progresso da sociedade civil e, logicamente, a força da mídia. Os juízes só podem assumir tal posição se encontrarem uma nova visão política, pois aparentemente ela não se satisfaz mais com as instâncias políticas tradicionais. Sua linguagem é a do direito – dos direitos do homem na Europa, dos direitos das minorias na América –, e a sua gramática, o processo. O enfraquecimento do Estado é apenas a consequência da globalização da economia: o mercado, ao mesmo tempo em que despreza o poder tutelar do Estado, multiplica a recorrência ao jurídico. Esse movimento duplo – fluxo do direito e refluxo do Estado – é facilmente percebido e, de resto, seria ele assim tão novo?". (GARAPON, Antoine. *Op. cit*., p. 26.).

Book_RMP-81.indb 109 14/12/2021 12:30:41

Uma verdadeira derrubada do homem democrático, inevitavelmente desencantado após um quádruplo desabamento experimentado na pós-modernidade: político, simbólico, psíquico e normativo.

Em outro enfoque, no Estado de Bem Estar Social, cabe ao governo providenciar a execução de leis que garantam os novos direitos, inclusive os sociais, difusos e coletivos. Quanto mais abstrata for a legislação, mais espaço terão os juízes para interpretá-la.

Essa mudança de comportamento dos juízes corresponde à própria mudança do Estado Moderno (Bem Estar Social) e ao papel desempenhado pelo Direito.

Esse Estado assumiu cada vez mais compromissos – ao invés de deixar tudo nas mãos do mercado – e interveio drasticamente na vida social, necessitando, para isto, de uma forte produção legislativa e de uma máquina administrativa e burocrática ampla o suficiente para realizar tais tarefas.

Nesse sentido, ao tentar explicar a judicialização sob uma perspectiva mais teórica, Santos[21] associa a expansão do direito nas sociedades contemporâneas à crise do Estado-Providência observada nos países centrais do capitalismo a partir do final da década de 1970.

O eminente professor lusitano arrola alguns fatores que corporificaram tal crise, quais sejam: (i) incapacidade financeira de o Estado atender às despesas sempre crescentes da previdência estatal; (ii) criação de enormes burocracias com elevado nível de ineficiência; (iii) clientelização e normalização dos cidadãos; (iv) revoluções tecnológicas que imprimiram significativas alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho; (iv) difusão do modelo neoliberal; (v) proeminência das agências financeiras internacionais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional – FMI); e (vi) globalização da economia.

Em outra vereda, a crise que se abatera sobre o *Welfare State* causou impactos profundos sobre o sistema jurídico, a atividade dos Tribunais e o significado sociopolítico do poder judicial nos países ditos desenvolvidos.

Entre tais impactos, destaca-se (i) a sobrejuridificação[22] das práticas sociais, ao lado (ii) da explosão da litigiosidade; (iii) complexificação dos litígios; (iv) aumento das desigualdades sociais e enfraquecimento dos movimentos sociais; e (v) crise da representação política tradicional (sistema partidário e representação política).

Nessa nova realidade – gigantismo estatal, legislativo, administrativo e burocrático – aumentaram as funções e a responsabilidade dos juízes, sendo que a

[21] SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, José. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, n. 30, 1996. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Consulta em: 09 nov. 2015.

[22] Segundo Boaventura de Sousa Santos o instrumentalismo jurídico observado no Estado-Providência traduz-se: "em sucessivas explosões legislativas e consequentemente, numa sobrejuridificação da realidade social, que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico. Surge um caos normativo, que torna problemática a vigência do princípio da legalidade e impossível a aplicação da subsunção lógica" (*Idem*, *Ibidem*, p. 1).

Book_RMP-81.indb 110 14/12/2021 12:30:41

justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

O Judiciário, portanto, se vê premido em uma esquina com duas opções, quais sejam: a) permanecer fiel à concepção tradicional do século XVIII, dos limites da função jurisdicional; b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador.

Dito isso, a ideia de constituição, fruto da engenharia política liberal-burguesa do século XIX, foi pensada como centro emanador do ordenamento jurídico.

O direito constitucional principiou o século XX como sinônimo de segurança e legitimidade.

Ocorre que, a par do triunfo da democracia liberal, adverte Cittadino[23] que a sociedade convive paradoxalmente com o fim da utopia igualitária, com as constantes violações de direitos humanos, com o sentimento de vazio associado a uma compreensão da política enquanto mera estratégia de engenharia social, com as concepções de Estado Mínimo e de mercado concorrencial que agravam a sensação de desamparo e fragilidade.

Consoante as percucientes lições de Santos[24], as promessas emancipatórias que ladearam a formação dos Estados Democráticos nunca passaram de fantasia jurídica.

Os centros de dominação estatal apenas trocaram suas vestes, agora trajando um modelo individualista e administrativo, além de ancorados em um pseudodiscurso de igualdade.

Em outra medida, a normatividade constitucional que consolida a eficácia ao sistema do *judicial review*[25], amplia, em decorrência, o espectro dos sujeitos institucionais na comunidade de intérpretes como direito à participação no controle da constitucionalidade das leis[26].

---

[23] CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.

[24] Em passagem emblemática, Boaventura de Sousa Santos afirma que: "somos herdeiros das promessas da modernidade e, muito embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (liberdade, igualdade, fraternidade), temos acumulado um espólio de dívidas. Cada vez mais e de forma mais insidiosa, temos convivido no interior de Estados Democráticos clivados por sociedades fascizantes em que os índices de desenvolvimento são acompanhados por indicadores gritantes de desigualdade, exclusão social e degradação ecológica. Utilizando a expressão de Warat, a promessa de igualdade nunca passou de uma fantasia jurídica. 'Uma nova forma de hierarquia se estabelece, desta maneira, sob a forma de uma sociedade individualista e administrativa. Se todos se tornam juridicamente iguais, eles vêm a ser igualmente dominados por uma instância que lhes é superior. A uniformidade, a igualização e a homogeneização dos indivíduos facilita o exercício do poder absoluto em vez de impedi-lo'". (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez, 2008, p. 6).

[25] Segundo Zaneti Júnior, "na configuração constitucional que se estabeleceu no Brasil, em razão da sua tradição jurídica e da prática do *judicial review* frente ao permissivo constitucional do pleito civil *lato sensu*, tem institucionalizado, no Poder Judiciário, território privilegiado da democracia participativa e garantido o acesso do cidadão e dos corpos da sociedade civil à prática democrática". (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*...cit., p. 132).

[26] HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

Book_RMP-81.indb 111 14/12/2021 12:30:41

Uma nova formatação institucional possibilita, através da procedimentalização da aplicação do direito, a criação de outros *loci*, ainda que embrionários, de manifestação da esfera pública, com capacidade de atuação sobre o poder político, conectando o cidadão e suas associações com o Poder Judiciário.

Nesse exato sentido, Carcova[27] delineia a função do Judiciário nos países periféricos do capitalismo internacional, os quais ele nomina de "novas democracias".

Tais sociedades em desenvolvimento, como o Brasil, ostentam, como cediço, grave déficit democrático, cabendo ao Direito e, precipuamente, ao Judiciário o balizamento de um processo de resssignificação de práticas, normas e instituições, aptas a suplantar a cultura do autoritarismo em direção à construção de um imaginário democrático.

Portanto, nessa quadra histórica, a ficção kantiana do sujeito pré-político dá lugar agora à intersubjetividade habermasiana[28], construída sob o fluxo da comunicação discursivo-linguística.

Ou seja, o sujeito racional e solitário está morto. É pela via da intersubjetividade que se regressa ao mundo da ética, do direito e da política.

Esse novo *locus* da esfera pública, erigido em torno do direito, de suas instituições e procedimentos (clara concepção habermasiana), estaria mobilizando formas e mecanismos de representação funcional, como o Poder Judiciário, Ministério Público, sindicalismo, vida associativa, sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política.

O inconteste delineamento de uma complementariedade entre as representações política e funcional, mirando a compensação do déficit democrático, o que reforça a ideia de compartilhamento da jurisdição, pluralismo jurídico e ampliação dos espaços de emanação da processualidade.

Tais representações formam a noção de soberania complexa[29], a qual amplia a influência da sociedade no processo político, aproximando-se o corpo social de um esperado protagonismo no processo decisório estatal.

Em outras palavras, a autoinstituição do social pelos caminhos institucionalmente disponíveis, entre os quais e não somente os da democracia representativa.

Em sendo assim, a partir da radiografia minudenciada, não se verifica uma migração linear do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas, quanto pela cidadania social.

---

[27] CÁRCOVA, Carlos Maria. Los jueces en la encrucijada. Entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. *In*: CÁRCOVA, Carlos Maria (org.). *Derecho, politica y magistratura*. Buenos Aires: Ed. Biblos, 1996. p. 135 – 149.

[28] Habermas busca ultrapassar o paradigma kantiano da subjetividade por um modelo dialógico e argumentativo, no contexto de uma filosofia da comunicação baseada no viés linguístico, a transição da reflexão monológica para o diálogo. (HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade.* São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3.)

[29] ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia:* O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 320-332.

Book_RMP-81.indb 112 14/12/2021 12:30:41

Em singelo e parcial arremate, concorda-se com Picardi[30] no sentido de que a ampliação do âmbito da jurisdição (uma vez constatado que, no nosso tempo, o pêndulo[31] de orientou em tal sentido) não parece hoje apenas conjuntural, seja porque deita suas raízes, como se disse, na passagem do Estado Liberal Clássico para o Estado Social de Direito, seja pela extensão e profundidade do fenômeno.

Afinal de contas, entre outros fatores, não se pode tergiversar sobre a prevalência do neopositivismo[32], a par de sua vagueza semântica, como apertada síntese do pensamento jurídico contemporâneo, cujo tripé se apoia no: (i) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos; (ii) desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais e, o que interesse precipuamente ao presente item, (iii) redefinição do papel da jurisprudência como fonte do direito[33].

Nessa senda, partindo-se do caráter induvidosamente criativo da interpretação, revela-se de assaz inocuidade lutar contra a força normativa subjacente ao sistema do *judge make the law*. Não há como fugir: quem interpreta atribui sentido, não apenas reconhece um sentido já existente[34-35].

Em *terrae brasilis*, tal caráter se acentua, considerando o hibridismo do controle constitucional brasileiro, em que se miscigenam traços e expressões próprios do controle concreto de constitucionalidade haurido sob a experiência norte-americana, bem como do controle concentrado austríaco, o que acaba por colocar o Brasil em uma inconteste posição de vanguarda no cenário internacional, em se tratando da amplitude e possibilidades subjacentes ao controle de constitucionalidade[36].

2. Cena atual e ressignificação da separação dos poderes

Por ocasião de seu discurso de posse[37] na Presidência do Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Luiz Fux bem alertou que *"assistimos, cotidianamente,*

---

[30] PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e Revisor Técnico da Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 9.

[31] Em feliz passagem, Didier Jr. assevera que: "a história do pensamento jurídico costuma-se desenvolver-se em movimento pendular: essas transformações puxam para um lado; as críticas, para o outro. No final do 'cabo de guerra', chega-se ao equilíbrio". (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 163).

[32] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. cit., p. 78 e segs.

[33] DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. cit., p. 160.

[34] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.

[35] Acerca da incindibilidade entre intepretação e aplicação, Streck estabelece que "*o texto não existe em uma espécie de 'textitude' metafísica;* o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico". (STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.,* p. 227).

[36] Para uma detalhada e profunda abordagem sobre tal fenômeno, confira-se ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*, cit. p. 5-61.

[37] http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf. Consulta em 27 jan. 2021.

Book_RMP-81.indb 113 14/12/2021 12:30:41

o Poder Judiciário ser instado a decidir questões para as quais não dispõe de capacidade institucional. Mais ainda, a cláusula pétrea de que nenhuma lesão ou ameaça deva escapar à apreciação judicial, erigiu uma zona de conforto para os agentes políticos. Em consequência, alguns grupos de poder que não desejam arcar com as consequências de suas próprias decisões acabam por permitir a transferência voluntária e prematura de conflitos de natureza política para o Poder Judiciário, instando os juízes a plasmarem provimentos judiciais sobre temas que demandam debate em outras arenas".

A passagem em destaque descortina uma sintomática esquizofrenia dos tempos atuais.

Parte-se de uma manifesta e redutora incompreensão da dinâmica interinstitucional forjada atualmente na pós-modernidade.

Ainda vicejam anacrônicas vozes que procuram repristinar de atualidade uma compreensão da concepção estática e arcaica da tripartição de poderes que há muito não se compadece com a intensa complexidade hodierna[38].

Muito embora já se reconheça um caráter fluido e dinâmico subjacente ao desenho institucional da separação de poderes – o qual aponta para atribuições preferenciais e não exclusivas de funções – ainda se sobrelevam remissões genéricas e ocas ao aludido princípio[39].

O princípio da separação de poderes, como cediço, foi incorporado ao discurso jurídico pelo célebre art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, desde então, se tornou um elemento onipresente nos Estados Modernos.

A Constituição da República de 1988 albergou-o em seu art. 2º, protegendo-o, inclusive, com o *status* de cláusula pétrea.

Em termos genéricos, o princípio da separação dos poderes impõe a decomposição do poder político em múltiplos órgãos estatais, titularizado por diferentes atores, fundamentando-se na ideia simples, porém poderosa, de que sua concentração favorece o arbítrio[40].

---

[38] Em tempos de intensa polarização político-partidária, a desinformação sobre as regras do jogo democrático se perfaz em paradoxal combustível para a vulneração do próprio Estado Democrático de Direito e seus pilares fundamentais. Nessa vereda, na trilha do Min. Luís Roberto Barroso, mister assentar que "Direito e Política são coisas diferentes. Essa é uma distinção essencial para a democracia. A política é feita de vontade, da vontade da maioria. O direito é o domínio da razão, da razão pública, que se projeta na Constituição e nas leis. Às supremas cortes e tribunais constitucionais de todo o mundo – e ao Supremo Tribunal Federal no Brasil – cabe, acima de tudo, a intepretação da Constituição, que é a expressão maior da vontade popular, manifestada no momento de fundação ou refundação de uma nação. Em teoria, interpretar a Constituição é bem diferente de tomar decisões políticas. Na prática, porém, a interpretação não é uma atividade puramente técnica e mecânica, na qual a vontade e as convicções do agente não façam qualquer diferença. A valoração dos fatos e a atribuição de sentido às palavras da lei sempre envolverão uma dose de subjetividade. Como consequência, sempre haverá, ainda que residualmente, uma traço político nas decisões de um tribunal constitucional. Por essa razão, a linha divisória entre direito e política nem sempre é nítida e certamente não é fixa" (BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênia. Um olhar sobre o Brasil e o mundo.* 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 196-197).

[39] FONTE, Felipe de Melo. Desenho Institucional e Políticas Públicas: Alguns Parâmetros Gerais para a Atuação Judicial. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 64, 2009. p. 55-79.

[40] A doutrina da separação dos poderes teve sua consagração na obra clássica de Montesquieu. Em "O Espírito das Leis", o autor francês asseverou que não seria possível a existência de liberdade se o poder

Book_RMP-81.indb 114 14/12/2021 12:30:42

Portanto, no modelo idealizado e oitocentista de separação de poderes, juízes não criam o Direito, mas se limitam a aplicar a Constituição e as leis, que são obras de agentes políticos eleitos para esse fim.

Porém, na complexidade das sociedades contemporâneas, com seu pluralismo, diversidade e velocidade das transformações, nem sempre é assim. Para muitas situações da vida, inexiste uma clara e prévia decisão política do Constituinte ou do legislador definindo a solução a ser adotada.

Quando isso ocorre, é o próprio juiz que tem que elaborá-la, o que o torna um coparticipante do processo de criação do direito. Nesse caso, a linha divisória entre a Política e o Direito deixa de ser nítida, por essa função criativa do juiz sempre terá uma natureza política[41].

Partindo-se do caráter induvidosamente criativo da interpretação, revela-se de assaz inocuidade lutar contra a força normativa subjacente ao sistema do *judge make the law*.

Não há como fugir: quem interpreta atribui sentido, não apenas reconhece um sentido já existente[42-43].

Nesse processo de normatização crescente da vida social[44], passamos a assistir ao crescimento das contradições entre pautas normativas não solúveis. A complexidade da regulação faz as prescrições serem mais abertas e menos precisas (com o reconhecimento da força normativa dos princípios e o desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais).

Como dito alhures, avultam-se tentativas de arranjos e rearranjos institucionais preordenados à delimitação dos espaços dos diversos sistemas (político, jurídico e

---

estivesse nas mãos de um só indivíduo, já que o poder seria ilimitado e tenderia o homem ao abuso. E, por isso, o exercício das atividades estatais deveria ser dividido entre três Poderes, de modo a formar um repouso ou uma inação (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, p. 173).

[41] BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênia. Um olhar sobre o Brasil e o mundo.* 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 198.

[42] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: QuartierLatin, 2005, p. 131.

[43] Acerca da incindibilidade entre intepretação e aplicação, Streck estabelece que "*o texto não existe em uma espécie de 'textitude' metafísica;* o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico". (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso:* constituição hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227).

[44] Nas precisas palavras do autor francês, "o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso". (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia:* o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 24).

Book_RMP-81.indb 115 14/12/2021 12:30:42

econômico), em um subjacente contexto de interferências recíprocas e, precipuamente, da crise de representação política[45].

Com efeito, parte-se da premissa de que há uma crise do paradigma da separação de poderes com seus contornos originais. O princípio da separação de poderes, à toda evidência, continua sendo de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito e suas inúmeras e diversas funções.

Porém, como as circunstâncias históricas e teóricas que o rodeiam não são as mesmas e os ideais que se pretende alcançar são distintos, não resta outro caminho senão o de se concluir pela imperiosa ressignificação do princípio da separação dos poderes.

As múltiplas e complexas necessidades da multifacetada e plural sociedade do século XXI impõem que o Estado Contemporâneo assuma responsabilidades nunca antes cogitadas.

Destarte, a releitura do princípio da separação de poderes não deve levar em consideração a pretensa noção de exclusividade que orbitava na tradição liberal em relação ao exercício das funções estatais.

A propósito, Piçarra[46] sustenta que a nova configuração do princípio da separação de poderes implica o esgotamento da ideia de universalidade e atemporalidade da tripartição clássica das funções do Estado, tendo em vista uma progressiva diminuição de fronteiras, a relatividade dos critérios de caracterização material e de distinção entre elas.

Em igual direção, Ackerman[47] pontifica que a nova face da separação de poderes deve ser encarada a partir da perspectiva da especialização das funções de cada instituição de acordo com sua expertise técnica (racionalização e eficiência).

A referida premissa se aproxima da denominada *virada institucional*, enunciada por Sunstein e Vermeule[48], a partir de que se entende que o problema da legitimidade decisória não mais se resume à teoria normativo-interpretativa.

Por muito tempo os autores se restringiram a debater democracia e legitimidade numa esfera demasiadamente abstrata, e ignoraram questões práticas e relações institucionais determinantes para o resultado cognoscível desejável.

---

[45] Tais claudicantes e assimétricos movimentos de reacomodação institucional forjaram a edição da Lei nº 13.655/2018, o que será mais adiante explorado.

[46] PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra editora, 1988, p. 264.

[47] ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 114.

[48] O tema ganha especial relevância com SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, vol. 101, p. 885-951, fev. 2003.

Book_RMP-81.indb 116 14/12/2021 12:30:42

3. O exame das capacidades institucionais

A aludida *virada institucional*[49] pode ser sintetizada na ideia de serem insuficientes as técnicas de interpretação do direito que não considerem os efeitos sistêmicos e a capacidade institucional do órgão responsável pela decisão[50].

Apesar de a preocupação institucional já fazer parte da agenda de outros teóricos, é razoável afirmar que o tema ganhou voz com o artigo de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, publicado em 2003, intitulado *Interpretation and Institutions*[51].

Tal movimento contemporâneo, que possui adeptos e críticos, é chamado de teoria das capacidades institucionais. O tema tem ocupado grande espaço na doutrina jurídico-político norte-americana e, mais recentemente, na brasileira. Esse debate dedica-se à necessidade de releitura do papel das instituições na revisão constitucional.

Dessa forma, o foco das questões relativas à interpretação jurídica deixa de ser *como a norma deve ser interpretada* para ser *quem deve interpretar*. Ou seja, a interpretação ideal é pautada mais na instituição concretamente do que na leviana tentativa de desvendar uma teoria aplicável abstratamente.

A capacidade institucional envolve habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico[52].

---

[49] Essencial trazer as palavras de André Cyrino. Confira-se: "A proposta da virada institucional é a de que as estratégias interpretativas devam levar em consideração a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão". CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório*: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 215. No mesmo sentido: CYRINO, André Rodrigues. Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um amicus curiae regulatório. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/andre-rodrigues-cyrino/separacao-de-poderes- regulacao-e-controle-judicial-por-um-amicus-curiae-regulatorio>. Acesso em: 15 jan. 2021.

[50] "Temos argumentado que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem atenção às questões institucionais. Uma extraordinária variedade de pessoas ilustres tem explorado estratégias interpretativas sem atentar para o fato de que tais estratégias, inevitavelmente, serão usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos sistêmicos que vão muito além do caso em questão. Dois mecanismos parecem principalmente responsáveis por esta cegueira institucional. Um deles é uma armadilha relacionada a quem desempenha o papel: os teóricos interpretativos se perguntam 'como eu decidira o caso, se eu fosse um juiz?' – uma pergunta cuja forma muito suprime a questão fundamental de que as regras interpretativas relevantes serão utilizadas por juízes, em vez de teóricos. Outra é uma armadilha cognitiva: especialistas, como professores de Direito, criticam opiniões monocromáticas emitidas por juízes generalistas em casos particulares, desconsiderando que os mesmos juízes poderiam muito bem ter feito muito pior, ao longo de uma série de casos, na tentativa de emular a abordagem dos especialistas. No geral, a questão chave parece ser 'como juízes perfeitos decidem os casos?' ao invés de 'como juízes falíveis devem proceder, à luz de sua falibilidade e de seu lugar em um sistema complexo de ordem privada e pública?'". SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, vol. 101, p. 885-951, fev. 2003.

[51] Idem, Ibidem.

[52] Segundo Rodrigo Brandão, "a supremacia judicial tende a se fundar na crença de que o Judiciário apresenta uma capacidade institucional superior à do Legislativo para a interpretação da Constituição. Com efeito, diversos argumentos desta natureza podem ser colhidos na teoria constitucional. Dentre os principais, cite-se a maior propensão de o Judiciário (i) proteger "minorias insulares" do processo majoritário; (ii) zelar pelo tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito; (iii) preservar o pré-compromisso do povo contido na Constituição em face de maiorias transitórias que logrem aprovar leis; (iv) garantir o respeito ao Estado de Direito; (v) ser um Guardião da Constituição, função que somente pode ser cumprida de forma eficaz por um agente externo ao Parlamento; (vi) promover um processo

Book_RMP-81.indb 117 14/12/2021 12:30:42

É tida como uma teoria hermenêutica que tenta fornecer critérios de comportamento judicial a partir da observação do arranjo institucional estabelecido pela própria Constituição.

Como mencionado, Sunstein e Vermeule cunharam o termo em *Interpretation and Institutions* e observaram que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à legitimidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial, e, neste sentido, a partir das capacidades institucionais destas autoridades, é possível entender como determinados agentes públicos devem interpretar certos dispositivos legais.

Em outras palavras, a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder estaria mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria[53].

De modo panorâmico, a tese das capacidades institucionais formulada pelos referidos autores possui as seguintes características: a busca por uma releitura do formalismo, a defesa do consequencialismo e do textualismo, sua ancoragem em uma visão empírica e o resgate da deferência do Poder Judiciário.

Os diferenciais da teoria das capacidades institucionais estão na preocupação institucional, na promoção da teoria dos acordos incompletamente teorizados, na opção por *decisões de segunda ordem* e na elevação das agências como as entidades decisórias mais adequadas para a solução de casos controvertidos[54].

A propalada saída para resolver questões concretas seria recorrer à "*second-best option*"[55] disponível. Essa conteria uma solução não necessariamente compatível com

deliberativo guiado pela razão, e não pelas pressões de política partidária, circunstância que lhe conferiria uma representação argumentativa do povo." *In*: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais:* a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 202-203.

[53] Nesse aspecto, por exemplo, podem-se observar casos que envolvam matéria regulatória, em que o próprio legislador delegou competência, por se considerar inapto à tamanha técnica. No âmbito do Poder Judiciário, Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino destacam que "o Poder Judiciário, acostumado a lidar com casos concretos, com argumentos marcadamente dogmático-jurídicos, nem sempre dispõe de meios para rediscutir políticas econômicas, por vezes baseadas em estudos e análises sistêmicas, levados a cabo pelos agentes eleitos, ou, ainda, por órgãos técnicos criados para a regulação de determinados setores da economia. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 997-1007.

[54] Tais categorias são trabalhadas e submetidas a críticas pelo professor Clèmerson Clève. Ele procura apontar os limites da teoria das capacidades institucionais, a insuficiência do textualismo e do consequencialismo, a impossibilidade de uma simples deferência do Judiciário perante o Executivo, a inafastabilidade dos fatores políticos e normativos sobre a decisão. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial, estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2016, p. 373-403.

[55] Sunstein e Vermeule se utilizam dos conceitos originalmente econômicos de *first* e *second-best option* para sustentar a tese de que, caso não seja possível se pôr em prática a teoria interpretativa tida como ideal (*first-best option*) – que, como se procurou mostrar, é o caso –, seria mais benéfico partir para uma alternativa inteiramente distinta – *second-best option* – do que simplesmente fazer ajustes muitas vezes irreconciliáveis na teoria tida como ideal.

Book_RMP-81.indb 118 14/12/2021 12:30:42

o estado de coisas ideal do intérprete, mas, ao menos, partiria de dados e concepções derivados exclusivamente da realidade.

Na resolução de um embate concreto, ao invés de discutir qual é esse estado de coisas ideal, o intérprete deve reconhecer a ausência de ligação causal direta entre seu método interpretativo e o terreno institucional subjacente, contextualizando e adaptando seus métodos de acordo.

Com efeito, a capacidade institucional confere enfoque nos elementos que interferem nas habilidades cognitivas dos atores institucionais. De modo a esclarecer o argumento, a literatura jurídica[56] assinala que a capacidade institucional pode ser subdividida em *jurídica* e *epistêmica*.

No primeiro caso, a referência direta é ao conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional para certa instituição. No segundo caso, elas dizem respeito tanto às capacidades efetivas de assimilar e lidar com informações e dados, que podem variar quantitativa e qualitativamente, como aos modos de processamento das informações e a utilização como fundamentos de suas ações.

Comparar vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza – sem violar o desenho constitucional – é uma forma legítima e útil de orientar a composição de tensões interinstitucionais.

Para Leal e Werneck, a ideia de capacidade institucional é acompanhada por uma concepção de separação de poderes e de desenho das instituições. Elas procuram distribuir funções e realizar seu exercício dentro da logística institucional de acordo com sua correspondente especialidade.

Nesses termos, a Constituição é comparada a uma planta da arquitetura institucional que procura ramificar e potencializar a realização de seus objetivos[57].

Sobre o tema, revela-se de suma importância levantar um ponto trazido por Vermeule[58]: a esfera mais reduzida de desenho institucional se apresenta como uma saída democrática mais estratégica e eficaz do que a alcançada com alterações em arranjos de maior escala, como por exemplo, rupturas institucionais ou profundas reformas. Isso será também um norte neste trabalho.

---

[56] ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan.-jun. 2011, p. 6-50. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>. Acesso em: 17 jan. 2021.

[57] "A Constituição, nessa perspectiva, pode ser comparada à planta elaborada por um 'arquiteto institucional', que distribui competências e poderes entre instituições criadas especificamente para promover certos objetivos, ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, municia cada instituição com condições específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos. Na fixação das capacidades de cada instituição está, então, a força da presunção de que suas decisões são adequadas para os problemas que ela é chamada a solucionar". *Idem*, *Ibidem*.

[58] VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy*: Institutional Design Writ Small. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.

Book_RMP-81.indb 119 14/12/2021 12:30:42

Ao se realizar uma comparação, é possível constatar que, em alguns casos, determinadas instituições – como o Congresso Nacional, a Presidência da República e as Agências Reguladoras – podem oferecer uma melhor resposta a determinado problema do que o Poder Judiciário, possuindo, portanto, "maior capacidade institucional"[59] para resolver a questão, em virtude de sua expertise técnica e de sua habilidade para lidar com o elemento político envolvido.

Em outros casos, porém, será exigida uma atuação proativa dos juízes[60].

Ao fim e ao cabo deste tópico, fundamental o destaque das premissas que informam e permeiam o percurso e o exame subjacente às capacidades institucionais, quais sejam: (i) pluralidade de atores e otimização das funções estatais pela especialização: o aspecto estrutural; (ii) a falibilidade das instituições "no mundo real": contra a idealização dos órgãos decisores; (iii) o desenho estrutural e instrumental técnico: arquitetura normativa e funções em movimento; (iv) comparações empíricas: o caráter contextual e contingente do exame das capacidades institucionais (comparação de vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza, sem violar expressamente regras e funções do desenho constitucional) e (v) consequencialismo e exames preditivos.

4. Capacidades institucionais e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Exsurge, pois, candente questão já posta no cotidiano judiciário e que ganha outros contornos com a vigência da LINDB.

---

[59] Mesmo quando o argumento é estruturado de forma adequada, Fernando Leal e Diego Werneck afirmam que é possível falhar na sua aplicação de ao menos duas formas, confira-se: "Primeiro, o que chamamos de 'problemas de informação'. Um dos méritos anunciados das comparações institucionais para a definição das capacidades de certas instituições é o seu aspecto empírico. As capacidades de instituições específicas devem ser definidas concretamente, dentro de um arranjo institucional específico, não abstratamente. Isso exige que se produza informação – necessariamente contingente – sobre as capacidades concretas de todas as informações envolvidas. (...) Segundo, chamamos a atenção para 'o problema da observância'. Há duas possíveis dificuldades para o cumprimento fiel de todos os pressupostos do argumento mais geral do qual a consideração das capacidades institucionais é uma parte decisiva. O ponto central da crítica está relacionado às considerações de segunda ordem orientadas nos efeitos sistêmicos das alternativas decisórias que o argumento exige. As dificuldades de observância, nesse caso, aparecem se for possível sustentar que as condições tanto para a definição de estratégias de decisão e de posturas institucionais como para a aplicação, em um caso concreto, de uma resposta que possa ser a menos indicada em função dos seus efeitos dinâmicos, mas se mostra pontualmente a mais indicada, são excessivamente exigentes". ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de "Capacidades Institucionais". *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, nº 1, 2016, p. 192-213. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40>. Acesso em: 16 jan. 2021.

[60] Sobre os riscos da argumentação, Fernando Leal e Diego Werneck assinalam: "O risco é o de que 'capacidades institucionais' se tornem o novo "mantra" dos constitucionalistas brasileiros, sem que as implicações efetivamente originais e úteis do argumento sejam de fato incorporadas no debate". ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade,* n. 38, jan.-jun. 2011. p. 6-50. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>. Acesso em: 17 jan. 2021.

Book_RMP-81.indb 120 14/12/2021 12:30:42

Cuida-se da tensão entre a efetivação dos direitos fundamentais sociais e a denominada capacidade institucional[61].

Diuturnamente, diante da ampla inflexão derivada do vetor constitucional do acesso à ordem jurídica justa, direitos fundamentais sociais vêm sendo tutelados pelo Poder Judiciário, com base em argumentos abertos, sem que tenham sido examinados aspectos específicos dos casos concretos.

Para além disso, as decisões que tiveram por objeto a tutela de direitos sociais deixaram de considerar seus aspectos prospectivos e sistêmicos, ou, quando o fizeram, também não continham motivações dando conta de tais nuances.

Na equação consequencialista, o Judiciário se vê acossado entre duas esquinas: de um lado, obrigado a garantir a satisfação de todos, absolutamente todos os direitos previstos na Carta Cidadã, máxime para os hipossuficientes; em outro flanco, acusado pelo incremento da ingovernabilidade brasileira diante de uma interferência desmedida no campo da Administração Pública.

Em relevante estudo empírico sobre o tema, Daniel Wang[62] concluiu que, embora os conceitos de "reserva do possível" e de "custos dos direitos" passassem a ser utilizados em julgados que tenham por objeto a efetivação de direitos sociais, o problema não residiria no resultado das decisões, mas sim na forma como eles estão fundamentadas.

Desta feita, a verificação da capacidade institucional dos agentes decisores envolvidos afigura-se em precedente lógico para fins de determinação de qual entidade está mais habilitada a produzir a melhor decisão em dada matéria.

Por conceito, Barroso[63] assevera que "a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, devendo ser sopesada de maneira criteriosa".

Em tais hipóteses, segundo Aragão[64] os Tribunais devem reconhecer que o Poder Executivo tem aptidão especial que o torna melhor equipado para decidir determinadas questões de fato, o que se aproxima da própria ideia de deferência.

Nas penas do mesmo autor, a doutrina da deferência[65] (*intelligible principles doctrine*) advém da construção da Suprema Corte Americana, segundo a qual, se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a Administração escolher uma, entre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o Judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável.

---

[61] WANG, Daniel Wei Liang Wang. *Revista Direito GV*. São Paulo 4 (2), jul./dez. 2008.
[62] *Idem*, *Ibidem*.
[63] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433. Consulta em 18 ago. 2019.
[64] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 10. n. 42. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd="70465]. Acesso em: 10 jan. 2021.
[65] *Idem*. *Ibidem*.

Book_RMP-81.indb 121 14/12/2021 12:30:42

A capacidade institucional, portanto, pressupõe que questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem atenção às questões institucionais, com o que a deferência jurisdicional à atuação da Administração Pública encerraria óbice implícito à atuação do julgador[66].

O caminho decisório a ser percorrido (devido processo legal decisório) em tal lógica consequencialista[67] seria o seguinte: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predicadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição.

Nesse contexto, bem como diante do novo paradigma que ora se descortina, o estudo do tema e suas repercussões na ordem normativa restam amplamente justificados, considerando a premente necessidade de aprofundamento do debate sobre em que termos deve ser feita a utilização das consequências no raciocínio decisório do julgador, bem como se os Tribunais Brasileiros estão preparados para tal impositiva realidade.

Como visto, não sobejam dúvidas acerca do potencial normativo transformador e subjacente aos dispositivos legais acrescidos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

5. Perspectivas e expectativas

Na trilha de um manifesto anacronismo subjacente ao conceito clássico do princípio constitucional da separação de poderes, a denominada virada institucional encerra, a toda evidência, inequívocas potencialidades para pavimentar o percurso necessário com vistas à equalização de conflitos interinstitucionais na contemporaneidade.

Contudo, uma advertência se faz imperiosa.

O argumento das capacidades institucionais, decididamente, não pode se tornar o mantra de juristas brasileiros, sem que as implicações efetivamente originais e úteis do argumento sejam de fato incorporadas no debate público.

Para evitar a arapuca anunciada, as premissas do (i) aspecto estrutural; (ii) da falibilidade das instituições "no mundo real"; (iii) do desenho estrutural e instrumental técnico; (iv) das comparações empíricas e do (v) consequencialismo e exames preditivos se perfazem em elementos absolutamente essenciais.

---

[66] O próprio Supremo Tribunal Federal já vem encampando em alguns julgados o argumento das capacidades institucionais envolto e contrastado à necessidade de deferência judicial em temas tecnicamente complexos. Por todos, A G REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.083.955/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 28/05/2019.

[67] SUSTEIN, Cass R., Law and Administration after Chevron. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090.

Book_RMP-81.indb 122 14/12/2021 12:30:42

Em outro flanco, a partir do paradigma normativo atualmente também integrado pela LINDB, revela-se inegável a necessidade de um estreito diálogo entre consequencialismo, capacidades institucionais e teoria da decisão.

Ou seja, sob um viés pragmático, a efetiva construção de uma operacionalização entre os marcos teóricos em destaque.

Para tanto, propõe-se um caminho decisório a ser percorrido (devido processo legal decisório), cujo *iter* lógico se desdobra nas seguintes fases: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhes é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predicadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição.

Desta feita, os conflitos interinstitucionais tão em voga atualmente, sobretudo, por uma frenética e ainda incompreendida sobreposição das funções exercidas pelos Poderes da República, serão solucionados por meio da escolha do método de decisão mais capacitado para oferecer uma resposta adequada a determinado problema, de sorte a extrair do sistema jurídico uma performance qualitativa que preste obediência aos direitos fundamentais plasmados na Carta Constitucional.

Referências bibliográficas

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.083.955/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 28/05/2019.ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia:* O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, *passim*.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 10. n. 42. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd="70465]. Acesso em: 10 jan. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de "Capacidades Institucionais". *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, nº 1, 2016, p. 192-213. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40>. Acesso em: 16 jan. 2021.

_____. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan.-jun. 25, 2011,

Book_RMP-81.indb 123 14/12/2021 12:30:42

p. 6-50. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênia. Um olhar sobre o Brasil e o mundo.* 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433. Consulta em: 18 ago. 2019.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 3, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais:* a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito.* Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo:* reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, *passim*.

CAPPELLETTI, Mauro; trad: DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Juízes legisladores?* SA Fabris Editor, 1999, p. 36-39.

CÁRCOVA, Carlos Maria. Los jueces en la encrucijada. Entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. *In*: CÁRCOVA, Carlos Maria (org.). *Derecho, politica y magistratura*. Buenos Aires: Ed. Biblos, 1996. p. 135 – 149.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial, estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2016.

Book_RMP-81.indb 124 14/12/2021 12:30:42

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório*: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

_____. Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um amicus curiae regulatório. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/andre-rodrigues-cyrino/separacao-de-poderes-regulacao- e-controle-judicial-por-um-amicus-curiae-regulatorio>. Acesso em: 15 jan. 2021.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 3ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. Desenho Institucional e Políticas Públicas: Alguns Parâmetros Gerais para a Atuação Judicial. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 64, 2009.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia:* o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Verdade e justificação. Ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf. Consulta em 27 jan. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e Revisor Técnico da Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez, 2008.

Book_RMP-81.indb 125 14/12/2021 12:30:42

_____; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, José. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, n. 30, 1996. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Consulta em 09 nov. 2015.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26 e ss.

SUSTEIN, Cass R. Law and Administration after Chevron. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090.

_____; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 885-951, fev. 2003.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York Univ. Press, 1997.

TROCKER, Nicolò. *La Formazione Del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy*: Institutional Design Writ Small. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WANG, Daniel Wei Liang Wang. *Revista Direito GV*. São Paulo 4 (2), jul./dez. 2008.

WOOLF, Harry. Civil justice in the United Kingdom. *The American Journal of Comparative Law*, p. 709-736, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário:* Crise, Acertos e Desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Book_RMP-81.indb 126 14/12/2021 12:30:42

Princípio da proibição da insuficiência: o dever do Estado de proteção mínima aos direitos sociais fundamentais

Carolina Maria Gurgel Senra*

Sumário

1. Introdução. 2. Da dimensão positiva dos direitos fundamentais. Dos deveres estatais de prestação. Dos direitos sociais subjetivos. 3. Do princípio da proibição da proteção insuficiente. Conceito e aplicabilidade. 4. Da objeção à reserva da possível frente à omissão plena ou parcial do Estado na efetivação de direitos sociais. 5. Da atuação do Ministério Público e do papel do Judiciário na concretização dos direitos sociais. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem como tema o princípio da proibição da insuficiência ou da proteção insuficiente, sob a perspectiva do dever do Estado de efetivação mínima dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988, definidos como direitos subjetivos *prima facie* à realização de políticas públicas prioritárias. Analisa-se a dimensão positiva dos direitos fundamentais e os parâmetros para a verificação da inconstitucionalidade decorrente da omissão total ou parcial do Poder Público no cumprimento de seus deveres prestacionais aos quais se encontra vinculado. A abordagem se insere no contexto histórico iniciado no período pós 2ª Guerra, de ascendência do neoconstitucionalismo, na acepção de que a previsão constitucional almeja real concretude na efetivação do seu caráter dirigente, visando o alcance dos valores primordiais estabelecidos na Lei Maior. Revisitamos a definição de núcleo essencial da Constituição, cotejando-o com o conceito de mínimo existencial, com o objetivo de mitigar a defesa da reserva do possível, frente aos imperativos dos direitos fundamentais e da existência humana digna. Para tanto, vimos expor os princípios da proibição da proteção insuficiente ou deficiente (*Untermassverbot*) e da proibição do excesso (*Übermassverbot*) no caso concreto, como dupla dimensão da regra da proporcionalidade, em sua subdivisão, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ao final, examina-se a instrumentalização do princípio da proibição da proteção insuficiente através dos meios de controle e de limitação do poder público

* Pós-graduanda em Tutela Coletiva e Políticas Públicas pelo Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – IEP MPRJ. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Book_RMP-81.indb 127 14/12/2021 12:30:42

pela atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas afetas a direitos sociais consagrados no texto constitucional.

Abstract

The present article has as its theme the principle of prohibition of insufficiency or insufficient protection, under the perspective of the State's duty of minimum realization of the social rights provided for in the 1988 Constitution, defined as subjective rights prima facie to the realization of priority public policies. The positive dimension of fundamental rights and the parameters for verifying unconstitutionality resulting from the total or partial omission of the Public Power in the performance of its service duties to which it is linked are analyzed. The approach is inserted in the historical context initiated in the post-WWII period, of ascendancy of neoconstitutionalism, in the sense that the constitutional provision aims at real concreteness in the realization of its leading character, aiming at reaching the primordial values established in the Major Law. We revisit the definition of an essential core of the Constitution, comparing it with the concept of an existential minimum, with the objective of mitigating the defense of the reserve of the possible, in face of the imperatives of fundamental rights and dignified human existence. Therefore, we have exposed the principles of the prohibition of insufficient or deficient protection (Untermassverbot) and the prohibition of excess (Übermassverbot) in the specific case, as a double dimension of the proportionality rule, in its subdivision, adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. In the end, we examine the instrumentalization of the principle of prohibition of insufficient protection through the means of control and limitation of public power through the action of the Public Ministry and the Judiciary in the implementation of public policies related to social rights enshrined in the constitutional text.

Palavras-chave: Direitos Sociais Fundamentais. Políticas Públicas. Proibição da Proteção Insuficiente. Vinculação. Controle.

Keywords*: Fundamental Social Rights. Public policy. Prohibition of Insufficient Protection. Linking. Control.*

1. Introdução

A previsão constitucional dos direitos fundamentais no segundo pós-Guerra emergiu como resposta oportuna às violações de direitos pelo Estado Totalitário, inicialmente com efeito no absenteísmo estatal frente às liberdades individuais e, mais adiante, na configuração do Estado de Bem-estar Social, caracterizado por uma atuação estatal positiva no sentido da satisfação do dever de proteção dos cidadãos frente às injustiças sociais.

Nessa linha de evolução histórica, surge o movimento do neoconstitucionalismo, definido pela doutrina como superação da antinomia entre o naturalismo e o positivismo[1], o qual apresenta o novo papel da Constituição, que deixa de ser um documento

[1] MORAES, G. P. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. p. 23.

Book_RMP-81.indb 128 14/12/2021 12:30:42

eminentemente político, de baixa imperatividade, para assumir posição de supremacia, com a previsão de valores associados à dignidade da pessoa humana e a direitos fundamentais, materializados em princípios com eficácia normativa e superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público, que a eles ela passa a estar vinculado.[2]

Assim, em seguida aos primeiros direitos fundamentais reconhecidos, classificados como de defesa ou a ações negativas (abstenções) do cidadão contra o Estado, surgem os direitos fundamentais que demandam uma ação estatal positiva, decorrentes de normas que garantem direitos a prestações em sentido amplo.[3]

Voltando-se para a clássica concepção geracional dos direitos fundamentais, temos nos direitos de primeira geração a ideia de limitação dos poderes do Soberano, cujo poder de agir circunscreve-se à lei.[4] A concepção de igualdade fundamenta o surgimento dos chamados direitos fundamentais de segunda geração, atrelados ao exercício promocional de direitos econômicos, sociais e culturais pelo Estado. Mais adiante, os direitos difusos, decorrentes do pluralismo e do dever de solidariedade passam a compor os denominados direitos fundamentais de terceira geração, os quais vêm demonstrar a ineficácia dos tradicionais instrumentos jurídicos de proteção, não havendo aqui a determinação específica dos titulares das pretensões.

As gerações, como cediço, não representam o reconhecimento estanque de direitos fundamentais diversos em determinado momento histórico, pelo contrário, as categorias de direitos associam-se no processo evolutivo de democratização nos sucessivos momentos vivenciados pela sociedade e, à luz do princípio da máxima efetividade, ampliam seu espectro, dando-lhes a devida extensão sufragada pelo Estado Democrático de Direito.

O ponto de especial interesse deste artigo toca os direitos fundamentais a prestações (dimensão positiva) do Estado, correlatos aos direitos sociais sistematizados na Constituição de 1988, não obstante o reconhecimento pela doutrina de direitos sociais de defesa (dimensão negativa), de não intervenção do Estado na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados constitucionalmente.[5]

A pluralidade de direitos fundamentais previstos na Constituição torna inevitável o conflito entre esses direitos, sobretudo através da colisão entre princípios, que deve ser solucionada pela técnica da ponderação preconizada por Alexy, à luz do caso concreto, de forma flexível, ante o caráter compromissório dos textos constitucionais contemporâneos, guiada pelo princípio da proporcionalidade.[6]

---

[2] BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e políticas públicas. *In*: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. 240: 83/103. abr./jun. 2005. p. 85.

[3] ALEXY, R. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 433.

[4] SHAFFER, J. Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 31.

[5] SARLET, I. W. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos Fundamentais de Justiça nº 1 – out./dez. 2007. p 174.

[6] ANDRADE, C. G. C. Coelho de. Mandados Implícitos de Criminalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 45.

Book_RMP-81.indb 129 14/12/2021 12:30:42

O princípio ou regra da proporcionalidade tem uma dupla dimensão, podendo ser aplicado como instrumento para concretização das normas de direitos fundamentais, mediante o controle contra os excessos estatais ou, para finalidade oposta, contra a omissão ou a ação insuficiente dos poderes do Estado. Fala-se, destarte, em princípio da proibição do excesso (*Ubermassverbot*) e princípio da proibição da insuficiência (*Untermassverbot*)[7]-[8]

Consoante asseverado por Carlos Gustavo Coelho de Andrade, citando o autor alemão Claus Wilhelm Canaris, na dimensão da vedação da insuficiência, parte-se do reconhecimento da existência de um imperativo de tutela estatal de um direito fundamental, cuja efetivação depende da suficiência dos meios a serem empregados para essa proteção, sendo vedada a proteção deficiente.[9]

O princípio da proibição da proteção insuficiente está, assim, relacionado ao reconhecimento do dever do Estado de proteção mínima aos direitos fundamentais, ou seja, ao provimento de um mínimo existencial, em observância ao postulado da dignidade da pessoa humana. Tal princípio é ainda pouco abordado na doutrina pátria, sobretudo em relação a direitos sociais, encontrando maior menção quando aplicado na esfera penal, considerando os bens jurídicos penalmente tutelados como concretização de valores constitucionais ligados a direitos fundamentais.[10] No entanto, é pertinente a sua aplicação aos direitos fundamentais de natureza social de caráter prestacional[11], hipótese mais recorrente na doutrina e jurisprudência alienígena, sobretudo de origem germânica.[12]

---

[7] SILVA, V. A. O proporcional e o razoável, Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. p. 28. Segundo o autor Virgílio Afonso da Silva, "O termo *Untermassverbot* foi utilizado pela primeira vez, ao que tudo indica, por Claus-Wilhem Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", AcP 184 (1984), p. 228, e ganhou importância na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão a partir da segunda decisão sobre o aborto. Cf. BVerfGE 88, 203 [245]".

[8] Conforme acentua SARLET, ob. cit. p. 192, no que diz respeito à terminologia adotada que, no seu caso, é a de proibição de insuficiência, "são várias as opções disponíveis na literatura, como dão conta as contribuições de J. J. G. Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 267 e ss. (proibição por defeito, entre nós adotada por L. L. Streck, "Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente...", p. 243 e ss. e L. Feldens, "A Constituição Penal...", p. 108 e ss., que fala em proteção deficiente, e J. Freitas, "O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais", p. 38 e ss (proibição de inoperância).".

[9] ANDRADE, C. G., Op. cit. p. 50.

[10] STRECK, L. L. Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (*Ubermassverbot*) à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *In*: Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, Porto Alegre: AJURIS, 2005. p. 171/202.

[11] Ao longo da pesquisa desenvolvida para elaboração deste artigo, foram encontrados inúmeros trabalhos de autores pátrios que, apesar de apenas mencionar o princípio da proibição da proteção insuficiente em seus textos ou, por vezes, sequer nomeá-lo, adentram no tema da omissão estatal na implementação de direitos fundamentais de natureza social e dos legítimos instrumentos de controle e efetividade de tais direitos (*i.g.* os artigos citados dos autores Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, Ana Paula de Barcellos).

[12] Para maior aprofundamento no direito comparado, v. Virgílio Afonso da Silva, op. cit. p. 28, nota 16: "Sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também aos casos de medidas insuficientes, cf. a resposta de Robert Alexy aos questionamentos de Christian Calliess, seguidos à conferência do próprio Robert Alexy, *"Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit"*. O texto da conferência e a transcrição dos debates serão publicados no próximo volume da VVDStRL (uma tradução da conferência, feita por Luís Afonso Heck, será publicada, provavelmente ainda em 2002, na Revista dos Tribunais). Cf. também Martin *Borowski, Grundrechte als Prinzipien*, p. 115-122 e 151 ss. Sobre a discussão acerca do conceito de *Untermaßverbot*, cf. Erhard Denninger, *"Vom Elend des Gesetzgebers zwischen*

Book_RMP-81.indb 130 14/12/2021 12:30:42

Assevera-se que os direitos sociais previstos na Constituição não se enquadram nas espécies de normas programáticas ou de eficácia limitada, mas configuram verdadeiros direitos subjetivos *prima facie*, os quais, em razão da sua natureza principiológica, demandam um processo de ponderação no caso concreto para que haja o seu reconhecimento definitivo.[13]

Para auxiliar esse processo, fazemos uma breve análise acerca da incidência das sub-regras da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), conscientes do desafio do estabelecimento de parâmetros de instrumentalização de controle do poder político estatal na implementação de direitos sociais fundamentais.

Ainda, por entendermos estar diretamente ligado ao tema e às suas consequências práticas, nos pronunciamos acerca do argumento da reserva do possível para justificar a omissão estatal ou insuficiência das políticas públicas eleitas para concretização de direitos sociais de natureza fundamental e de suas prioridades.

Por fim, enfatizamos a importância da atuação do Ministério Público na tutela dos direitos sociais violados pela omissão do Estado e o papel do Poder Judiciário em prol da efetividade de direitos sociais fundamentais, à luz do princípio da proibição da proteção insuficiente, dos princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

A presente pesquisa tem seu desenvolvimento baseado no método hipotético dedutivo, a partir de estudos bibliográfico e jurisprudencial, com a observação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da qual decorre o postulado da proibição da proteção insuficiente por parte do Estado. Buscamos identificar as providências estatais mínimas com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação e a sindicabilidade de tais direitos pelos órgãos legitimados para efetivação das políticas públicas fundamentais.

2. Da dimensão positiva dos direitos fundamentais. Dos deveres estatais de prestação. Dos direitos sociais subjetivos

As constituições contemporâneas, especialmente aquelas promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, inserem-se no conceito de neoconstitucionalismo, que, diversamente do positivismo prevalente nos regimes autoritários, apresenta, em seu aspecto material, dispositivos com elevados valores éticos e morais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais,

Übermaßverbot und Untermaßverbot", p. 561 ss.; Johannes Dietlein, "*Das Untermaßverbot: Bestandaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur*", ZG 10 (1995), p. 134 ss.; Karl-E. Hain, "*Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot*", DVBl. (1993), p. 982 ss.; do mesmo autor, "*Das Untermaßverbot in der Kontroverse: eine Antwort auf Dietlein*", ZG 11 (1996), p. 80 ss., além da já citada obra de Canaris. Em língua portuguesa, cf. J.J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da constituição, p. 265. Canotilho, contudo, prefere o termo "proibição por defeito".

[13] SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros éticos-jurídicos. *In:* http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf. Acesso em 28.01.2020, p. 15.

Book_RMP-81.indb 131 14/12/2021 12:30:42

com *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais inciativas do Poder Público, não sujeitos à discricionariedade política ordinária, de tal modo que qualquer agente político deve estar a ele vinculado.[14]

Exsurgem do texto constitucional direitos fundamentais cuja observância impõe ao Estado deveres de proteção que exigem uma atuação positiva, materializada em determinada prestação, denominados direitos a prestação em sentido estrito, tidos como os direitos sociais por excelência, enumerados no art. 6º da Constituição[15] – o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência - concebidos com o propósito de atenuar desigualdades e permitir o exercício da liberdade pelos indivíduos mais necessitados.

Majoritariamente, a doutrina sustenta que, em regra, os direitos sociais previstos na Lei Maior dependem de conformação legislativa para produção de efeitos plenos, dado o seu natural condicionamento à conjuntura econômica nacional em cada momento histórico, não havendo um comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, decisões que devem ficar a cargo de órgão político, e não judicial. Tais normas, entretanto, não seriam desprovidas de eficácia, eis que servem de parâmetro de controle de constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos, ou seja, teriam um caráter de defesa, enfatizado pelos autores que sustentam a existência de uma cláusula da vedação do retrocesso.[16]

Assim, a partir da análise da dimensão econômica histórica do país, é comum a arguição da reserva do possível para eleição de prioridades pelo órgão político, ao qual, considerando a escassez de recursos e a impossibilidade de implementar todos os direitos simultaneamente, competiria eleger a realização de ações e programas de governo para a consecução dos fins sociais a que aludem à Constituição.

Mais adiante, adentraremos na análise da tese da reserva do possível, uma vez que com este trabalho pretendemos mitigar sua oponibilidade pelo Estado, sobretudo quando é arguida genericamente como defesa para justificar a não realização de ações de governo tendentes ao cumprimento do dever de proteção a direitos sociais de natureza fundamental.

Apesar de defender que os direitos sociais dependeriam, em regra, da atuação do Legislativo e do Executivo para que passem a ter plena eficácia, Gilmar Mendes menciona que a doutrina tenta extrair uma garantia a um grau mínimo de efetividade dos direitos a prestação material. O mínimo social vem expressamente acolhido pela Constituição brasileira, no art. 201, parágrafo 2º, quando estabelece o salário-

[14] BARCELLOS, A. P. Op. cit. 85/86.
[15] Art. 6º. São direitos sociais a educação, 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.
[16] MENDES, G. F. Curso de Direito Constitucional. 14ª edição. Brasília: Saraiva. 2019. p.164.

Book_RMP-81.indb 132 14/12/2021 12:30:42

mínimo como piso dos benefícios previdenciários, e o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sedimentada no sentido de que essa norma é autoaplicável.[17]

Com efeito, existem importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal que reconhecem obrigações mínimas do Estado na concretização de direitos sociais, as quais autorizam a imposição judicial de providências concretas, sem implicar violação à separação dos poderes nem se obstar pela defesa da reserva do possível, a exemplo do direito à educação infantil, por meio do acesso de crianças a creches e unidades de pré-escola (CRFB, art. 208, V).[18]

Assim, há determinados direitos sociais consagrados na Constituição que consubstanciam direitos subjetivos oponíveis ao Estado, dada a sua vinculação aos direitos fundamentais e ao postulado da dignidade da pessoa humana, em relação aos quais a eficácia da norma não ficaria condicionada à legislação ordinária e ao poder executivo, sendo, portanto, sindicáveis pela via judiciária.

Isso não significa, no entanto, que haveria direitos sociais subjetivos definitivos, eis que sua configuração dependeria de um processo de ponderação, pautado na proporcionalidade, mediante a análise dos elementos fáticos e jurídicos do caso concreto, o que os caracteriza como direitos subjetivos *prima facie*, conforme ensina Daniel Sarmento, citando o modelo defendido por Robert Alexy, Martin Borowsky, Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Bernal Pulido, Miguel Carbonell e Paulo Gilberto Cogo Leivas, entre outros autores.[19]

Explica o autor o aludido modelo adotado pelos diversos expoentes da doutrina citados acima:

> De acordo com ele, os direitos sociais são direitos subjetivos que, contudo, possuem natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo. Nesta ponderação, comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, do outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto. A possibilidade da tutela judicial, bem como o seu conteúdo, dependerão do resultado da ponderação, que, como sói acontecer, deve ser pautado pelo princípio da proporcionalidade. Esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes políticos neste

[17] CANOTILHO, J. J. G., *apud* MENDES, op. cit. p. 165.
[18] RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005.
[19] Op. cit. p.16/17.

Book_RMP-81.indb 133 14/12/2021 12:30:43

> campo, decorrente não só da sua legitimidade democrática, como também da sua maior capacidade funcional.[20]

Deste modo, a interpretação do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição deve se dar no sentido de que as normas definidoras de direitos sociais, previstos em seu art. 6º - as quais, para Fabio Konder Comparato, significam, sob o aspecto concreto, a implementação de políticas públicas (*policy*) pelo Poder Público[21] - têm eficácia imediata, não se sujeitando à conformação legislativa para que possa se exigir seu cumprimento, ou seja, correspondem a direitos subjetivos, notadamente de natureza coletiva, cuja tutela jurisdicional, todavia, deve perpassar pelo método da ponderação, utilizando-se a regra da proporcionalidade.

3. Do princípio da proibição da proteção insuficiente. Conceito e aplicabilidade

Na doutrina consolidada, é conhecida a classificação das normas em regras e princípios, os quais se diferenciam não com base em critérios como generalidade e especialidade da norma, mas levando em conta sua estrutura e forma de aplicação. Regras apresentaram comandos definitivos e aplicam-se pela simples subsunção. Por sua vez, princípios dependem, para aferição de seu conteúdo definitivo, do sopesamento com princípios colidentes, conceituando-se, assim, como "normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas", intitulados por Alexy como "mandamentos de otimização".[22]

Ainda, segundo Alexy, existe clara conexão entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade, mais conhecido como princípio da proporcionalidade no direito pátrio. Isso porque a proporcionalidade, com suas sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, advém logicamente da natureza dos princípios. Para o doutrinador alemão, "a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas".[23]

No direito pátrio, para boa parte da doutrina, a aplicação do princípio da proporcionalidade encontra fundamento no chamado princípio do Estado de Direito, havendo, ainda, quem o fundamente nos mais diversos dispositivos constitucionais,

---

[20] Op. cit. p.17.
[21] COMPARATO, F. K. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *In*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 67/89. 2001. p. 77.
[22] Op. cit., p. 23.
[23] Op. Cit. p. 116/118.

Book_RMP-81.indb 134 14/12/2021 12:30:43

como o art. 5º, II (legalidade) e o art. 1º, III (dignidade)[24], havendo manifestações na jurisprudência sobre sua aplicação como princípio geral do direito.[25]

Para o autor Virgílio Afonso da Silva, citando a tese de Alexy, a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra[26] da proporcionalidade é fadada ao insucesso, eis que sua exigibilidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais.[27]

Diversos autores, citando, inclusive o direito constitucional germânico, tendem a utilizar o princípio da proporcionalidade como sinônimo da proibição do excesso (*Ubermassverbot*)[28], entendido como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais. No entanto, vem sendo reconhecida a incidência da dupla dimensão do princípio da proporcionalidade, do qual derivam a proibição do excesso (*Ubermassverbot*) e a proibição da insuficiência (*Untermassverbot*), com finalidades opostas, na última hipótese para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente.[29]

Conforme preleciona Ingo Wolfgang Sarlet, em sua dupla acepção o princípio da proporcionalidade atua sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.[30]

Nas palavras de Sarlet:

> Os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso de direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão pela ou parcial do legislador e administrador) causam impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício) – pra alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins, respeitando o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer proteção a outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia

[24] SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. *In* Revista dos Tribunais n. 798. Ano 91, abr. 2002. p. 42.
[25] MENDES, G. F. Op. cit. p. 225.
[26] O autor discorre, em seu citado artigo intitulado "O proporcional e o razoável", sobre diversos posicionamentos acerca do conceito técnico-jurídico adequado de proporcionalidade e conclui que proporcionalidade não é sinônimo de razoabilidade e que não pode ser considerada como princípio, conforme a classificação de Alexy, uma vez que não tem como produzir efeitos em várias medidas, ao contrário, é aplicado de forma constante, utilizando o método da subsunção.
[27] Op. cit. p. 43.
[28] MENDES, G. F. Op. cit. p. 225.
[29] SILVA, V. A. Op. cit. p. 26/27.
[30] Op. cit. p. 192.

Book_RMP-81.indb 135 14/12/2021 12:30:43

> do direito. Neste sentido, vale o registro de que a proibição a insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial (...).[31]

O princípio da proibição da proteção insuficiente, nesse contexto, está intrinsecamente ligado ao conceito de mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, como resultante do dever do Estado de garantir condições materiais indispensáveis para uma vida digna a todos os cidadãos.

Somado a isso, consoante destaca Daniel Sarmento, o princípio da máxima efetividade aplicável em relação a todos os demais direitos fundamentais, dentro do que seja fática e juridicamente possível, permite que pretensões que vão além do mínimo existencial sejam submetidas ao Judiciário, sujeitas à ponderação de interesses a ser feita em cada caso, entre o direito social em questão e os princípios concorrentes.[32]

Na perspectiva subjetiva, definida por Guilherme Peña De Moraes, os direitos fundamentais conferem aos titulares a pretensão a que se adote um determinado comportamento, positivo ou negativo, em respeito à dignidade da pessoa humana.[33]

Em nosso trabalho, utilizamos a análise da proporcionalidade como instrumento para verificação, no caso concreto, da violação de direitos fundamentais positivos, ou seja, de direitos a prestações pelo Estado, que venham a impor, no legítimo exercício do controle estatal, determinação judicial de ações estatais tendentes à satisfação de pretensões afetas a políticas públicas educacionais, assistenciais, na área da saúde, entre outras.[34]

Na previsão constitucional dos direitos sociais fundamentais, considerados integrantes do núcleo essencial da Constituição, existe uma ordem de prioridades que vincula o legislador e o administrador, não passível à invocação apriorística de argumentos como reserva do possível ou escassez orçamentária, sobre os quais discorreremos com mais detalhes no próximo tópico deste trabalho.

Virgílio Afonso da Silva critica com absoluta razão a invocação da regra da proporcionalidade com caráter meramente retórico e não sistemático, o que se observa em decisões judiciais, inclusive do STF, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva ou inconstitucional, sem fazer referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, além de equipará-la, equivocadamente, com o conceito de razoabilidade.[35]

---

[31] Op. cit. p. 192/193.
[32] Op. cit. p. 30.
[33] MORAES, G. P.Op. cit. p. 483.
[34] Entendemos que não há um rol pré-definido de direitos sociais de natureza fundamental, podendo, além dos direitos previstos no art. 6º, da CRFB, ser identificados outros no corpo da Constituição, de natureza prestacional que estejam atrelados ao postulado da dignidade da pessoa humana e à garantia do mínimo existencial.
[35] Op. cit. p. 31/32.

Book_RMP-81.indb 136 14/12/2021 12:30:43

Conforme ensina Luiz Roberto Barroso, a razoabilidade é baseada no devido processo legal substancial e traduz-se na exigência de "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins".[36]

Assim, retomando nosso tema, conclui-se que, em sendo a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*) considerada uma das dimensões da regra da proporcionalidade, sua violação deverá ser aferida no caso concreto, mediante análise estruturada de suas sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, subdivisão esta que, conquanto não aplicada pelo STF, já se encontra bem salientada pela doutrina pátria.[37]

Destarte, segundo a teoria de Alexy, perpassa-se, nesta ordem, pela análise do ato para saber se é o meio adequado para alcançar ou pelo menos fomentar o objetivo pretendido (adequação); se a realização do objetivo perseguido não pode ser promovida com a mesma intensidade por meio de outro ato que limite em menor medida o direito fundamental atingido (necessidade); se a medida tem peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido, mediante "um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva".[38]

No caso dos direitos sociais, diferentemente da hipótese de colisão entre direitos fundamentais, a possibilidade de tutela judicial pautada na regra da proporcionalidade dependerá do resultado da ponderação, em que comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, do outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto.[39]

Não obstante ainda estarmos longe do ideal, dada a ausência da aplicação sistemática acima pelo STF, atualmente, a posição dominante na doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido da inocorrência de ofensa ao princípio da separação dos poderes pelas decisões judiciais proferidas contra o Estado na efetivação de direitos fundamentais de natureza social consagrados na Lei Maior.[40]

---

[36] BARROSO, L. R. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998): 65-78. p. 66.

[37] SILVA, V. A. Op. Cit. p. 34.

[38] As referências à ideia de sopesamento no Direito Alemão e na teoria de Robert Alexy estão no citado artigo de Virgílio Afonso da Silva, nota de rodapé 60, p. 40.

[39] SARMENTO, D. Op. cit. p. 17.

[40] Neste sentido, emblemática decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, no Supremo Tribunal Federal: "A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal

Book_RMP-81.indb 137 14/12/2021 12:30:43

Sob tal aspecto, a invocação do princípio da proibição da proteção insuficiente funciona perfeitamente como fundamento para o exercício do controle jurisdicional na hipótese de omissão total ou parcial do Estado na tutela de direitos sociais, sobretudo quando podemos aferir o seu genuíno significado, ainda que não expressamente, no posicionamento atual dos tribunais, conforme julgados mencionados no último tópico deste artigo.

4. Da objeção à reserva da possível frente à omissão plena ou parcial do Estado na efetivação de direitos sociais

Há ainda outra razão, não por simples retórica, mas de ordem essencialmente pragmática, para abordagem do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente quando se almeja a tutela dos direitos sociais fundamentais no caso concreto, qual seja, fixar-se um contra-argumento à tese da reserva do possível ou da limitação orçamentária do Estado como impeditivo da sindicabilidade de tais direitos através do Poder Judiciário.

Não se pretende, por certo, abolir a avaliação da possibilidade orçamentária na realização de políticas públicas, que naturalmente envolve custos, por vezes elevados, admitindo-se a incidência da reserva do possível, compreendida "não como bloqueio à tutela jurisdicional dos direitos sociais, mas como um critério importante para a sua parametrização"[41].

É cediço que a verificação do descumprimento da máxima da proporcionalidade sob a ótica da vedação da proteção deficiente dos direitos prestacionais perpassa, necessariamente, pela dimensão economicamente relevante desses direitos, pois dependem sempre da disponibilidade financeira daquele quem deva promover a implementação de políticas públicas. Entretanto, não é crível a justificativa apriorística de incapacidade financeira para o descumprimento pelo Estado de deveres constitucionais aos quais se encontra juridicamente vinculado, como se condicionados à "reserva do possível", argumento comumente relacionado, entre outros aspectos,

---

que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político- administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível"." (Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 410. 715-5/SP, julgado em 22/11/2005).

[41] SARMENTO, Op. cit. p. 20.

Book_RMP-81.indb 138 14/12/2021 12:30:43

com as competências constitucionais, o princípio da separação de poderes, a reserva de lei orçamentária e o princípio federativo.[42]

Além de imoral, as omissões do agente público no atendimento de diretos básicos, como saúde, educação e assistência social à população que, autonomamente – em observância ao princípio da subsidiariedade -, não tem acesso a esses direitos, são vedadas por violação direta do texto constitucional. Portanto, quando verificado o desatendimento dessas prioridades essenciais, em favorecimento a direitos não fundamentais, impõe-se a adoção de medidas para tutela eficaz daqueles direitos, inclusive para a realização de políticas públicas prestacionais adequadas não ofertadas em razão de más escolhas feitas pelo legislador e pelo administrador.

Por certo, como dito alhures, é complexa a tarefa de definir prioridades, sobretudo nos Estados, como o brasileiro, com sérios problemas de escassez, sabendo-se que a alocação de recursos em determinado segmento, ainda que afeto a direitos essenciais, importa em retirar ou impedir o incremento de outras demandas igualmente essenciais.

Tais questões, todavia, merecem ser analisadas e dirimidas pelas sub-regras da proporcionalidade, em especial, pela técnica da ponderação, atentando-se para o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), que impõe ao Estado a busca pela otimização da gestão de políticas públicas, sobretudo quando venha a lidar diretamente com a efetivação de direitos sociais fundamentais consagrados na Lei Maior.

Ingo Wolfgang Sarlet resume, de maneira precisa, nossa objeção à utilização de forma falaciosa da reserva do possível, dada a problemática da escassez, frente à efetivação dos direitos sociais:

> Neste contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a discussão em torno da assim designada "reserva do possível" na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e

[42] Sobre a origem, no direito alemão, da reserva do possível e suas dimensões, com farta citação de doutrina e jurisprudência alienígenas e maior aprofundamento do tema, veja-se SARLET, I.; FIGUEIREDO, M., Op. cit., p. 186 e ss.

Book_RMP-81.indb 139 14/12/2021 12:30:43

> desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.[43]

E continua Sarlet, mais adiante, em seu brilhante trabalho:

> Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem "governa" – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.[44]

De igual sorte, na doutrina alienígena, José Joaquim Gomes Canotilho é crítico da concepção de reserva do possível, asseverando que:

> Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob "reserva dos cofres cheios" equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.[45]

Em países como o Brasil, em que a desigualdade social é marcada pela precariedade do acesso por grande parte da população a direitos sociais absolutamente essenciais, como educação fundamental e saúde pública de qualidade, não obstante previsão constitucional expressa, impõe-se a adoção de medidas emergenciais voltadas ao alcance de patamares aceitáveis de equidade e ao alcance do bem comum, conforme objetivos consagrados no art. 3º da CRFB[46], sempre em busca do ideal de evolução, visando estancar a contínua violação dos ditames do Estado Democrático de Direito.

Fábio Konder Comparato igualmente aborda com veemência o que denomina desvio de perspectiva da doutrina, ao afirmar que vigoraria em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais o pressuposto implícito da "reserva do possível":

---

[43] Ob. Cit., p. 191.
[44] Ob. Cit., p. 194.
[45] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2004. p. 481.
[46] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Book_RMP-81.indb 140 14/12/2021 12:30:43

> É preciso, com urgência, corrigir esse desvio de perspectiva, pois ele equivale a esvaziar de toda força jurídica aquele conjunto de direitos fundamentais, da mais alta relevância em países subdesenvolvidos. Se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender a totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo. O desempenho dessa relevante função estatal não está, de modo algum, submetido à "reserva do possível".[47]

Em sede jurisprudencial, o Ministro Celso De Mello discorreu acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais:

> [...] a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade [...].[48]

Destarte, é imperioso que o legislador e o administrador, no exercício de suas competências, voltem sua atuação, com absoluta prioridade, para a proteção dos direitos sociais, à preservação da dignidade da pessoa humana e à garantia do mínimo existencial, mediante enfrentamento sério e direto de todas as questões inerentes a sua violação, desde a busca pela disponibilização orçamentária até a consecução de ações e programas direcionados a diminuir os altos índices de descumprimento de deveres fundamentais impostos constitucionalmente ao Estado.

5. Da atuação do Ministério Público e do papel do Judiciário na concretização dos direitos sociais

Nas três vertentes da missão constitucional outorgada pelo art. 127 da Constituição de 1988 ao Ministério Público – defesa da ordem jurídica, do estado democrático e dos interesses sociais – encontra-se fundamento para sua legitimidade na busca pela concretização dos direitos sociais previstos na Lei Maior.

---

[47] Op. Cit. p. 74.
[48] ADPF n. 45, DJU de 04/05/2004.

Book_RMP-81.indb 141 14/12/2021 12:30:43

Concretamente, deve o Ministério Público agir sempre que houver violação dos direitos sociais subjetivos expressamente garantidos pela Constituição, inclusive exigindo judicialmente o cumprimento do dever constitucional de se implementarem políticas públicas, o que perpassa pelo exame das peças orçamentárias e pela verificação do cumprimento pelo Poder Executivo das diretrizes, metas e objetivos dos orçamentos plurianuais, por exemplo, para impedir a redução de gastos nas áreas ligadas a direitos fundamentais.[49]

Os instrumentos utilizados para exercício de seu *mister* estão previstos como funções institucionais na Constituição da República e Legislação Infraconstitucional, sendo, neste caso, precipuamente, a instauração de inquérito civil[50], a expedição de recomendações[51], a celebração de compromisso de ajustamento de conduta[52] e a propositura de ação civil pública[53].

Desse modo, a tutela coletiva dos direitos sociais pelo Ministério Público pode se dar extrajudicialmente ou pela via judicial, devendo, conforme entendimento atual, apenas subsidiariamente submeter-se a questão ao Judiciário, na impossibilidade de solução consensual pelos órgãos competentes.[54]

Além disso, incumbe ao Ministério Público a propositura de ação civil para responsabilização dos agentes públicos por ato doloso, inclusive por omissão, que atente contra princípios administrativos e importe em retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício[55], com a aplicação das sanções legais correspondentes, na forma do art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.

Por sua vez, a possibilidade da atuação do Poder Judiciário quando instado a tutelar direitos sociais consagrados na Constituição decorre, primeiramente, do princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB) que, em se tratando da defesa de direitos fundamentais, autoriza a determinação judicial para implementação de políticas públicas pelo Estado, sendo este o entendimento da Suprema Corte brasileira, conforme recente julgado destacado no Informativo 957 do STF[56].

---

[49] COMPARATO, F. K. Op. cit. p. 80/84.
[50] Art. 129, III, CRFB/88.
[51] Art. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93.
[52] § 6º, do art. 5º, da Lei º 7.347/85.
[53] Art. 129, III, CRFB/88.
[54] A Resolução nº 179/17 do CNMP, que disciplina, no âmbito do Ministério Público, a tomada de termo de ajustamento de conduta, tem por fundamento expresso a "utilidade do compromisso de ajustamento de conduta como instrumento de redução da litigiosidade, visto que evita a judicialização por meio da autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público e, por consequência, contribui decisivamente para o acesso à justiça em sua visão contemporânea".
[55] Em seu citado artigo, Fábio Konder Comparato ressalta essa possibilidade: "Não se deve afastar a hipótese de considerar o procedimento comissivo ou omissivo das autoridades públicas, em violação do dever constitucional de realizar as políticas públicas ligadas aos direitos fundamentais, como ato de improbidade administrativa, nos termos do disposto no art. 11 - II da Lei nº 8.429, de 2/7/1992: 'retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.'" (COMPARATO, F. K. Op. cit. p. 85).
[56] AG. REG. NO ARE N. 1.124.063-DF. RELATOR: MIN. EDSON FACHIN. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 14.04.2019. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS

Book_RMP-81.indb 142 14/12/2021 12:30:43

O controle judicial sobre os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo (controle de constitucionalidade) advém do próprio sistema de freios e contrapesos, que estabelece o controle recíproco entre os Poderes de Estado (art. 2º da CRFB), funcionando como condição de legitimidade do Governo, mediante a garantia de manutenção do equilíbrio constitucional em face de determinada ação ou omissão do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.[57]

Nessa linha de raciocínio, prevalece na doutrina o entendimento de que as políticas públicas afetas a direitos fundamentais são satisfeitas por condutas da Administração Pública direcionadas à consecução de programas previstos em normas constitucionais ou legais, suscetíveis de controle judicial no tocante à eficiência dos meios empregados e avaliação dos resultados alcançados.[58]

Atualmente, está sedimentada na jurisprudência do STF posição no sentido da vinculação da Administração Pública à implementação de políticas públicas que venham a concretizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição, com fundamento no postulado da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, em especial aqueles afetos à saúde e à educação fundamental, competindo ao Poder Judiciário, nesses casos excepcionais, o controle da omissão estatal, não havendo que ser falar em violação à Separação de Poderes.

Perfeitamente cabível e absolutamente necessário, assim, o controle judicial de políticas públicas, de modo a assegurar a efetividade dos direitos sociais fundamentais em cumprimento aos mandamentos consagrados na Constituição, incumbindo ao Judiciário, em última análise, sindicar a atuação do Estado, importante *mister* atribuído a esse Poder em prol da concretização dos ideais democráticos do Estado de Direito.

Nesse sentido, transcrevemos trecho de decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, em que cita diversos julgados do STF, proferida no RE 997640/RO, julgado em 13/03/2018:

> [...] a questão relativa ao princípio da separação dos poderes e à implementação de políticas públicas não exige maiores ilações, uma vez que a jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que o Poder Judiciário, em casos excepcionais e configurada a inércia ou morosidade da Administração, pode determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas para assegurar o exercício de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação ao princípio da separação

DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES.1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. 2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

[57] MORAES, G. P. Op. cit., 10ª ed. p. 21.

[58] MORAES, G. P. Op. cit., 10ª ed. p. 19.

Book_RMP-81.indb 143 14/12/2021 12:30:43

dos poderes (artigo 2º da Constituição da República). Nesse sentido, confiram-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados: "DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. ACESSIBILIDADE DE DEFICIENTES FÍSICOS EM AMBIENTE ESCOLAR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal já assentou a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento." (RE 877.607-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 13/3/2017) "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 14.6.2016. DIREITO CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar ao Estado a obrigação de fazer reparação em escolas, quando estas se encontrarem em condições precárias, por se relacionarem a direitos ou garantias fundamentais, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com majoração de honorários advocatícios, com base no art. 85, § 11, do CPC, e aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC." (ARE 942.573-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe de 13/2/2017) "AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO À POPULAÇÃO NO HOSPITAL MUNICIPAL SOUZA AGUIAR – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS MUNICÍPIOS (CF, ART. 30, VII) – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA

Book_RMP-81.indb 144 14/12/2021 12:30:43

> RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA 'RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES' (OU DA 'LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES') – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS' – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO 'DEFENSOR DO POVO' (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO." (AI 759.543-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 12/2/2014).

Apesar de não ser corriqueira no STF a menção expressa do princípio da proibição da proteção insuficiente nas decisões judiciais que envolvem o descumprimento dos deveres sociais pelo Estado, há um julgado emblemático sobre o tema (STA 241/RJ), da lavra do Ministro Gilmar Mendes, em que faz breve digressão sobre a dupla vertente da regra da proporcionalidade, como Proibição do Excesso (*Ubermassverbot*) e Proibição da Insuficiência (*Untermassverbot*) na tutela dos direitos fundamentais, aplicando a última hipótese para autorizar determinação da implementação de política pública educacional em face do Estado:

Book_RMP-81.indb 145 14/12/2021 12:30:43

> [...] Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS, 1989, p. 161).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Parece lógico, portanto, que a efetividade do direito ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, especialmente para crianças e adolescentes, não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Por outro lado, alega-se, nesta suspensão de segurança, possível lesão à ordem e economia públicas, diante de determinação judicial para que o Estado restabeleça a prestação do serviço de ensino, com qualidade, de modo a suprir a carência de professores na rede estadual de ensino do Município de Queimados.

Nesse sentido, o argumento central apontado pelo Estado do Rio de Janeiro reside na violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88), formulado em sentido forte, que veda intromissão do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo estadual.

Contudo, nos dias atuais, tal princípio, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, num círculo

Book_RMP-81.indb 146 14/12/2021 12:30:43

em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam.

Assim, entendo inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Rio de Janeiro em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à educação e dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional (art. 206, VII, art. 208, I e §§ 1º e 2º, art. 211, § 3º, e art. 227).

Da mesma forma, não vislumbro a ocorrência de grave lesão à economia pública. Cumpre ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da absoluta prioridade determinada na Constituição, deixa expresso o dever do Poder Executivo de dar primazia à consecução daquelas políticas públicas, como se apreende do seu art. 4º:

"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.

Parágrafo único. A garantia de primazia compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

c) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude."

Não se pode conceber grave lesão à economia do Estado do Rio de Janeiro, diante de determinação constitucional expressa de primazia clara na formulação de políticas sociais nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária específica, concretamente delineada pelo ECA.

A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se trata de comandos vinculantes.

Book_RMP-81.indb 147 14/12/2021 12:30:43

> Ressalte-se que, aos comandos constitucionais e infraconstitucionais pátrios, agregam-se os compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil no âmbito internacional.
>
> O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto nº 591, de 6.07.1992), estabelece em seu artigo 13 o compromisso dos Estados signatários em assegurar o pleno exercício do direito à educação.
>
> A Declaração Mundial sobre Educação para Todos, firmada na Tailândia em março de 1990, compromete o Brasil à elaboração do Plano Nacional de Educação. O artigo 214 da Constituição determina que Lei estabeleça o Plano Nacional de Educação nos seguintes termos:
>
> "Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à:
>
> I – erradicação do analfabetismo;
>
> II – universalização do atendimento escolar;
>
> III – melhoria da qualidade de ensino;
>
> IV – formação para o trabalho;
>
> V – promoção humanística, científica e tecnológica do País."
>
> Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência dessa Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, tais como: o direito à educação infantil e os direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: AI 677.274/SP, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, *DJ* 30.09.2008; AI-AgR 474.444/SP, 1ª Turma, Ministro Marco Aurélio, *DJ* 17.08.2007; RE-AgR 410.715/SP, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, *DJ* 03.02.2006; RE 431.773/SP, Ministro Marco Aurélio, *DJ* 22.10.2004. [...]

O Ministro Gilmar Mendes enfrenta, na supracitada decisão, a um só tempo, questões ligadas ao conceito de núcleo essencial, mínimo existencial, prioridades constitucionais e reserva do possível, para, ao final, concluir pela possibilidade de determinação judicial que imponha "ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de

Book_RMP-81.indb 148 14/12/2021 12:30:43

direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, tais como: o direito à educação infantil e os direitos da criança e do adolescente."

No STJ, é mais frequente encontrar julgados tendo por fundamento a proibição da insuficiência no cumprimento pelo Estado dos deveres afetos à segurança pública, na esfera penal[59], bem como em relação a pretensões individuais concernentes à previdência social[60], ambos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição de 1988.

Assim, na esteira dos julgados mencionados, demonstra-se relevante a aplicação do princípio da proibição da insuficiência para aprimoramento do papel desempenhado pelo Poder Judiciário nas demandas envolvendo a implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais fundamentais.

6. Conclusão

O ordenamento normativo da Constituição de 1988 encontra-se erigido sobre o alicerce do valor da dignidade da pessoa humana, que deve ser prioritariamente promovido pelo Estado para a efetiva satisfação dos direitos fundamentais e a garantia do mínimo existencial, através da realização de políticas públicas voltadas à realização dos direitos sociais, com o objetivo de minimizar as desigualdades e alcançar maior equilíbrio social.

Os enunciados da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da intangibilidade do núcleo essencial são pressupostos de toda atuação estatal, que tem por dever constitucional a concretização dos avanços positivados constitucionalmente, sendo vedado o retrocesso e proibida a omissão ou atuação insuficiente na proteção de tais direitos.

Na aplicação dos princípios constitucionais, há de haver naturalmente conflito entre suas categorias, em maior ou menor escala, sobretudo quando estiver relacionado com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, materializada nos direitos sociais

[59] No HC 333.322-PR, DJ 25.09.2015, destaca-se o seguinte trecho do fundamento da decisão do STJ relativa a processo envolvendo acusado da Operação Lava Jato "[...] Proibição de infraproteção ou proibição de proteção deficiente: a outra vertente do princípio de proporcionalidade. Por fim, a outra modalidade do princípio de proporcionalidade, esta praticamente desconhecida na doutrina e jurisprudência nacionais, é a da 'proibição da proteção deficiente' ou princípio da proibição da infraproteção (*Untermassverbot*, dos alemães), pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível. Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição de excesso) a chamada 'proteção vertical', na medida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de excesso) um anteparo constitucional contra o poder do Estado (verticalizado, portanto, de 'cima para baixo') mas também uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros 'proteção horizontal' , no qual o Estado atua como garantidor eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor 'segurança', garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor 'justiça', assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo 'princípio da proibição da infraproteção', toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade. [...]". Ainda, na área penal, podem ser citados os seguintes arestos do STJ: HC 333.322-PR, DJ 25.09.2015; AREsp1219142-SP, DJ 07.02.18; HC 429534-RS, DJ 18.12.2017; AREsp 1770349-RS, DJ 10.10.2017.

[60] V. REsp 1679885-RS, DJ 13.13.2017; AREsp 1077556, DJ 26.05.2017; REsp 1919705, DJ 22.08.2016; AREsp 1006592, DJ 08.11.2016.

Book_RMP-81.indb 149 14/12/2021 12:30:43

previstos na Constituição, denominados direitos a prestação, devendo o embate ser dirimido pela técnica da ponderação, observada a máxima da proporcionalidade.

O Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, ao lado do Princípio da Vedação do Excesso, integra a dupla dimensão da Proporcionalidade, regra aplicável na implementação dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, segundo a qual haverá violação desses direitos tanto pela extrapolação dos limites da atuação do Estado, como pela omissão ou atuação insuficiente, atingindo a esfera fundamental dos indivíduos e da coletividade.

Conforme entendimento avançado da doutrina e jurisprudência, os direitos sociais fundamentais são normas de eficácia plena, que não estão condicionadas à conformação legislativa para produção dos seus efeitos, além de gerarem para seus titulares direito subjetivo à sua prestação. Não obstante, devem se sujeitar a um processo de ponderação no caso concreto antes do seu reconhecimento definitivo.

O problema da escassez é sabidamente inerente à atividade de implementação de políticas públicas de natureza prestacional, as quais naturalmente envolvem custos, sobretudo diante das conhecidas mazelas existentes nos sistemas de saúde, educação, assistência social etc. do Brasil. Tal questão tem que ser enfrentada pelo Poder Executivo desde o momento da elaboração nas normas orçamentárias, com a previsão de diretrizes, metas e objetivos necessários à concretização dos direitos sociais, seguida de medidas para incremento da disponibilização financeira, observância da afetação constitucional de verbas a determinadas áreas como saúde e educação, até a fixação de prioridades e a criação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

A aplicação da reserva do possível deve se dar com cautela quando se trata de ações voltadas à validação de direitos fundamentais inseridos no núcleo essencial da Constituição, jamais podendo servir de outorga para descumprimento do dever de implementação dos direitos sociais, sob pena de ofensa aos seus altos valores e inviabilização do alcance da almejada justiça social em meio ao mar de desigualdades em que vivemos.

O Ministério Público, como órgão constitucionalmente destinado à defesa dos interesses sociais, desempenha missão de destaque na busca pela concretização dos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Constituição de 1988, como a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum, cabendo-lhe utilizar todos os instrumentos normativamente previstos para o exercício de suas funções institucionais, nas esferas extrajudicial e judicial, sempre que detectar violação do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, por omissão total ou parcial, na promoção de políticas públicas concretizadoras dos respectivos ditames constitucionais.

O controle judicial de políticas públicas sociais é o meio pelo qual o Poder Judiciário, uma vez provocado pelos órgãos legitimados, desempenha seu papel de sindicar as omissões e atuações insuficientes da Administração Pública na proteção dos direitos sociais fundamentais, com fundamento no princípio constitucional da

Book_RMP-81.indb 150 14/12/2021 12:30:43

inafastabilidade da prestação jurisdicional. Tal controle não configura ofensa à Separação dos Poderes, uma vez aplicada a técnica da ponderação e a regra da proporcionalidade, pondo-se em funcionamento o sistema de freios e contrapesos, necessário ao aprimoramento do legítimo exercício dos Poderes do Estado Democrático de Direito.

A assertiva acima está em perfeito alinhamento com a jurisprudência atual do STF e do STJ. A evolução jurisprudencial, contudo, é no sentido de identificar com mais acuidade as hipóteses de violação do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente nos casos concretos concernentes à promoção de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais e adentrar com maior profundidade na análise das sub-regras da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sobretudo quando estiver diante de conflito envolvendo a aplicação de tais direitos com outros princípios igualmente consagrados na Lei Maior.

A evolução social, humana e espiritual de um povo imprescinde, preliminarmente, da elevação dos valores éticos e morais que permeiam os direitos fundamentais necessários à construção do ideal de igualdade e justiça social. Na busca pela persecução da efetividade dos direitos sociais, a força normativa do texto constitucional reclama diuturno esforço no combate à resistência à evolução, sendo esta a fase em que vivemos, estando em curso o processo necessário ao amadurecimento, tanto social, como das instituições de Estado.

Para tanto, o reconhecimento do princípio da proibição da proteção insuficiente, atrelado ao postulado da dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, advém como mandamento aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para que se voltem à falta de efetividade dos direitos sociais com um olhar transformador, a fim de que sejam dados passos concretos para o estabelecimento das reais prioridades, servindo como um norte à sociedade no caminho irreversível rumo aos imperiosos ideais fundamentais consagrados na Constituição.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados Implícitos de Criminalização*. Ed. Lumen Juris. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e políticas públicas*. *In*: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. 240: 83/103. abril/jun. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998): 65-78.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. *Gestão da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental – EPPGG*:

Book_RMP-81.indb 151 14/12/2021 12:30:43

documento de referência para a gestão da carreira de EPPGG, dezembro de 2008. Brasília, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. *In*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 67/89. 2001.

GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Dicionário de políticas públicas*. 2ª ed. São Paulo: Editora da Unesp; Fundap, 2015.

GODINHO, Robson Renault. *A admissibilidade da tutela jurisdicional e a efetividade dos processos envolvendo políticas públicas*. Rio de Janeiro. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 28

MAIA, Kadma; MEDEIROS, Richard de Araújo; SANO, Hironobu; ALLOUFA, Jomária Mata. *NOVA GESTÃO PÚBLICA E MOTIVAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO: A CARREIRA DE EPPGG COMO ALTERNATIVA PARA AS DISFUNÇÕES BUROCRÁTICAS*. Revista Gestão Pública: Práticas e Desafios, Recife, v. III, n. 6, dez. 2012. p. 123-155.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. Brasília: Saraiva, 2019.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*. *In*: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.

SARMENTO, D. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros éticos-jurídicos*. *In:* http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf.

SHAFFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *In:* Revista dos Tribunais n. 798. Ano 91, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (Ubermassverbot) à proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem*

Book_RMP-81.indb 152 14/12/2021 12:30:43

contra normas penas inconstitucionais. *In*: Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, Porto Alegre: AJURIS, 2005.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio de proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. São Leopoldo, 2008.

Book_RMP-81.indb 153 14/12/2021 12:30:43

Publicidade institucional: a linha divisória entre o dever de informação e a promoção pessoal

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. O princípio da impessoalidade e o seu potencial expansivo. 3. O princípio da publicidade e a publicidade institucional. 4. A publicidade institucional e a corruptela da promoção pessoal. Epílogo. Referências.

1. Aspectos introdutórios

A expressão *publicidade institucional*, aos menos em seus contornos semânticos, não oferece maiores dúvidas em relação ao seu sentido e potencial expansivo. A publicidade é a forma de tornar algo ou alguém conhecido por terceiros, podendo, ou não, ter a funcionalidade de criar um estado de ânimo favorável ao que é divulgado. Ao agregarmos à *publicidade* o qualificativo *institucional*, alcançamos a natural conclusão de que o conhecimento que se pretende oferecer está associado a uma instituição.

O significante instituição, por sua vez, é nitidamente polissêmico. John Rawls (1997: 58), por exemplo, entendia como tal o "*sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações. Como exemplo de instituições, ou, falando de forma mais geral, de práticas sociais, posso pensar em jogos e rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade*".

Apesar da referência a um "*sistema público de regras*", o que apontaria para uma concepção nitidamente jurídica, o renomado jusfilósofo faz alusão a um sistema mais amplo, encampando as práticas sociais. Sob esse prisma, de acentuado contorno sociológico, o conceito de instituição alcançará todas as formas de regulação presentes em determinado grupamento, ainda que não impostas pelo poder constituído: costumes, tradições, padrões morais, crenças etc. Sob uma perspectiva subjetiva, que direcionará nossa abordagem, entender-se-á por instituição a estrutura organizacional

* 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). Integrante da Comissão de Juristas instituída no âmbito da Câmara dos Deputados para alterar a Lei n. 8.429/1992. Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Book_RMP-81.indb 155 14/12/2021 12:30:43

direcionada à consecução de determinados fins, que podem, ou não, coincidir com aqueles de natureza sociológica.

Nossa análise terá por objeto uma espécie em particular de estrutura orgânica, que constantemente promove a publicidade institucional. Trata-se da Administração Pública, direta ou indireta, de todos os níveis da federação.

O *caput* do art. 37 da Constituição de 1988 consagrou a publicidade, lado a lado com a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a eficiência, como um dos princípios regentes da Administração Pública. Essa publicidade, a exemplo de qualquer outra, pode ser concebida sob a perspectiva de algo, os atos da Administração Pública, ou de alguém, a Administração Pública em si. O que não se afigura ontologicamente possível é que a publicidade referida no comando constitucional, direcionada à Administração Pública, seja utilizada para amparar a publicidade dos atos de um particular ou do particular em si. Ocorre que, entre esses extremos, há situações em que a publicidade busca divulgar os atos da Administração Pública, além dela própria, mas, de modo correlato, também alcança a pessoa natural que, no exercício de uma função pública, tem ou almeja ter a sua imagem vinculada ao ato.

A vinculação da pessoa natural ao ato termina por assumir singular relevância no contexto da publicidade institucional. Assim ocorre, em primeiro lugar, porque há custos envolvidos, que são suportados pela Administração Pública, daí decorrendo um imperativo ético de que terceiros não se beneficiem indiretamente, o que poderia fazer com que este último objetivo viesse a ser erigido à própria razão de ser da *publicidade*, que seria *institucional* apenas na aparência. Além disso, a publicidade institucional tende a apresentar grande penetração junto à coletividade, o que configura a sua própria *ratio essendi*. Caso esse estado de coisas reverta em benefício pessoal para o agente público, ter-se-á uma grave ruptura com a igualdade, máxime por estarmos inseridos em um regime democrático, no qual o nível de exposição nos meios de comunicação social e, em caráter crescente, na rede mundial de computadores (*Internet*), tende a se refletir no resultado das eleições. É o que se verifica rotineiramente com a eleição de atletas profissionais, apresentadores etc.

Para evitar deturpações na publicidade institucional, historicamente enraizadas na Administração Pública brasileira, o § 1º do art. 37 dispôs que "*a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos*". Ao definir a funcionalidade da publicidade institucional e vedar a sua realização com o objetivo de promoção pessoal de agentes públicos, a norma constitucional, além de enaltecer a impessoalidade, terminou por render homenagem aos demais princípios enunciados no *caput* do preceito. Afinal, estabeleceu um permissivo e delimitou o seu alcance, em nítida reverência à legalidade (constitucional); manteve-se adstrita à base de valores que alimenta a moralidade administrativa; detalhou a funcionalidade da publicidade; e zelou pelo correto emprego dos recursos públicos, considerando os fins a que se destinam as ações estatais, andando de braços dados com a eficiência.

Book_RMP-81.indb 156 14/12/2021 12:30:43

O objetivo de nossas breves reflexões é o de analisar a funcionalidade da concepção de impessoalidade e sua interação com a publicidade institucional, o que se mostra indispensável à identificação do potencial expansivo da parte final do § 1º do art. 37, que considera ilícitas as ações destinadas à promoção pessoal. Essa análise deve ser sensível à constatação de que a primeira parte do preceito, ao reconhecer a juridicidade da publicidade institucional e definir os seus fins, termina por instrumentalizar o direito à informação, de vital importância em ambientes democráticos.

2. O princípio da impessoalidade e o seu potencial expansivo

Como já tivemos oportunidade de afirmar (2017: 110-112), impessoal, para o léxico, é o que não diz respeito a uma pessoa em especial. Essa concepção, no plano administrativo, pode ser direcionada tanto à Administração Pública como aos administrados em geral, assumindo uma perspectiva dúplice. No primeiro sentido, estatui que o autor dos atos estatais é o órgão ou a entidade, e não a pessoa do agente público (acepção ativa). Tanto as realizações propriamente ditas como a publicidade dos respectivos atos devem ser atribuídos ao ente legitimado à sua prática, não aos recursos humanos que viabilizaram a sua concretização. Sob outra ótica, o princípio torna cogente que a Administração dispense igualdade de tratamento a todos aqueles que se encontrem em posição similar, exigindo que os atos praticados produzam os mesmos efeitos e atinjam a todos os administrados que estejam em idêntica situação fática ou jurídica. Esse *modus operandi* caracteriza a imparcialidade[1] do agente público (acepção passiva). Presente a concorrência ou o conflito de interesses entre particulares, as especificidades e qualidades pessoais de cada um dos envolvidos somente devem influir no correto delineamento dos aspectos objetivos subjacentes ao caso, não na formação de preconceitos que culminem na desconsideração da ordem jurídica e do bem comum (Cf. Jorge Miranda, 2000: 246). Para que a imparcialidade seja assegurada, de modo que tanto a deontologia administrativa como as garantias individuais sejam respeitadas, deve o agente público deixar de atuar sempre que configurada uma hipótese de impedimento ou suspeição. As relações pessoais, na medida em que possam afetar a objetividade da atuação do agente, exigem a sua abstenção, assegurando a imparcialidade da Administração (Cf. Jesús González Peerez, 2000: 96-97).

Ainda em torno da impessoalidade, vale lembrar a lição de Cícero (2001: 56): "*quem quiser governar deve analisar estas duas regras de Platão: uma, ter em vista apenas o bem público, sem se preocupar com a sua situação pessoal; outra, estender suas preocupações do mesmo modo a todo o Estado, não negligenciando uma parte para*

[1] A Constituição italiana, em seu art. 97, refere-se ao bom andamento e à imparcialidade da administração: "*I publici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo chi sono assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione*". Norma semelhante é contemplada no art. 226 da Constituição portuguesa de 1976: "*(...) 2. Os órgãos e agentes da administração estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade*".

Book_RMP-81.indb 157 14/12/2021 12:30:44

atender à outra. Porque quem governa a República é tutor que deve zelar pelo bem de seu pupilo e não o seu: aquele que protege só uma parte dos cidadãos, sem se preocupar com os outros, introduz no Estado o mais maléfico dos flagelos, a desavença e a revolta".

Com isto, preserva-se o princípio da isonomia entre os administrados e a própria teleologia da atividade administrativa, que aponta para a necessidade de a atividade estatal ter sempre por objetivo a satisfação do interesse público, sendo vedada a prática de atos discriminatórios que busquem unicamente a implementação de um interesse particular.

Em sua pureza conceitual, o atuar do Estado deve sempre estar comprometido com a realização do bem comum, concepção que não se harmoniza com as deturpações que o subjetivismo e a parcialidade trazem consigo. É nesse contexto que se insere o princípio da impessoalidade. O atuar impessoal indica a sua desvinculação de (1) sujeito, (2) destinatário ou (3) valor que, de algum modo, possa comprometer a conexão direta que deve existir entre Estado e bem comum.

Da mesma maneira que é inconcebível a individualização de uma norma de conduta à margem da ordem de valores extraída do ambiente sociopolítico, não se pode conceber um Estado que não seja direcionado por certos valores (*v.g.*: liberdade econômica ou planificação da economia; laicidade ou proselitismo religioso; excepcionalidade, ou não, dos direitos sociais, como saúde e educação etc.). Esses valores, como não poderiam deixar de ser, serão absorvidos e filtrados pela ordem constitucional. Em Estados pluralistas, como a República Federativa do Brasil, em que prevalecem a igualdade e o império da lei, não é possível que o atuar do Estado seja direcionado por valores específicos, colhidos unicamente no imaginário do agente público que materializa a sua atuação.

A respeito da impessoalidade no plano dos valores, assim se manifestou Rui Barbosa (1964: 32): "*[q]ue é, de feito, o Estado? Um sistema, uma escola, uma opinião, uma filosofia, um culto, uma verdade? Não, sem dúvida nenhuma. O Estado é apenas a organização legal das garantias de paz comum e mútuo respeito entre as várias crenças, convicções e tendências que disputam, pela propaganda persuasiva, o domínio do mundo. A verdade científica, a verdade moral, a verdade religiosa estão fora da sua competência. É na região superior do espírito, é na esfera livre das consciências que elas se debatem, caem ou triunfam. Transpondo esse termo, exorbitando do círculo onde se lhe encerram as altas prerrogativas de representante da grande personalidade nacional perante as outras e protector do indivíduo na sua tranquilidade, na sua propriedade, na sua liberdade, excedendo esses limites, já o Estado não é mais essa eminente abstracção moral, armada dos recursos da força colectiva, por interesse de todos, em apoio do direito de cada um; desaparece-lhe esse carácter impessoal, que constitui a sua eminência e a sua legitimidade, para deixar em relevo, descoberto, nu, em todo o odioso das paixões pessoais, ou do espírito de parcialidade que o anima, o grupo, mais ou menos numeroso, dos homens que governam*".

O princípio da impessoalidade, em sua acepção ativa, ao atribuir ao órgão ou à entidade a autoria dos atos praticados pelo agente público, exige reflexões

Book_RMP-81.indb 158 14/12/2021 12:30:44

suplementares em relação aos alicerces estruturais de sua responsabilidade pessoal. Afinal, se o ato é fisicamente despersonalizado, figurando o agente público como mero instrumento de concretização, como justificar que possam recair sobre ele efeitos jurídicos negativos decorrentes de algo que a ele não é imputado?

A solução, à evidência, está nitidamente associada ao referencial de juridicidade. Em outras palavras, a atuação do agente público somente é amparada pelo direito, incluindo o princípio da impessoalidade, enquanto adstrito a ele. Assim, tanto ao desempenhar as atividades próprias do seu ofício, interagindo com o administrado, como ao observar uma dada diretriz comportamental decorrente do vínculo jurídico que mantém com a Administração (*rectius*: o regime jurídico da categoria), o agente deve ser dirigido por um padrão de juridicidade.

Ao romper com o dever jurídico subjacente ao seu *status* funcional, o agente passa a ser regido por uma sistemática legal cuja incidência é deflagrada com a prática do ato ilícito, daí surgindo um novo dever jurídico, que pode consistir na imperativa reparação do dano causado ou na sujeição a uma medida punitiva de natureza penal, cível, política ou administrativa. É importante ressaltar, no entanto, que o primeiro dever jurídico, decorrente do *status* funcional, também absorve a norma proibitiva implícita em todo comando normativo, cujo preceito secundário imponha uma consequência negativa ao agente: a tipificação penal da corrupção, por exemplo, faz surgir o dever jurídico de o agente público não se corromper. Nessa linha, o primeiro dever jurídico encontra-se embasado em normas prescritivas e proibitivas, enquanto o segundo assume contornos nitidamente consequenciais, decorrendo da inobservância do primeiro. A inobservância do primeiro é *condictio sine qua non* ao surgimento do segundo.

A existência de uma "face oculta" da Administração somente é concebível na medida em que, atuando em harmonia com a ordem jurídica, realize o bem comum. Dele se distanciando, as "feições administrativas" têm seus contornos delineados, afastando o referencial de impessoalidade. Como acentuou Kelsen (1998: 376), "*um indivíduo atua como órgão do Estado apenas na medida em que atua baseado na autorização conferida por alguma norma válida*".

3. O princípio da publicidade e a publicidade institucional

O Estado Democrático de Direito, por imperativo conceitual, é prosélito da transparência e infenso ao segredo. Com as novas luzes oriundas da redemocratização do País, não é dado à Administração Pública, direta ou indireta, de todos os poderes e níveis da federação, desconsiderar essa diretriz normativa, sintetizada no princípio da publicidade. Apesar de expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, o princípio está naturalmente implícito na própria ideia de democracia. Quer para restringir, quer para atribuir direitos, o atuar dos poderes constituídos deve se desenvolver à luz do dia, não podendo ser eclipsado, um milímetro sequer, pelas

Book_RMP-81.indb 159 14/12/2021 12:30:44

sombras passíveis de advir tanto da desorganização administrativa como de objetivos menos nobres, direcionados ao encobrimento dos ilícitos praticados.

A compreensão do papel da publicidade no âmbito dos atos praticados pelas estruturas estatais de poder exige algumas reflexões em torno do conceito de eficácia, que reflete a aptidão do ato para produzir os seus efeitos na realidade. A doutrina alemã distingue duas espécies de eficácia, a interna (*innere Wirksamkeit*) e a externa (*äussere Wirksamkeit*): a primeira representa a fase constitutiva, na qual o ato administrativo forma uma unidade existencial e estabelece obrigações, e a segunda, pressuposto de sua executoriedade, o torna uma realidade jurídica que deve ser considerada. Sobre a eficácia jurídica do ato administrativo (*Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakt*), vide Hartmut Maurer, 2009: 252 e ss.

A publicação do ato instrumentaliza a eficácia externa. Ainda que se reconheça que a eficácia interna, entre nós, seja objeto de análise sob o prisma da validade, ou mesmo que o atos que produzirão efeitos em momento distinto ao da publicação façam com que a eficácia externa se integre ao conteúdo material do ato, não se pode negar, sob o prisma da teoria das nulidades, ser perfeitamente possível que um ato nulo seja externamente eficaz, o que pressupõe apenas a sua publicação. Embora seja correta a fórmula civilista, no sentido de que *quod nullum est, nullum parit effectum*, adotada pela generalidade dos ordenamentos jurídicos, a exemplo do alemão (VwVfG, § 43/3: *ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam*), não se pode negar que esses efeitos continuam assombrando a realidade enquanto a nulidade não seja reconhecida no âmbito administrativo ou por um órgão de controle. No extremo oposto, também é possível que a eficácia interna (ou validade, como preferimos) esteja presente, mas não a sua eficácia externa, o que pode decorrer de vícios da publicação.

A teoria das nulidades evidencia que a publicação, longe de integrar o ato administrativo, consubstancia um segundo ato administrativo, cuja falta ou nulidade compromete a eficácia jurídica externa do primeiro ato. A publicação é ato acessório, inapta para alterar o ato principal, devendo limitar-se à sua veiculação. Para maior desenvolvimento, vide as reflexões de Luís Filipe Colaço Antunes, 2016: 359-382 e 391-420.

Com exceção das hipóteses expressas na Constituição, todos os atos do Poder Público devem ser levados ao conhecimento externo, permitindo sua fiscalização pelo povo e pelos demais legitimados para o seu controle. Caso inexistisse transparência, não seria passível de aferição a necessária adequação que deve existir entre os atos estatais e a consecução do interesse público, razão de ser do próprio Estado[2]. Tal

[2] A publicidade dos atos administrativos decorre da Constituição, somente podendo ser excepcionada nas hipóteses em que "o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado'' (art. 5º, XXXIII). O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do MI n. 284-DF, sendo relator designado o Ministro Celso de Mello, sensível à nova realidade do País, assentou que "alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconveniente com a prática das liberdades públicas... ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em *praxis* governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema (*O Futuro da Democracia*, 1986, Paz e Terra), não há, nos moldes políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político

Book_RMP-81.indb 160 14/12/2021 12:30:44

culminaria em impedir que os interessados zelassem por seus direitos. Afinal, se não conhecem os motivos que embasaram o agir da Administração, tornar-se-ia tarefa assaz difícil impugná-los, o que torna obrigatória a publicização dos substratos fáticos e jurídicos que motivaram a conduta.

A publicidade há de ser ampla, sendo ilícitas as omissões ou incorreções eventualmente detectadas. O princípio, ademais, é de observância obrigatória por todos os entes da administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes e de todas as esferas da Federação.

Apesar da identidade de ordem semântica, a publicidade a que se refere o *caput* do art. 37, enquanto requisito de eficácia externa do ato praticado, não se identifica com a publicidade referida no § 1º do mesmo preceito. Esta última, como se constata pelo teor do comando constitucional, deve ter fins específicos, que se mostram disjuntivos e concorrentes e não se relacionam propriamente à integração de eficácia do ato. Esses fins são a promoção da educação, a informação ou a orientação social.

O substantivo educação, do latim *educatio*, *educationis*, indica a ação de criar, de alimentar, de gerar um arcabouço cultural. A educação, longe de ser um adorno ou o resultado de uma frívola vaidade, possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito indispensável à concreção da própria cidadania. Com ela, o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa. Em essência, "*educação é o passaporte para a cidadania*". Cf. Emerson Garcia, 2006: 83 e ss.; e Idem, 2009: 55 e ss. É o primeiro veículo para que pessoas econômica e socialmente excluídas possam deixar a zona de pobreza e participar de sua comunidade (Jayawickrama, 2002: 894). Não é por outra razão que Jan Tinbergen, o primeiro Nobel de Economia, na polêmica com António José Avelãs Júnior (2018: 32), afirmava que educar é passar da situação de não qualificado para a de qualificado, o que possibilita a obtenção de posição e salário mais elevados. Na medida em que o número de qualificados cresce, característica dos países desenvolvidos, o mercado torna-se mais receptível aos não qualificados, cuja posição vê-se reforçada "*no jogo da oferta e da procura*". Trata-se de pressuposto necessário à evolução de qualquer Estado de Direito, pois a qualificação para o trabalho e a capacidade crítica dos indivíduos mostram-se imprescindíveis ao alcance desse objetivo. "*A instrução do povo*", como afirmou Rui Barbosa (1964: 66), "*ao mesmo tempo que o civiliza e o melhora, tem especialmente em mira habilitá-lo a se governar a si mesmo*".

---

brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou na lição expressiva de Bobbio, como 'um modelo ideal do governo público em público'" (Pleno, j. em 22/11/1991, *RTJ* 139/713).

Book_RMP-81.indb 161 14/12/2021 12:30:44

A informação nada mais é que a veiculação de dados da realidade por meio da linguagem. Com ela, busca-se ampliar o universo de autonomia individual na formação de preferências e opiniões, sendo uma forma de manifestação do próprio princípio democrático, pois a ideologia participativa é diretamente influenciada pelo conhecimento da realidade e pela capacidade crítica dos cidadãos (Jónathas E. M. Machado, 2002: 475-476). Acresça-se que somente será possível obter a informação em sendo assegurada a correlata liberdade de informar, indicativo de que devem ser permitidos a existência e o funcionamento dos meios de comunicação social. Com isso, a opinião pública se desenvolverá sobre bases sólidas, estimulando o desenvolvimento da ideologia participativa e a sedimentação do princípio democrático: "*a liberdade de informação é pressuposto da publicidade democrática*" (Konrad Hesse, 1998: 305). A liberdade de imprensa, como manifestação da liberdade de informar, é uma ideia correlata à própria soberania popular, que instrumentaliza em prol da democracia (Tocqueville, Livro I, 2001: 207 e ss.).

Por fim, a orientação social é uma forma de transmitir a informação com o objetivo de direcionar comportamentos. Como se constata pelos contornos semânticos da expressão, a orientação deve ser direcionada à sociedade, ainda que não se mostre relevante a todos os seus membros. Além disso, há de existir um liame, uma relação de coerência lógica entre a orientação e os seus destinatários, vale dizer, aos membros de uma sociedade em particular. A ausência desse liame romperá a funcionalidade da orientação e o possível enquadramento da conduta no permissivo do art. 37, § 1º.

Dos três fins específicos a que se presta a publicidade institucional, o que mais se presta a abusos é a *informação*. Enquanto a promoção da educação e a orientação social nada mais são que o fornecimento de informações para a realização de objetivos previamente definidos, o que aumenta o nível de sindicabilidade judicial, a informação, concebida em sua individualidade, nada mais é que um dado da realidade, a ser ofertado ao administrado, para que forme os seus juízos de valor e utilize-os da forma que melhor lhe aprouver. Essa constatação, devidamente amparada pela ordem constitucional, poderia permitir que a publicidade institucional tivesse qualquer conteúdo. Isto, no entanto, não pode ocorrer em razão da necessidade de que observe as demais normas constitucionais, com realce para aquelas de estrutura principiológica que inauguram o art. 37, e as vedações inseridas na parte final do § 1º, a exemplo, aliás, do que se verifica com a promoção da educação e a orientação social.

4. A publicidade institucional e a corruptela da promoção pessoal

A publicidade institucional, como se disse, está sujeita a duas grandes ordens de balizamentos.

A primeira aglutina os balizamentos oferecidos pelas demais normas do sistema, que trazem consigo comandos implícitos que vedam a prática de atos que deles destoem, salvo se, em se tratando de normas de estrutura principiológica, a sua aplicação venha a ser preterida por outra norma que tenha maior peso no caso

Book_RMP-81.indb 162 14/12/2021 12:30:44

concreto. Não é por outra razão que a publicidade institucional deve ser relacionada à Administração Pública, encontrar amparo na lei orçamentária e ser contratada com estrita observância da legislação de regência, normalmente com a prévia realização de licitação (princípio da legalidade); não pode privilegiar uma pessoa em particular, ainda que não seja agente público (princípio da impessoalidade); deve estar em harmonia com a base de valores subjacente à Administração Pública, encontrada a partir da abstração do referencial mais amplo de juridicidade, o que veda que a publicidade institucional seja veiculada sem render estrita homenagem ao interesse público ou com a ruptura dos padrões éticos esperados do agente público (princípio da moralidade); e deve buscar realizar os fins a que se destina com o menor dispêndio possível dos recursos materiais e humanos disponíveis (princípio da eficiência).

Com os olhos voltados a essa primeira ordem de balizamentos, é perceptível a sua total incompatibilidade com a utilização da publicidade institucional para a promoção pessoal do agente público, o que foi objeto de vedação expressa na parte final do § 1º do art. 37. De acordo com esse preceito, da publicidade não podem *"constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos"*. A forma como estes dois últimos significantes foram empregados denota que autoridade é o agente que ocupa o ápice do escalonamento hierárquico, enquanto servidor público é aquele sujeito ao princípio hierárquico, com capacidade decisória mitigada.

Nomes, símbolos ou imagens, objeto de vedação no comando constitucional, têm por objetivo individualizar pessoa em particular, o que pode ocorrer de modo direto, quando esse vínculo é reconhecido *prima facie*, ou de modo indireto, ocasião em que o vínculo é inicialmente estabelecido com terceira pessoa, com a qual o agente mantém estreitas relações, a exemplo do que se verifica nas relações entre o Chefe do Poder Executivo e o seu partido político.

Nome é um designativo que permite a individualização de pessoa ou objeto, distinguindo-o dos demais da mesma espécie. O símbolo, por sua vez, apresenta contornos multifacetários, podendo ser descrito como qualquer forma de representação do intelecto humano que permita a sua associação a pessoa ou objeto, contribuindo para individualizá-lo e para criar uma memória de sua existência: varia desde uma singela letra ou número, até alcançar níveis maiores de sofisticação, como desenhos ou imagens de objetos ou animais, personagens históricos, pensamentos, *slogans etc*. Por fim, a imagem é uma forma de espelhar a realidade, no que depende da visão dos interlocutores para a apreensão do seu sentido, se distinguindo ainda dos símbolos, mesmo quando empreguem imagens, os quais buscam apenas lembrar a realidade, não propriamente espelhá-la.

Ocorre que, na sistemática constitucional, a só menção a nomes, símbolos ou imagens que permitam a individualização de autoridades ou servidores públicos não é suficiente para caracterizar a ilicitude da publicidade institucional. A divulgação do teor de um decreto, assinado pelo Chefe do Poder Executivo, não pode ser considerada uma forma de promoção pessoal, o mesmo podendo ser dito em relação a uma placa

Book_RMP-81.indb 163 14/12/2021 12:30:44

de inauguração de um prédio público, que caracteriza informação de importância histórica. É preciso um *plus*, vale dizer, que, pela forma como a publicidade foi estruturada, reste caracterizada a promoção pessoal da pessoa retratada ou lembrada.

A caracterização da promoção pessoal será delineada conforme dois critérios básicos: o estrutural e o da preponderância do interesse.

O critério estrutural indica que a publicidade institucional é organizada e veiculada de modo a se tornar permeável aos aspectos que individualizam determinada pessoa. Esses aspectos, que seriam meramente acidentais, considerando o objeto da publicidade, terminam por ter sua relevância potencializada, o que decorre não só de sua associação à informação propriamente institucional, prática suficiente para agregar valor a uma pessoa concebida em sua individualidade, como também do relevo que recebe. Em alguns casos, a valorização do gestor pode ser o objeto o único e exclusivo da dita publicidade institucional, a exemplo da veiculação de um *outdoor* com a sua imagem, associando-o à estrutura de poder com a qual mantém vínculo *functional*, embora essa hipótese, grotesca que é, não seja vista com frequência em razão de sua manifesta injuridicidade.

O critério da preponderância do interesse pode ser, ou não, uma decorrência lógica do critério estrutural. Teremos uma implicação recíproca entre ambos quando o emprego de nomes, símbolos ou imagens assumir tamanha proporção que denotar ter sido este o verdadeiro objetivo da publicidade, ainda que não o único. Além do exemplo já mencionado, é o que tende a ocorrer em informes publicitários, veiculados em impressos ou em qualquer meio de comunicação social, nos quais há grande exploração da figura do gestor, buscando vinculá-lo pessoalmente a aspectos positivos da Administração Pública.

A preponderância do interesse também pode ser identificada a partir de circunstâncias periféricas à publicidade institucional, estranhas aos seus contornos estruturais. É o que ocorre quando circunstâncias, de tempo, lugar e modo de veiculação potencializam os benefícios pessoais passíveis de serem auferidos pela autoridade ou pelo servidor referido na publicidade institucional. Esse aspecto torna-se bem nítido quando a propaganda institucional é incrementada no ano em que será realizada uma eleição na qual o agente concorrerá. Não é por outra razão que o art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) proíbe aos agentes públicos a prática de conduta que afete a igualdade de oportunidades entre os candidatos, assim considerada, nos três meses anteriores ao pleito, "*com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral*".

Tanto o critério estrutural como o da preponderância do interesse, aos olhos de um expectador, têm a sua compreensão facilitada quando, de modo correlato à veiculação de nome, símbolo ou imagem, a publicidade institucional assumir contornos valorativos, não propriamente neutrais. Tal ocorrerá quando a informação que se

Book_RMP-81.indb 164 14/12/2021 12:30:44

pretende associar à pessoa do agente for descrita de modo elogioso, não raro a partir de juízo comparativo com realizações alheias, quer em uma perspectiva histórica, quer atual.

Epílogo

Na realidade brasileira, um dos grandes desafios da contemporaneidade é a exata compreensão da funcionalidade da publicidade institucional, conforme o permissivo inserido na primeira parte do § 1º do art. 37 da Constituição de 1988 e as vedações constantes da 2ª parte do preceito.

Além dos constantes desvios éticos praticados por inúmeros gestores, que estruturam a publicidade institucional de modo a direcioná-la à promoção pessoal, além de ser este o interesse predominante em inúmeras ocasiões, há um outro fator que há de ocupar as discussões em torno dessa temática, qual seja, a sua verdadeira relevância para a coletividade. Este último aspecto, em termos de pureza conceitual, tende a ser potencializado em se tratando de promoção da educação ou orientação social, sendo minimizado, no extremo oposto, quando assumir contornos meramente informativos.

Afinal, destinando-se apenas a informar, a publicidade institucional pode ser utilizada para veicular um grande universo de informações, o que aumenta a liberdade valorativa do agente que decide veiculá-las, sendo movido, em certos ocasiões, pelo interesse em aproveitar-se do ato para a sua promoção pessoal.

Referências

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A Ciência Jurídica Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2016.

BARBOSA, Rui. *Teoria Política. Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires*. São Paulo: W. M. Jackson Inc. Editores, 1964.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Trad. de Alex Martins. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

_____. *The Right to Education and their Perspectives of Effectiveness: the Brazilian Experience, in International Journal for Education Law and Policy,* vol. 5, *Issue* 1-2, p. 55, 2009.

_____. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. *In*: *Revista Forense nº 383/83*, janeiro/fevereiro de 2006.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La ética en la administración pública*. 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2000.

Book_RMP-81.indb 165 14/12/2021 12:30:44

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*). Trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

JAYAWICKRAMA, Nihal. *The Judicial Application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Jónathas E. M. *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17. Auflage. München: C.H. Beck, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NUNES, António José Avelãs. *Do Capitalismo e do Socialismo. Polêmica com Jan Tinbergen – Prêmio Novel da Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

RAWL, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América (De la Démocratie en Amérique)*, Livros I e II, trad. de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Book_RMP-81.indb 166 14/12/2021 12:30:44

Acordo de Não Persecução Cível – questões procedimentais e processuais

Fabrício Rocha Bastos*

Sumário

1. Questões processuais decorrentes da celebração do Acordo de Não Persecução Cível. 2. Conhecimento *ex officio* do ANPC pelo órgão jurisdicional. 3. Participação do órgão jurisdicional no ANPC. 4. Prazo do ANPC e a sua relação com a prescrição. 5. Participação do órgão colegiado do Ministério Público no ANPC. 6. Consequências jurídicas decorrentes do descumprimento do ANPC. 7. Limite temporal, no âmbito processual, para a celebração da autocomposição. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo aborda o novo instituto do Acordo de Não Persecução Cível de forma demonstrativa com o objetivo de introduzir o tema e buscar alguns parâmetros para a sua aplicação, diante da ausência de regulamentação do seu procedimento.

Abstract

This article approaches the new institute of the Civil Non-Persecution Agreement in a demonstrative way with the objective of introducing the theme and seeking some parameters for its application, in the absence of regulation of its procedure.

1. Questões processuais decorrentes da celebração do Acordo de Não Persecução Cível

Com a edição da Lei nº 13.964/19, a discussão a respeito da possibilidade de realização de acordos na seara da improbidade administrativa, mormente quando o instrumento for um negócio processual, perde um pouco do sentido, pois houve modificação na redação do art. 17, §1º, da LIA.[1]

---

* Doutorando e Mestre pela *Università Degli Studi di Roma Tor Vergata*. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do *International Association Of Prosecutors*. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

[1] Importante ressaltar que há dois projetos de lei em curso no Congresso Nacional com o objetivo de alterar a Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam Projeto de Lei nº 10887/18 (Câmara dos Deputados) e Projeto de Lei n° 3359/19 (Senado Federal) e em ambos há a previsão da celebração do acordo de não persecução cível.

Book_RMP-81.indb 167 14/12/2021 12:30:44

A nova redação passa a permitir[2], de forma expressa, o chamado acordo de não persecução cível, apesar de não indicar qual deve ser o tipo de procedimento aplicável. Causa estranheza, contudo, a parte final que menciona "*nos termos desta Lei*." Sendo a referência à LIA, nada mais equivocado, pois não há nada na referida lei que verse, ainda que remotamente, sobre o novel instituto do acordo de não persecução cível[3].

Considerando que não há como aplicar tal instituto sem ao menos termos a segurança sobre quais os requisitos, legitimados e procedimentos, devo presumir que a referência feita no art. 17, §1º, parte final, é a Lei nº 13.964/19, porém esta versa expressamente sobre matéria penal que é absolutamente inconfundível com a seara da improbidade administrativa.

Assim, surge uma primeira indagação: o acordo de não persecução cível deverá seguir as mesmas premissas do acordo de não persecução penal? As premissas são realmente as mesmas, pois ambos refletem um pacto de *non petendo,* mas o procedimento deveria ser? Claro que a ideia central dos institutos é a mesma e a interface manifesta, mas não poderão ser confundidos, mormente diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido da inaplicabilidade da colaboração premiada na seara da improbidade administrativa[4].

---

[2] Estranha a menção do legislador às "ações de que trata este artigo" na medida em que somente versa sobre a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, como a ação que deverá seguir o procedimento previsto no art. 17, da LIA. Poder-se-ia afirmar que a Ação Civil Pública de Ressarcimento ao Erário também faz parte da referência, mas a ela não se aplica o procedimento previsto no art. 17 da LIA.

[3] Os parágrafos referentes ao procedimento foram vetados pela Presidência da República, mas esta redação foi mantida, portanto, ficou sem sentido a referência.

[4] PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEMARKETING. CISÃO DA EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO COM A NOVA EMPRESA CRIADA. VEDAÇÃO EDITALÍCIA E CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE NOS FATOS E PROVAS CONTIDOS NOS AUTOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO E PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS E REGIMENTAIS. DELAÇÃO PREMIADA E ACORDO DE LENIÊNCIA. APLICAÇÃO DAS LEIS 8.884/94 E 9.807/99 NO ÂMBITO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INSTITUTOS RESTRITO À ESFERA PENAL.
INAPLICABILIDADE NO ÂMBITO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, NOS TERMOS DA REDAÇÃO VIGENTE DO ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/92. (...) 4.2. Embora o instituto tenha sido consolidado recentemente, com a promulgação da Lei 12.850/2013, é de ressaltar que o ordenamento jurídico já trazia previsões esparsas de colaboração premiada - gênero do qual a delação premiada é espécie - dentre as quais podemos citar os alegados arts. 13 a 15 da Lei 9.807/99, bem como o art. 35-B, da Lei 8.884/94 (vigente à época da interposição do recurso, revogado pelo art. 87, da Lei 12.529/2011 - atual Lei Antitruste). 4.3. Por meio de interpretação sistemática dos dispositivos citados, observo que os mecanismos ali previstos são restritos às finalidades previstas nos respectivos diplomas normativos. 4.4. No caso da Lei 9.807/99 - que instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas –, o benefício se restringe ao processo criminal e pressupõe que o Réu esteja sofrendo algum tipo de ameaça ou coerção em virtude de sua participação na conduta criminosa. 4.5. Por sua vez, a Lei Antitruste, ao prever o acordo de leniência, restringe seus benefícios a eventuais penalidades impostas em decorrência da prática de crimes contra a ordem econômica, "tipificados na Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no 88 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal". 4.6. Os benefícios de colaboração premiada previstos na Lei 9.807/99 - que instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas –, bem como na Lei Antitruste, não são aplicáveis ao caso em concreto, em que a prática de crimes contra a ordem econômica, nem estão demonstradas as hipóteses de proteção prevista na Lei 9.807/99. 4.7. Por fim, é necessário consignar que a transação e o acordo são expressamente vedados no âmbito da ação de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei

Book_RMP-81.indb 168 14/12/2021 12:30:44

Portanto, o tema do presente ganha ainda mais destaque, pois dúvidas quanto ao procedimento do acordo de não persecução cível, bem como as repercussões processuais precisarão de uma dedicação ainda maior da doutrina e da jurisprudência.

Serão abordados no presente artigo as principais questões processuais que surgirão no decorrer do tempo em virtude da celebração do acordo de não persecução cível, doravante ANPC.

Os principais temas são os seguintes: *a) pode o magistrado conhecer de ofício a existência do ANPC? b) existe prazo para a sua eficácia? c) há a necessidade de homologação judicial? d) qual deve ser a consequência processual da inobservância do acordo para o legitimado ativo? e) qual é a sua natureza jurídica processual? f) a celebração do acordo pelo Ministério Público deve ser submetida ao reexame necessário do órgão colegiado superior? g) qual é a consequência processual decorrente do seu descumprimento? h) até qual momento processual será possível a celebração da avença?* [5]

Todas estas indagações serão respondidas a seguir em tópicos específicos.

2. Conhecimento *ex officio* do ANPC pelo órgão jurisdicional

O magistrado, apesar de ser um claro impeditivo processual, não poderá, ao menos de ofício, conhecer do pacto *de non petendo*, pois se trata de matéria afeta ao direito obrigacional.[6] Tal assertiva se estende ao acordo de não persecução cível?

Considerando o seu nítido caráter impeditivo (art. 485, IV e VI, CPC) ao exercício da tutela judicial, por ser um pressuposto processual impeditivo[7] ou que retira o interesse processual ou de agir[8], em princípio, poderia ser conhecido de ofício (art. 485, §3º, CPC), mas como tal matéria estará na esfera de conhecimento do magistrado antes do oferecimento da defesa pelo réu?

Para a resposta à indagação, deverá ser enfrentada a necessidade ou não da homologação judicial, como se verá adiante.

8.429/1992), ainda que entenda oportuno o debate pelo Congresso Nacional sobre o referido dispositivo legal, a fim de analisar sua atualidade, pertinência e compatibilidade com normas sancionatórias que preveem a possibilidade de acordo de não persecução penal. 4.8. Sobre o tema: AgInt no REsp 1654462/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018; REsp 1217554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013. 5. Ante o exposto, não conheço dos recursos especiais interpostos por Call Tecnologia e Serviços Ltda., Aberones da Silva e Ricardo Lima Espíndola, e nego provimento ao recurso especial interposto por Durval Barbosa Rodrigues. (REsp 1464287/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 10/03/2020, DJe 26/06/2020)

[5] Todos estes questionamentos já foram apontados por mim na obra BASTOS, Fabrício Rocha. *Acordo de Não Persecução Cível*. Salvador: Liber, 2021, p. 150 e ss.

[6] CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo:* a promessa de não processar no direito brasileiro. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020, *p. 12.*

[7] Um dos pressupostos processuais previstos em nosso sistema jurídico, pois deveria ser um empecilho para o exercício judicial da pretensão.

[8] Uma das condições ao legítimo exercício do direito de ação, pois qual seria a necessidade do exercício judicial da pretensão quando já presente um título executivo?

Book_RMP-81.indb 169 14/12/2021 12:30:44

Porém, por uma aplicação sistêmica, nota-se que, em outras hipóteses previstas na legislação processual (arts. 65, CPC e 337, §6º, CPC), há a expressa necessidade da alegação da parte para que o juiz conheça da matéria avençada. O enunciado 252 do Fórum Permanente de Processualistas Civis segue esta toada.[9]

Como não há a necessidade de cognição prévia pelo magistrado, vedada será a sua manifestação sobre a avença nos casos de celebração desvinculada de pretensão judicial já exercida.

3. Participação do órgão jurisdicional no ANPC

Dando continuidade ao item anterior, deve ser verificada a possibilidade/necessidade da intervenção judicial na seara da celebração do ANPC.

Apesar de ser, na essência, um instrumento extraprocessual, existe a possibilidade fática e jurídica da sua celebração no bojo da demanda improbidade.

Diante de tal panorama, surgem os seguintes questionamentos: i) para que o acordo de não persecução cível surta os seus regulares efeitos, será imprescindível a homologação judicial? ii) haverá a possibilidade de análise meritória do acordo?

Considerando a ideia do microssistema da tutela coletiva de combate à corrupção, penso ser despicienda a homologação judicial para que o acordo de não persecução cível surta os seus regulares efeitos, sob pena de subverter completamente o sentido da mútua complementariedade das regras do microssistema da tutela coletiva, pois não há tal exigência para a celebração do acordo de leniência e, tampouco para o TAC, exceto, claro, quando celebrados no curso da demanda judicial. A exigência da homologação judicial verifica-se somente quanto ao acordo de colaboração premiada, bem como o acordo de não persecução penal.

Não custa lembrar que este acordo é uma convenção (pré) processual e, assim, não há a necessidade da homologação judicial para que surta os seus regulares efeitos (art. 200, CPC), mas haverá o controle judicial acerca da validade da avença, conforme preconiza o art. 190, CPC. Assim, apesar da natureza de impeditivo processual, como sobredito, não haverá a possibilidade de conhecimento *ex officio* da avença.[10]

Apesar desta linha de raciocínio, há, na doutrina[11], quem sustente a imprescindibilidade da homologação judicial, sob os seguintes argumentos: i) conferir segurança jurídica; ii) manter a coerência sistêmica da aplicação das sanções previstas na legislação.

O ponto nodal é verificar qual é o limite da participação do magistrado, ou seja, se a sua análise será restrita aos limites legais ou se poderá adentrar ao mérito.

---

[9] *"O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento."*

[10] DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: JusPodivm, 19ª ed., 2017, p. 442.

[11] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 908 e 909.

Book_RMP-81.indb 170 14/12/2021 12:30:44

Poder-se-ia, como faz setor doutrinário, sustentar a obrigatoriedade do magistrado verificar os aspectos formais e materiais do acordo celebrado e, inclusive, se imiscuir nas sanções avençadas.[12]

Por outro lado, há quem afirme que a atuação do magistrado variará conforme o momento da celebração da avença: i) se o acordo for celebrado antes do ajuizamento da demanda, não há a necessidade sequer do controle jurisdicional do ato; ii) se o acordo for celebrado durante o curso da demanda, deverá ocorrer o controle tanto dos aspectos formais quanto materiais.[13]

Em meu sentir, a melhor orientação deve ser a participação do juiz somente para analisar os aspectos formais e legais, sem se imiscuir no mérito ou fazer ajustes ou emendas[14]. Caso discorde dos termos, deverá recusar a homologação da avença e as partes poderão renegociar os termos e apresentar novo acordo.[15]

Nos casos de ANPC celebrado diretamente pela Pessoa Jurídica interessada (arts. 1º e 17, da LIA), sempre, diga-se, com a necessária participação do Ministério Público, deverá ocorrer submissão à homologação judicial com o fim de conferir segurança jurídica e a possibilidade do crivo jurisdicional.[16]

Tal necessidade não deverá ser aplicada nos casos de celebração da avença pelo Ministério Público, ante a sua independência funcional.

4. Prazo do ANPC e a sua relação com a prescrição

Quanto ao aspecto temporal da eficácia do acordo, penso que, apesar da inexistência de qualquer regramento específico, pode corresponder, conforme defende parte da doutrina[17], exatamente ao prazo prescricional das pretensões da improbidade administrativa (art. 23, da LIA) com a ressalva referente às condutas dolosas de lesão ao erário (art. 10, da LIA c/c art. 37, §5º, CR/88), posto inexistente a incidência da prescrição.

Entretanto, tal entendimento não pode ser replicado na seara da tutela coletiva, pois há uma regra em seu microssistema que pode, em primeira análise, ser aplicável

[12] ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível*: primeiras reflexões. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 17 out. 2020.

[13] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa*. *In*: http://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa. Acesso em: 19 out. 2020.

[14] PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 118.

[15] PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de Não Persecução Cível introduzido na Lei nº 8.429/1992 pela Lei nº 13.964/2019. *Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.1.], v. 18, n.1, p. 145-162, jul. 2020.

[16] PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 119.

[17] CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo:* a promessa de não processar no direito brasileiro. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020, p. 9 e 10.

Book_RMP-81.indb 171 14/12/2021 12:30:44

subsidiariamente, qual seja o art. 16, §9º, da LAC, que determina a interrupção da prescrição nos casos de celebração do acordo de leniência.

Ora, o acordo de não persecução pode gerar esta interrupção? Não se trata, por óbvio, de criação convencional de acordo com viés perpétuo, mas é factível sustentar uma obrigação de viés negativo com prazo fixo? Reputo plenamente possível, mas a peculiaridade diante do acordo de não persecução cível é a seguinte: qual é a utilidade da sua celebração sem prazo definido? Qual seria a vantagem do convenente em celebrar o acordo?

Bom, em última análise, tendo a concordar com a doutrina que sustenta a possibilidade da vigência do acordo durante o curso do prazo prescricional, ou seja, replicar o prazo da prescrição para fixar o período de vigência do acordo.

Entretanto, como coadunar esta afirmação com a aplicação da causa interruptiva? Este é o desafio a ser enfrentado, pois, afinal de contas, a celebração do ANPC interrompe a prescrição?

Apesar da existência de entendimento no sentido de que a instauração do inquérito civil pode gerar a interrupção da prescrição[18], o mesmo não merece prosperar por completa ausência de previsão legal neste sentido.

Entretanto, outros marcos interruptivos poderão ser indicados como aplicáveis ao ANPC.

O primeiro marco interruptivo é a realização do protesto judicial na forma prevista no art. 202, II, do CC c/c o art. 867, do CPC[19], como já reconhecido pelo STJ.[20]

O segundo marco interruptivo é o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, por meio da aceitação da proposta do acordo, conforme preconiza o art. 202, VI, do CC.[21]

O terceiro marco interruptivo é a celebração do próprio acordo, por decorrência lógica prevista no microssistema de combate à corrupção, com base no art. 16, §9ª, da Lei Anticorrupção. Este deve ser o marco considerado, justamente por ser o resultado da aplicação direta das regras previstas no microssistema. Ademais, o Código Civil somente deverá ser aplicado na tutela coletiva de maneira residual.

Ao celebrar o acordo de não persecução cível com a determinação das suas condicionantes, os celebrantes fixarão o prazo para o fiel cumprimento da avença, durante o qual não correrá o prazo prescricional, conforme aplicação do art. 16, §9º, da LAC, pois, do contrário, poder-se-ia chegar ao absurdo do controle da prescrição ficar a cargo do convenente. Basta imaginar toda a sorte de subterfúgios para não cumprir o acordado até ultimar o prazo prescricional previsto no sistema jurídico.

---

[18] Resp 1.407.249/PB, Rel. Min. Olindo Menezes, 1ª T., j. 12.12.2015.
[19] PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 68.
[20] Resp 1.522.694/RN, Rel. Min. Francisco Falcão, Dje 26.04.2017.
[21] FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 210.

Book_RMP-81.indb 172 14/12/2021 12:30:44

Não é demais lembrar que a consequência jurídica mais relevante do não cumprimento é justamente a propositura da respectiva demanda de improbidade que restaria inviabilizada, caso ainda estivesse em curso o prazo prescricional. O convenente deverá fazer uma singela escolha: realiza o pacto ou sujeitar-se-á ao processo judicial.

Assim, para fins de coerência sistêmica e segurança jurídica, será recomendável que o acordo de não persecução cível tenha um prazo para o seu cumprimento que seguirá, à guisa de orientação, o prazo prescricional, mas a sua celebração o interromperá.

5. Participação do órgão colegiado do Ministério Público no ANPC

A atribuição para a celebração do ANPC pertence ao órgão de execução ministerial que a ostenta para a persecução judicial, por uma lógica sistêmica.

A depender do sujeito passivo, apesar da inexistência de foro por prerrogativa de função na seara da improbidade, a atribuição pode pertencer aos órgãos de execução superiores.

A atuação dos órgãos colegiados superiores do MP não ocorre como órgãos de execução, mas deliberativos, administrativos e de reexame. Impende destacar, contudo, que o Conselho Superior do Ministério Público atua como órgão de execução quando realiza o reexame necessário da promoção de arquivamento.[22]

Questão interessante é verificar a necessidade de ser submetido o acordo ao reexame necessário pelo órgão colegiado superior do Ministério Público (Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão). Apesar de a intenção de tais órgãos em manter tal controle, reputo, assim como sustento para os casos de TAC[23], completamente despicienda tal análise, pois não se trata de caso de arquivamento.

Entretanto, deve o membro do MP, contudo, cientificar formalmente do conteúdo integral do ANPC ao órgão colegiado superior em prazo não superior a três dias da promoção de arquivamento do inquérito civil ou procedimento correlato em que foi celebrado. Em outros termos, não há controle acerca do mérito e do conteúdo pelo órgão colegiado superior, mas somente a sua efetiva ciência.[24]

Vale mencionar que a eficácia do ANPC não estará condicionada à aquiescência e posterior homologação do órgão colegiado superior[25], pois, além de não existir

[22] GARCIA, Emerson. Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 280.

[23] BASTOS, Fabrício Rocha. *Curso de Processo Coletivo*. 2ª ed., São Paulo: Foco, 2019, p. 580.

[24] BASTOS, Fabrício Rocha. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed., São Paulo: Foco, 2018, p. 575.

[25] Apesar da previsão em algumas resoluções sobre o ANPC que determina a necessária remessa, tais como: i) art. 6º, §8º, da Resolução nº 01/2020 do Ministério Público do Estado de Pernambuco; ii) art. 10 da Resolução nº 1.193/2020 – CPJ do Ministério Público do Estado de São Paulo; iii) Nota técnica nº 01/2020, p. 07/08, do Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa (CAODPP) do Ministério Público do Estado do Ceará; iv) Nota Técnica nº 16/2020, p. 16, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; v) art. 8º, §3º, da Resolução CPJ nº 040/2020; vi) art. 11 da Resolução CPJ nº 04/2020 do Ministério Público do Estado do Piauí; vii) Orientação nº 04 do Centro de Apoio às Promotorias

Book_RMP-81.indb 173 14/12/2021 12:30:44

dispositivo legal expresso neste sentido, haverá violação ao princípio da independência funcional do membro do MP, segundo a doutrina dominante.[26] O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no mesmo sentido.[27]

Na redação original da alteração do art. 17, da LIA, vetada pela Presidência da República, havia referência expressa à necessidade da homologação pelo órgão colegiado superior e posterior homologação judicial.

Eventual fixação desta atribuição, por meio de Resolução do CNMP ou dos Ministérios Públicos da União e dos Estados[28], em minha visão, exorbitará a função regulamentar.

O poder regulamentar do CNMP[29], por exemplo, e que se aplica aos regulamentos locais[30], não pode ser considerado como um regulamento autônomo[31] com força normativa primária (arts. 61, §1º, II, e) c/c 84, VI, da CR/88), pois o seu espaço de conformação é mais restrito, sob pena de usurpação da função legislativa. O seu espaço de atuação está adstrito, como determina o art. 130-A, §2º, I, da CR/88, ao zelo pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público e não poderá afrontar, com inovações, a Constituição e Lei.[32]

Para que reste clara a minha posição que, claro, pode ainda ser melhor desenvolvida, baseio-me nos seguintes fundamentos: i) não existe fundamentação legal para a criação de tal atribuição revisora para os órgãos colegiados superiores, conforme se verifica no art. 128, §5º, da CR/88; estas deverão ser criadas por leis próprias, ou seja, as próprias leis orgânicas deverão ser alteradas para tal desiderato; ii) não há autorização constitucional ou infraconstitucional para que as Resoluções do Ministério Público criem diretamente tal atribuição, sob pena de violação ao princípio da reserva legal[33]. Ademais, não há no âmbito do microssistema da tutela coletiva qualquer diretriz neste sentido; iii) eventual Resolução do CNMP não poderia inovar quanto ao tema, apesar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADC nº 12, pois violaria diretamente não só as leis orgânicas do Ministério Público, como também as regras previstas no microssistema da tutela coletiva (art. 9º, da LACP; art. 6º, da Lei nº 7853/89; art. 3º, da Lei nº 7913/89; art. 223, do ECA e art. 92, §2º do Estatuto do Idoso)[34]; iv) as leis orgânicas

---

de Proteção à Moralidade Administrativa (CAOPAM) do Ministério Público do Estado da Bahia; viii) art. 3º, XVII da Resolução 80/2020 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Mato Grosso.

[26] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. Op. cit., p. 441; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos Difusos*. Op. cit., p. 88; SOUZA, Moutari Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117.

[27] AgRg no REsp 1.175.494/PR, 1ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 22.03.2011, DJe 07.04.2011.

[28] Resoluções emanadas pelos Conselhos Superiores.

[29] GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 261.

[30] Assim compreendidos como aqueles editados pelas respectivas unidades federativas.

[31] GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 264.

[32] GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 269.

[33] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 563.

[34] GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 263-264.

Book_RMP-81.indb 174 14/12/2021 12:30:44

do Ministério Público listam as atribuições dos órgãos colegiados superiores e não há uma regra sequer neste sentido, mas somente para realizar o reexame necessário da promoção de arquivamento e sempre com referência expressa à possibilidade de ampliação das atribuições por lei (princípio da reserva legal)[35]; v) não existe regra semelhante no âmbito do microssistema da tutela coletiva; vi) a Resolução nº 179 do CNMP, que pode ser aplicada, no que couber ao ANPC, preconiza somente a possibilidade do Conselho Superior regulamentar a fiscalização do cumprimento da avença (no caso, o TAC), bem como a disposição mínima de ciência, mas nada dispõe sobre a necessidade do reexame necessário para fins de eficácia[36]

Ora, se o caso for de arquivamento, sujeito ao reexame (art. 9º, da LACP), não há que se falar em acordo de não persecução cível, pois se a pretensão não foi exercida por ausência de justa causa (fundamento do arquivamento), qual seria o sentido da avença?

Entretanto, para que a disponibilidade motivada da demanda de improbidade administrativa seja efetivamente acompanhada pelos órgãos administrativos superiores, penso ser extremamente recomendável a efetiva ciência/comunicação formal de que houve a celebração do acordo, mas sem que o mesmo seja objeto de sindicabilidade do seu teor.

Um ponto ainda pouco explorado é saber se caso o ANPC seja celebrado no âmbito judicial, haverá a necessidade de análise pelo órgão colegiado superior?

A princípio, duas soluções poderão ser indicadas para a questão.

A primeira solução é afirmar ser despiciendo o reexame necessário, pois o controle judicial do acordo será suficiente para analisar a sua juridicidade.[37] Ademais, o art. 6º, §1º, da Resolução nº 179 do CNMP preconiza desta forma.

A segunda solução é sustentar que, enquanto não houver regulamentação própria, deverá haver submissão ao reexame necessário, com base no art. 6º, §1º, da Resolução nº 179/2017 do CNMP.[38]

Em primeira análise, a primeira solução é a melhor sob os seguintes prismas: i) previsão expressa no microssistema da tutela coletiva (art. 6º, §1º, da Resolução nº 179 do CNMP); ii) celeridade procedimental, pois a intervenção do órgão colegiado superior, na hipótese acarretaria severo atraso na solução da questão; iii) inexistência, como sobredito, de norma jurídica indicando a necessidade da atuação do órgão colegiado.

---

[35] Art. 15, XIII da Lei nº 8625/93; art. 62, IV da Lei Complementar nº 75/93; arts. 22, XV c/c 41, II, a) e III da Lei Complementar nº 106/03 (do Rio de Janeiro).

[36] GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237.

[37] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995.

[38] PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 116.

Book_RMP-81.indb 175 14/12/2021 12:30:44

6. Consequências jurídicas decorrentes do descumprimento do ANPC

O acordo de não persecução cível é, primordialmente, uma convenção processual[39] de exclusão do exercício da pretensão judicial (tutela judicial) decorrente de um direito material[40], que pode abranger um processo atual (acordo incidental)[41] ou um processo futuro (acordo pré-processual).

Deve ser reconhecido, também, como um pressuposto processual negativo (art. 485, V, CPC), ou, também como situação que retira o interesse de agir (art. 485, VI, CPC)[42], pois nada mais é do que um impedimento processual temporário gerando, por conseguinte a extinção do processo sem resolução de mérito, mediante o indeferimento da petição inicial (art. 330, III, do CPC).[43]

Caso os termos do acordo sejam descumpridos pelo convenente, abrir-se-á, conforme os termos avençados, a imediata possibilidade da propositura da respectiva demanda, com a aplicação da multa e consectários previstos no instrumento.

Poder-se-ia, também, sustentar a possibilidade da propositura direta de demanda executiva, desde que seja considerado o ANPC como título executivo extrajudicial (art. 784, XII, do CPC c/c art. 5º, §6º, da LACP)[44], pois os instrumentos similares como o acordo de leniência e o TAC assim também são considerados.

Por ser um título executivo extrajudicial, poderá ser diretamente executada a obrigação prevista no ANPC, mas o art. 785, do CPC também possibilita o ajuizamento de demanda cognitiva.

Além da possibilidade da judicialização do tema, seja por meio demanda cognitiva ou executiva, com o descumprimento da avença pelo convenente, haverá um óbice para a celebração de novo acordo de não persecução cível, conforme preconizam os arts. 86, §12, da LDC e 16, §8º, da LAC, aplicáveis em virtude do microssistema.

Interessante analisar o descumprimento sob a ótica daquele que poderia figurar no polo passivo.

Além da existência do acordo ser uma óbvia matéria defensiva (por meio de exceção), poder-se-ia sustentar a possibilidade da propositura de demanda com o fim de obrigar o legitimado coletivo ativo a cumprir a avença, inclusive com o deferimento de tutela provisória da evidência (art. 311, II, primeira parte, do CPC), desde que efetivamente comprovada a evidente possibilidade da quebra da boa-fé objetiva

---

[39] PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 41. No mesmo sentido: PINHEIRO, Igor Pereira. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos*. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.

[40] SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo:* Exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.*). Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 1ª ed., 2015, p. 306.

[41] Apesar do veto presidencial ao art. 17, §2º da LIA que o previa expressamente.

[42] Mesmo ciente de que são categorias jurídicas diversas, a repercussão processual será a mesma.

[43] CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo:* a promessa de não processar no direito brasileiro. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020, p. 11.

[44] PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 120.

Book_RMP-81.indb 176 14/12/2021 12:30:44

(art. 5º, do CPC), sem justificativa adequada, o que, em meu sentir, impediria a tutela provisória *inaudita altera pars* (art. 9º, do CPC). O convenente teria ao seu dispor uma demanda inibitória para "forçar" o cumprimento da avença que exterioriza, a rigor, uma obrigação de não fazer.[45]

7. Limite temporal, no âmbito processual, para a celebração da autocomposição

O acordo de não persecução cível pode ser celebrado durante a fase procedimental (momento extrajudicial ou extraprocessual) e também ao longo do curso da demanda judicial.[46] Resta fixar, contudo, qual é o momento processual limite para a realização do ato.[47]

Há, na doutrina, quem apresente a necessidade de verificar se a demanda já foi ajuizada antes da vigência da Lei nº 13.964/19 ou durante.[48]

Vale mencionar a existência de entendimento doutrinário no sentido de que o ANPC somente poderá ser celebrado na fase judicial[49], o que me parece equivocado, em primeira análise.

Quanto às ações ajuizadas após a vigência da nova lei, há, ao menos, três soluções jurídicas.

A primeira é no sentido de que o momento processual adequado e final para a realização do acordo de não persecução cível é o oferecimento da contestação, levando em consideração o duplo juízo de admissibilidade, pois o art. 17, §10-A, da LIA, em certa medida, fixa tal limite para a obtenção da solução consensual[50] com o devido reconhecimento da preclusão caso ocorra após tal momento, sem contar que se trata do momento no qual o réu discutirá toda a matéria de fato e de direito[51].

Nada mais equivocado, em meu sentir, pois as partes poderão, em qualquer momento processual, obter a solução consensual do litígio (art. 139, V, CPC) e o juiz poderá dilatar os prazos processuais (art. 139, VI e pu, CPC c/c 7º, §2º, IV, LAP).

---

[45] CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo:* a promessa de não processar no direito brasileiro. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020, p. 14.

[46] PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 68. No mesmo sentido: OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1. Acesso em: 18 out. 2020.

[47] PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 32.

[48] PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 69.

[49] PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. O consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: limites e controvérsias em torno do Acordo de Não Persecução Cível introduzido na Lei nº 8.429/1992 pela Lei nº 13.964/2019. *Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.1.], v.18, n.1, p. 145-162, jul. 2020. ISSN 2447-4290.

[50] PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 69. PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 75.

[51] PINHEIRO, Igor Pereira. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos*. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.

Book_RMP-81.indb 177 14/12/2021 12:30:44

Uma segunda solução seria possibilitar que o ANPC seja celebrado na esfera recursal, ainda que o feito esteja em curso perante a segunda instância, ou seja, este seria o limite temporal, tendo em vista que já foram analisados todos os fatos e provas.[52]

Novamente, como sobredito, não há como prosperar esta arbitrária imposição de momento processual fim, sob pena de incoerência sistêmica. Ademais, ainda que no âmbito dos recursos excepcionais, sejam analisadas somente questões de direito e não de fato, não há como afastar a possibilidade do ANPC versar justamente sobre temas referentes exclusivamente à matérias de direito.

A terceira segue a linha da inexistência de limite temporal para a realização do acordo, desde que seja antes da ocorrência do trânsito em julgado, pois não há razão subjacente para tal imposição, considerando que um dos vetores do direito processual é a obtenção da solução consensual dos conflitos[53].

Esta parece ser a melhor solução para o instituto. O Superior Tribunal de Justiça[54], em certa medida, reconheceu esta solução ao permitir acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal.

No tocante às ações ajuizadas antes da vigência, mas ainda em curso, deve ser reconhecida a possibilidade da celebração do acordo de não persecução, mesmo após ultrapassado o momento processual da contestação[55], mas com a devida análise da conveniência e necessidade.[56]

8. Conclusão

No presente artigo, apresentei as primeiras impressões e abordei os pontos nodais que podem gerar as inerentes dificuldades de utilização do novel instrumento.

A parca regulamentação infraconstitucional torna penoso delineamento do instituto, mas com aplicação das regras previstas no microssistema da tutela coletiva e do combate à corrupção será factível sustentar uma coerência sistêmica para que o Acordo de Não Persecução Cível surta os efeitos necessários.

Apesar da existência de algumas regulamentações no âmbito interno de cada Ministério Público, falta certa unidade institucional sobre todos os aspectos procedimentais e materiais para que tenhamos segurança jurídica.

---

[52] AgInt no RtPaut no AgInt no RE nos EDcla no AgInt no AREsp 1.341.323/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dj 07.05.2020.

[53] OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1. Acesso em: 18 out. 2020. ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível*: primeiras reflexões. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 17 out. 2020. ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995. No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no AREsp 1.467.807/Go, Rel. Min. Herman Benjamin, Dj 02.06.2020.

[54] AREsp 1.314.581/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., por unanimidade, j. 23/02/2021.

[55] PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 76.

[56] PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 70.

Book_RMP-81.indb 178 14/12/2021 12:30:44

Como demonstrado no texto que vos apresento, sustento que tais resoluções não podem inovar nas atribuições dos Órgãos Colegiados Superiores do Ministério Público, portanto, será despicienda a realização do reexame necessário do acordo, exceto quando for analisar a promoção de arquivamento decorrente do cumprimento integral da avença. Este é o meu principal ponto de divergência com as regulamentações já existentes.

Outras questões igualmente importantes ainda surgirão sobre a utilização e eficácia do instrumento, mas que não cabem nesta senda.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível*: primeiras reflexões. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 17 out. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A Colaboração Premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal epistêmica? *In: Colaboração Premiada*. MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. São Paulo: RT, 2017.

BARROS LEONEL, Ricardo de. *Manual do Processo Coletivo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BASTOS, Fabrício Rocha. Acordo de Não Persecução Cível, Salvador: Liber, 2021.

_____. *Curso de Processo Coletivo*. 2ª ed., São Paulo: Foco, 2020.

_____. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed., São Paulo: Foco, 2018.

BOTTINO, Thiago. Cooperação premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, set.-out. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo:* a promessa de não processar no direito brasileiro. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. Salvador: JusPodivm, 19ª ed., 2017.

_____; BONFIM, Daniela Santos. *A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar., 2017.

Book_RMP-81.indb 179 14/12/2021 12:30:45

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. *In*: http://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa. Acesso em: 19 out. 2020.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In: Colaboração Premiada*. MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. São Paulo: RT, 2017.

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reflexos do Novo CPC na Ação de Improbidade Administrativa. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2016_241_capDoutrina.pdf. Acesso em: 04 nov. 2020.

Nota Técnica nº 01/2020, p. 07/08, do Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa (CAODPP) do Ministério Público do Estado do Ceará.

Nota Técnica nº 16/2020, p. 16, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Orientação nº 04 do Centro de Apoio às Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa (CAOPAM) do Ministério Público do Estado da Bahia.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. *Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial*.

Book_RMP-81.indb 180 14/12/2021 12:30:45

Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprob.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PINHEIRO, Igor. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos*. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.

_____. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos*. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de Não Persecução Cível introduzido na Lei nº 8.429/1992 pela Lei nº 13.964/2019. *Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.1.], v. 18, n.1, p. 145-162, jul. 2020.

Resolução 80/2020 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Mato Grosso.

Resolução CPJ nº 04/2020 do Ministério Público do Estado do Piauí.

Resolução CPJ nº 040/2020.

Resolução nº 01/2020 do Ministério Público do Estado de Pernambuco.

Resolução nº 1.193/2020 – CPJ do Ministério Público do Estado de São Paulo.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) Premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SEIÇA, Alberto Medina de. *Legalidade da prova e reconhecimentos "atípicos" em processo penal*: notas à margem de jurisprudência (quase) constante. *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo:* Exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 1ª ed., 2015.

TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima. *Pacote anticrime – as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro*. E-book, 2020.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. Pactum de non petendo parcial. *Revista de Processo*, ano 43, vol. 280, jun. 2018.

Book_RMP-81.indb 181 14/12/2021 12:30:45

Regras sobre honorários sucumbenciais aplicáveis aos processos iniciados na vigência do CPC-1973: uma crítica à solução construída no EAREsp n. 1.255.986/PR[1]

Fredie Didier Jr.*
Rafael Alexandria de Oliveira**

Sumário

1. Introdução. 2. Análise do EAREsp n. 1.255.986/PR. 3. Crítica à conclusão alcançada pelo STJ no EAREsp n. 1.255.986/PR. 4. O fundamento da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais não é a derrota, mas a causalidade – mesmo o vencedor pode ser devedor de honorários. 4.1. A causalidade como fundamento da condenação em honorários sucumbenciais. 4.2. Consideração da lei vigente à época da conduta causadora do processo e irretroatividade da lei nova. 4.3. Se as regras sobre honorários têm natureza material e processual, é preciso considerar também a sua natureza material para fins de aplicação da lei nova. 4.4. Exame de situações semelhantes. 4.5. Conclusão do ponto. 5. O custo do processo como parâmetro para o exercício do direito de ação e o momento de análise do risco financeiro da derrota processual. 5.1. O risco financeiro da derrota processual. 5.2. O CPC-2015 e o agravamento do risco financeiro da derrota processual. 5.3. Calculabilidade das consequências jurídicas decorrentes de atos praticados no passado: o princípio da segurança jurídica e a vedação à decisão-surpresa. 5.4. O entendimento do STJ deixa o jurisdicionado encurralado. 6. O marco temporal proposto: a demanda (inicial, reconvencional, recursal ou executiva). 7. Esclarecimento: não defendemos direito adquirido a regime jurídico. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

---

[1] Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa "Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual", vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053. O grupo é membro fundador da "ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo" (http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa).

* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.

** Mestre em Direito Público pela UFBA. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Jorge Amado/JusPodivm. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Procurador do Município do Salvador/BA. Advogado.

Book_RMP-81.indb 183 14/12/2021 12:30:45

1. Introdução

Nesses cinco anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, é notável a produção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito de temas sensíveis tratados nesse diploma processual.

Este breve ensaio volta-se para um dos temas que mereceram atenção especial por parte da lei processual nova: o regramento dos honorários sucumbenciais. Esse é um assunto de inegável importância prática, uma vez que orbita o tema do custo financeiro do processo, uma das possíveis barreiras de acesso à justiça e também um dos mecanismos de prevenção à litigância irresponsável.

Tratamos mais especificamente da questão relativa à identificação do regramento aplicável aos processos que tiveram início ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC-1973) e continuaram (ou continuam) tramitando na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (CPC-2015): aplicam-se a esses processos as regras de sucumbência previstas no CPC-1973 ou aquelas previstas no CPC-2015?

O STJ tem diversas decisões a respeito desse assunto. Em 2019, no julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial (EAREsp) n. 1.255.986/PR, a Segunda Seção chegou a uma conclusão que pretendeu encerrar a divergência havida entre os julgados da Terceira e da Quarta Turmas.

Partimos, pois, desse acórdão que julgou o EAREsp n. 1.255.986/PR para pautar a nossa análise.

2. Análise do EAREsp n. 1.255.986/PR

O STJ definiu, no EAREsp n. 1.255.986/PR, que o marco temporal para aplicação das regras sobre honorários é a *sentença* (ou o ato jurisdicional equivalente quando se tratar de demanda de competência originária dos tribunais): se proferida na vigência do CPC-1973, aplicam-se as regras do CPC-1973, ainda que essa sentença venha a ser reformada ou anulada depois; se proferida na vigência do CPC-2015, aplicam-se as regras do CPC-2015, ainda que a ação tenha sido proposta sob o CPC-1973[2].

Eis a ementa do acórdão:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL: ART. 20 DO CPC/1973 VS. ART. 85 DO CPC/2015. NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA, PROCESSUAL E MATERIAL. MARCO TEMPORAL PARA A INCIDÊNCIA DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRESERVAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO PROCESSUAL. 1. Em homenagem à natureza processual material e

[2] Esse é também o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 18)

Book_RMP-81.indb 184 14/12/2021 12:30:45

> com o escopo de preservar os princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e da não surpresa, as normas sobre honorários advocatícios de sucumbência não devem ser alcançadas pela lei processual nova. 2. A sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais), como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015. 3. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel diploma processual relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas. 4. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de o Tribunal de origem ter reformado a sentença já sob a égide do CPC/2015, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior. 5. Embargos de divergência não providos. (STJ, Corte Especial, EAREsp 1255986/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20/03/2019, DJe 06/05/2019)

Com isso, o STJ pretendeu resolver divergência então existente entre a Terceira e a Quarta Turmas.

Para chegar a essa conclusão, o acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR assentou-se nas seguintes premissas: a) as regras sobre honorários sucumbenciais têm natureza híbrida, de caráter processual e também material[3]; b) por isso, elas não são imediatamente alcançadas pela lei processual nova, como ocorreria se fossem regras de natureza exclusivamente processual; c) a jurisprudência do STJ já se consolidara no sentido de que a regra de honorários aplicável é aquela vigente ao tempo da sentença que os impõe[4] – esse era o entendimento antes mesmo da vigência do CPC-2015[5]; d) conforme lição de Chiovenda, o direito aos honorários surge com a

[3] STJ, Corte Especial, REsp 1113175/DF, rel. Min. Castro Meira, j. 24/05/2012, DJe 07/08/2012; STJ, Sexta Turma, REsp 470.990/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 03/12/2002, DJ 12/05/2003; STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 267.365/RS, rel. Hélio Quaglia Barbosa, j. 24/05/2005, DJ 27/06/2005.

[4] STJ, Corte Especial, SEC 14.385/EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/08/2018, DJe 21/08/2018; STJ, Corte Especial, EDcl na MC 17.411/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 20/11/2017, DJe 27/11/2017; STJ, Segunda Turma, REsp 1649720/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24/10/2017, DJe 30/10/2017; STJ, Segunda Turma, REsp 1672406/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 22/08/2017, DJe 13/09/2017; STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp 1696013/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 15/05/2018, DJe 21/05/2018; STJ, Quarta Turma, REsp 1465535/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21/06/2016, DJe 22/08/2016; STJ, Primeira Turma, REsp 1644846/RS, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 27/06/2017, DJe 31/08/2017; STJ, Primeira Turma, REsp 1647246/PE, rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, j. 21/11/2017, DJe 19/12/2017.

[5] STJ, Primeira Turma, REsp 783.208/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03/11/2005, DJ 21/11/2005; STJ, Primeira Turma, REsp 542.056/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 19/02/2004, DJ 22/03/2004; STJ, Primeira Turma, REsp

Book_RMP-81.indb 185 14/12/2021 12:30:45

decisão; a sentença não reconhece um direito pré-existente; antes da sentença há mera expectativa de direito[6].

O acórdão destacou ainda que a conclusão alcançada – utilização da *sentença* como marco temporal para a eleição da regra de honorários aplicável ao caso – estaria em consonância com a proteção ao *direito adquirido*, à *segurança jurídica* e a vedação da *surpresa*, no sentido de que "a parte condenada em honorários advocatícios na sentença, em conformidade com as regras do CPC/1973, possui direito adquirido à aplicação das normas existentes no momento da prolação do respectivo ato processual".

Curioso que, nessa passagem, o acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR cita decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos Embargos de Declaração em Ação Originária n. 506 (AO 506 ED), e faz uma minuciosa transcrição do voto do Min. Gilmar Mendes, relator do caso.

O acórdão do STF, que se baseia amplamente na segurança jurídica, trata justamente da impossibilidade de se impor à Fazenda Pública, ali vencida, regra de honorários nova e mais grave, como é o caso da estabelecida no art. 85, §3º, do CPC-2015, considerando que a demanda foi ajuizada na vigência do CPC-1973. Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, "quando se ingressa com a demanda, tem-se a previsibilidade dos ônus processuais, entre os quais se incluem os honorários advocatícios", de modo que "há direito de o ente público não se sujeitar à mudança dos custos processuais de forma pretérita"[7].

Voltaremos a esse acórdão do STF mais adiante.

Na sequência, o acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR, referindo-se ao art. 10 do CPC-2015, considerou que as partes têm o "direito de não serem surpreendidas por fatos inesperados [...] notadamente quando o jurisdicionado ingressa com ação sob o amplexo de determinada regra que, posteriormente, é alterada por lei posterior".

3. Crítica à conclusão alcançada pelo STJ no EAREsp n. 1.255.986/PR

O entendimento consagrado no EAREsp n. 1.255.986/PR vem sendo aplicado pelo STJ nos julgamentos que tratam do tema[8]. A matéria já está bem consolidada naquela Corte. Entendemos, porém, que a solução construída não é a melhor, não é condizente com outras decisões proferidas pelo próprio STJ quanto ao tema dos

1113666/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 06/08/2009, DJe 19/08/2009; STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 910.710/BA, rel. Min. Castro Meira, j. 16/09/2008, DJe 28/11/2008.

[6] STJ, Quarta Turma, REsp 729.021/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 03/02/2015, DJe 06/02/2015; STJ, Terceira Turma, REsp 1133638/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 06/08/2013, DJe 20/08/2013.

[7] STF, Segunda Turma, AO 506 ED, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31/08/2018, DJe 22/10/2018.

[8] Por exemplo: STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp 1861064/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 07/12/2020, DJe 11/12/2020; STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1657733/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves j. 07/10/2019, DJe 09/10/2019; STJ, Primeira Turma, EDcl no REsp 1514775/SE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15/08/2019, DJe 05/09/2019; STJ, Segunda Turma, REsp 1828624/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/09/2019, DJe 11/10/2019; STJ, Primeira Turma, AgInt nos EDcl no REsp 1.713.784/SP, rel. Min. Regina Helena Costa, DJe de 20/09/2018.

Book_RMP-81.indb 186 14/12/2021 12:30:45

honorários sucumbenciais e tampouco preserva integralmente o direito adquirido, a segurança jurídica e a regra da não surpresa.

A decisão do STJ tampouco está alinhada com o que já decidiu o STF sobre o assunto. Na AO 506, por exemplo, citada e transcrita no corpo do acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR, o STF decidiu em sentido *oposto* à conclusão alcançada pelo STJ[9]. Em outros casos, julgados já na vigência do CPC-2015, o STF deliberou sobre os honorários sucumbenciais tomando por base o regramento do CPC-1973, porque era o vigente ao tempo da propositura da demanda[10].

Há duas questões que precisam ser consideradas.

Em primeiro lugar, o fundamento da condenação em honorários sucumbenciais não é a *derrota certificada na sentença*, mas a constatação de que houve um *comportamento causador do processo judicial*, de modo que é o momento de ocorrência desse comportamento que deve ser levado em consideração para fins de definição da legislação aplicável (princípio da segurança jurídica/irretroatividade da lei nova).

Em segundo lugar, a deflagração da demanda judicial pressupõe uma decisão da parte quanto à assunção dos riscos do processo – entre eles o risco financeiro, atrelado aos custos do processo –, de sorte que a sentença que, aplicando lei posterior, impõe

---

[9] 1. Embargos de declaração em ação originária. 2. Direito Processual Civil Coletivo. 3. Ação popular. Juízo competente para a execução do julgado. Local de domicílio das partes. Aplicação analógica do parágrafo único do art. 516 do CPC. Possibilidade. Razoável duração do processo. Economia processual. Precedentes. 4. Embargos de declaração rejeitados. 5. Agravos internos em ação originária. 6. Direito Processual Civil e Direito Constitucional. 7. Prescrição. Prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei 4.717/65. Manutenção da decisão. 8. Inépcia da exordial. Pagamento de gratificação com base em texto de lei adulterado. Incidência dos arts. 1º e 2º da Lei de Ação Popular. 9. Alegação de coisa julgada. Inocorrência. Decisão com trânsito em julgado, favorável aos magistrados estaduais, porém com objeto diverso da discussão destes autos. 10. Suposto *error in* procedendo. Aplicação analógica do art. 9º da Lei 4.717/1965. Ausência de comprovação de condenação criminal transitada em julgada em face do autor popular. Cotitularidade pelo Ministério Público Federal, que já acompanhava o feito como custos legis. 11. Cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CR/1988 e Súmula Vinculante 10 do STF). Reconhecimento das irregularidades no pagamento da gratificação pelo Plenário do STF, em questão de ordem. Decisão monocrática que apenas confirmou tese já sedimentada em sessão plenária. Art. 949, parágrafo único, do CPC/2015. 12. Gratificação de nível superior. Pagamento realizado sem amparo constitucional e legal. Vedação prevista no art. 37, XIII, da Constituição Federal. Inteligência da Súmula 333/STF, posteriormente convertida na Súmula Vinculante 37/STF. 13. Restituição dos valores recebidos indevidamente, haja vista a comprovada má-fé. Manifesta inconstitucionalidade em razão de o pagamento advir de lei fraudada. Gratificação que retribui requisito inerente ao cargo de juiz, exigido em concurso público. 14. *Honorários advocatícios. Direito intertemporal. Demanda ajuizada antes da entrada em vigor do novo CPC. Fazenda Pública vencida. Verba sucumbencial que recai sobre o erário. Indisponibilidade do interesse público. Aplicação do art. 20, §4º, do CPC/1973. Precedentes.* 15. *Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC).* 16. Imposição da multa, de forma solidária entre os agravantes, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil/2015, no percentual de 1%, no caso de julgamento unânime. 17. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 18. Agravos aos quais se nega provimento. (STF, Segunda Turma, AO 506 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31/08/2018, DJe 23/10/2018, grifamos)

[10] Por exemplo: STF, Primeira Turma, ACO 2098, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/2016, DJe 01/08/2016; STF, Tribunal Pleno, ACO 727 ED, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/09/2020, DJe 05/10/2020. Neste último caso (ACO 727), o Min. Luís Roberto Barroso chegou a registrar voto vencido no sentido de que, como o caso foi julgado em fevereiro/2020, embora a ação tivesse sido proposta em 2004, não seria cabível a compensação de honorários prevista no art. 21 do CPC-1973, já que essa possibilidade foi afastada no CPC-2015. Ainda assim, os demais Ministros e Ministras acompanharam o voto do relator, o Min. Marco Aurélio, aplicando ao caso, julgado em fevereiro/2020, o CPC-1973.

Book_RMP-81.indb 187 14/12/2021 12:30:45

à parte consequência imprevista e imprevisível no momento do ajuizamento se revela uma decisão-surpresa (princípio da segurança jurídica/vedação à decisão-surpresa).

Essas questões nos levam a pensar que o marco temporal a ser considerado para o fim de identificar a legislação aplicável ao caso não deveria ser a *sentença*, mas sim a *demanda* – demanda inicial, reconvencional, recursal ou executiva, como veremos adiante.

Seguem as nossas razões.

4. O fundamento da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais não é a *derrota*, mas a *causalidade* – mesmo o vencedor pode ser devedor de honorários

4.1. A causalidade como fundamento da condenação em honorários sucumbenciais

O fato de o direito aos honorários sucumbenciais depender de certificação por decisão judicial não significa dizer que esse direito "nasce" da sentença – isto é, *a existência da sentença não é o fato gerador desse direito*. A sentença o *reconhece* e *impõe* (isto é, condena), tal como faz quando *reconhece* e *impõe o pagamento* de uma indenização, sem que, por isso, se diga que o direito à indenização é, também ele, um direito que "nasce" da sentença.

O que faz "nascer" o direito aos honorários sucumbenciais (o seu fato gerador) é a *conduta da parte que dá causa ao processo judicial*: aquele que dá causa a uma ação judicial deve pagar honorários ao advogado daquele que foi envolvido injustamente nessa ação.

É bem conhecida a premissa de que o direito aos honorários é determinado pela causalidade[11]. Não é a derrota no processo que determina o dever de pagar honorários de sucumbência ao advogado da contraparte. *A sucumbência é apenas um indício da causalidade*; *há uma presunção de que o sucumbente/vencido deu causa ao processo*. Mas não raro a regra da sucumbência é afastada como índice de causalidade, a ponto de o *vencedor* do processo ter que, *a despeito de vitorioso*, arcar com os honorários sucumbenciais, por se constatar ter sido ele o *causador* da demanda judicial.

A regra da causalidade inspira pelo menos dois enunciados normativos vigentes: (i) o enunciado n. 303 da súmula do STJ, segundo o qual "em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios"; e (ii) o art. 85, §10, do CPC, segundo o qual "nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo". Mas a sua

[11] STJ, Primeira Turma, AgInt no AREsp 1371774/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15/12/2020, DJe 18/12/2020; STJ, Terceira Turma, AgInt nos EDcl no REsp 1813803/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/12/2020, DJe 18/12/2020; STJ, Primeira TUrma, AgInt no REsp 1825943/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15/12/2020, DJe 18/12/2020; STJ, Segunda Turma, REsp 1.801.071/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/06/2019.

Book_RMP-81.indb 188 14/12/2021 12:30:45

aplicação não se restringe a essas duas hipóteses, já que, como dissemos, a regra da causalidade é subjacente à regra da sucumbência – a sucumbência é apenas um indicador da causalidade.

Dessa forma, o advogado não tem direito aos honorários *porque seu cliente é vencedor*. O advogado tem direito aos honorários porque o adversário do seu cliente, vencido ou vencedor, *deu causa ao processamento*.

A imposição do dever de pagar honorários sucumbenciais pressupõe, portanto, que o magistrado faça um juízo acerca da conduta das partes. Não se trata de um efeito anexo da sentença – aquele que decorre do simples fato de a sentença existir, como a hipoteca judiciária (CPC, art. 495), a perempção (CPC, art. 337, V) ou o dever de ressarcir os prejuízos decorrentes do cumprimento provisório da decisão que foi posteriormente reformada (CPC, art. 520, I)[12].

O que determina a condenação em honorários de sucumbência não é, necessariamente, a *derrota*, mas sim a *conduta* da parte, que formulou demanda sem necessidade ou razão, ou da parte que, sem necessidade ou razão, levou a outra a formular demanda judicial contra si. Nos casos em que foi o vencido quem deu causa ao processo, a constatação é mais evidente, mas nem por isso se pode dizer que não há uma análise de fatos/condutas por parte do magistrado.

É um equívoco, portanto, afirmar que o direito aos honorários apenas surge com a sentença, ou que, enquanto não fixado na sentença, não há direito, mas mera *expectativa de direito* aos honorários[13]. O que gera o dever de pagar honorários é *dar causa ao processo*, assim como o que gera o dever de pagar a indenização é *dar causa a prejuízos*. Aqui, voltamos ao início: do mesmo modo que não se pode dizer que o direito à indenização "surge" com a sentença (que, na verdade, o reconhece e impõe), tampouco se pode dizer que o direito aos honorários "surge" com a sentença.

No processo, há, de ambos os lados, a afirmação do direito aos honorários, porque as partes imputam uma à outra a conduta de *dar causa ao processamento*. Tanto que há, de lado a lado, o pedido, explícito ou implícito, de condenação da parte adversária ao pagamento de honorários. Cabe ao juiz decidir quem tem razão sobre o objeto principal do processo e sobre esse pedido acessório.

Não há nisso diferença substancial para o que acontece numa demanda em que uma parte afirma ter, em face da outra, um direito de crédito. A única peculiaridade que pode haver quanto aos honorários é que a conduta afirmada como *causa de pedir* do direito aos honorários consiste em dar causa ao próprio processo em que se pede o reconhecimento desse direito. O processo é, pois, o produto da conduta indevida invocada como causa de pedir e, ao mesmo tempo, a arena em que esse direito é discutido e reconhecido.

---

[12] Nesses casos, a sentença é considerada como um *fato jurídico* que gera uma consequência jurídica: o direito à garantia hipotecária, na hipoteca judiciária, a perda do direito ao ajuizamento da demanda, no caso da perempção, ou o direito ao ressarcimento dos prejuízos, no caso do cumprimento provisório em que há reforma da decisão exequenda.

[13] STJ, Corte Especial, Edcl na MC 17411/DF, rel. Min. Bendito Gonçalves, j. 20/11/2017, DJe 27/11/2017.

Book_RMP-81.indb 189 14/12/2021 12:30:45

Essa sutil diferença não é, contudo, suficiente para que se diga que esse direito *nasce* da decisão que encerra o processo. Basta ver que, se as partes transigirem, podem chegar a uma composição acerca do direito aos honorários sucumbenciais, sem que se possa dizer que esse direito nasceu de uma decisão judicial[14].

Repetimos: a decisão apenas reconhece o direito aos honorários e impõe o seu pagamento, fazendo, para tanto, uma análise da conduta das partes. O que dá ensejo ao direito, o seu fato gerador, não é a decisão judicial, mas a conduta causadora do processo.

4.2. Consideração da lei vigente à época da conduta causadora do processo e irretroatividade da lei nova

A conduta ensejadora do dever de pagar honorários não é praticada no momento em que a sentença é proferida. Ela já foi praticada antes. O que a sentença faz é, simplesmente, *constatar* essa conduta e tomá-la como fundamento para a condenação.

Considerando, então, que a conduta ensejadora do dever de pagar honorários não é contemporânea à sentença, mas anterior, é natural que se deve verificar *o momento em que tal conduta foi praticada*, porque é a lei então vigente que deve ser considerada para apuração da existência do dever ao pagamento de honorários (*an debeatur*) e do valor desses honorários (*quantum debeatur*). Não se pode pretender aplicar as consequências jurídicas da lei nova (o CPC-2015) à conduta praticada na vigência da lei velha (o CPC-1973), sob pena de aplicação retroativa dessa lei nova, com ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Veremos adiante, por exemplo, que há entendimento no sentido de que a ação trabalhista ajuizada antes da Lei n. 13.467/2017, diploma que incluiu previsão de honorários sucumbenciais no processo trabalhista (CLT, art. 791-A), não se sujeita à condenação de honorários, porque ao tempo em que foi praticada a conduta da parte (que deu causa ao processo), o ordenamento não previa essa consequência jurídica.

Também veremos que o próprio STJ manifestou semelhante entendimento quanto às alterações legislativas promovidas pelo art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, que excluiu o dever de pagar honorários de sucumbência nas causas envolvendo discussão sobre o FGTS, e pelo art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, que excluiu o dever de a Fazenda Pública pagar honorários sucumbenciais nas execuções não embargadas.

Sobre a (ir)retroatividade das leis, Humberto Ávila, de modo preciso, estabelece a sua relação com o princípio da segurança jurídica:

[14] Lembre que não é a decisão judicial homologatória que confere eficácia à norma convencionada; a homologação a torna título executivo judicial. A norma convencionada é eficaz independentemente de homologação – salvo se houver condição negocial em outro sentido. Nesse caso, pois, a *fonte* do direito aos honorários não seria a decisão, mas a convenção.

Book_RMP-81.indb 190 14/12/2021 12:30:45

> Como a retroatividade faz com que a norma anterior, em cuja eficácia se confiou, tenha parte da sua eficácia anulada pela norma posterior, a retroatividade não diz respeito apenas a um problema relacionado à transição do passado ao presente, mas também do presente ao futuro: o cidadão, tendo sido frustrada a sua confiança com relação à eficácia da norma anterior pela modificação introduzida pela norma presente, passa a desconfiar de que também a eficácia da norma presente pode ser alterada por uma norma futura. Em outras palavras, *o fenômeno da retroatividade causa tanto uma frustração da confiança normativa com relação ao passado quanto o nascimento de uma desconfiança jurídica com relação ao futuro*. Retroatividade, enfim, é um problema que toca tanto à exigência de confiabilidade quanto à de calculabilidade do ordenamento jurídico. *Ela atinge, em suma, a segurança jurídica na sua dupla dimensão*.[15] (grifamos)

Para compreender a impossibilidade de aplicação imediata da lei nova na determinação das consequências de um fato ocorrido no passado, é preciso relembrar que, embora se diga que as regras sobre honorários têm natureza material e processual, a verdade é que, nesse tema de direito intertemporal, os julgados quase sempre se esquecem da natureza *material* dessas regras.

4.3. Se as regras sobre honorários têm natureza material e processual, é preciso considerar também a sua natureza material para fins de aplicação da lei nova

O entendimento manifestado no julgamento do EAREsp n. 1.255.986/PR sobre a aplicabilidade do art. 85 do CPC-2015 aos processos sentenciados na vigência do CPC-2015, ainda que iniciados sob o CPC-1973, termina por *frustrar* a dimensão material das regras sobre honorários de sucumbência.

O STJ afirma que as regras sobre honorários também têm essa dimensão material; elas teriam caráter híbrido, de direito material e processual[16]. O acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR ratifica esse entendimento, mas, ao admitir a aplicação da lei nova às decisões proferidas sob a vigência do CPC-2015, ainda que a demanda tenha sido proposta sob o CPC-1973, termina por dar peso apenas à dimensão processual das regras sobre honorários, negligenciando o seu aspecto material. Registre-se que essa dimensão processual é, inclusive, bem discutível: as regras sobre honorários são regras de decisão, regras de julgamento, pois servem como suporte para a solução de um problema jurídico – para fins deste texto, podemos partir, no entanto, da própria premissa adotada pelo STJ.

---

[15] ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 425.

[16] STJ, Primeira Turma, REsp 783.208/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 03/11/2005, DJ 21/11/2005, p. 168; STJ, Quarta Turma, RESp 1.465.535/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21/06/2016, DJe 22/08/2016; STJ, Segunda Turma, REsp 1.636.124/AL rel. Min. Herman Benjamin, j. 06/12/2016, DJe 27/04/2017.

Book_RMP-81.indb 191 14/12/2021 12:30:45

Atento à natureza material do direito (ou *também* material), é preciso observar o momento em que foi praticada a *conduta* ensejadora do dever de pagar honorários sucumbenciais, aplicando-se a ela as consequências jurídicas da regra vigente àquele tempo (*tempus regit actum*).

Pode ser, contudo, que, no curso do processo iniciado sob o CPC-1973, seja praticada nova conduta posteriormente tida como *causadora* da reiteração/manutenção do litígio – por exemplo, a interposição de recurso de apelação que posteriormente venha a ser rejeitado pelo tribunal. Se essa nova conduta (exercício da nova pretensão, mediante deflagração de demanda recursal) for praticada sob o CPC-2015, então a ela se aplica o art. 85 do CPC-2015, admitindo-se, por exemplo, em decorrência da sucumbência recursal, a majoração dos honorários inicialmente fixados (§11).

Essa é a *única* forma de respeitar os aspectos material e processual do direito aos honorários sucumbenciais: a regra nova incide imediatamente para os processos em curso (critério de aplicação imediata da lei processual), mas apenas se aplica aos fatos geradores/condutas ocorridos sob a sua vigência (critério de aplicação temporal da lei material – *tempus regit actum*).

Vejamos, agora, situações semelhantes à presente, em que o Judiciário – inclusive o próprio STJ, amplamente – reconheceu não ser possível aplicar aos processos já em curso a lei nova sobre honorários.

4.4. Exame de situações semelhantes

4.4.1. O exemplo da Justiça do Trabalho: não incidência do art. 791-A da CLT aos processos em curso quando da entrada em vigor a Lei n. 13.467/2017

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não previa, até a vigência da Lei n. 13.467/2017, a possibilidade de condenação em honorários sucumbenciais, como regra geral. Assim, até a chamada *reforma trabalhista*, a causação do processo judicial trabalhista era *conduta irrelevante* para fins de imposição do pagamento de honorários sucumbenciais; a partir da reforma, no entanto, a conduta passou a ser juridicamente relevante.

Aplicando-se o entendimento adotado no acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR, a sentença que rejeitasse hoje a reclamação trabalhista proposta antes da Lei n. 13.467/2017 deveria condenar o causador do processo em honorários sucumbenciais. Sucede que, justamente porque esse entendimento implicaria aplicação retroativa da lei nova, causando surpresa à parte, ele não vem sendo seguido na Justiça do Trabalho.

Na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho[17], a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) consolidou importante enunciado (n. 98) dispondo que:

[17] "As propostas de enunciados foram debatidas e aprovadas na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, evento promovido pela Anamatra, em parceria com outras entidades, que reuniu mais de 600

Book_RMP-81.indb 192 14/12/2021 12:30:45

> [e]m razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, haja vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação[18] (enunciado n. 98, II Jornada Anamatra).

O TRT da 5ª Região (Bahia) proferiu decisão nesse mesmo sentido, reconhecendo que "os honorários advocatícios sucumbenciais têm natureza jurídica híbrida, processual-material e de sanção compensatória, não podendo ser analisado tão somente na visão do direito intertemporal aplicável à regra processual (aplicação imediata), pois à época da propositura da ação trabalhista este tipo de condenação não existia no processo trabalhista". Na sequência, pontuou, corretamente, que "o autor, ao ingressar com ação na vigência da lei anterior ponderou seus riscos – custo x benefício – não tendo oportunidade de pesar a nova regra gravosa, o que poderia influenciar na sua escolha".

Partindo da premissa de que "a aplicação de regra processual retroativa lesiva às partes implica decisão surpresa e ofende a segurança jurídica", concluiu, finalmente, que "é a data da propositura da ação o marco temporal-processual para identificação das normas a regular os honorários advocatícios sucumbenciais no processo do trabalho"[19].

É exatamente este o ponto de vista que defendemos.

4.4.2. O entendimento do STJ no REsp n. 1.111.157/PB: aplicação do art. 29-C da Lei n. 8.036/1990 apenas aos processos ajuizados após a alteração legislativa

Em outra situação, o STJ proferiu decisão, com *eficácia vinculante*, afirmando que a mudança no regramento dos honorários de sucumbência não se aplica aos processos ajuizados *antes* da alteração legislativa.

O art. 9º da Medida Provisória n. 2.164-41, de 24/08/2001, inseriu na Lei n. 8.036/1990 um dispositivo que excluía o direito do advogado aos honorários sucumbenciais nas causas que versassem sobre FGTS[20-21].

---

juízes, procuradores e auditores fiscais do Trabalho, além de advogados e outros operadores do Direito que, divididos em oito comissões temáticas, debateram mais de 300 propostas sobre a nova norma". Disponível em: <www.anamatra.org.br/imprensa/noticias> Acesso em: 6 fev 2021.

[18] Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp> Acesso em: 6 fev 2021.

[19] TRT5, Terceira Turma, Processo 0000225-92.2016.5.05.0002, rel. Desa. Léa Nunes, DJ 14/12/2017.

[20] Art. 29-C, Lei n. 8.036/1990. "Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios".

[21] Esse dispositivo foi posteriormente considerado inconstitucional pelo STF (STF, Tribunal Pleno, ADI 2736, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/09/2010, DJe 28/03/2011).

Book_RMP-81.indb 193 14/12/2021 12:30:45

O TRF da 5ª Região, analisando recurso em que se pedia a exclusão do dever de a Caixa Econômica Federal pagar honorários de sucumbência, com base nesse dispositivo, manteve a condenação imposta em primeira instância, sob o fundamento de que "[o art. 29-C da Lei n. 8.036/1990] por ter natureza jurídica de direito material, e não de direito processual, não retroage nem se aplica a relações jurídicas já constituídas, de tal forma, não há como conferir, no presente caso, a isenção nela prevista sem ferir os princípios constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada"[22].

A decisão do TRF da 5ª Região foi mantida pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.111.157/PB, no qual se afirmou, sobre o art. 29-C da citada Lei n. 8.036/1990, que *"sua aplicação, nos restritos domínios em que opera, não alcança os processos em curso antes da data da sua vigência, que se deu em 27.07.2001"*[23].

Como se percebe, nesse caso, o STJ decidiu, *corretamente*, que a data do ajuizamento do processo é um dado relevante para apurar a incidência, ou não, de novas regras que versem sobre honorários de sucumbência.

De acordo com art. 926 do CPC, o STJ deveria observar os deveres de integridade e coerência, adotando a mesma linha na interpretação da aplicação do art. 85 do CPC no tempo.

4.4.3. O entendimento do STJ no REsp n. 470.990/RS e casos subsequentes: aplicação do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 apenas aos processos ajuizados após a alteração legislativa

O STJ também seguiu o entendimento aqui defendido quando se debruçou sobre o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, incluído pelo art. 4º da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24/08/2001, que passou a dispor que "não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".

A primeira manifestação do STJ sobre se o referido dispositivo se aplicava, ou não, aos processos em curso (isto é, ajuizados *antes* da alteração legislativa) foi no seguinte sentido:

> RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 20, PARÁGRAFO 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180/2001. APLICABILIDADE.
>
> 1. "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das

[22] Acrescentamos a informação entre colchetes.
[23] STJ, Primeira Seção, REsp 1.111.157/PB, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 22/04/2009, DJe 04/05/2009.

Book_RMP-81.indb 194 14/12/2021 12:30:45

> alíneas a, b e c do parágrafo anterior." (artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil).
>
> 2. Embora se atribua, em regra, ao direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material, precisamente porque criam deveres patrimoniais para as partes, como a que se contém no artigo 20 do Código de Processo Civil, não incidem nos processos em andamento, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo de execução, por evidente imperativo último do ideal de segurança também colimado pelo Direito.
>
> 3. As normas processuais instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo de seu início, não o alcançando a lei nova subsequente.
>
> 4. A mesma regência no tempo tem a disposição do artigo 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, mormente porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, nada autorizando que se suprima à parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.
>
> 5. Ajuizada a execução posteriormente à edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, é de se reconhecer que "não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".
>
> 6. Recurso especial conhecido, mas improvido.
>
> (STJ, Sexta Turma, REsp 470.990/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 03/12/2002, DJ 12/05/2003, p. 374)

Observe que o recurso especial foi rejeitado exatamente porque o STJ constatou que a execução havia sido ajuizada *depois* da vigência do referido art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997. Mas o precedente deixou claro que, para as execuções ajuizadas *antes* da sua vigência, não se pode suprimir "à parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito."

Esse foi o entendimento maciçamente adotado pelo STJ quanto ao tema, nos julgamentos em que ele esteve em pauta[24].

[24] Por exemplo: "RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMBARGOS ACOLHIDOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO IPERGS. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA INICIADA ANTES DO ADVENTO DA MP 2.180-35, DE 24/08/2001, QUE ACRESCENTOU O ARTIGO 1º-D À LEI 9.494/97. REGRA GERAL DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Ocorrência de omissão na decisão embargada quanto à fixação do percentual da verba honorária. 2. A regra contida no artigo 20, § 4º, do estatuto processual civil, foi excepcionada pelo artigo 1º-D da Lei 9.494/97, com a redação determinada pelo artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001, que dispõe: 'Não serão devidos honorários advocatícios

Book_RMP-81.indb 195 14/12/2021 12:30:45

De acordo com art. 926 do CPC, o STJ deveria observar os deveres de integridade e coerência, adotando a mesma linha na interpretação da aplicação do art. 85 do CPC no tempo.

4.4.4. Exame do enunciado administrativo n. 7 do STJ

A alteração legislativa que verse sobre honorários sucumbenciais se aplica somente aos fatos geradores *posteriores* à sua vigência. Essa é a diretriz subjacente ao enunciado administrativo n. 7 do STJ, segundo o qual "somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC".

---

pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas'. 3. Como é sabido, as normas processuais têm aplicação imediata mesmo para os processos em curso. Entretanto, *por se tratar de norma processual com reflexo material, não incide para retirar direito adquirido à percepção dos honorários advocatícios*. 4. Verifica-se que *a execução iniciou-se antes do advento da norma provisória, logo cabível a estipulação dos honorários de advogado*. 5. Embargos de declaração de Jurema Moraes Oliveira acolhidos para suprir a omissão existente em relação aos encargos de sucumbência, determinando que a parte *ex adversa* arque com as custas processuais e honorários advocatícios, estes no patamar de 5% sobre o valor da condenação; embargos declaratórios do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - IPERGS rejeitados." (STJ, Sexta Turma, EDcl no REsp 402.735/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 31/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 385) *(grifamos)*; "AGRAVO REGIMENTAL. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA INICIADA APÓS O ADVENTO DA MP 2.180-35, DE 24/08/2001. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDEVIDOS. INCIDÊNCIA DO ART. 1-D, DA LEI N.º 9.494/97. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A regra contida no artigo 20, § 4º, do estatuto processual civil, foi excepcionada pelo artigo 1º-D da Lei 9.494/97, com a redação determinada pelo artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001, que dispõe: 'Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas'. 2. *Por se tratar de norma processual com reflexo material, não tem aplicação imediata nos processos em curso, mas tão somente naqueles iniciados na sua vigência*. 3. *Verifica-se que a execução iniciou-se após o advento da norma provisória, logo incabível a estipulação dos honorários de advogado*. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 565.137/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 24/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 364) *(grifamos)*; "PROCESSO CIVIL. INSS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO JUDICIAL. CABIMENTO. MP Nº 2.180-35/2001. NÃO INCIDÊNCIA AOS PROCESSOS EM CURSO. I - Conforme dicção do art. 20, § 4°, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.952/94, são devidos honorários advocatícios na execução por título judicial mesmo que não tenham sido opostos embargos. Precedentes da Corte Especial. II – *A MP nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-D ao texto da Lei nº 9.494, por ter natureza de norma instrumental material, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, não se aplica aos processos em curso* (Precedente: REsp nº 441.003-RS, rel. MIN. HAMILTON CARVALHIDO, DJ DE 09/09/2002). Recurso não conhecido." (STJ, Quinta Turma, REsp 463.896/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 19/11/2002, DJ 24/02/2003, p. 295) *(grifamos)*; "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/01. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA NOS PROCESSOS JÁ EM CURSO.
I – São cabíveis embargos declaratórios quando houver na decisão embargada qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do *decisum* embargado. Inviáveis, entretanto, para a rediscussão de matéria já exaustivamente apreciada. II - No que se refere à Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-D ao texto da Lei nº 9.494/97, ressalte-se que a mesma não foi objeto de apreciação pelo v. acórdão *a quo*, pelo que não pode ser debatida nesta via especial, à míngua do necessário prequestionamento (Súm. 282 e 356 do STF), sendo defeso ao embargante suscitar, agora, a ocorrência de fato superveniente, com fundamento no art. 462 do Código de Processo Civil. III – Ademais, *a referida Medida Provisória, por ter natureza de norma instrumental material, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, não se aplica aos processos em curso.* (Precedentes) Embargos rejeitados." (STJ, Quinta Turma, EDcl nos EDcl no REsp 423.678/RS, rel. Felix Fischer, j. 07/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 369) *(grifamos)*

Book_RMP-81.indb 196 14/12/2021 12:30:45

Observe que o entendimento de que se deve aplicar o regramento do art. 85 do CPC à sentença proferida na vigência do CPC-2015 (ainda que a ação tenha sido ajuizada sob o CPC-1973) colide frontalmente com o entendimento consolidado no referido enunciado administrativo n. 7. Fosse assim, toda e qualquer decisão sobre recurso publicada sob a vigência do CPC-2015 deveria, igualmente, condenar o recorrente/vencido ao pagamento de honorários sucumbenciais recursais, ainda que seu recurso fosse anterior à vigência do novo Código.

No entanto, ao definir que apenas o recurso interposto na vigência do CPC-2015 está sujeito à incidência dos honorários sucumbenciais recursais, o STJ demonstra perceber que o momento em que é praticada a conduta causadora do litígio recursal (exercício da pretensão mediante interposição da demanda recursal) é determinante para definição das consequências jurídicas a que está sujeita: se anterior ao CPC-2015, não se aplica o art. 85, §11; se posterior, aplica-se o dispositivo.

4.5. Conclusão do ponto

Como conclusão desse ponto, podemos dizer que a construção, amplamente consolidada, segundo a qual é a sentença que "faz surgir" o direito aos honorários desconsidera o exercício cognitivo que o magistrado faz ao reconhecer e impor o dever de pagar honorários. Esse pensamento negligencia que o juiz, para definir a responsabilidade pelos honorários, precisa necessariamente voltar os olhos para o passado, encontrando ali o fundamento para a condenação de uma das partes em disputa.

A causalidade não se dá *na sentença*. A causalidade se dá no passado, necessariamente *antes* da sentença – que não é mais que um produto dessa causalidade. O fato (conduta causadora do processo) está no passado. O que o juiz faz é interpretá-lo à luz do resultado que ele gerou. Essa relação entre passado e presente precisa ficar bem definida para que se possa compreender a impossibilidade de se aplicar a uma conduta passada uma consequência jurídica somente prevista em norma superveniente.

5. O custo do processo como parâmetro para o exercício do direito de ação e o momento de análise do risco financeiro da derrota processual

5.1 O risco financeiro da derrota processual

O ordenamento constitucional prevê, como direito fundamental, o *acesso à justiça* (CF, art. 5º, XXXV). Sucede que o efetivo acesso à justiça não raro encontra empecilhos relevantes e de variadas espécies. Um deles é o *custo do processo*[25]: para

[25] "*Custo do processo* é a designação genérica de todas as verbas entre as quais se distribuem os recursos financeiros a serem despendidos no processo. Engloba as *despesas processuais* e *honorários advocatícios*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 742-743). Sobre a relevância do custo do processo para o efetivo acesso à justiça, ver: CAPPELLETTI,

Book_RMP-81.indb 197 14/12/2021 12:30:45

demandar em juízo, é preciso considerar o *ônus financeiro* – o valor das taxas judiciárias, das despesas processuais, dos honorários do próprio advogado e os honorários eventualmente devidos ao advogado da parte contrária, em caso de derrota com imputação de causalidade. *"O processo custa dinheiro"*[26].

A deflagração de uma demanda judicial é, portanto, atitude que pressupõe uma decisão da parte sobre o custo do processo: ciente de que o processo custa dinheiro, a parte *decide* assumir o risco financeiro de contratar advogado para a defesa dos seus interesses e eventualmente perder o processo, suportando o prejuízo da contratação; *decide* assumir o risco de antecipar as despesas do processo apostando no reembolso ao final, a ser suportado pela parte contrária; e também *decide* assumir o risco de, eventualmente, pagar ao advogado da outra parte os seus honorários, caso seja derrotado ou considerado causador do litígio.

O parâmetro de que a parte dispõe para tomar essa decisão não é outro senão o *cenário normativo vigente*. É com base nos negócios celebrados (caso haja negócios sobre custos do processo, por exemplo), nos *precedentes judiciais* e na *lei vigente à época* que a parte decide se exerce, ou não, a sua pretensão, deflagrando uma ação judicial. O risco financeiro da derrota também é considerado por quem resiste à pretensão, ou por quem ameaça resistir à pretensão, levando o outro a deflagrar uma ação judicial contra si.

5.2. O CPC-2015 e o agravamento do risco financeiro da derrota processual

O CPC-2015 confere aos honorários de sucumbência um tratamento muito minucioso e objetivo. Basta ver que o art. 85, que regulamenta o assunto, tem dezenove parágrafos, alguns deles desdobrados em vários incisos. Nesse aspecto, difere substancialmente do CPC-1973, que era bem lacônico quanto ao assunto e dava ao magistrado uma margem muito ampla de discricionariedade para a fixação de honorários.

O CPC-1973 permitia que, numa grande quantidade de casos, os honorários fossem fixados por equidade – ou seja, segundo critérios muito subjetivos. À exceção das decisões que impusessem o dever de pagar quantia, caso em que os honorários deveriam ser fixados entre 10% e 20% do valor da condenação (CPC-1973, art. 20, §3º), nas demais hipóteses os honorários deveriam ser fixados por equidade, inclusive quando vencida a Fazenda Pública (CPC-1973, art. 20, §4º).

Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31 e seguintes.

[26] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 742.

Book_RMP-81.indb 198 14/12/2021 12:30:45

O CPC-2015 admite a fixação de honorários por equidade, mas isso se dá em hipóteses bem restritas (CPC, art. 85, §8º)[27-28]. A regra geral passou a ser a da fixação dos honorários entre 10% e 20% do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou do valor atualizado da causa – necessariamente nessa ordem (CPC-2015, art. 85, §2º)[29]. O CPC vigente estabeleceu, ainda, para os casos envolvendo a Fazenda Pública, um regramento específico e objetivo (CPC-2015, art. 85, §§ 3º, 4º e 5º), o que tem repercussão prática significativa, uma vez que os entes públicos estão listados entre os principais litigantes habituais do país[30].

O tratamento minucioso e objetivo que o CPC-2015 deu aos honorários de sucumbência terminou por agravar muito o risco financeiro da derrota. Ser derrotado numa demanda judicial julgada à luz do CPC-2015 é muito mais grave do que era ser derrotado numa demanda judicial à luz do CPC-1973. Esse é, aliás, um aspecto positivo do CPC-2015, porque, com isso, se pretende inibir a litigância irresponsável.

O voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes nos Embargos de Declaração em Ação Originária n. 506 (AO 506 ED) revela, em números, a diferença do tratamento dado pelos diplomas legislativos de 1973 e de 2015 a uma mesma situação. Vale a pena transcrevê-lo, nessa parte:

---

[27] CPC, art. 85. [...] §8º "Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do §2º". Enunciado n. 6 do Conselho da Justiça Federal. "A fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no §8° do art. 85 do CPC".

[28] Não há autorização, como se vê, para que o juízo de equidade seja utilizado quando o proveito econômico for *muito alto* (nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da; TERCEIRO NETO, João Otávio A fixação de honorários de sucumbência por equidade nos casos de "valor excessivo": uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2021, vol. 311, ano 46, p. 301-320). Mas o STJ já deu ao §8º sentido diverso, entendendo a aplicável o juízo de equidade também nos casos de valor excessivo (nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 1789913/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12/02/2019, DJe 11/03/2019; STJ, 2ª Turma, AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1807495/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10/09/2019, DJe 19/09/2019; STJ, 1ª Turma, REsp 1795760/SP, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 21/11/2019, DJe 03/12/2019).

[29] O STJ já decidiu que "o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo [...] ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria." (STJ, Segunda Seção, REsp 1746072/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, j. 13/02/2019, DJe 29/03/2019)

[30] O diagnóstico "100 maiores litigantes", feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2012, com dados colhidos em 2011, revela que os entes públicos e as instituições financeiras estão entre os maiores litigantes habituais do país. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf >. Acesso em 7 fev. 2021.
Embora se trate de dados coletados há uma década, há razões para acreditar que eles ainda guardam alguma atualidade: conforme o diagnóstico "Justiça em números 2020", também do CNJ, os temas envolvendo Direito previdenciário e Direito administrativo (e outras matérias de Direito público) estão entre os 5 assuntos mais recorrentes na Justiça Federal (todas as 5 primeiras posições são ocupadas por temas de Direito público ou de Direito previdenciário); além disso, os temas envolvendo Direito tributário estão na 3ª colocação entre os 5 assuntos mais recorrentes na Justiça Estadual. Quando o recorte é feito nas varas de primeiro grau (com exclusão, portanto, do sistema de juizados especiais), observa-se que os temas de Direito público ocupam 4 das 5 posições entre os assuntos mais demandados na Justiça Federal e 2 das 5 posições entre os assuntos mais demandados na Justiça Estadual. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em 7 fev. 2021.

Book_RMP-81.indb 199 14/12/2021 12:30:46

> Relembre-se que, sob a sistemática do antigo CPC/73, pouco importava o valor da causa ou o proveito econômico, ante a incidência do § 4º do art. 20 daquele estatuto, de maneira que a fixação dos honorários advocatícios, quando vencida a Fazenda Pública, não se sujeitava aos limites de 10% a 20%, consoante remansosa jurisprudência desta Corte:
> [...]
>
> O comando do § 4º do art. 20 do CPC era claro em apontar que, nas ações que possuíssem conteúdo patrimonial inestimável ou que fosse vencida a Fazenda Pública, os honorários seriam fixados em quantia certa, observadas as balizas do § 3º do mesmo artigo, sem qualquer sujeição aos limites de 10% a 20%.
>
> Por outro lado, sob a sistemática do CPC/2015 e considerando que o valor da causa é de R$ 5.000.000,00, corrigido até esta data pelo IPCA-E, atinge por volta de R$ 16.827.899,50, nos termos do § 5º do art. 85, sendo a Fazenda Pública vencida, a fixação do percentual deve observar a faixa inicial prevista no inciso I do § 3º do art. 85 e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.
>
> No caso dos autos, o cálculo seria da seguinte forma:
>
> - 10% sobre o valor da condenação até 200 salários-mínimos – atualmente R$ 187.400,00 –, cujo valor equivale a R$ 18.740,00;
> - 8% de R$ 1.686.599,00 – diferença entre R$ 187.401,00 e R$ 1.874.000,00 –, cujo valor equivale a R$ 134.927,92;
> - 5 % de R$ 14.953.898,50 – diferença entre R$ 1.874.001,00 e R$ 16.827.899,50 –, cujo valor equivale a R$ 747.694,92;
>
> Assim, o valor total dos honorários, sob o prisma do CPC/15, alcançaria quase R$ 1 milhão de reais (por volta de R$ 901.362,84), ao passo que, na linha do CPC/73, não se levaria matematicamente em conta o valor da causa ou do proveito econômico obtido pela parte vencedora.

Como se vê, um caso que envolvesse a Fazenda Pública e tivesse proveito econômico de cerca de R$ 16 milhões dificilmente ensejaria a condenação em honorários de cerca de R$ 900 mil sob a égide do art. 20, §4º, do CPC-1973. Os honorários seriam fixados por equidade e, na praxe forense, era muito comum que o valor final ficasse abaixo disso. Já sob o CPC-2015, o mesmo caso estaria sujeito à incidência de regras objetivas de fixação de honorários, dando ensejo a crédito de honorários de cerca de R$ 900 mil.

Book_RMP-81.indb 200 14/12/2021 12:30:46

Temos ainda outro exemplo. Num caso específico a que tivemos acesso em razão do exercício da advocacia privada, o autor deflagrou, na vigência do CPC-1973, demanda cível contra ente público pleiteando o pagamento de indenização no valor de R$ 10 milhões. A sentença, proferida na vigência do CPC-2015, acolheu parcialmente o seu pedido, condenando o réu a pagar-lhe R$ 40 mil; em razão da significativa derrota quanto a tudo mais, porém, condenou o autor a pagar aos advogados da União honorários fixados em cerca de R$ 700 mil, aplicando o regramento do art. 85, §3º, do CPC-2015.

Em ambos os casos, os honorários calculados segundo as regras do CPC-2015 se mostram expressivos; se tivessem de ser calculados segundo as regras do CPC-1973, o seu valor seria apurado segundo um juízo de equidade – e, embora pudessem, por equidade, ser fixados em qualquer quantia (inclusive em R$ 900 mil e R$ 700 mil, respectivamente, ou mesmo mais do que isso), na prática eram usualmente fixados em valores bem menores.

Esses exemplos parecem suficientes para demonstrar que há razões concretas para afirmar que o risco financeiro da derrota processual foi sensivelmente agravado pelo CPC-2015, em relação ao que vigia sob o CPC-1973. Essa constatação é importante para a sequência dos nossos fundamentos.

5.3. Calculabilidade das consequências jurídicas decorrentes de atos praticados no passado: o princípio da segurança jurídica e a vedação à decisão-surpresa

Humberto Ávila afirma, com razão, que o direito "não pode ser retroativo, pelo simples fato de que o homem não pode ser guiado por uma norma que não existia na época da sua ação"[31].

A segurança jurídica impõe respeito à *previsibilidade/calculabilidade* quanto à eficácia futura de novas regras jurídicas, na medida em que, como ensina o citado autor, "a segurança jurídica garante o direito de o particular [...] conhecer, hoje, o Direito de amanhã, *antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado*"[32].

Ávila explica mais detidamente que *calculabilidade* "no sentido aqui estipulado, não concerne à antecipação de acontecimentos, mas, em vez disso, à capacidade de antecipar, em medida razoável de profundidade e extensão, as consequências jurídicas que o ordenamento jurídico determina que sejam implementadas. *Não se antecipa o futuro, mas o sentido normativo do presente no futuro ou, mais tecnicamente, o sentido normativo da ação ou da inação praticadas no presente por uma decisão a ser proferida no futuro*"[33].

[31] ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 425.
[32] ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 139, grifamos.
[33] ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186, grifamos.

Book_RMP-81.indb 201 14/12/2021 12:30:46

Ao estimar os riscos da disputa, a parte que deu causa ao ajuizamento de um processo ainda na vigência do CPC-1973 não tinha como *prever/calcular* que à sua conduta seriam aplicadas as consequências jurídicas decorrentes de norma posterior, como decidido no EAREsp n. 1.255.986/PR, que estabeleceu a *sentença* como marco temporal para a determinação do regramento sobre honorários aplicável.

A análise dos riscos leva em consideração, necessariamente, o cenário legislativo e jurisprudencial vigente *no momento* em que se pratica a conduta que dá causa ao processo. Considerando que o CPC-2015 agravou o risco financeiro da derrota em relação ao que acontecia quando vigente o CPC-1973, é relevante saber se a conduta que deu causa ao processo foi praticada sob o CPC-2015 ou sob o CPC-1973, porque é isso que define a matriz de risco assumida pelas partes em disputa.

Partindo dos números expostos no item anterior, é preciso enfrentar o seguinte questionamento: a parte que resolveu demandar contra, por exemplo, a Fazenda Pública na vigência do CPC-1973 podia, legitimamente, esperar que, considerando a regra então vigente – art. 20, §4º, que falava em equidade como critério de fixação de honorários em caso de improcedência – e considerando o que normalmente acontecia nos julgamentos de casos envolvendo valores semelhantes ou mais expressivos, eventual condenação em honorários sucumbenciais, em caso de derrota sua, não alcançaria patamares tão altos, como R$ 700 mil ou R$ 900 mil?

Sim: os cenários legislativo e jurisprudencial então vigentes permitiam calcular que eventual derrota não geraria ônus tão expressivo quanto o que se estabeleceu com a superveniência do CPC-2015.

É preciso, sob essa perspectiva, levar em consideração o princípio da segurança jurídica. A decisão judicial que impõe condenação em honorários num valor significativamente maior que o que se esperava e se praticava segundo a lei anterior, sob cuja vigência a demanda foi deflagrada, afeta a *exigência de calculabilidade* das mudanças normativas (ou da interpretação que se dá às mudanças legislativas), atributo específico do princípio da segurança jurídica.

Nas palavras de Humberto Ávila:

> A exigência de calculabilidade [...] não impede mudanças. Ela apenas é contrária a um tipo de mudança que fuja ao espectro material e temporal de consequências antecipáveis pelo contribuinte e que termine por frustrar a confiança daqueles que, com apoio nas normas jurídicas então em vigor, tomaram decisões, adotaram condutas, optaram por um tipo de negócio, e assim por diante
>
> [...]
>
> Sendo assim, o que a exigência de calculabilidade por meio da continuidade do ordenamento jurídico afasta são mudanças bruscas e drásticas. Bruscas são aquelas alterações que não são, de modo algum, antecipáveis e que, por isso mesmo, surpreendem

Book_RMP-81.indb 202 14/12/2021 12:30:46

> o destinatário, que com aquelas não contava, nem podia contar. Drásticas são aquelas mudanças que, embora antecipáveis quanto à ocorrência, são bastante intensas nos seus efeitos. Nesse sentido, a calculabilidade impede não apenas as mudanças bruscas, ainda que não drásticas, mas igualmente as alterações drásticas, mesmo que não bruscas.[34]

A decisão judicial que aplica à parte a consequência jurídica da lei nova para regular situação de fato passada termina por *surpreender*, impondo à parte um dever ao qual nunca arriscou submeter-se. Trata-se de risco demasiadamente maior que aquele assumido ao tempo da propositura da demanda – algo surpreendente, porque imprevisto e imprevisível.

Estranha o fato de o acórdão do EAREsp n. 1.255.986/PR, ao tratar da segurança jurídica e da não surpresa, citar e transcrever exatamente o voto do Min. Gilmar Mendes na AO 506 ED.

Sucede que o referido voto leva a uma conclusão *oposta* àquela alcançada pelo STJ no EAREsp n. 1.255.986/PR, na medida em que trata do princípio da segurança jurídica exatamente sob a ótica que aqui propomos, ao afirmar que, "quando se ingressa com a demanda, tem-se a previsibilidade dos ônus processuais, entre os quais se incluem os honorários advocatícios, de acordo com a norma em vigor no ajuizamento da demanda".

Observe que a referida AO 506 foi ajuizada sob a égide do CPC-1973 e foi julgada sob a égide do CPC-2015[35] – portanto, a premissa estabelecida no EAREsp n. 1.255.986/PR *não havia sido aplicada* pelo STF. Segundo a premissa do STJ, deveriam ser aplicadas as regras de honorários do CPC-2015, já que a "sentença" (no caso, o primeiro ato decisório do processo) foi proferida sob o diploma atual. Mas o STF aplicou, em 2017, as regras de honorários do CPC-1973, porque aquele era o diploma vigente quando do ajuizamento da demanda e por entender que "há direito de o ente público [vencido, no caso] não se sujeitar à mudança dos custos processuais de forma pretérita"[36].

No caso específico da AO 506, se fossem aplicadas as regras do CPC-2015, a condenação em honorários deveria ser de mais de R$ 900 mil. Aplicando as regras do CPC-1973, o STF, por equidade, fixou os honorários em R$ 50 mil[37].

---

[34] ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 613.

[35] Isso está no próprio voto do Min. Gilmar Mendes: "ajuizada ação popular em 2.1998 e julgada apenas em 8.2017".

[36] Acrescentamos a informação entre colchetes.

[37] Eis a conclusão do ponto: "Portanto, aplicando as normas do antigo Estatuto Processual Civil à fixação das verbas sucumbenciais, arbitro o valor total dos honorários da presente ação cível originária na quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na forma do art. 20, § 4º, do CPC/73, a ser custeado igualmente entre os réus, mantendo-se, entretanto, a natureza solidária (art. 23 do CPC/73 e §2º do art. 87 do CPC/15 c/c arts. 264 e 283 do Código Civil)".

Book_RMP-81.indb 203 14/12/2021 12:30:46

5.4. O entendimento do STJ deixa o jurisdicionado encurralado

Alguém dirá que, com a superveniência do CPC-2015, e considerando os novos riscos relacionados ao regramento da sucumbência, podem as partes (ou uma delas) abdicar da disputa, *desistindo* do processo, *renunciando* ao seu direito ou *reconhecendo* o direito do outro. Se não o fizeram, então é porque assumiram esses novos riscos financeiros da derrota.

Em primeiro lugar, *o raciocínio é extremista*, por impor ao jurisdicionado o ônus de, num átimo, decidir por abrir mão da disputa apenas pelo receio da majoração dos custos decorrentes. Em segundo lugar, *o raciocínio é inútil*, porque o sujeito que desiste, renuncia ou reconhece tem idêntico dever de pagar honorários (CPC, art. 90) – que, veja só, devem ser fixados segundo o CPC-2015.

Ou seja: aquele que pautou a sua conduta considerando o risco financeiro da derrota processual num determinado contexto fica *sem saída*, não podendo nem mesmo desistir, renunciar ou reconhecer, porque aí teria que pagar os honorários ao advogado da contraparte (CPC, art. 90).

Trata-se, pois, de entendimento que não deixa alternativa à parte: sobrevindo o CPC-2015 e não tendo havido sentença em seu processo, resta-lhe *submeter-se* a um risco (outrora inexistente e nunca assumido) de, sendo vencida, ter que pagar ao advogado da contraparte honorários fixados segundo critérios de quantificação bem mais graves do que aqueles aplicáveis quando vigente o CPC-1973.

O pior de tudo é que esse incremento de risco não foi criado pela parte, nem pode ser minimizado por ela, que não tem qualquer controle quanto ao momento em que o processo vai ser decidido.

No julgamento da AO 506 ED, o Min. Gilmar Mendes faz um interessante paralelo com o enunciado n. 106 da Súmula do STJ[38]: "ajuizada ação popular em 2.1998 e julgada apenas em 8.2017, *mutatis mutandis*, aplica-se a *ratio essendi* da Súmula 106 do STJ, no sentido de que o jurisdicionado não pode ser prejudicado por atraso no mecanismo judiciário de impulsionar – que inclui, por obviedade, decidir – sua demanda".

A se considerar, pois, a *sentença* como marco temporal para aplicação de um sistema de regras muito mais grave, do ponto de vista financeiro, para demandas deflagradas na vigência do CPC-1973, está se impondo às partes em disputa um risco financeiro por elas não assumido, sem que tenham qualquer controle quanto o momento de ocorrência desse marco temporal e sem que possam fazer nada para se livrar do incremento de risco.

É isso: transforma-se o processo numa *armadilha*. O absurdo da situação demonstra o equívoco da premissa.

---

[38] Enunciado n. 106 da Súmula do STJ. "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência".

Book_RMP-81.indb 204 14/12/2021 12:30:46

6. O marco temporal proposto: a demanda (inicial, reconvencional, recursal ou executiva)

A identificação da conduta causadora do processo pode ser uma tarefa difícil, uma vez que exige o exame de todos os eventos – necessariamente pré-processuais – que desaguaram na deflagração da demanda judicial. Esse exame, além de trabalhoso, seria pouco produtivo para a solução do problema. Não raro, o que leva ao processo não é *uma* conduta, mas *um conjunto* de condutas, ou então uma conduta *reiterada*, que se prolonga no tempo.

O que nos parece claro é que, ainda que possam existir outras condutas pré-processuais que tenham contribuído para a deflagração do processo, há uma conduta que, com certeza, e de modo bem objetivo, deflagra o processo (causa eficiente): o *ato de demandar*.

Esse é, pois, o nosso parâmetro objetivo: a demanda.

Mas não falamos apenas da demanda que deflagra inicialmente o processo. Falamos também da demanda reconvencional, que aporta novo pedido ao objeto litigioso, e das demandas recursal e executiva, que deflagram novas fases do procedimento.

Portanto, entendemos que o marco temporal para identificação da regra de honorários incidente deve ser sempre *o momento da demanda*, mas não necessariamente, e para todo o processo, o momento da demanda *inicial*.

O marco temporal deve ser: a) o momento da demanda inicial, para os honorários sucumbenciais relacionados à demanda inicial; b) o momento da demanda reconvencional, se houver, para os honorários sucumbenciais relacionados à demanda reconvencional (CPC, art. 85, §1º); c) o momento da demanda recursal, para saber se são, ou não, devidos os honorários sucumbenciais recursais (CPC, art. 85, §11; STJ, Enunciado administrativo n. 7[39]); d) o momento da demanda executiva, para os honorários sucumbenciais vinculados ao cumprimento provisório e definitivo de sentença (CPC, art. 85, §1º).

Note que consideramos a demanda, objetivamente, como sendo a conduta causadora do processo (ou de uma específica fase do procedimento). Isso não significa, porém, que consideramos *o demandante* como causador. Saber quem é o causador é algo a ser analisado na decisão, como premissa para a condenação em honorários sucumbenciais – normalmente, já o vimos, o causador é o vencido.

Vencido o demandante, presume-se que foi ele o causador da disputa que levou a uma demanda indevida; vencido o demandado, presume-se que foi ele o causador da disputa que levou o demandante a formular uma demanda devida.

Mas o parâmetro deve ser sempre a demanda – único evento certo, objetivo e facilmente identificável como causador do processo (ou de uma específica fase do procedimento).

[39] Sobre o tema da sucumbência recursal, ver o AgInt nos EAREsp 762.075/MT, rel. Min. Felix Fischer, rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. 19/12/2018, DJe 07/03/2019.

Book_RMP-81.indb 205 14/12/2021 12:30:46

7. Esclarecimento: não defendemos direito adquirido a regime jurídico

Vale, por fim, um alerta: não defendemos aqui direito adquirido a regime jurídico[40].

Não defendemos a imutabilidade das regras de incidência ou de quantificação dos honorários sucumbenciais, nem tampouco a inaplicabilidade total de tais novas regras ao processo que se iniciou sob vigência do CPC-1973, mas que ainda não havia sido concluído quando da entrada em vigor do CPC-2015.

Uma das acepções da segurança jurídica é a *confiabilidade*, assim entendida como a "exigência de 'estabilidade na mudança', isto é, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade"[41].

Humberto Ávila ensina que "a segurança jurídica apenas estabelece exigências relativamente à transição do Direito passado ao Direito futuro. Não uma imutabilidade, portanto, mas uma estabilidade ou racionalidade da mudança, que evite alterações violentas"[42].

O regime jurídico relativo aos deveres da sucumbência pode perfeitamente mudar durante a tramitação do processo. A questão é que esse novo regime somente pode ser aplicado prospectivamente, isto é, à conduta praticada dali em diante.

Se a demanda inicial é anterior à mudança do regime, aplica-se a ela o regime vigente à época em que foi proposta. Mas à demanda recursal ou executiva proposta já sob o regime novo deve ser aplicado, naturalmente, o regime novo. Dessa forma, é possível que, num mesmo processo, haja incidência de regimes distintos relativos aos honorários sucumbenciais. Tudo vai depender de qual é a conduta (demanda) considerada no momento da avaliação da causalidade, para fins de imposição do dever de pagar honorários.

Assim, por exemplo, se a sentença julga improcedente, na vigência do CPC-2015, uma demanda iniciada na época do CPC-1973, isso sugere que o autor foi o causador do processo, razão por que ele deve pagar honorários segundo as regras vigentes ao tempo da demanda inicial (portanto, as regras do CPC-1973).

Se esse autor interpõe apelação e o seu recurso é desprovido, isso sugere que, além de causador do processo, ele é causador também dessa nova fase do procedimento (a recursal), razão por que ele deve pagar honorários sucumbenciais recursais, segundo as regras vigentes ao tempo da demanda recursal (CPC-2015).

Se, porém, esse autor interpõe apelação e o seu recurso é provido, para reformar a sentença e consolidar a sua vitória no processo, isso sugere que, diferentemente do que dissera a sentença, o causador do processo foi o réu, algo que só foi possível perceber na fase recursal. Por essa razão, o réu, ali recorrido, deve pagar honorários segundo as regras vigentes ao tempo da demanda inicial (portanto, as regras do

---

40 STJ, Corte Especial, Edcl na MC 17411/DF, rel. Min. Bendito Gonçalves, j. 20/11/2017, DJe 27/11/2017.
41 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138.
42 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138.

Book_RMP-81.indb 206 14/12/2021 12:30:46

CPC-1973), e não segundo as regras vigentes ao tempo da demanda recursal, porque o que o tribunal fez, ao analisar e dar provimento à apelação, foi um juízo acerca da própria causalidade *do processo*.

Isso tudo é coerente com o que defendemos neste ensaio, no sentido de que (i) as regras sobre honorários, por sancionarem a causalidade, devem ser aquelas vigentes não no momento em que foi proferida a sentença, mas no momento em que a conduta causadora foi praticada; (ii) é nesse momento que se calculam os riscos financeiros da derrota, segundo os critérios então vigentes; e (iii) a possibilidade de adoção de mais de um regime de honorários num mesmo processo, desde que de forma prospectiva, para atingir as condutas futuras, é consentânea com a natureza material e processual das regras sobre honorários.

8. Conclusão

Como conclusão, entendemos que é equivocada a solução construída no julgamento do EAREsp n. 1.255.986/PR, e amplamente consolidada no STJ, no sentido de que é a *sentença* (ou o pronunciamento judicial correspondente nos casos de competência originária dos tribunais) que determina quais as regras que devem presidir a deliberação judicial acerca dos honorários sucumbenciais.

Parece-nos mais correto considerar a *demanda* como o marco temporal adequado para a definição das regras aplicáveis, de modo que, se a demanda foi deflagrada na vigência do CPC-1973, incidem as regras do CPC-1973, ainda que a sentença seja proferida na vigência do CPC-2015.

Por demanda devem ser compreendidas tanto a demanda inicial, aquela que deflagra o processo, quanto as demandas reconvencional, recursal e executiva. O marco temporal para definir as regras aplicáveis aos honorários sucumbenciais relacionados à reconvenção é o momento de formulação de demanda reconvencional; já os honorários sucumbenciais recursais e executivos têm por referência o momento de formulação das demandas recursal e executiva, respectivamente.

Assim compreendemos porque o direito aos honorários não "nasce" da sentença; a sentença apenas o reconhece e impõe, à luz da análise da conduta das partes em disputa e após identificação de quem praticou a conduta que deu causa ao processo ou à fase do procedimento (no caso das demandas recursal e executiva). Ao deliberar sobre o dever de pagar honorários sucumbenciais, o magistrado necessariamente busca, *no passado*, o fundamento dessa condenação. Daí a necessidade de que seja aplicada não a lei vigente ao tempo da sentença, mas a lei vigente no momento em que praticada a conduta que dá causa ao dever de pagar honorários.

Por outro lado, é nesse momento do passado que a parte decide quais os riscos financeiros que quer assumir na disputa; essa decisão é tomada à luz do cenário jurisprudencial e legislativo então vigente. Não se pode admitir que a parte seja surpreendida por um cenário legislativo novo e bem mais grave que aquele com base em que decidiu entrar na disputa, principalmente se (i) o critério para definição

Book_RMP-81.indb 207 14/12/2021 12:30:46

do cenário legislativo aplicável depender do momento em que proferida a sentença, ato processual sobre cuja prática a parte não tem qualquer controle, e (ii) a parte não puder fazer nada para se livrar do incremento de risco financeiro decorrente do regramento novo.

Nesse aspecto, a opção pela sentença como marco temporal para definição do regramento aplicável não concretiza, como a princípio se diz, a segurança jurídica. Ao contrário, a segurança jurídica é vulnerada, já que essa opção (a) admite a aplicação retroativa de lei nova e mais grave para determinar as consequências jurídicas de conduta praticada no passado e (b) desconsidera os riscos assumidos pela parte quando decidiu pela disputa, surpreendendo-a com consequências mais graves do que aquelas previamente assumidas.

Embora a questão esteja de certa forma consolidada no STJ, pensamos que ainda há espaço para o debate e para a construção de uma solução melhor e mais consentânea com a segurança jurídica. Há decisões anteriores do próprio STJ, em temas afins, que guardam consonância com a tese aqui defendida e que foram desconsideradas na solução dada ao EAREsp n. 1.255.986/PR. Há também decisões do STF que estão em linha com o que aqui defendemos.

Esperamos, ao menos, que essas linhas permitam uma revisitação do tema.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; TERCEIRO NETO, João Otávio. A fixação de honorários de sucumbência por equidade nos casos de "valor excessivo": uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2021, vol. 311, ano 46.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II.

Book_RMP-81.indb 208 14/12/2021 12:30:46

Agente de Contratação como expoente de Governança na nova Lei de Licitações

Marcela do Amaral B. de Jesus Amado*

Sumário

1. Introdução. 2. O agente público. 2.1. Princípio da Segregação de Funções. 3. O Agente de Contratação. 4. Governança pública na Lei n° 14.133/2021. 5. O papel do agente de contratação como expoente de governança. 6. Considerações finais. Referências.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar o papel do Agente de Contratação introduzido no mundo jurídico pela Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021, no estabelecimento de práticas de governanças na Administração pública. Para tanto, utilizar-se-á da metodologia de revisão bibliográfica com abordagem qualitativa. A nova lei de licitações encampou vários conceitos de governança, a serem concretizados pela alta de administração do órgão ou instituição, contudo, a medida somente será efetiva se concretizada nos procedimentos licitatórios por quem a conduz: o agente de contratação, servidor do quadro efetivo ou empregado público permanente, com habilidade técnica para a função. Esse é um dos principais desafios da administração pública, nos próximos dois anos, estruturar-se para tornar as diretrizes de governança do legislador, lugar-comum nas contratações públicas.

Abstract

This paper aims to analyze the role of the Hiring Agent introduced in the legal world by Law nº 14.133, of April 1, 2021 in the establishment of governance practices in public administration. For that, we will use the methodology of bibliographic review with a qualitative approach. The new bidding law took on board several concepts of governance, to be materialized by the top management of the agency or institution, however, the measure will only be effective if carried out in the bidding procedures by those who conduct it: the contracting agent, staff member permanent public employee, with technical skill for the function. This is one of the main challenges for public administration, in the next two years, to structure itself to make the governance guidelines of the legislator, commonplace in public contracts.

* Mestre em Direito – Justiça Administrativa, Faculdade de Direito, Núcleo de Ciências do Poder Judiciário, NUPEJ, Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Book_RMP-81.indb 209 14/12/2021 12:30:46

Palavras-chave: Licitação. Agente de Contratação. Governança.

Keywords: *Bidding. Contracting Agent. Governance.*

1. Introdução

A Lei Federal nº 14.133/2021 substituirá, nos próximos 2 anos (artigo 193, II), de forma definitiva a Lei nº 8.666/93. Por ora, a Administração pública deve organizar seus recursos materiais e humanos para, dentro desse prazo, cumprir o determinado pelo Legislador.

Entre as inovações trazidas merece destaque a figura do agente de contratação que, nos termos da lei, é a pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação,[1] ou seja, sob seu comando direto se desenvolverá todo processo licitatório.

Nesse sentido, mostra-se fundamental compreender o papel que esse servidor público terá na garantia do cumprimento das normas, no balizamento ético e na probidade das licitações, sobretudo quando a ideia de governança, *compliance* e integridade são explicitamente incorporadas às contratações públicas, atividade estatal sensível, ponto de grande vulnerabilidade à corrupção.

Para tanto, a partir da revisão bibliográfica com abordagem qualitativa, será feita uma correlação entre uma análise da disciplina legal da atuação dos servidores públicos na nova lei, as funções que serão desempenhadas pelo agente de contratação e sua responsabilidade como gestor imediato da lisura do processo.

2. O agente público

A Lei nº 14.133/2021 em seu capítulo IV disciplina, em linhas gerais, o trabalho do agente público nas contratações e indica flagrante preocupação com a capacidade técnica e atuar ético, lícito e honesto dos mesmos.

De início, na esteira da tendência[2] de adoção de conceitos afetos à iniciativa privada, o legislador indica que a autoridade máxima do órgão ou entidade, ou quem a norma indicar, deverá promover gestão por competência, o que já sinaliza para a necessidade de prestigiar a obtenção de resultados no fazer público.

De acordo com a teoria organizacional, competência representa não somente um conjunto de qualificações que o indivíduo detém, mas também sua capacidade

[1] BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, artigo 6º, LX.
[2] Movimento que começa a ganhar a força em 2004 no evento "Gestão por Competências em Organizações de Governo" organizada pela Escola Nacional de Administração Pública – ENAP.

Book_RMP-81.indb 210 14/12/2021 12:30:46

de colocar em prática o que se sabe e gerar resultado, a junção de conhecimento, habilidades e atitudes, destinadas à consecução de determinado propósito[3].

O conceito não é novo no setor público. Ainda em 2006, o Decreto Federal nº 5.707[4] instituiu as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal, tendo como uma das finalidades a adequação das competências dos servidores aos objetivos de cada instituição. Este decreto compreende a gestão por competência como a "gestão da capacitação orientada para o desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição".

Assim, o legislador passa a exigir, em primeiro lugar, um comprometimento específico da autoridade máxima do órgão na escolha de um profissional hábil, capacitado tecnicamente e que tenha atributos fundamentais para o sucesso de qualquer empresa e que agora são explicitamente exigidos no setor público[5] em suas contratações.

Nessa linha de ideias, os agentes públicos que desempenharão as funções essenciais à execução devem ser preferencialmente servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração. A estabilidade no cargo tem por função garantir a autonomia do servidor, logo, a "preferência" ora analisada deve ser regra, afastada somente de forma motivada e excepcional.

Mas não basta que o servidor seja preferencialmente efetivo, importante que seja preparado, com formação compatível ou qualificação específica atestada por certificação profissional emitida por escola de governo[6].

De certo, a adoção dessa medida por Municípios menores poderá apresentar um verdadeiro desafio, considerando a dificuldade em conciliar qualificação e remuneração. Assim, o legislador atribuiu expressamente aos Tribunais de Contas a missão de promover eventos de capacitação para os servidores, seja por cursos presenciais e a distância, ou mesmo por redes de aprendizagem, seminários e

---

[3] BRANDÃO, Hugo Pena; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Gestão de competências e gestão de desempenho: tecnologias distintas ou instrumentos de um mesmo construto? RAE - Revista de Administração de Empresas / EAESP / FGV, São Paulo, Brasil, p. 09. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rae/v41n1/v41n1a02. Acessado em: 18 maio 2021.

[4] Revogado pelo Decreto nº 9.991/2019, modificado pelo Decreto nº 10.506/2020.

[5] Diversas empresas têm recorrido à utilização de modelos de gestão de competências, objetivando planejar, selecionar e desenvolver as competências necessárias ao respectivo negócio. Um modelo sugerido por Ienaga (1998) tem como passo inicial a identificação do gap (lacuna) de competências da organização, como mostra a Figura 2. Esse processo consiste em estabelecer os objetivos e as metas a serem alcançados segundo a intenção estratégica da organização e, depois, identificar a lacuna entre as competências necessárias à consecução desses objetivos e as competências internas disponíveis na empresa. Os passos seguintes compreendem o planejamento, a seleção, o desenvolvimento e a avaliação de competências, buscando minimizar a referida lacuna, o que pressupõe a utilização de diversos subsistemas de recursos humanos, entre os quais, recrutamento e seleção, treinamento e desempenho. A ideia é que a organização e seus profissionais eliminem as lacunas entre o que podem fazer e o que os clientes esperam que eles façam (Stewart, 1998, p. 84) idem.

[6] O governo federal no artigo 1º-B, do Decreto nº 9991/2019, indica que são escolas de governo aquelas previstas em lei ou decreto, bem como as reconhecidas em ato do Ministro de Estado da Economia.

Book_RMP-81.indb 211 14/12/2021 12:30:46

congressos.[7] Além disso, os Municípios com até 20.000 habitantes terão o prazo de 6 anos para implementar essas medidas[8].

Por fim, o agente público não deve ter vínculo conjugal, de parentesco até o terceiro grau ou ligação de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e cível com licitantes ou contratados habituais. Medida que visa evitar favorecimentos (quebra do princípio da impessoalidade e moralidade administrativa), bem como preservar a imagem da Instituição envolvida, dentro da ideia de governança pública.

Essa condição deverá ser aferida pela autoridade que fizer a nomeação do agente para as funções do processo licitatório, por certo, o servidor deverá firmar declaração do sentido de não se enquadrar nas disposições do artigo 7º, III, sob pena de falta funcional grave, além da caracterização do crime de falsidade ideológica (artigo 299, do Código Penal[9]).

O legislador também deixou claro que os servidores devem exercer suas funções no procedimento licitatório de forma separada, conforme será melhor analisado no tópico seguinte.

2.1. Princípio da Segregação de Funções

O princípio da segregação de funções é o mecanismo de controle interno da Administração Pública caracterizado pela separação dos momentos de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização exercida nas atividades administrativas[10]. Sua adoção almeja evitar a ocorrência de condutas tendenciosas, conflito de interesses, erros, omissões, fraudes e atos de corrupção,[11] além de reduzir os riscos de não detecção de procedimentos incorretos, evitar desperdícios, possibilitar revisões e avaliações efetivas de conduta, impossibilitar conluios.

A Lei n° 8.666/93, em seu artigo 9º, veda que o autor do projeto básico ou executivo, o servidor público ou dirigente do órgão contratante participasse do certame de forma direta ou indireta, algo mais assemelhado ao impedimento trazido no artigo 7º, I. A nova lei tem o mérito de inovar ao trazer o princípio de forma expressa, ao exigir que, no procedimento licitatório, as funções típicas do servidor público sejam desempenhadas de forma separada, o que possibilita o exercício da autotutela dos atos administrativos e garante a eficiência na atuação administrativa, pela especialização e desconcentração de funções.

---

[7] Artigo 173, da Lei nº 14.133/2021.
[8] Artigo 176, da Lei nº 14.133/2021.
[9] Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime, prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.
[10] Portaria TCU nº 63/96, de 1996.
[11] Acórdão TCU nº 5.615/2008, nº 3.031/2008.

Book_RMP-81.indb 212 14/12/2021 12:30:46

Salvo as hipóteses de conduta dolosamente orquestrada por uma organização criminosa destinada a cometer reiteradamente atos de corrupção, o cumprimento desse princípio tende a ser valioso ao conferir mais eficiência, racionalidade, imparcialidade, transparência e eficácia sobre os processos de contratação pública[12]. Além de se mostrar como essencial para o bom funcionamento das linhas de defesa do procedimento, que serão melhor analisadas adiante.

3. O Agente de Contratação

Após essa análise geral das disposições normativas afetas aos agentes públicos envolvidos no processo de contratação pública, convém discorrer sobre o agente de contração, figura introduzida pelo artigo 8º, da Lei nº 14.133/2021.

O artigo 51 da Lei n° 8.666/93 atribuía a uma comissão com 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) qualificados e integrantes dos quadros permanentes dos órgãos da Administração Pública, a responsabilidade de conduzir a licitação. Doravante, esse trabalho será desempenhado pelo agente de contratação.

Servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente, escolhido pela autoridade competente, lhe incumbirá tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, impulsionar o procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

O agente será apoiado por uma equipe, em que as atividades devem ser distribuídas respeitando o princípio da segregação de funções, para garantir a autonomia do procedimento, na esteira do artigo 7º, esses profissionais devem ser preferencialmente efetivos, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica da lei.

Na hipótese de licitação de bens ou serviços especiais, aqueles que não possam ser objetivamente definidos no edital, em decorrência de sua alta heterogeneidade ou complexidade, bem como não encontrem especificações usuais no mercado[13], o agente de contratação poderá ser substituído por uma comissão formada por, no mínimo, 3 (três) membros, preferencialmente servidores efetivos, qualificados e sem impedimentos objetivos e subjetivos, conforme artigo 7º da lei.

O trabalho será assessorado pelo setor jurídico da instituição e acompanhado pelo controle interno. Na hipótese de certame que envolva bens ou serviços especiais, cujo objeto não seja contratado rotineiramente, será possível contratar, por prazo determinado, sociedade empresária ou profissional especializado para assessorar o agente de contratação ou a comissão que o substituir.

A aquisição de bens ou contratação de serviços comuns, aqueles que podem ser objetivamente definidos pelo edital e encontram parâmetros no mercado, será

[12] SILVA, Magno Antônio. O princípio da segregação de funções e sua aplicação no controle processual das despesas: uma abordagem analítica pela ótica das licitações públicas e das contratações administrativas. p. 09. Disponível em: file:///C:/Users/Membro%20Home/Downloads/68-Texto%20do%20artigo-130-1-10-20150916%20(1).pdf. Acessado em: 19 maio 2021.
[13] Artigo 6º XIII e XIV, da Lei 14.133/2021.

Book_RMP-81.indb 213 14/12/2021 12:30:46

obrigatoriamente realizada adotando-se o pregão como modalidade de licitação (artigos 6º, XLI e 29), hipótese na qual o processo será conduzida pelo pregoeiro.

A lei não elencou qualquer característica que pudesse diferenciar o trabalho do pregoeiro das funções do agente de contratação. Assim, a princípio, trata-se apenas de uma opção legislativa em preservar a nomenclatura já consagrada na Lei nº 10.250/2002, aplicando-se ao pregoeiro todas as prerrogativas do agente de contratação.

As contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia especiais não podem ser realizadas através de pregão (artigo 29, parágrafo único). Logo, nesses casos o certame será conduzido pelo agente de contratação.

Compreendida a atividade e a função desempenhada pelo agente de contratação, surge interesse em analisar o papel que ele terá nas práticas de governança elencadas pelo novel diploma legal.

4. Governança pública na Lei nº 14.133/2021

A União, no Decreto nº 9.203/2017, dispôs sobre a política de governança da administração pública federal. Para tanto adotou um conceito bastante aberto: conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade[14].

A ideia de governança vem do setor privado, remonta aos estudos da teoria da agência que identifica, na seara empresarial, a ideia de separação entre os interesses do proprietário (acionistas) e seu delegatário, o agente (administradores), muitas vezes divergentes. As funções de propriedade e controle são segregadas, como forma de tornar a organização mais eficiente.

Desse ponto, emerge o conceito de prestação de contas (*accountability*), que se refere à reponsabilidade de uma pessoa perante a outra de prestar informações e justificar seus atos, bem como ser responsabilizada por atos ilícitos. Além de passar pela teoria dos custos da transação, em que o foco está em identificar e mitigar os riscos contratuais, passa-se a considerar todos os sujeitos que podem influir e ser influenciados pela corporação ou ter algum tipo de interesse em sua atividade (*Stakeholders*) [15], objetivando-se a criação de um ambiente de confiabilidade, integridade, melhora regulatória, com capacidade de resposta e transparência.

Assim, governança pública tem por diretrizes a busca por resultados para a sociedade, com a adoção de soluções inovadoras para lidar com a finitude dos recursos e a crescente exigência de atenção a prioridades, a desburocratização, o crescente uso

[14] Artigo, 2º, II, do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017.

[15] BUTA, Bernardo Oliveira; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. Governança pública em três dimensões: conceitual, mensural e democrática. Organ. Soc., Salvador, v. 27, n. 94, p. 370-395, Sept. 2020. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302020000300370&lng=en&nrm=iso>. Access on: 17 May 2021. Epub Aug 10, 2020. https://doi.org/10.1590/1984-9270941.

Book_RMP-81.indb 214 14/12/2021 12:30:46

de meios eletrônicos em seus procedimentos, o que facilita a transparência, adoção de um plano estratégico, a crescente articulação entre instituições, incorporação de elevados padrões de conduta pela alta administração para orientar o comportamento dos agentes públicos, aprimoramento dos níveis de controle interno, gestão de risco (prevenir mais, sancionar menos).

Além de manter processo decisório orientado pelas evidências, conformidade legal, estabilidade, coerência, dirigir sua atividade pela adoção de "boas práticas" fomenta pela participação popular ativa e passiva, facilitada pela disponibilização de meios de informação e comunicação com funções e competências bem definidas e segregadas[16].

Esse é o espírito da Lei n° 14.133/2021, em que se busca aprimorar a imagem da Administração Pública, conferir transparência e confiança a seus processos de compras, que passam a ser eletrônicos como regra, expostos em um portal nacional. E nesse cenário, o agente de contratação surge como protagonista.

5. O papel do agente de contratação como expoente de governança

Na esteira do que foi discorrido até aqui, resta evidente que o agente de contratação exercerá papel fundamental na implementação das práticas de governança nos processos de contratações públicas.

De certo, que cabe à alta administração a responsabilidade legal pela governança, o que inclui o dever de implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com intuito de assegurar a contratação mais vantajosa, com tratamento isonômico entre os licitantes, que observe o princípio da competitividade, com zelo para que não ocorra dano ao erário decorrente de sobrepreço, superfaturamento ou que seja estabelecido preço inexequível, com incentivo para inovação e para o desenvolvimento sustentável, no seu viés ambiental e social[17].

O processo de licitação deve ser desenvolvido em um ambiente íntegro e confiável, alinhado com o planejamento estratégico da instituição, que preferencialmente deve organizar-se anualmente para definir as compras que pretende fazer e os serviços que precisa contratar[18], tudo em consonância com leis orçamentárias, com fito de promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Contudo, toda essa estrutura depende do comprometimento e da lisura do agente de contratação, responsável direto por fazer cumprir as diretrizes de governança da autoridade superior. Por esse motivo, o cargo deve ser ocupado por servidor do quadro efetivo, estável, capacitado especificamente para a função, comprometido com concretude dos valores indicados pelo legislador.

---

[16] Artigo 4º, do Decreto nº 9.203/2017.
[17] Artigo 11, da Lei nº 14.133/2021.
[18] Artigo 12, VII, da Lei nº 14.133/2021.

Book_RMP-81.indb 215 14/12/2021 12:30:46

Dentro desse escopo, a possibilidade de substituição do agente de contratação por comissão de servidores, preferencialmente efetivos é excepcional, não pode ser tornar uma prática corriqueira da administração, pois na medida em que surge a possibilidade de servidores com vínculo precário, a autonomia e lisura do processo decisório poderão ser questionadas, o que contrária o espírito de governança da lei.

E mais, as contratações devem ser submetidas a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, conforme artigo 169, da Lei n° 14.133/2021, que aponta que a primeira linha defesa[19] do processo são os próprios servidores que atuam na licitação e autoridades da estrutura de governança do órgão. A segunda é integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade. Por fim, a terceira linha é o órgão central do controle interno da administração (por exemplo, controladoria geral da união) e o Tribunal de Contas.

Logo, a figura do agente de contratações terá fundamental importância no cumprimento das diretrizes de governança implantadas pela alta administração, ao garantir, por exemplo, que os dados inseridos nos portais eletrônicos sejam fidedignos, que os atos do procedimento sejam presenciais de forma excepcional. Além, é claro, de pautar o certame no respeito irrestrito à lei.

A face do planejamento da lei também receberá grande contribuição do agente, profissional que deve participar da elaboração do plano anual de contratações, além de atuar ativamente para que, *in concreto*, as necessidades da Administração sejam sanadas através das contratações, com o menor gasto de recursos (racionalização).

Nessa ordem de ideia, convém destacar que o agente de contratação é individualmente responsável pelos atos que praticar, salvo se for induzido a erro pela atuação da equipe, o que será, por certo, objeto de dificílima prova, caso o procedimento não seja corretamente documentado, com a utilização, inclusive, de meios audiovisuais.

Do mesmo modo, a comissão que vier a substituí-lo em casos especiais, será solidariamente responsabilizada, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que a decisão houver sido tomada (artigo 8º, §2º).

E mais, o agente de contratação ou a comissão deverá receber adequado assessoramento jurídico (segunda linha de defesa) e, além de ser orientado, importante que paute sua atuação de acordo com os parâmetros legais que lhe foram fornecidos.

Por fim, de certo que órgãos de controle terão sua atenção voltada para esse servidor, cuja capacitação contará com a contribuição de excelência dos Tribunais

[19] O modelo das três linhas de defesa também vem da iniciativa privada. Surge como resposta à necessidade de estabelecer uma forma simples e eficaz de melhorar a comunicação do gerenciamento de riscos e controle por meio do esclarecimento dos papéis e responsabilidades essenciais. A primeira linha é formada pelos que gerenciam e têm propriedade sobre os riscos; a segunda, sobre os que supervisionam os riscos; e a terceira fornece avaliação independente. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41842/12/As_tres_linhas_de_defesa_Declaracao_de_Posicionamento.pdf. Acessado em: 25 maio 2021.

Book_RMP-81.indb 216 14/12/2021 12:30:47

de Contas, que, por intermédio de suas escolas, deverão oferecer cursos específicos para profissionais que irão exercer essa função, assim como avaliar sua conduta em suas auditorias e na análise, sobretudo, das contas de gestão.

Também o Ministério Público, como órgão de controle, nesse momento, acompanhará o empenho da alta administração em aparelhar sua estrutura, de forma a garantir que, no final do período de *vacatio legis*, o Ente conte com profissionais habilitados para exercer função de tamanha importância.

6. Considerações finais

A contratação de serviços e aquisição de bens são pontos de grande sensibilidade na gestão pública. Para além da constante ameaça da corrupção, desvio de recursos e favorecimentos espúrios, a falta de técnica, planejamento e capacitação contribuem para que o dinheiro público seja gasto sem representar proporcional benefício à sociedade.

A nova lei de licitações, embora sem ineditismo, tem o mérito de apontar a necessidade de observar os princípios e diretrizes de governança nos procedimentos que fundamentam esses negócios jurídicos.

Caberá à alta administração da entidade promover a estruturação física e humana adequada para tornar as premissas do legislativo efetivas. Aqui, especial cuidado deve receber o agente de contratação, que terá papel fundamental em garantir que os objetivos da lei sejam alcançados.

Municípios com população superior a 20.000 habitantes, Estados, o Distrito Federal e a União terão o prazo de 2 (dois) anos para se organizar e contarão com o valioso trabalho do Tribunal de Contas na capacitação dos servidores que estarão à frente dos procedimentos licitatórios.

Nessa toada, é de se esperar que o bom gestor se ocupe dessas questões, empreenda esforços para fazer concretizar as diretrizes de governança da nova lei e proposta de lei orçamentária para o exercício de 2022, direcione recursos de forma a permitir que a lei seja cumprida.

Referências

BRANDÃO, Hugo Pena; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Gestão de competências e gestão de desempenho: tecnologias distintas ou instrumentos de um mesmo construto? *RAE - Revista de Administração de Empresas / EAESP / FGV*, São Paulo, Brasil. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rae/v41n1/v41n1a02. Acessado em: 18 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Brasília, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acessado em: 17 maio 2021.

Book_RMP-81.indb 217 14/12/2021 12:30:47

_____. *Decreto nº 9.991/2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-022/2019/Decreto/D9991.htm#art35. Acessado em: 19 maio 2021.

_____. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm. Acessado em: 20 maio 2021.

_____. *Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm. Acessado em: 24 maio 2021.

BUTA, Bernardo Oliveira; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. *Governança pública em três dimensões:* conceitual, mensural e democrática. *Organ. Soc.*, Salvador, v. 27, n. 94, p. 370-395, Sept. 2020. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302020000300370&lng=en&nrm=iso>. Access on: 17 May 2021. Epub Aug 10, 2020. https://doi.org/10.1590/1984-9270941.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *As três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles*. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41842/12/As_tres_linhas_de_defesa_Declaracao_de_Posicionamento.pdf. Acessado em: 25 maio 2021.

FEVORINI, Fabiana Bittencourt; SILVA, Rogério Tadeu; CREPALDI, Ana Maria. Gestão por competências no setor público: exemplos de organizações que adotaram o modelo. *Revista de Carreira Pessoais*, p. 128-142.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO RN. *Contas de governo e gestão:* uma distinção necessária. Disponível em: https://mpc.rn.gov.br/contas-de-governo-e-gestao-uma-distincao-necessaria/. Acessado em: 27 maio 2021.

NETO, José B. S; BORGES, Jacquelaine F. *As narrativas dos stakeholders sob a perspectiva da estratégia como prática social.* Disponível em: https://doi.org/10.1590/1678-6971/eRAMR190118. Acessado em: 24 maio 2021.

SILVA, Magno Antônio. *O princípio da segregação de funções e sua aplicação no controle processual das despesas:* uma abordagem analítica pela ótica das licitações públicas e das contratações administrativas. Disponível em: file:///C:/Users/Membro%20Home/Downloads/68-Texto%20do%20artigo-130-1-10-20150916%20(1).pdf. Acessado em: 19 maio 2021.

VOLPI, Maicon Natan. *Princípio da segregação de funções na Nova Lei de Licitações*. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/89636/principio-da-segregacao-de-funcoes-na-nova-lei-de-licitacoes. Acessado em: 19 maio 2021.

Book_RMP-81.indb 218 14/12/2021 12:30:47

Improbidade administrativa no Estatuto da Cidade

Renee do Ó Souza*
José Vicente Gonçalves de Souza**

Sumário

1. Introdução: O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade e o Estatuto da Cidade. 2. Breves considerações sobre a tipologia dos atos de improbidade administrativa consagrados no art. 52 do Estatuto da Cidade. 3. Análise pormenorizada dos atos ímprobos estabelecidos no art. 52 do Estatuto da Cidade. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução: O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade e o Estatuto da Cidade

A Constituição da República consagra plúrimos direitos, garantias e deveres fundamentais, espalhados de modo profuso ao longo do seu extenso corpo, que se materializam por meio de princípios e regras, explícitos e/ou implícitos.

É nessa tecitura deveras heterogênea, fruto dos diversos matizes que permearam o processo de construção constitucional, que se situa o direito de propriedade, insculpido às expressas no art. 5º, XXII, do Texto Magno e assim visto por José Francisco da Cunha Ferraz Filho:

> Entende-se por direito de propriedade o direito patrimonial do homem. Sem dúvida, perfaz um dos valores mais importantes da ordem constitucional brasileira. O direito de propriedade é um dos pilares dos direitos fundamentais da pessoa humana e ninguém poderá ser destituído de seu patrimônio sem a correspondente e justa indenização. A garantia ao direito de propriedade propicia a efetivação de outros direitos individuais e liberdades, tais como o direito à intimidade, à privacidade, ao lazer, à moradia, à autonomia individual e à preservação da espécie humana[1].

* Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - Uniceub. Promotor de Justiça do Mato Grosso. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Professor.
** Especialista em Direito Administrativo e Gestão de Qualidade pela FESMP-MT. Promotor de Justiça do Mato Grosso.
[1] MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.). FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.). *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Manole, 2011, p. 25.

Book_RMP-81.indb 219 14/12/2021 12:30:47

É certo que atualmente é atrelado ao direito de propriedade o atributo da função social (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal), que baliza a fruição da aludida prerrogativa constitucional de modo a impedir que este direito seja usado ao bel prazer de seu titular.

Dirley da Cunha Júnior, a esse propósito, leciona:

> (…) a propriedade de há muito deixou de ser exclusivamente do *direito subjetivo do proprietário* para se transformar na *função social do detentor da riqueza*, na feliz expressão de Duguit.
>
> É, sem dúvida, um importante direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade, na medida em que a propriedade deverá atender a sua função social (art. 5º, XIII). Por isso mesmo, não é absurdo afirmar-se que a Constituição só garante o direito de propriedade se esta atender a sua função social. Se assim o é, o Estado Social, para proporcionar o bem-estar social, pode intervir na propriedade privada, se esta, evidentemente, estiver sendo utilizada contra o *bem comum* da coletividade.
>
> Assim, o caráter absoluto do direito de propriedade foi relativizado em face da existência do cumprimento de sua função social[2].

O constituinte, por intermédio de dispositivos outros estabeleceu instrumentos voltados à efetivação prática do princípio da função social. Assim, especificamente no que se refere à tutela/submissão da propriedade urbana, passou a tratar da temática sob as hostes do *direito urbanístico*, cujas normas gerais[3] são de competência da União, nos termos dos arts. 21, XX, e 24, I, §1º, da Constituição Federal.

Também de acordo com a Carta Magna, a política de desenvolvimento urbano será executada pelos Municípios, observadas as diretrizes gerais fixadas em lei, com o fito de promover a função social da cidade e, máxime, o bem comum, os quais restam atendidos se/quando observadas as exigências de ordenação da cidade estabelecidas no plano diretor, instrumento previsto no art. 182 da CF, que, na lição de Paulo Affonso Leme Machado, pode ser entendido como um conjunto de normas obrigatórias, fruto de uma lei municipal específica, que integram o processo de planejamento municipal e regula as atividades e empreendimentos públicos ou

---

[2] *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p.624.

[3] Diremos que "normas gerais" são normas de leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas na Constituição, que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por regra, elas não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros à atuação legislativa daquelas unidades da Federação. (SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 284-285)

Book_RMP-81.indb 220 14/12/2021 12:30:47

privados desenvolvidos em território municipal. Segundo o professor, é imprescindível a existência de planejamento obrigatório para que haja ordenação do crescimento urbano e identifica no plano diretor um importante ponto de equilíbrio entre a capacidade criadora dos munícipes e a liberdade de iniciativa, que sem controle pode levar à anarquia urbana, situação que contraria a função social da cidade e torna o indivíduo uma ilha[4].

Assim que a regulamentação infraconstitucional da matéria se deu pela edição da Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, que funciona como norma geral de direito urbanístico e, portanto, baliza o exercício da propriedade urbana, as consequências da não observância do princípio da função social e, outrossim, a atuação do administrador público, notadamente do gestor municipal, em face do titular do domínio que se demonstrar renitente. Leandro Teodoro Andrade, a esse respeito, obtempera:

> O Estatuto da Cidade é, sem qualquer embargo, um marco deveras significativo à política urbana e ao direito urbanístico brasileiro. É a primeira legislação nacional a especificar diretrizes gerais para o uso e ocupação do solo urbano, bem como instrumentos e ferramentas jurídicas e políticas para nortear o cumprimento da função social da propriedade e da cidade. No limite, é uma legislação que visa um rompimento do caos urbano e da histórica produção desordenada do espaço nas cidades brasileiras, em perspectiva de uma gradativa reforma urbana[5].

Aos Municípios, relegou-se a implementação prática dessas diretrizes gerais e, demais disso, a eventual edição de normas de interesse local, nos moldes do art. 30, I, II e VII, da Constituição.

A fim de evitar sua inocuidade, porém, o diploma impõe/confere (dever-poder) ao gestor uma série de instrumentos voltados à consecução do princípio da função social, que, se não manejados a contento, podem ensejar a prática de ato de improbidade administrativa, na forma do art. 52 do Estatuto da Cidade.

2. Breves considerações sobre a tipologia dos atos de improbidade administrativa consagrados no art. 52 do Estatuto da Cidade

A previsão de atos de improbidade administrativa no Estatuto da Cidade, diploma legal concebido principalmente com a finalidade de estabelecer diretrizes gerais sobre a política urbana, dá-se de forma quase secundária, o que implica uma redação incompleta, carente de complementação normativa. Confira-se então o disposto no art. 52 da Lei nº 10.257/2001:

---

[4] *Direito Ambiental Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 446.
[5] *Manual de Direito Urbanístico*. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-5.1

Book_RMP-81.indb 221 14/12/2021 12:30:47

> Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:
>
> I – (VETADO);
>
> II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei;
>
> III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;
>
> IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;
>
> V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei;
>
> VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;
>
> VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;
>
> VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Da ausência de previsão acerca das penalidades, passando pela falta de esclarecimentos acerca do elemento volitivo, institutos imprescindíveis para um sistema sancionador minimamente eficiente, o dispositivo ressente-se de elementos descritivos centrais, que, por meio de uma interpretação integrativa são colocados ao seu alcance pela Lei nº 8.429/1992, norma base e alicerce do referido sistema sancionador[6].

A Lei de Improbidade administrativa, como cediço, consagra a tipologia dos atos de improbidade administrativa e os separou na seguinte ordem: a) atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito – art. 9º; b) atos de improbidade administrativa que causam em prejuízo ao erário – art. 10; c) e, por fim, atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública – art. 11. Posteriormente, de forma atécnica, a Lei Complementar nº 157/2016 inseriu o art. 10-A ao corpo da Lei de Improbidade Administrativa, estabelecendo-se assim nova modalidade de ato ímprobo: trata-se da hipótese de concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário em desacordo com o § 1º do

[6] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 285.

Book_RMP-81.indb 222 14/12/2021 12:30:47

art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003, que regula o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Dada sua característica central e bussolar[7], a Lei nº 8.429/1992 é considerada norma geral, razão pela qual se destina a orientar a interpretação, aplicação e incidência das hipóteses de atos ímprobos previstos em leis especiais, a exemplo do Estatuto da Cidade[8], de modo a ajustá-los, às hipóteses dos arts. 9º a 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Uma vez aclarada a modalidade de ato ímprobo identifica-se, nessa integração normativa, a sanção cominada ao fato, o regime acerca do elemento subjetivo etc.

Para Pedro Roberto Decomain, a técnica adotada apresenta uma vantagem porque maleável:

> O artigo faz apenas referência genérica à Lei n. 8.429/92, mas não cuidou do enquadramento das diversas condutas relacionadas nos incisos, nem no artigo 9º, nem no art. 10 e nem no art. 11 daquela Lei, no que, aliás, andou bem.
>
> (…)
>
> Tocante às diferentes condutas relacionadas ao longo dos incisos do art. 52 da Lei n. 10.257/01, o respectivo enquadramento nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei n. 8.429/92 dependerá, então, da presença do requisito essencial que caracteriza os atos de improbidade aos quais cada qual daqueles artigos se reporta. Se a conduta, entre as indicadas no art. 52 do Estatuto da Cidade, vier acompanhada por ganho patrimonial ilícito do agente, seu enquadramento deverá ocorrer no art. 9º da Lei n. 8.429/92, com a aplicação das sanções nos termos do inciso I de seu art. 12. Se a conduta prevista como improbidade pelo Estatuto da Cidade produzir prejuízo patrimonial para o Erário (caso, por exemplo, daquela do inciso VIII do art. 52),

[7] Sobre o papel Constitucional da Lei de Improbidade já sustentou um dos autores em outro trabalho: "Os traços gerais que emanam desta norma constitucional programática, que efetivam a proteção do direito fundamental à probidade administrativa, encontram-se compreendidos na Lei 8.429/92, que passa a ter um papel central, bussolar e complementar à Constituição. Assim sendo, a Lei de Improbidade deve ser considerada como fruto direto da determinação constitucional enunciada e a aplicação de suas penas, expressamente proclamadas no texto do § 4º do art. 37 citado, não podem ser dispostas ou desprezadas sem motivo justo devidamente aferido em um processo legal e, principalmente, desde que observados os postulados da proporcionalidade , que é a régua necessária para o ajuste entre os direitos fundamentais envolvidos no julgamento de um caso de corrupção, seja na esfera da Lei de Improbidade, seja da Lei Anticorrupção, seja na esfera criminal, visto que nesses casos há uma tensão entre os direitos individuais (direito de propriedade e direitos políticos) dos agentes que praticaram o ilícito e o direito difuso à probidade administrativa." (SOUZA, Renee do Ó. *Os Efeitos Transversais da Colaboração Premiada e do Acordo de Leniência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 71-72).

[8] O mesmo sucede, *v. g.*, com o disposto nos arts. 73 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), 73, § 7º, da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) e, outrossim, 29 da Lei nº 12.594/2012 (Lei do SINASE), e art. 12 da Lei 12.813/2013, que invocam a Lei nº 8.429/1992 para hipóteses especiais de incidência de atos ímprobos.

Book_RMP-81.indb 223 14/12/2021 12:30:47

> o enquadramento deverá ocorrer no art. 10 da Lei n. 8.429/92, com incidência das sanções nos termos do inciso II e seu art. 12. Finalmente, se a conduta entre as relacionadas ao longo dos incisos do art. 52 do Estatuto importar em violação a princípio norteador da Administração Pública, mas não vier acompanhada nem de enriquecimento ilícito do agente público ímprobo e nem de prejuízo patrimonial para o Erário, a improbidade haverá de ser subsumida ao art. 11 da Lei n. 8.429/92, com a incidência das sanções como previstas pelo inciso III de seu art. 12[9].

Assim, a mesma técnica de conjugação normativa deve ser utilizada para a identificação do elemento volitivo: se a conduta capitulada no art. 52 do Estatuto da Cidade melhor se combinar com uma das hipóteses dos arts. 9º[10] ou 11[11] da Lei de Improbidade Administrativa, admitir-se-á a punição apenas a título de dolo. Porém, se a conduta se subsumir à modalidade estampada no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, afigurar-se-á possível o sancionamento do agente a título de dolo ou culpa[12].

A propósito, dada a natureza vinculante de vários institutos previstos no Estatuto da Cidade, que determinam como deve agir o agente público, resta absolutamente pertinente uma breve reflexão acerca do dolo e culpa na esfera da improbidade administrativa, elementos aferidos a partir do descumprimento do comando legal editado na espécie. A conduta do agente público, como se sabe, é pautada estritamente pelo comando normativo que o autoriza agir. A falta de autorização para agir num ou noutro sentido equivale, para o agente público, em transgressão ao proibido. Por isso que, segundo Pontes de Miranda, "não exclui o dolo o motivo do ato, nem o fim que teve em vista o agente, nem o interesse maior, moral, política ou economicamente, que levou ao ato"[13]. Basta, para a caracterização de um comportamento doloso, que o agente haja com desvio de finalidade, identificado pela atuação em sentido diverso daquele previsto na norma legal de competência.

---

[9] *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2014, p. 216-217

[10] Verifica-se pela dicção do *caput* do artigo em exame, assim como de seus incisos, que a conduta do agente público suscetível de causar enriquecimento ilícito é dolosa, ou seja, pressupõe sua ciência da ilicitude da vantagem patrimonial auferida para si ou para terceiro. O enriquecimento ilícito é a causa eficiente ou determinante de sua atuação funcional abusiva. Logo, não há falar em enriquecimento ilícito involuntário ou culposo. (PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 51).

[11] Não há, pois, violação culposa dos princípios explicitados no art. 11. Ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora movido pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se aperfeiçoa a figura do art. 11. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 306).

[12] A conduta que caracteriza a improbidade administrativa lesiva ao erário, expressa no art. 10 da Lei nº 8.429/92, pode ser qualquer ação ou omissão dolosa bem como qualquer ação ou omissão culposa. Também são ímprobos o relaxado e o desidioso. Não tanto quanto os que laboram nos domínios da má-fé, mas tão prejudiciais quanto. Deixar as portas abertas e abrir as portas, nessa área, proporcionam os mesmos resultados nocivos. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. Cit.,* p. 208)

[13] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, v. 2, 1954, p. 252.

Book_RMP-81.indb 224 14/12/2021 12:30:47

Nos tipos previstos no art. 52 da Lei nº 10.527/2001 não são poucos os casos de tipificação de condutas que implicam análise, pura e simples, do desvio de finalidade pretendida pela ordem urbanística constitucional[14].

Calha dizer, ainda, que a redação do *caput* do art. 52 nos soa *enfática* ao fazer menção à penalização do Prefeito. A menção específica ao Chefe do Poder Executivo Municipal parece conferir à norma uma espécie de alerta ao gestor – é dele a incumbência de liderar a implementação das políticas públicas estabelecidas no Estatuto da Cidade para a efetivação prática do princípio da função social da propriedade. De modo algum deve-se entender, contudo, tratar-se de hipótese de improbidade que não admite concurso de pessoas. Se não atender aos anseios do legislador, o alcaide responderá pela prática de ato de improbidade, em conjunto com os demais agentes públicos envolvidos e/ou com particulares que induzam, concorram ou se beneficiem da conduta ilícita, direta ou indiretamente, nos termos do multicitado art. 52 da Lei nº 10.257/2001 c.c. os arts. 2º e 3º da Lei nº 8.429/1992.

A esse propósito, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves vaticinam:

> A *ratio* do art. 52 foi tornar mais claro o rol de atos de improbidade passíveis de serem praticados pelo Prefeito Municipal, o que certamente aumentaria a sua responsabilidade na gestão da coisa pública, não constituir um sistema específico e derrogatório do direito comum. Aplicam-se, assim, todas as normas da Lei n. 8.429/1992, incluindo o seu art. 3º, que sujeita os terceiros, estranhos aos quadros da Administração, às mesmas sanções cominadas ao agente público sempre que induzam ou concorram para a prática do ato[15].

Por fim, importante sublinhar que o art. 52 do Estatuto da Cidade não tem o condão de exaurir os atos de improbidade que tenham por ensejo a violação das normas de direito urbanístico. Sabe-se que a Lei nº 8.429/1992 (notadamente, o seu art. 11) ostenta tecitura aberta e, por isso, é apta a contemplar diversas e incontáveis hipóteses de atos espúrios, não antevistos pelo legislador ordinário. Tanto que os próprios preceitos indicam modalidades meramente exemplificativas.

Logo, é plenamente possível que determinada conduta viole o Estatuto da Cidade, sem que, contudo, se subsuma ao disposto no art. 52. Bastará, então, a aplicação direta da Lei de Improbidade Administrativa:

---

[14] Não se quer dizer, contudo, que qualquer irregularidade procedimental formal é capaz de configurar os atos de improbidade previstos no Estatuto da Cidade. Os atos capazes de caracterizar os ilícitos relacionados devem ser aqueles que materialmente atinjam as finalidades contidas na legislação, ligadas, no caso, ao bom funcionamento dos institutos previstos na lei e de uma cidade sustentável.

[15] *Op. Cit.,* p. 588

Book_RMP-81.indb 225 14/12/2021 12:30:47

> Igualmente é necessário dizer que, mesmo à míngua dessas disposições expressas, as condutas descritas são subsumíveis às já integrantes do elenco da Lei nº 8.429/92. Não são acréscimos legais inúteis, mas sua inexistência não impediria a configuração de condutas ímprobas no segmento urbanístico, pela singela adequação típica na Lei de Improbidade Administrativa[16].

Como exemplos de atos de improbidade administrativa praticados contra a ordem urbanística que não estão no art. 52 da Lei nº 8.429/1992:

> Pode-se cogitar de ato do Prefeito que permite a construção em área de preservação permanente em troca de determinados favores; de acidente causado em razão da omissão quanto às providências para a retirada de pessoas de áreas de risco geológico, com a consequente necessidade de pagamento por parte do Município de indenização pelos danos sofridos; de alteração do plano diretor visando ao incabível aumento de coeficiente de aproveitamento, a fim de beneficiar determinadas empresas privadas, contrariando frontalmente o interesse coletivo em virtude da verticalização excessiva de área urbana; de ocupação indevida de praias — bem de uso comum do povo, nos termos do art. 10 da Lei nº 7.661/88, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro — por condomínios que dificultem o acesso de todos, com a anuência do Chefe do Executivo local; de omissão no que se refere à exigência de apresentação de Estudo de Impacto de Vizinhança (artigos 36 a 38 da Lei nº 10.257/2001) em face da construção de empreendimento imobiliário de grande porte, em troca de benefícios ilegais pagos ao agente público; e de tanto outros[17].

Feita essa análise geral, passemos ao estudo de cada uma das espécies de atos de improbidade descritos na Lei 10.257/2001.

3. Análise pormenorizada dos atos ímprobos estabelecidos no art. 52 do Estatuto da Cidade

Analisaremos, doravante, as hipóteses particulares de atos ímprobos, nos moldes estabelecidos nos incisos do art. 52 do Estatuto da Cidade, que contêm vários elementos descritivos remissivos à própria lei, o que resguarda a especialidade destes

[16] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. Cit.*, p. 357.
[17] LEVIN, Alexandre. *Atos de Improbidade Administrativa Praticados Contra a Ordem Urbanística: Estudo Sobre o Art. 52 do Estatuto da Cidade*. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 125-150, maio/ago. 2014. p. 137.

Book_RMP-81.indb 226 14/12/2021 12:30:47

tipos e a necessidade de compreensão de vários institutos nela contemplados. A marca característica destes tipos, destarte, é o uso irregular dos institutos de direito urbano previstos no Estatuto da Cidade, conforme se verifica a seguir:

I. Art. 52, II: deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei.

O dispositivo pune o agente público que não emprega adequadamente o imóvel desapropriado, o que representa um desrespeito intolerável ao custoso processo percorrido antes, bem como ao descumprimento, agora pelo poder público, da função social dessa propriedade.

Como se sabe, o art. 182, §4º, da Constituição Federal, já citado noutras linhas, estabelece medidas coercitivas, que têm por escopo estimular o titular do domínio, a fim de que passe a observar/atender ao princípio da função social da propriedade urbana. Rogério Gesta Leal leciona:

> Pode e deve, pois, a Administração Pública estabelecer limites e comportamentos dos proprietários urbanos, principalmente quando estes exercem o domínio de seus imóveis de forma divorciada das disposições cogentes que regulam a matéria, porém, deverá fazê-lo na forma do disposto desde a Constituição Federal, pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.250/2001), e outras normas federais, estaduais e municipais, ambientais e urbanísticas, todas integradas para o mesmo fim: a função social da cidade e da propriedade[18].

Referidas medidas encontram eco no Estatuto da Cidade, eis que reguladas em preceitos específicos do referido diploma: i) parcelamento/edificação compulsórios – arts. 5º e 6º; ii) IPTU progressivo no tempo – art. 7º; iii) desapropriação-sanção[19], com pagamento de títulos da dívida pública – art. 8º. Há uma relação de gradualidade na imposição dessas medidas em face do proprietário – pelo que se nota, a desapropriação se cuida do mecanismo drástico, derradeira opção, passível de aplicação se os demais instrumentos não se revelarem eficazes. Bem por isso, o próprio art. 8º estabelece o desatendimento, pelo proprietário, da determinação de parcelamento, edificação ou

[18] CANOTILHO, J.J. Gomes. *et. al*. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013, p. 1873.

[19] Fala-se em *desapropriação-sanção,* visto que o art. 182, §4º, III, excepciona o art. 5º, XXIV, também da Constituição Federal, que estabelece como regra para as desapropriações o prévio pagamento em dinheiro – no caso da *desapropriação-sanção*, admite-se o adimplemento em títulos da dívida pública de emissão previamente autorizada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 (dez) anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, observado o valor real, acrescido de juros legais.

Book_RMP-81.indb 227 14/12/2021 12:30:47

utilização do imóvel urbano e, outrossim, o interstício de 5 (cinco) anos de cobrança do IPTU progressivo como *conditio sine qua non* para a desapropriação-sanção.

Ultimado todo esse procedimento, deveras dificultoso, e transferido o domínio do imóvel à municipalidade, a Lei nº 10.257/2001 confere ao Poder Público e, máxime, ao Chefe do Poder Executivo, o prazo máximo de 5 (cinco) anos para o adequado aproveitamento do bem. Nesse jaez, o próprio art. 8º, § 5º, da Lei nº 10.257/2001 aponta ao administrador o caminho a ser seguido – utilização direta, pela máquina pública, do imóvel desapropriado ou alienação/concessão a terceiros, observado o devido procedimento licitatório. Assim, não se exige grande inventividade do gestor, mas sim que adote as medidas traçadas, no tempo certo, com o fito de fazer valer o princípio da função social.

É clara a pretensão do legislador – se o Município assume o domínio de determinado imóvel, em razão do não atendimento de sua função social, não pode o Prefeito dar seguimento à prática ilícita, sob pena de ofensa qualificada ao bem jurídico tutelado e, pois, prática de ato de improbidade administrativa (art. 52, II).

Anote-se que o prazo de cinco anos é contado a partir da incorporação do imóvel ao patrimônio público, o que se dá, segundo Diógenes Gasparini, com o pagamento da indenização, ou seja, com a entrega dos correspondentes títulos da dívida pública ao expropriado ou com o seu depósito em Juízo[20]. Há posição no sentido de que o marco inicial deva ser contado da eventual imissão provisória na posse, já que a partir deste momento o Município já dispõe do bem para efetivar a sua utilização[21].

Como bem anota Rita Tourinho, como a obrigação para implementação de providências é do Município, serão responsabilizados por improbidade administrativa todos os agentes que passaram pela administração municipal durante o transcurso do prazo sem adotar qualquer providência concernente ao aproveitamento do bem[22].

II. Art. 52, III: utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei.

O direito de preempção ou de preferência, etiquetado no art. 25 da Lei nº 10.257/2001, confere ao Poder Público Municipal prioridade na aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares[23]. À luz do §1º do dispositivo

---

[20] GASPARINI, Diogenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002. p. 210.

[21] TOURINHO, Rita. *Dos Atos de Improbidade por Violação de Normas Constantes do Estatuto da Cidade*. Interesse Público IP, Belo Horizonte, ano 11, n. 53, jan./fev. 2009. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56741. Acesso em: 13 set. 2019. p. 09.

[22] TOURINHO, Rita. *Dos Atos de Improbidade por Violação de Normas Constantes do Estatuto da Cidade*. Interesse Público IP, Belo Horizonte, ano 11, n. 53, jan./fev. 2009. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56741. Acesso em: 13 set. 2019. p. 10.

[23] O direito de precedência outorgado ao Poder Público municipal para adquirir imóvel urbano objeto de alienação onerosa (transferência estipulando vantagens e obrigações recíprocas entre os contratantes) entre os particulares, ou seja, a regra que assegura a preferência ao Poder Público municipal na aquisição de imóvel urbano na forma do que estabelecem os arts. 25 a 27 do Estatuto da Cidade, significa outro

Book_RMP-81.indb 228 14/12/2021 12:30:49

em tela, o plano diretor estabelecerá as áreas de incidência do direito de preempção e, outrossim, fixará o prazo de vigência, de até 5 (cinco) anos, renovável a partir de 1 (um) ano após o decurso do interstício inicial. Ainda, o §2º dispõe que o direito de preferência será assegurado, independentemente do número de alienações relativamente ao mesmo imóvel.

Naturalmente, o direito de preempção não pode ser exercido ao livre talante do gestor, mas sim para finalidades específicas, elencadas no art. 26 do Estatuto da Cidade: a) regularização fundiária; b) execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; c) constituição de reserva fundiária; d) ordenamento e direcionamento da expansão urbana; e) implantação de equipamentos urbanos e comunitários; f) criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; g) criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; h) proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico. Assim, prerrogativa conferida ao Poder Público municipal é antecipadamente direcionada pelo legislador, de modo que seu desatendimento ensejará desvio de finalidade (art. 2º, *e*, parágrafo único, *e*, da Lei nº 4.717/1965), apto a ensejar a nulificação do ato administrativo viciado.

Demais disso, restará configurado ato de improbidade administrativa (art. 52, III), notadamente ante a exatidão da lei, que indica, *numerus clausus*, a destinação do imóvel adquirido por intermédio do direito de preempção. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles:

> Por outro lado, se o Município utilizar as áreas obtidas por meio do *direito de preempção* em desacordo com o disposto nos incisos do art. 26 da Lei 10.257/2001, sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o prefeito incorrerá em *improbidade administrativa*, nos termos da Lei 8.429, de 2.6.1992, de acordo com o inciso III do art. 52 do Estatuto da Cidade[24].

III. Art. 52, IV: aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei.

Cabe ao Município regulamentar o exercício do direito de construir, pautado no princípio da função social da propriedade, nos moldes delineados pelo Estatuto da Cidade. Nesses comenos, a Lei nº 10.257/2001, ao tratar da *outorga onerosa do direito de construir* (*solo criado*) e da *alteração do uso*, dispõe:

---

importante instrumento vinculado ao meio ambiente artificial para os fins de ordenamento e pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, bem como da propriedade urbana. (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Estatuto da Cidade Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 175-176).

[24] *Direito Municipal Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 553.

Book_RMP-81.indb 229 14/12/2021 12:30:49

> Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.
>
> § 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.
>
> § 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.
>
> § 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.
>
> Art. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

Pelo que se vê, as normas locais podem impor determinado coeficiente de aproveitamento básico ao titular do domínio – relação existente entre a área do terreno e a área edificável, bem como estabelecer destinação específica ao uso do solo de determinada localidade.

Assim, o titular do domínio não está autorizado edificar a totalidade da área do imóvel como lhe aprouver – deverá observar as normas de ordem pública que regulam a matéria; do mesmo modo, não pode construir o que bem entender, no local que quiser. Há, portanto, inúmeros anteparos, todos voltados à harmonização do meio ambiente urbano, concebidos sob o influxo do princípio da função social da propriedade, cuja obediência se revela cogente.

Entretanto, como visto, viabiliza-se ao proprietário a outorga onerosa do direito de construir, que, uma vez concedida, terá o condão de lhe conferir coeficiente de aproveitamento superior ao básico adotado pela legislação local (p. ex., com o aumento do número de pavimentos de determinada obra, mediante contrapartida ao ente público). Outrossim, poderá o proprietário buscar junto à municipalidade a alteração do uso do solo, a fim de, quando do exercício do direito de construir, conferir ao seu imóvel destinação diversa daquela consagrada originariamente no zoneamento urbano.

A outorga onerosa e/ou a alteração de uso de penderão, concomitantemente, do seguinte: i) previsão no plano diretor; ii) contrapartida, pelo interessado, em prol do Município; iii) regulamentação em lei específica, na forma do art. 30 do Estatuto da Cidade.

Book_RMP-81.indb 230 14/12/2021 12:30:49

Anote-se, contudo, que a referida contrapartida, destinada ao ente público, não poderá ser empregada pelo gestor de modo aleatório – os recursos que dela frutificarem destinar-se-ão, obrigatoriamente, às mesmas finalidades elencadas para a utilização dos imóveis adquiridos por meio do direito de preempção, citadas linhas atrás (art. 31 c.c. o art. 26 do Estatuto).

Como esses recursos possuem aplicação vinculada e, portanto, restrita, o agente público que aplicá-los de forma distinta incidirá em ato de improbidade administrativa, na forma do art. 52, IV, da Lei nº 10.257/2001. A aferição acerca do desvio de finalidade dos recursos obtidos pela outorga onerosa é feita pela análise da lei municipal que a regulou, que deverá prever essas rubricas específicas no orçamento municipal ou fundos específicos para o depósito e posterior utilização desses valores[25].

À evidência, o legislador assim laborou com o intuito de limitar o administrador municipal, a fim de que este não utilize os instrumentos em voga com intuito meramente arrecadatório, em prejuízo ao ordenamento urbano, como advertido por Pedro Roberto Decomain:

> Convém alertar para a necessidade de que as faculdades concedidas ao legislador municipal pelos arts. 28 e 29 do Estatuto sejam utilizadas com grande parcimônia. Seu desvirtuamento, permitindo indiscriminado excedimento dos patamares edilícios ou modificação do uso do solo urbano, mediante contrapartida pecuniária, poderá, em tese, comprometer todo o ordenamento da cidade no futuro, em homenagem a um simples interesse arrecadatório no momento presente.
>
> Justamente imbuído do propósito de evitar semelhante desvirtuamento é que o art. 31 do Estatuto confere aos recursos, assim obtidos, destinações específicas e, ainda, para evitar que sejam empregados em qualquer outra finalidade, sanciona o emprego desvirtuado como improbidade administrativa[26].

Assim, ao mesmo tempo em que atribui ao Poder Público a prerrogativa de conceder a outorga onerosa do direito de construir ou a alteração do uso do solo urbano, o Estatuto, por meio da destinação vinculada de recursos, minorou a possibilidade de danos colaterais, visto que a contrapartida amealhada será necessariamente empregada em prol do meio ambiente urbano, sob pena de ato de improbidade administrativa.

---

[25] VIZZOTTO, Andrea Teichmann. *A improbidade urbanística: a Lei de Improbidade Administrativa e o artigo 52 do Estatuto da Cidade*. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Debates em Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n. 9, out. 2010. p. 6.

[26] *Op. Cit.*, p. 225.

Book_RMP-81.indb 231 14/12/2021 12:30:50

IV. Art. 52, V: aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no §1º do art. 33 desta Lei.

Para a compreensão deste ato ilícito, faz-se necessário compreender que o Estatuto da Cidade, a fim de promover a revitalização e a modificação de determinada área, prevê uma ferramenta de gestão urbana e financeira conhecida como Operação Urbana Consorciada, prevista nos arts. 32 a 34 do Estatuto da Cidade. Trata-se de intervenção levada a efeito pelo Município que, como coordenador e contando com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, atua com o fito de alcançar, numa determinada área, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

A operação consorciada implica obtenção de recursos para o Poder Público, fruto da contrapartida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados após a adoção das medidas possíveis ao instituto. Esses valores, conforme dispõe §1º do art. 33 do Estatuto da Cidade, têm destinação vinculada, isto é, devem ser empregados, com exclusividade, na própria operação urbana consorciada.

O desrespeito e aplicação a esta destinação vinculada enseja a prática deste ato de improbidade previsto no art. 52, V, da Lei nº 10.257/2001.

V. Art. 52, VI: impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei.

De acordo com o §4º do art. 40 do Estatuto da Cidade, no curso do processo de elaboração, fiscalização e implementação do plano diretor, deverá ser garantida, pelos Poderes Executivo e Legislativo, a plena participação popular, compreendendo-se nisso: i) promoção de audiências públicas e debates com a participação popular/associativa; ii) publicidade quanto aos documentos e informações produzidas; iii) acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidas.

Cuida-se, em verdade, de corolário da noção de democracia participativa, vez que o plano diretor deve representar "produto de uma negociação pública, em que os habitantes definem o que desejam para sua cidade"[27] – referido *iter* procedimental se faz obrigatório, sob pena, inclusive, de inconstitucionalidade, na esteira da lição de Toshio Mukai:

> Tal dispositivo de lei, obrigatório para os Municípios, é constitucional, na medida em que cada uma das obrigações referidas encontra respaldo no próprio Texto Constitucional: as audiências públicas e a participação da comunidade na formulação e na fiscalização da execução do plano encontram fulcro no princípio da democracia participativa (art. 1º e

[27] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Altas, 2009, p. 496.

Book_RMP-81.indb 232 14/12/2021 12:30:50

> parágrafo único da CF) e no art. 29, XII, da Constituição; a publicidade no *caput* do art. 37 da CF e o acesso aos documentos e informações no art. 5º, XXXIII e XXXIV, *b*.
>
> Portanto, se não houver atendimento de tais obrigações pelo Município, haverá inconstitucionalidade absoluta do plano diretor que resultar sem a observância de tais condições[28].

Pode-se notar que, para além de mera vulneração à forma legal de concepção, criação e implementação do plano diretor, a ofensa ao dispositivo em tela tem o condão de vulnerar diversos axiomas constitucionais pétreos (arts. 1º, *caput* e parágrafo único, 5º, XXXIII e XXXIV, *b*, 29, XII, e 37, *caput,* todos da Lei Maior). Noutros termos, a afronta ao art. 40, §4º do Estatuto não traduz, tão somente, fraude procedimental, mas vício de conteúdo, isto é, ataque direto a caros valores constitucionais.

Por isso, o legislador estabeleceu que o menoscabo à participação popular no processo de construção do plano diretor ensejará, nos moldes do art. 52, VI, da Lei nº 10.257/2001, ato de improbidade administrativa.

Aliás, fácil constatar que essa modalidade típica se destina não só ao alcaide, mas inclusive ao "Presidente da Câmara de Vereadores (e bem assim, eventualmente, também demais integrantes da Mesa Diretora), que impeçam ou não assegurem a observância do previsto no parágrafo 4º do art. 40 do Estatuto"[29].

VI. Art. 52, VII: deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no §3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei.

De acordo com o art. 40, §3º, do Estatuto da Cidade, a lei instituidora do plano diretor deve ser revisada a cada 10 (dez) anos, periodicidade necessária que justifica a feliz lição de Hely Lopes Meirelles, para quem o "plano diretor não é estático; é dinâmico e evolutivo"[30].

Toma-se de início que o projeto de lei de revisão do plano diretor é de iniciativa do Chefe do Executivo Municipal, de modo que concerne a ele, no prazo estabelecido, deflagrar o processo legislativo, desincumbindo-se, assim, do ônus legal. Caso simplesmente ignore a obrigação encimada, incidirá em ato de improbidade, na forma do art. 52, VII, do Estatuto da Cidade[31].

---

[28] *O Estatuto da Cidade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 134.
[29] DECOMAIN, Pedro Roberto. *Op. Cit.,* p. 229
[30] *Op. Cit.*, p. 562.
[31] Reexame necessário - ação civil pública - obrigação de fazer - Município de Viçosa - revisão do plano diretor - Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 2001) - prazo decenal - omissão do Poder Público - interesse coletivo - sentença confirmada. O Estatuto da Cidade estabeleceu o poder-dever do administrador público para a revisão do plano diretor do Município no prazo máximo de dez (10) anos de sua vigência, sob pena de improbidade administrativa. (TJMG, Remessa Necessária nº 1.0713.10.003732-2/001, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, j. 09.03.2016).

Book_RMP-81.indb 233 14/12/2021 12:30:51

Como o tipo legal é bastante abrangente, para desincumbir-se de sua obrigação, o prefeito deve adotar todas as providências indispensáveis para a revisão do plano diretor, como o levantamento e análise dos problemas, o estabelecimento de prioridades, estudo dos projetos de leis e dos planos de atualização, remessa de projeto de lei à Câmara, a convocação de audiências e consultas públicas, a publicação de todos os atos referentes ao processo de alteração do plano[32].

A propósito, também quando da revisão do plano diretor, deverá ser contemplada a participação popular, na forma do § 4º do art. 40 da Lei nº 10.257/2001, sob pena de ato de improbidade (art. 52, VI)[33].

Um passo adiante, o art. 50 da Lei nº 10.257/2001 estabelecia, originalmente, que os Municípios enquadrados na obrigação de criação/implementação do plano diretor, na forma do art. 40, I e II, e que não contassem com o referido instrumento quando da entrada em vigor do Estatuto, teriam o prazo de 5 (cinco) anos para fazê-lo. Empós, por meio da Lei nº 11.673/2008, esse prazo foi estendido para o dia 30 de junho de 2008.

A finalidade deste tipo, portanto, é obrigar o gestor a promover a revisão do decenal do plano diretor vez que a fixação de marco temporal, *per se*, pouco significaria se o legislador não atrelasse a norma a alguma medida de coerção. Bem por isso, estabeleceu, para a hipótese de inobservância do referido prazo, a configuração de ato de improbidade em face do gestor renitente, também na forma do art. 52, VII, do Estatuto da Cidade.

---

[32] LEVIN, Alexandre. *Atos de improbidade administrativa praticados contra a ordem urbanística: estudo sobre o art. 52 do Estatuto da Cidade*. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 125-150, maio/ago. 2014. p.143.

[33] APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE E DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRELIMINARES. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO UNITÁRIO. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DO PLANO DIRETOR DA CAPITAL. DESAFETAÇÃO DE 70 (SETENTA) ÁREAS URBANAS SEM A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ. INOBSERVÂNCIA DO ESTATUTO DA CIDADE. ART. 40, § 4º, INCISOS I, II E III C/C ART. 52, INCISO VI, TODOS DA LEI FEDERAL Nº 10.257/2001. DOLO GENÉRICO VERIFICADO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11, INCISO IV, DA LIA. MULTA CIVIL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR DA SANÇÃO. (…) 3. Para tornar efetiva a gestão democrática e transparente que estabelece o Estatuto da Cidade, referida norma determina que o prefeito que impedir ou deixar de garantir quaisquer dos requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 do mesmo diploma legal se sujeitará a responder por improbidade administrativa, nos termos da Lei federal nº 8.429/92 (art. 52, inciso VI). 4. O argumento do apelante de que "a mera alteração formal de um dispositivo seu" (do plano diretor) tornaria desnecessária a "convocação de audiências públicas" vez que "o projeto de Lei encaminhado à Câmara Municipal não versa sobre a elaboração de um novo Plano Diretor, não encontra respaldo na realidade fática retratada nestes autos, na medida em que mencionado dispositivo (a ser alterado) visava justamente desafetar nada mais que 70 (setenta) áreas públicas municipais, no setor denominado Parque Lozandes e imediações, perfazendo a soma de todas elas uma área de mais de 700.000 m² (setecentos mil metro quadrados), incorrendo numa modificação substancial do zoneamento municipal com impactos significativos no trânsito e no meio ambiente artificial. 5. Comprovada a manifesta violação dos princípios da administração pública, bem assim o dolo genérico, concernente à vontade deliberada de praticar o ilícito, deve o agente público sujeitar-se às sanções previstas no inciso III do art. 12 da Lei federal nº 8.429/1992. (…) (TJGO, Apelação Cível nº 0029378-02.2012.8.09.0051, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Maurício Porfirio Rosa, DJGO 27.01.2017).

Book_RMP-81.indb 234 14/12/2021 12:30:51

Ao assim proceder, o legislador ratificou a importância conferida ao plano diretor, visto como instrumento de concretização prática do princípio da função social da propriedade urbana.

Art. 52, VIII: adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

O direito de preempção, versado nos arts. 25 a 27 do Estatuto da Cidade, confere ao Poder Público Municipal, como dito, o direito de preferência na aquisição de imóveis urbanos particulares, sob certas condições.

De acordo com o estabelecido no art. 27, *caput* e §1º, o proprietário de imóvel abrangido pelo direito de preempção, se decidir vender o bem, deverá notificar a municipalidade acerca do seu intuito, cumprindo-lhe, na mesma oportunidade, apresentar ao ente local proposta de compra assinada pelo interessado, com todas as nuances pertinentes (notadamente, preço, condições de pagamento e prazo de validade). Então, o Município terá o prazo de 30 (trinta) dias para manifestar o interesse em adquirir o imóvel.

Por certo, a Administração Municipal deverá laborar de modo responsável, balizada no valor de mercado do bem objeto da negociação entre os particulares. E, no afã de verificar a conveniência da medida, pertinente que o gestor determine a avaliação do imóvel, a fim de, se caso for, exercer o direito de preempção em prestígio ao interesse público primário.

Também é pertinente que a avaliação seja pautada por atuação metodológica e parâmetros normativos oficiais, suscetível, portanto, a controle e análise capazes de se evitar abusos, excessos e ineficiências, o que é feito mediante laudos de avaliação prévia com análise técnica, realizada por Engenheiro de Avaliações, apta a identificar o valor do bem, de seus custos, frutos e direitos, assim como determinar indicadores da viabilidade de sua utilização econômica, para uma determinada finalidade, situação e data.

Assim, se a proposta lançada superar o valor de mercado e isto restar atestado por avaliação perfectibilizada pela municipalidade, afigura-se vedado o exercício do direito de preempção pelo Município, sob pena de prejuízo ao erário, o que, consectariamente, ensejará a prática de ato de improbidade administrativa pelo alcaide na forma do art. 52, VIII, do Estatuto da Cidade.

Outrossim, se o exercício do direito de preempção for levado a efeito sem a prévia avaliação, o gestor o fará por sua conta e risco e, assim, poderá incidir na prática de ato de improbidade, nos moldes do preceptivo em comento.

Trata-se de tipo legal especial em relação art. 10, V, da Lei nº 8.429/1992.

Book_RMP-81.indb 235 14/12/2021 12:30:51

4. Conclusão

No presente trabalho, foram abordados os aspectos gerais relacionados à função social da propriedade urbana, com fulcro no desenho constitucional pátrio.

Empós, conferiu-se especial direcionamento ao art. 52 do Estatuto da Cidade, norma geral de direito urbanístico. Assim, foi empreendida análise geral, voltada ao *caput* do preceptivo, sob o influxo da Lei nº 8.429/1992; na sequência, as modalidades específicas, etiquetadas nos incisos respectivos, foram amiúde exploradas.

Ainda, dedicou-se espaço aos institutos vinculados ao art. 52 da Lei nº 10.257/2001, ante a necessária compreensão dos instrumentos de direito urbanístico (direito de preempção, operações urbanas consorciadas etc.), elemento imprescindível para o correto balizamento das condutas ímprobas especiais alhures invocadas.

De todo esse contexto, pode-se notar, em linhas gerais, que o legislador conferiu prestígio à implementação das medidas de política urbana instituídas no Estatuto da Cidade, com vistas a atribuir concreção ao princípio da função social da propriedade. E assim, por intermédio dos atos de improbidade, buscou atribuir coercibilidade aos seus comandos.

Bibliografia

ANDRADE, Leandro Teodoro. *Manual de Direito Urbanístico*. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *et. al*. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Estatuto da Cidade Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GASPARINI, Diogenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Altas, 2009.

LEVIN, Alexandre. Atos de Improbidade Administrativa Praticados Contra a Ordem Urbanística: Estudo Sobre o Art. 52 do Estatuto da Cidade. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 125-150, maio/ago. 2014.

Book_RMP-81.indb 236 14/12/2021 12:30:51

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.). FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.). *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Manole, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, v. 2, 1954.

SANTANA, Anina Di Fernando. *O Direito Ambiental Urbanístico Brasileiro: A Importância do Adequado Uso e Ocupação do Solo e da Avaliação de Impactos Ambientais nas Cidades*. São Paulo: Editora Baraúna, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA, Renee do Ó. *Os Efeitos Transversais da Colaboração Premiada e do Acordo de Leniência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

TOURINHO, Rita. *Dos Atos de Improbidade por Violação de Normas Constantes do Estatuto da Cidade*. Interesse Público IP, Belo Horizonte, ano 11, n. 53, jan./fev. 2009. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56741. Acesso em: 13 set. 2019.

VIZZOTTO, Andrea Teichmann. *A Improbidade Urbanística: a Lei de Improbidade Administrativa e o Artigo 52 do Estatuto da Cidade*. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Debates em Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n. 9, out. 2010.

Book_RMP-81.indb 237 14/12/2021 12:30:52

Sucinta análise sobre o novo crime de perseguição do art. 147-A do Código Penal – *stalking*

Sauvei Lai*

Sumário

I. Intróito. II. Elementares do tipo penal. II.1. Perseguir alguém. II.2. Reiteradamente. II.3. Ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica. II.4. Restringindo-lhe a capacidade de locomoção. II.5. De qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. III. Meios de execução. IV. Dolo. V. Tentativa. VI. Causas especiais de aumento de pena e sujeitos do crime. VI.1. Contra criança, adolescente ou idoso. VI.2. Contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código. VI.3. Mediante concurso de 2 ou mais pessoas ou com o emprego de arma. VII. *Cyberstalking*. VIII. Concurso de crimes. IX. Da pena. X. Representação do ofendido. XI. Princípio da continuidade normativa típica. XII. Nota final.

I. Intróito

Esse ensaio pretende traçar um estudo inicial e provisório da Lei nº 14.132/2021, promulgada em 31 de março de 2021, que concebeu o novo crime de perseguição no art. 147-A do CP (pena de reclusão de *6 meses a 2 anos*), na esteira das legislações estrangeiras que punem a conduta de *stalking* ou *harassment*. Cabe mencionar que semelhante comportamento era antes tipificado como mera contravenção de perturbação de tranquilidade do art. 65 do Decreto Lei nº 3.688/41 (prisão simples de *15 dias a 2 meses*), salvo se identificada infração mais grave, a exemplo de injúria, constrangimento ilegal, ameaça, sequestro etc.

Com efeito, o *Black's Law Dictionary* (dicionário jurídico americano) explica que o *stalking* se caracteriza quando existe "ato de seguir alguém, furtivamente ou não, ou de se demorar perto de alguém com o propósito de importunar ou assediar a pessoa, ou de cometer outro crime associado, como lesão corporal ou psicológica, devendo a vítima se sentir justificadamente ameaçada, alarmada ou angustiada acerca de sua segurança pessoal ou de terceiras pessoas com quem tenha relação (nossa tradução livre)"[1].

O projeto de lei nº 1.369/2019 do Senado Federal, que deu origem à Lei nº 14.132/2021, objetivou sancionar a pessoa que persegue a vítima e provoca, direta

---

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-professor de Direito Processual Penal da EMERJ e da AMPERJ entre 2004 e 2021. Palestrante.

[1] Disponível em: https://www.llrx.com/2003/12/features-cyberage-stalking/. Acesso em: 01 abr. 2021.

Book_RMP-81.indb 239 14/12/2021 12:30:52

ou indiretamente, medo ou inquietação nela, prevenindo a perpetração de crimes mais graves (lesão corporal, estupro, homicídio, entre outros), conforme sua ementa e relatório dos congressistas[2].

Note-se que o recém-criado tipo penal se insere na Seção dos Crimes contra a Liberdade Individual e Pessoal, ambicionando proteger particularmente a dignidade humana (art. 1º, III da CR/88) e uma série de direitos fundamentais e da personalidade da vítima, insculpidos no art. 5º da nossa Carta Magna, a exemplo do direito de ir e vir, à privacidade, à opinião, entre outros, como veremos melhor adiante.

II. Elementares do tipo penal

II.1. Perseguir alguém

O núcleo principal do tipo penal é perseguir (reiteradamente), que a rigor significa caçar, em outras palavras, ir ao encalço de uma presa.

Juridicamente, caracteriza-se pela ação de incomodar, importunar, molestar, atormentar, assediar, atemorizar, aterrorizar ou constranger o sujeito passivo (homem ou mulher, conhecido ou desconhecido).

II.2. Reiteradamente

É de se observar que a simples perseguição não configura o *stalking*, mas sim uma perseguição reiterada, isto é, insistente, constante, persistente ou obsessiva que importa em atos repetitivos contra a vítima. Trata-se, portanto, de crime habitual que pune uma pluralidade de episódios, que, isoladamente, são atípicos.

Nessa perspectiva, surge a questão: quantos atos seriam suficientes para sua tipificação? A nosso juízo, no mínimo, três, desenhando uma insistência, e não uma simples repetição (duas vezes). Curiosamente, a legislação do Reino Unido (*Protection from Harassment Act 1997*)[3] demanda apenas duas condutas após manifestação de descontentamento da vítima.

II.3. Ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica

De início, registre-se que a perseguição reiterada será, forçosamente, interpretada e acompanhada: 1) da ameaça à integridade física ou psicológica; 2) da restrição da capacidade de locomoção ou 3) de qualquer forma, da invasão ou perturbação da esfera de liberdade ou privacidade da vítima.

É cediço que a ameaça consiste na promessa de mal injusto e grave de ordem física ou psicológica, tal como previsto no art. 147 do CP. Todavia, exige-se, para a

[2] Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135596. Acesso em: 01 abr. 2021.
[3] Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/contents. Acesso em: 01 abr. 2021.

Book_RMP-81.indb 240 14/12/2021 12:30:52

tipificação do crime do novo art. 147-A do CP, que ocorra de modo repetitivo, sendo certo que a ameaça singular perfaz tão somente o tipo do art. 147 do CP.

Ponto que merece maior meditação é a ameaça à integridade psicológica da vítima com promessa de xingamentos, ofensas, menosprezos, humilhações ou hostilidades, que busca perturbar sua paz e causar-lhe danos emocionais, gerando nela sentimentos que dificultarão ou impedirão o exercício normal de suas atividades cotidianas.

II.4. Restringindo-lhe a capacidade de locomoção

Ainda que ausente qualquer espécie de ameaça, o crime também é configurado quando se restringe a capacidade de ir e vir da vítima. Neste ponto, é fundamental salientar que restringir não equivale à privação da liberdade (elementares do crime de sequestro ou cárcere privado do art. 148 do CP). Em termos mais precisos, restringir é dificultar, ao passo que privar é impossibilitar absoluta e fisicamente a locomoção do sujeito passivo.

Exemplificando, traduz-se em perseguição a conduta do *stalker* que, em todos os finais de semana, vai ao clube da vítima, para entregar-lhe cartas de amor e chorar, uma vez que esse comportamento, certamente, dificulta a sua frequência ou permanência no local de lazer.

II.5. De qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade

Invadir significa adentrar, penetrar ou conquistar ilegitimamente. Perturbar é provocar agitação, desequilíbrio, desordem ou alteração no círculo da liberdade ou da privacidade da vítima.

Essa esfera de liberdade (da seção final do artigo), seguramente, não se refere à de locomoção, tratada na parte anterior do dispositivo, mas às demais liberdades constitucionais e civis. Mencione-se, a título de ilustração, a livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV), da consciência, da crença religiosa (art. 5º, VI), da convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII), além da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX). Em síntese, qualquer conduta de perseguição reiterada que obrigue alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, como reza o art. 5º, II da CR/88.

Para a adequada compreensão do tipo penal em comento, é imprescindível distinguir os conceitos de privacidade e intimidade. Na conhecida teoria europeia das Três Esferas de Privacidade, aquela consiste em uma pretensão de evitar intromissões alheias e a não circulação de informações pessoais do titular, que possam prejudicá-lo, caso elas caiam em domínio público, impedindo eventual discriminação (sobre sua origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, religiosa, filosófica ou política) e, assim, permitindo o desenvolvimento integral da sua personalidade. Participam deste núcleo familiares, amigos e pessoas com os quais o sujeito mantém

Book_RMP-81.indb 241 14/12/2021 12:30:53

certo nível de confiança. Noutro giro, a intimidade impõe que as informações sejam conservadas em sigilo e somente pessoas bem íntimas do titular as compartilhem, como memórias pessoais e sensíveis, confissões amorosas, aspectos da vida conjugal e das relações familiares, quando normalmente se pede segredo.

A propósito, a própria Lei nº 13.709/2018 (LGPD) faz essa distinção no art. 2º e no art. 17: "Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, *de intimidade e de privacidade*, nos termos desta Lei" (grifo nosso).

Deste modo, vê-se que a parte final do art. 147-A do CP criminaliza a invasão ou a perturbação da esfera da privacidade do sujeito passivo, não se referindo, expressamente, à intimidade. Entretanto, acredita-se estar configurado o *stalking* na hipótese de penetração ou desordem da *intimidade*, bastando invocar a cláusula *genérica* (que pode suscitar críticas quanto ao princípio da legalidade estrita do Direito Penal do art. 5º, XXXIX da CR/88 c/c LC n. 95/98) "*de qualquer forma*, invadindo ou perturbando sua (da vítima) esfera de liberdade" (grifo nosso e explanado no preâmbulo deste item). Nesse sentido, parece evidente que a conduta do hacker que forja conversas (de aplicativo de mensagens) de suposta traição amorosa e as envia ao marido da vítima, adentra e desequilibra o seu casamento, obrigando-a, no mínimo, a contratar um técnico de informática e a suportar custos financeiros (art. 5º, II da CR/88).

Afigura-se oportuno consignar que frequentemente o limite que separa um ato lícito (e até adulador) do *stalking* é de difícil percepção. Dessa maneira, incumbe ao aplicador do direito examinar a presença de outros dados, como a manifestação negativa e de descontentamento da vítima e a persistência na reprodução da conduta pelo criminoso, "restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade". Repita-se: não se exige que a ação do perseguidor seja necessariamente agressiva ou ofensiva para que o crime se apresente, bastando ligações telefônicas, envio de presentes, elogios ou mensagens amorosas à vítima (comuns no *stalking)*, quando ela exterioriza a antipatia por esses comportamentos e o agente prossegue insistentemente.

A esta altura, pode-se afirmar que não é qualquer aborrecimento que acarreta o *stalking*. Ao revés, deve ser uma ação que normalmente origine angústia e sofrimento à vítima, capazes de evoluir, às vezes, para uma doença psicossomática. É interessante notar que, nos EUA, *The Violence Against Women Act of 2005*[4] emprega o termo distúrbio gerado pelo *stalking* como sendo a "conduta direcionada a uma pessoa específica que serve a um propósito ilegítimo e que cause a uma *pessoa média* sob tais circunstâncias medo para sua segurança ou de outros, ou substancial sofrimento emocional" (nosso grifo e nossa tradução livre). Substancial sofrimento emocional compreende estresse mental, angústia, depressão, vergonha, humilhação, choque, constrangimento, ansiedade ou medo.

[4] Disponível em: https://www.congress.gov/109/plaws/publ162/PLAW-109publ162.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

Book_RMP-81.indb 242 14/12/2021 12:30:53

Na Itália (*Decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11*)[5], o art. 612 foi além da normatização americana e acrescentou ainda como *stalking* a conduta que "força a vítima a *mudar seu cotidiano*" (nosso grifo e nossa tradução livre).

III. Meios de execução

O dispositivo sob exame prevê a perseguição "por qualquer meio", abarcando inclusive o silêncio daquele que telefona insistentemente e permanece mudo ou desliga em seguida. A vida é pródiga de exemplos de atos obsessivos (verbal, escrito, mímico e gestual) por parte do *stalker*: todos os tipos de contato (físico, comunicacional e virtual) com a vítima de forma elogiosa e, em diversas ocasiões, até agressiva; envio de presentes; seguir a vítima à distância; comparecer aos lugares frequentados pelo sujeito passivo ou pessoas próximas a ele etc.

Sabe-se que o contato, às vezes, é indireto, ou seja, através de conhecidos, amigos, familiares e colegas acadêmicos ou do trabalho, intrometendo-se o *stalker* progressivamente e de modo ilícito na vida privada ou íntima da vítima, conhecendo-a ou não (veja os casos dos perseguidores de "famosos").

Por fim, é possível uma conjunção de atitudes socialmente toleráveis (envio de flores) com outras criminosas (invasão domiciliar) para a caracterização do *stalking*.

IV. Dolo

Para a configuração da tipicidade subjetiva do crime, o *stalker* deve saber que está constrangendo a vítima ou assumir o risco de atormentá-la por meio dos seus comportamentos repetitivos, molestadores e importunadores. Por conseguinte, o crime só é punido a título de dolo direto ou eventual (art. 18, I do CP), não havendo previsão da sua modalidade culposa (art. 18, *in fine* do CP).

V. Tentativa

Um assunto tormentoso na dogmática penal é admitir[6] e enquadrar uma hipótese de tentativa de crime habitual, cuja tipificação reclama reiteração de atos, em outras palavras, uma conduta isolada constitui fato *atípico*.

Sem ambicionar simplificar o tema e estabelecer preceitos absolutos, o perseguidor obsessivo não atua de forma esporádica. Ao contrário, monta uma estratégia e uma estrutura (ainda que amadoras) que podem, ocasionalmente, revelar sua intenção de importunar a vítima reiteradamente, iniciando atos executórios que são abortados por motivos alheios à sua vontade. Por esse motivo, não enxergamos óbice na tentativa quando o *stalker, verba gratia*, comparece uma única vez ao local de trabalho da vítima para lhe entregar flores e cartão amoroso (incomodando-a) e,

[5] Disponível em: https://www.camera.it/parlam/leggi/decreti/09011d.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.
[6] Nesse sentido: MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 161.

Book_RMP-81.indb 243 14/12/2021 12:30:53

em seguida, escreve diversas mensagens ofensivas e as envia pelas redes sociais dela, porém a vítima o bloqueia antes de recebê-las.

VI. Causas especiais de aumento de pena e sujeitos do crime

O § 1º aumenta a pena da metade se o crime for cometido em três situações.

VI.1. Contra criança, adolescente ou idoso

O inciso I se apresenta como uma norma penal em branco quando o preceito está incompleto, genérico ou indeterminado, dependendo da complementação de outras normas. No caso, o conceito de crianças (até doze anos) e adolescentes (até dezoito anos) se encontra no art. 2º da Lei nº 8.069/90 (ECA) e o de idoso (igual ou superior a 60 anos) no art. 1º da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso). É indiscutível que a majoração exige que o perseguidor conheça essas circunstâncias. Do contrário, exclui-se o dolo da conduta por erro de tipo (art. 20 do CP c/c art. 395, II e art. 397, III do CPP).

VI.2. Contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código

O inciso II constitui, outrossim, norma penal em branco, demandando a complementação do § 2º-A do art. 121 do CP no que se refere à definição de "razões da condição de sexo feminino", que se singulariza quando há: 1) violência doméstica e familiar ou 2) menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A situação de violência doméstica e familiar contra mulher está classificada no art. 5º, I a III da Lei nº 11.340/06 (LMP). Sintetizando, crime na unidade doméstica, no âmbito familiar ou em qualquer relação íntima de afeto. Além disso, o art. 7º, II profetizou os inúmeros resultados lesivos da mulher perseguida, ao estabelecer as formas de violência doméstica e familiar como "a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação".

A majorante se aplica também no caso de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (mesmo fora das situações de violência doméstica e familiar), a exemplo do colega de trabalho da vítima que a persegue obsessivamente por ter sido promovida, imerecidamente, pois, na concepção desse *stalker*, as mulheres não seriam qualificadas para tal função.

Book_RMP-81.indb 244 14/12/2021 12:30:54

Em decorrência da análise dessas causas de aumento de pena, pode-se concluir que se trata de crime comum, quer dizer, homem ou mulher podem figurar como sujeito ativo ou passivo do crime de perseguição.

Por fim, cremos que outras pessoas vulneráveis poderiam, mas não obtiveram a proteção legal integral, como os enfermos e as pessoas com deficiência, como se verifica no art. 313, III do CPP.

VI.3. Mediante concurso de 2 ou mais pessoas ou com o emprego de arma

O inciso III aumenta a sanção na hipótese de concurso de agentes (alcançando o recente fenômeno do *mobbing*), que potencializa a perseguição obsessiva e, por conseguinte, inflige maior risco ao bem jurídico tutelado, devendo se computar os cúmplices não identificados ou menores de idade, conforme doutrina majoritária pátria.

A arma da parte final do referido inciso foi mencionada de forma genérica, diversamente do art. 157, § 2º-A, I do CP que cita especificamente *arma de fogo*. Destarte, para a majoração da perseguição, basta o uso de qualquer instrumento hábil para ferir a integridade corporal da vítima, seja uma arma propriamente dita (concebida para atacar e defender, como revólver e faca), seja imprópria (objetos não destinados ao ataque e à defesa, mas que podem funcionar como tal, a exemplo de martelo, garfo ou caco de vidro).

VII. *Cyberstalking*

Desafortunadamente, pode-se constatar a omissão legislativa acerca de uma majorante para os casos de *cyberstalking*, isto é, a utilização de ferramentas digitais com o objetivo de perseguir ou assediar uma pessoa. Sabe-se que essa modalidade de perseguição pode causar danos exponenciais à vítima devido à facilidade de se comunicar (de modo inapropriado e) à distância com ela ou com uma vastidão de pessoas (para divulgar uma *fake news*, por ex.), além do anonimato do agente e da vulnerabilidade da proteção de dados (e imagens) pessoais dela, expostos na internet (ocasionalmente, pela própria vítima) e que o auxiliam para traçar um plano de perseguição mais eficaz.

Frequentemente, assistimos no noticiário pessoas que criam perfis falsos nas redes sociais em nome da vítima, em que ela pretensamente se apresenta como prostituta, divulgando para familiares, amigos, colegas de trabalho e público em geral. O dano (inimaginável e incalculável) a atinge com absoluto vigor (no ambiente do trabalho, acadêmico, social e familiar) e, em última instância, viola todos os primados da dignidade humana e da vedação de tratamento degradante aos indivíduos.

VIII. Concurso de crimes

O § 2º estipula que as penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. Logo, se forem perpetradas lesões corporais ou até

Book_RMP-81.indb 245 14/12/2021 12:30:54

homicídio, inexistirá, a nosso ver, absorção da infração menos grave, mas concurso material de crimes (art. 69 do CP) com o somatório das sanções. Nesse sentido, se uma jovem envia incontáveis mensagens amorosas e, diante da resistência do rapaz (alvo do seu desejo), comparece ao local onde ele estuda e o mata, sucederá concurso material de crime de perseguição e de homicídio qualificado (art. 147-A e art. 121, § 2º, II n/f do art. 69 do CP), adotando-se as regras de conexão e continência (arts. 76 e 77 do CPP) no Juízo prevalente competente (art. 78 do CPP).

IV. Da pena

Como já mencionado, a conduta de perseguição, antes da entrada em vigor da Lei nº 14.132/21, encontrava adequação típica na contravenção penal de vias de fato. Comparando-se as sanções infligidas, verifica-se que a reprimenda foi bem agravada. O novo art. 147-A, *caput* do CP comina pena de reclusão de *6 meses a 2 anos* com uma série de causas de aumento de pena (sem prejuízo da correspondente à violência, conforme visto nos itens anteriores), ao passo que a contravenção de perturbação de tranquilidade do art. 65 do Decreto Lei nº 3.688/41 previa modicamente prisão simples de *15 dias a 2 meses*.

Para efeito de comparação, o crime de ameaça do art. 147 do CP estabelece pena de detenção de *um a seis meses*.

Não obstante a exasperação de pena para a conduta de perseguição, a modalidade simples do tipo permanece sendo uma infração de menor potencial ofensivo da competência do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei nº 9.099/95) com os benefícios da impossibilidade de lavratura de auto de prisão em flagrante (art. 69, parágrafo único), da composição de danos civis (art. 74), da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89), sem contabilizar as demais benesses da legislação comum, a exemplo da substituição da pena (art. 44 do CP), *sursis* (art. 77 do CP) e do recente acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), *desde* que não haja uso de violência física ou grave ameaça à pessoa.

Contraditoriamente, a (natureza da) pena estipulada pelo legislador é de reclusão, ao invés de detenção com todas as consequências severas, como o cumprimento em regime inicialmente fechado (art. 33 do CP), na hipótese de o réu ser condenado em concurso material com algum crime mais grave (art. 147-A, § 2º do CP), e a possibilidade de interceptação telefônica (art. 2º, III da Lei nº 9.296/96).

X. Representação do ofendido

Nesse passo, é interessante atentar que o § 3º exige a representação do ofendido (art. 24 do CPP) a ser exercido no prazo decadencial do art. 38 do CPP c/c art. 107, IV do CP.

Convém lembrar que a retratação da representação é permitida até o oferecimento da denúncia (art. 25 do CPP), salvo nos casos de violência doméstica

Book_RMP-81.indb 246 14/12/2021 12:30:54

e familiar, quando será até o *recebimento* judicial da mesma, ratificando-se o arrependimento em audiência especial (art. 16 da Lei nº 11340/06).

Por último, a retratação da retratação, em outras palavras, a insistência de representar novamente é admissível, contanto que dentro do prazo original de seis meses (STJ, Resp 1.131.357/DF).

XI. Princípio da continuidade normativa típica

Apesar de o art. 3º da Lei nº 14.132/2021 revogar expressamente a contravenção penal de perturbação de tranquilidade (art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41), não se aplica a *abolitio criminis* e a retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, LX da CR/88) em homenagem ao princípio da continuidade normativo-típica, que se manifesta na permanência do caráter proibido e ilícito de uma conduta, porém com alteração topográfica do enquadramento típico, assim como se observou com o advento da Lei nº 12.015/09, que suprimiu o tipo do art. 214 do CP (atentado violento ao pudor), porém continuou punindo os atos libidinosos diversos da conjunção carnal no novo crime de estupro do art. 213.

Assim, percebe-se que "molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável" (art. 65 da LCP) sempre se amoldará no recente crime de perseguição do art. 147-A do CP.

XII. Nota final

Essas linhas foram rascunhadas no dia seguinte à promulgação da Lei nº 14.132/2021, de modo que não se aspira exaurir os estudos, tampouco estabelecer verdades inatacáveis. Objetivam, sim, contribuir para a edificação do conhecimento deste tema palpitante e das suas repercussões jurídicas na sociedade brasileira.

Outono de 2021.

Book_RMP-81.indb 247 14/12/2021 12:30:54

Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico

Fraude na pavimentação de vias asfálticas: uma ilicitude crônica na realidade brasileira

Emerson Garcia*

Resumo

A pavimentação de vias asfálticas tem se tornado um problema crônico no âmbito das contratações realizadas pela Administração Pública brasileira. Não é incomum que, pouco depois da conclusão de obras dessa natureza, o asfalto já apresente falhas, exigindo novas contratações para a sua recuperação, renovando-se o ciclo vicioso. O objetivo da análise realizada é o de identificar, em breves linhas, como uma precária ideologia participativa, o que diminui sobremaneira a fiscalização popular, além do conluio entre empreiteiras e agentes públicos, especialmente por ocasião da liquidação da despesa pública, contribuem para a continuidade desse quadro, o que exige o aprimoramento dos mecanismos de controle, interno e externo.

Abstract

The paving of asphalt roads has become a chronic problem in the scope of contracts carried out by the Brazilian Public Administration. It is not uncommon that, shortly after the completion of works of this nature, the asphalt is already failing, requiring new hires for its recovery, renewing the vicious cycle. The objective of the analysis carried out is to identify, in brief lines, as a precarious participatory ideology, which decreases popular inspection, in addition to the collusion between contractors and public agents, especially when the expense is settled, to contribute to public continuity of this situation, which requires the improvement of internal and external control mechanisms.

Palavras-chave: Pavimentação. Democracia. Liquidação. Controle. Improbidade.

Keywords: *Paving. Democracy. Settlement. Control. Improbity.*

* 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). Integrante da Comissão de Juristas instituída no âmbito da Câmara dos Deputados para alterar a Lei n. 8.429/1992. Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Book_RMP-81.indb 251 14/12/2021 12:31:01

Em um País de dimensões continentais, como a República Federativa do Brasil, é fácil intuir a importância assumida pelas vias asfálticas, constatação potencializada ao lembrarmos a timidez com que nossa malha ferroviária é estruturada e utilizada.

Vias asfálticas extensas e numerosas pressupõem a celebração de inúmeros contratos administrativos, quer para abri-las e capeá-las, quer para recapeá-las, o que tende a se mostrar inevitável na medida em que sua existência se protraia no tempo.

Por mais paradoxal que possa parecer, obras e serviços dessa natureza têm sido caracterizados por um elevado quantitativo de fraudes. Fraudes praticadas não necessariamente na seleção daquele a que será adjudicado ou no superfaturamento do objeto do contrato, o que pouco diferenciaria essa espécie de contrato da generalidade dos ajustes celebrados pela Administração Pública. Em verdade, o que tem chamado a atenção é o fato de as fraudes se apresentarem no momento de execução do contrato.

O paradoxo a que nos referimos decorre da constatação de que as vias asfálticas estão à vista de todos, de modo que os administrados em geral podem acompanhar o seu surgimento e a sua correlata conservação. A transparência, nesses casos, se apresenta *in re ipsa*, se desnudando em plena luz do dia, aos olhos de qualquer curioso que, por um átimo qualquer, pretenda se inteirar da realidade circundante.

Em uma escala de ilicitude, as fraudes podem se apresentar em distintos níveis, principiando pelo surgimento da via asfáltica, de modo que a via que deveria ser aberta e capeada simplesmente não o é, avançando pela sua construção com o emprego de materiais em quantidade ou qualidade inferior à devida, o que redunda na redução de sua durabilidade e culmina com a necessidade de recapeamentos frequentes, os quais, em muitas ocasiões, ou não são realizados ou o são de maneira indevida, daí decorrendo a renovação do ciclo.

É difícil entender a razão de, em pleno século XXI, em todas as regiões do País, em algumas de modo mais acentuado, em outras não, convivermos pacificamente com fraudes dessa natureza. Do mesmo modo, é tarefa assaz difícil encontrar um brasileiro que jamais tenha se deparado com uma via asfáltica repleta de buracos poucos meses após a sua inauguração ou que veja buracos ressurgirem com assustadora frequência, em um movimento circular que nos faz lembrar uma verdadeira fênix. Parece que todos nós, entorpecidos por um problema crônico, terminamos por nos acostumar com ele, talvez em uma manifestação contemporânea do velho ditado de que "*o uso do cachimbo deixa a boca torta*".

Um primeiro fator que certamente explica esse estado de coisas é o acentuado déficit de democracia participativa presente em nossa realidade. Essa espécie de democracia, voltada à aproximação do individual ao social, busca sedimentar uma ideologia coletiva, reflexo da constatação de que problemas setoriais tendem a se transmudar em problemas gerais. Como ressaltado por Eisenstadt (2000: 7), a democracia deve ser realizada com a participação contínua e responsável, no processo político, de grandes setores da população: é uma forma de participação ativa, não de mera figuração. A partir da interação entre indivíduos e estruturas de poder, tem-

Book_RMP-81.indb 252 14/12/2021 12:31:01

se a proliferação e consequente sedimentação de um sentimento de inserção, que desempenha relevante função educativa na formação da sociedade.

O mundo contemporâneo tem testemunhado o predomínio de concepções individualistas em detrimento das coletivistas: há uma força centrípeta que atrai a visão do indivíduo, cada vez mais, para o interior do seu ser, raramente assumindo colorido centrífugo, em que sua atenção se projeta para a coletividade. Em Atenas, era reprovado o comportamento daqueles que constantemente deixavam de participar das reuniões da assembleia (*Ekklesia*), sendo considerados *idiotai*, designativo empregado para os que somente se preocupavam com os seus interesses particulares (COMPARATO, 2006: 648).

Se o atrofiar de concepções coletivistas e o fortalecimento do individualismo assumem contornos universais, o quadro é muito mais acentuado em países de modernidade tardia, nos quais a média da população tem reduzido nível de instrução, sendo, não raro, incapaz de desenvolver a moral crítica a que se referia Hart. A incapacidade de apreender a realidade, formar juízos de valor ao seu respeito e direcionar-se de acordo com eles certamente contribui para o surgimento e a realimentação do inusitado, como se verifica no testemunho silencioso de que o asfalto, no Brasil, esfarela, esburaca ou simplesmente desmancha pouco depois do seu surgimento. Na medida em que as práticas se repetem, surge uma base de valores distorcida tanto no ambiente administrativo como no social, o que contribui para a sua continuidade e o surgimento de um sentimento de normalidade.

As fraudes na pavimentação asfáltica, na maior parte das vezes, estão associadas ao conluio com algum agente público. Esse conluio se manifesta durante a execução do contrato, já que, pelas próprias características do objeto, é imprescindível o seu acompanhamento *pari passu*. Afinal, somente assim é possível identificar a forma de preparo do solo; a qualidade da mistura asfáltica utilizada, normalmente composta de 95% de pedra britada e 5% de asfalto; a espessura da capa asfáltica; as características dos canos utilizados para a drenagem da via e de outros materiais que terminam por ser encobertos etc. Atestado o cumprimento do contrato, inúmeras irregularidades terminam por permanecer adormecidas sob o próprio asfalto.

Não se ignora, é certo, que os históricos problemas identificados nas vias asfálticas brasileiras também podem estar associados a falhas no projeto, nem sempre por dolo, mas por inépcia; a razões de ordem econômica, que influem na redução da espessura do asfalto, de modo que uma área maior possa ser abrangida pela política de pavimentação; e mesmo à natureza do material utilizado, a começar pela qualidade do asfalto, já que a indústria petroquímica, em muitas ocasiões, opta pela fabricação de gasolina e de querosene, este para aeronaves, o que reserva para o asfalto apenas o resíduo da produção, de baixa qualidade. Esses aspectos tendem a tornar a pavimentação ambientalmente insustentável, diminuindo a sua vida útil e aumentando a rotatividade das pedreiras com a constante necessidade de recapeamento.

Ainda que haja concausas para a má-qualidade do asfalto brasileiro, o conluio entre agentes públicos e contratados tem sido uma das causas de maior relevância no delineamento desse quadro. O agente público que, no momento da liquidação

Book_RMP-81.indb 253 14/12/2021 12:31:01

da despesa pública, recebe vantagem econômica, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, pratica o ato de improbidade administrativa a que se refere o art. 9º, VI, da Lei nº 8.429/1992. Mesmo que não haja prova do recebimento da vantagem indevida, a responsabilidade poderá ser perquirida à luz do dano causado ao patrimônio público (art. 10) ou da violação aos princípios regentes da atividade estatal (art. 11), em razão do pagamento integral de obra ou serviço de qualidade inferior à devida ou que, em inúmeros casos, sequer foi concluído (GARCIA, 2017: 519).

Situação pitoresca foi julgada pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo relator o Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior[1]. O caso concreto versava sobre contrato administrativo, celebrado com base no resultado de licitação na modalidade de tomada de preços, visando à execução de obras de pavimentação asfáltica em diversas vias públicas do Município de Bom Jesus do Itabapoana. Ocorre que laudo técnico produzido perante a Comissão Especial de Inquérito na Câmara Municipal, e, outro, em Juízo, demonstraram que não houve capeamento asfáltico em toda a extensão contratada, tampouco recomposição de drenagem. Embora o serviço não tenha sido efetivamente prestado, os valores foram pagos à empresa contratada. Na ocasião, a partir de ação civil ajuizada pelo Ministério Público, foi reconhecida a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, em razão da omissão dos agentes públicos, que deixaram de fiscalizar a execução do contrato e liberaram recursos públicos com base em obra não concluída.

Apesar de pitorescas, situações como a descrita são corriqueiras em nossa realidade. É até mesmo difícil dimensionar o quantitativo de recursos públicos aplicados de modo irresponsável ou simplesmente desviados nos incontáveis contratos administrativos relacionados à pavimentação de vias asfálticas. A alteração desse quadro soa como verdadeiro dever cívico da generalidade dos brasileiros, além de importante missão dos órgãos de controle, interno e externo. Quem sabe não seja o momento de se lançar a campanha de conscientização Asfalto Legal.

Referências

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

EISENSTADT, Shmuel Noah. *Os Regimes Democráticos. Fragilidade, Continuidade e Transformabilidade*. Trad. de Carlos Leone. Oeiras: Celta, 2000.

GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 519.

[1] Apelação nº 0004047-70.2009.8.19.0010. Relator Des. Jessé Torres Pereira Júnior. Rio de Janeiro j. em 08/05/2019, DJ de 09/05/2019. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000446830D2BA5DE4D11418D41676E2DA30BC50A200F5B0B. Acesso em: 16 mar. 2021.

Book_RMP-81.indb 254 14/12/2021 12:31:01

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Câmara Cível. Apelação nº 0004047-70.2009.8.19.0010. Relator Des. Jessé Torres Pereira Júnior. Rio de Janeiro j. em 08/05/2019, DJ de 09/05/2019. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000446830D2BA5DE4D11418D41676E2DA30BC50A200F5B0B. Acesso em: 16 mar. 2021.

Book_RMP-81.indb 255 14/12/2021 12:31:01

A pandemia e a Constituição[1]

Ives Gandra da Silva Martins*

Anos atrás, pelo Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP e pela Academia Internacional de Direito e Economia, realizamos um congresso sobre sistemas de governo, a saber, se o Brasil poderia ou não vir ainda a adotar o parlamentarismo, após sua rejeição no plebiscito de 1993. Um livro com trabalhos de vários autores, todos de renome nacional, muitos conhecidos no exterior e todos favoráveis ao sistema, foi editado sob o título *Parlamentarismo: Utopia ou Realidade*?

Pessoalmente, por ter presidido em São Paulo, de 1962-1964, a única agremiação política parlamentarista entre os 13 partidos existentes à época (Partido Libertador), também entendi que podemos renovar a discussão, lembrando Lijphart (*Democracies*, Yale University, 1984), que, ao estudar as 20 democracias mais estáveis no mundo, encontrou 19 com o Sistema parlamentar e só uma presidencialista, os EUA.

A adoção na América Latina do modelo americano tem sido um desastre, com períodos de turbulência democrática e severas ditaduras. No Brasil, o período democrático mais longo (1847-1889) foi sob o sistema parlamentar, em que se discutia abertamente a abolição da escravatura, a Federação e até mesmo a República.

Michel Temer, em artigo recente neste jornal, defendeu um parlamentarismo mais perto do modelo francês ou português, com divisão de funções entre presidente e primeiro-ministro. E de lembrar que, em seu governo, Temer conseguiu a aprovação de duas reformas importantes: teto de gastos e trabalhista.

Durante o processo constituinte, os representantes do povo, após a oitiva de especialistas, elaboraram um texto que, apesar da adiposidade de disposições sem densidade constitucional, teve o mérito de veicular um rigoroso equilíbrio entre os Poderes, com atribuições claramente definidas entre eles (Legislativo, artigos 44 a 69; Executivo, 76 a 91; Judiciário, 92 a 126), declarando-os harmônicos e independentes e com diálogo próprio dos sistemas parlamentares. Outorgou, ainda, ao Congresso o direito de defesa de seu poder normativo perante os outros Poderes, se por eles invadido; e ao Supremo Tribunal, que não representa o povo, mas a lei que não elabora, proibiu a invasão de competências alheias até mesmo nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º).

Essa é a razão por que o primeiro artigo declara que todo o poder emana do povo e o segundo, que os Poderes são harmônicos e independentes. Embora, no que concerne à competência concorrente, em que duas das esferas da Federação podem agir, o inciso XII do artigo 24 informe que a defesa da saúde é atribuída à

---

[1] Artigo originalmente publicado no periódico "O Estado de S. Paulo", seção "Espaço Aberto", em 14/07/2021.

* Presidente do Conselho Superior de Direito na Fecomercio-SP. Professor Emérito da Universidade Mackenzie e das Escolas de Comando e Estado Maior do Exército (ECEME) e Superior de Guerra (ESG).

Book_RMP-81.indb 257 14/12/2021 12:31:01

União, aos Estados e ao Distrito Federal, o certo é que o inciso XVIII do artigo 21 oferta à União competência exclusiva ou privativa de "planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações". É de perguntar como se pode *planejar e promover* a defesa contra calamidades públicas, se cada Estado e o Distrito Federal puderem atuar da forma que julgarem melhor na defesa de sua população, adotando planejamento e promovendo defesa próprios nesses casos.

Posto perante esse dilema, o pretório excelso entendeu preferível optar pela competência concorrente, por entender que cada uma das unidades federativas teria problemas próprios, distintos na intensidade do flagelo. A evidência, ao optar pela competência concorrente, um planejamento global e uma promoção coordenada da União se tomaram inviáveis, com o que, perante o inimigo invisível, os Estados adotaram a forma de combate que lhes pareceu mais adequada. A meu ver, como velho professor de Direito Constitucional, creio que a questão maior a ser respondida, no momento, por juristas isentos e descontaminados de debate ideológico é se teria sido a interpretação da Suprema Corte a melhor exegese das competências listadas nos artigos 21, inciso XVIII, e 24, inciso XII. Isto é, se deveria a União planejar e promover o combate, com a execução dos Estados sob seu controle, ou se estaria limitada pelo planejamento e pela promoção feitos concorrentemente por cada Estado e pelo Distrito Federal, com a colaboração supletiva da União.

No momento, estamos ainda na fase - das primeiras vacinas e de remédios - todos eles - sem eficácia comprovada, mas adotados na esperança de que o organismo das pessoas atingidas reaja. A esmagadora maioria das pessoas que morreram foram a óbito em hospitais, tratada por dedicadas e heroicas equipes de saúde. E elas morreram porque não temos ainda remédio eficaz e cada médico procura, de acordo com o estado de seu paciente, dar-lhe o tratamento que lhe parece melhor.

A verdade é que mais de meio milhão de mortes provocadas pela covid-19 mantêm o País em tensão e os debates que em tomo disso se fazem terminam perdendo em serenidade e ganhando em paixão, o que os torna, quase sempre, poucos razoáveis.

É uma pena que na CPI da Covid o próprio vírus não possa depor para se conhecerem sua origem, suas fraquezas e a forma de destruí-lo.

Book_RMP-81.indb 258 14/12/2021 12:31:01

Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico

Refletindo sobre a etiologia da expressão *processo kafkiano* adjetivando feitos criminais

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. A etiologia da expressão *processo kafkiano* e sua repercussão no processo penal. 2. Relembrando um caso concreto de *processo kafkiano* na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro. 3. Revelando as características do *processo kafkiano* com base no livro "O processo". 4. A adjetivação *processo kafkiano* e os criminosos "privilegiados": a "absolvição aparente" e a "dilação indefinida" definidas por Kafka. 5. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O propósito deste artigo é refletir sobre a origem da expressão *processo kafkiano* e o seu significado num processo criminal.

Abstract

The purpose of this article is to reflect on the source of the expression kafkian lawsuit and its meaning in a criminal trial.

Palavras-chave: Kafka. Processo. Kafkiano.

Keywords: *Kafka. Lawsuit. Kafkian.*

1. A etiologia da expressão *processo kafkiano* e a sua repercussão no processo penal

A adjetivação *processo kafkiano* se aplica, na nossa prática jurídica, a feitos criminais que, desviando-se de princípios e de garantias processuais fundamentais, acarretam prisões injustificáveis e condenações absurdas de cidadãos pobres ou, num outro viés, beneficiam criminosos do *colarinho branco*, presenteando-os com a prescrição ou com absolvições também absurdas.

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RIO.

Book_RMP-81.indb 263 14/12/2021 12:31:02

No processo penal, o impacto mais estridente é no número de injustiçados, que cumprem pena no nosso trágico sistema penitenciário, constituindo-se na prova cabal de que a "teoria processual kafkiana" existe, atingindo, principalmente, os desvalidos.

Mas o que se observa é que muitos operadores do direito, apesar de conhecerem a expressão "kafkiano", não chegaram a ler a obra "O Processo" do grande escritor tcheco Franz Kafka. Esse livro, publicado pela primeira vez em 1925, relata, de forma dramática e assustadora, a desgraça de Joseph K. no labirinto de uma justiça cega, não como característica da imparcialidade, mas como espécie de "organismo vivo", desumano e demolidor de psiquismos, levado a efeito por um Estado que se oculta, escolhendo marionetes para servirem como justificativa do exercício de um poder macabro, perseguições infundadas contra "vítimas" que sequer imaginam o porquê de estarem sendo processadas.

Logo no início do capítulo I de "O Processo", Kafka diagnostica que *"Alguém devia ter caluniado a Josef K., pois sem que ele tivesse feito qualquer mal foi detido certa manhã"* (Kafka, 2020: 39). E nesse mesmo capítulo que trata da "detenção", destaca-se o seguinte diálogo:

> *– Desejo falar com a senhora Grubach – exclamou K., e fazendo um movimento como para livrar-se dos dois homens que, contudo, se encontravam a uma considerável distância dele, intentou deixar a sala.*
>
> *– Não – retrucou o homem que estava junto à janela, deixando o seu livro sobre uma mesinha e pondo-se de pé. – Você não pode sair; está detido.*
>
> *– É o que parece – disse K. –, e por quê? – perguntou depois.*
>
> *– Não nos cabe explicar isso. Volte para seu quarto e espere ali. O inquérito está em curso, de modo que se inteirará de tudo em seu devido tempo* (*Ibidem*: 40/41).

E a saga de Joseph K. é descrita no restante da obra, causando nos leitores mais sensíveis e, em especial, naqueles que conhecem bem os sombrios labirintos da justiça humana, um mal-estar existencial que coincide com aquele "absurdo" tão bem explorado na filosofia existencialista camusiana. Como bem assinalado pelo Professor Eduardo de Carvalho Rêgo (*O Tribunal kafkiano e os seus juristas: Quem diz o Direito em O PROCESSO*, *apud* Anais no II CIDIL – vol. 2, n. 1, jul., 2014, página 46):

> *A experiência profissional de Kafka autorizou o entendimento de que o âmbito jurídico é um grande sistema burocrático que despersonaliza, ou melhor, desumaniza os agentes do poder. E é notório que tal entendimento se refletiu integralmente na obra literária kafkiana. Em "O processo", é como se os juízes – totalmente inacessíveis a ambas as partes de um processo – sequer existissem de fato; é como se eles fossem*

Book_RMP-81.indb 264 14/12/2021 12:31:02

> *apenas lendas ou mitos. Os códigos jurídicos, que deveriam trazer a letra da lei, de modo a atender aos anseios de toda a população, são nada mais nada menos do que um aglomerado de figuras pornográficas de mau gosto que distraem os prolatores de sentenças. Da mesma forma, os tribunais superiores são objeto de várias histórias grandiosas, que garantem a alguns advogados influentes um bom nome perante a sociedade, proporcionando-lhes, inclusive, um elevado número de clientes. Mas o que se conhece, ou o que é "real", na verdade, são apenas os cortiços – paupérrimos e habitados por gente muito humilde – nos quais estão instaladas as salas de audiências em meio à mobília desgastada dos inquilinos.*

2. Relembrando um caso concreto de *processo kafkiano* na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro

Nos idos de 1980, quando exercia a titularidade de uma das promotorias da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, deparei-me com um "Joseph K." brasileiro, interno de nosso sistema penitenciário. A sua triste história "processual" me foi noticiada por uma obstinada freira franciscana que se dedicara a percorrer, semanalmente, penitenciárias e presídios do Estado, entrevistando presos e ouvindo deles prováveis irregularidades nos processos a que respondiam. De posse de informações, visitava-me, quinzenalmente, confirmando ou não as reclamações recebidas.

Na maioria dos casos, o que se apurava era a demora na concessão dos benefícios legais, como progressão de regime, por exemplo. Mas, no caso do nosso "Joseph K.", a realidade era bem diferente. Homônimo de outro interno, ostentando nomes de mães idênticos e filhos de pais ignorados, o nosso personagem acabou tendo a sua pena quase que triplicada porque o interno "homônimo" havia sido assassinado e a burocracia do sistema fê-lo herdar os processos criminais do falecido que, diga-se de passagem, cumpria uma pena muito mais longa do que o sobrevivente. Conclusão: condenado a quatro anos de reclusão, já estava há mais de sete anos na prisão, cumprindo a pena do outro. O absurdo foi confirmado com o encontro da certidão de óbito (entranhada num dos feitos) e pela comparação dos laudos papiloscópicos juntados aos processos que haviam sido erroneamente apensados.

Semelhantemente à história narrada por Kafka, o nosso "Joseph K" habitava um mundo imaginário, totalmente alienado da realidade concreta, aguardando um final misterioso que poderia ser a própria morte. Aliás, o final do verdadeiro Joseph K foi o assassinato. No último capítulo do livro, intitulado "O Fim", Kafka descreve o trágico desenlace de seu personagem:

> *Mas as mãos de um dos senhores seguraram a garganta de K. enquanto o outro lhe enterrava profundamente no coração a faca e depois a revolvia ali duas vezes. Com os olhos vidrados conseguiu K. ainda ver*

Book_RMP-81.indb 265 14/12/2021 12:31:02

> *como os senhores, mantendo-se muito próximos diante de seu rosto e apoiando-se face a face, observavam o desenlace, e disse:*
>
> *– Como um cachorro!*
>
> *Era como se a vergonha fosse sobreviver a ele* (*Ibidem*: 2020:252).

3. Revelando as características do *processo kafkiano* com base no livro "O processo"

Em sua preciosa obra, Kafta consegue elencar as características de um processo criminal que perdeu a finalidade precípua de instrumentalizar o direito em busca da justiça, tornando-se uma entidade independente onde apenas a "forma" terá prevalência em detrimento do próprio fato que seria objeto de apuração. Com essa excessiva ênfase na "forma", a pessoa do réu esmaece ou corre o risco de ser falsamente criada, enfatizando-se, por outro lado, as personagens teatralizadas de juízes, defensores e advogados. No parágrafo que segue, pode-se observar que Kafka, usando de sua ironia cáustica, chega a descrever, através de um pintor, portanto, de um artista, o rito de um feito eivado de caminhos tortuosos e, consequentemente, protelatórios como se o processo se equiparasse a um quadro de paisagens trágicas a ser permanentemente "contemplado" pelo infeliz cuja história de vida estivesse ali retratada:

> *O processo não pode ficar estacionado em uma fase sem que ao menos exista uma razão aparente para isso, sendo preciso que de algum modo o processo continue. Isso exige que de tanto em tanto se cumpram certas formalidades: o acusado precisa submeter-se a interrogatórios; é preciso que se façam sessões etc. O processo precisa continuar movendo-se dentro do pequeno círculo a que artificialmente ficou limitado. Isso naturalmente acarreta para o acusado certos incômodos que você não deve julgar excessivamente maus. Com efeito, tudo é meramente exterior; os interrogatórios, por exemplo, são extremamente breves; quando não se tem tempo ou vontade de comparecer a eles, pode desculpar-se e até com certos juízes pode dispor-se de antemão, e de acordo com eles, estabelecer o que se tem de fazer durante longo tempo; no fundo não se trata portanto senão de apresentar-se de quando em quando diante do juiz que instrui a causa* (*Ibidem*: 2020:188).

No caso de Joseph K., o "processo" irá segui-lo como espécie de sombra indecifrável e terá o condão de lançá-lo no labirinto de uma justiça enigmática, não só no tocante ao aspecto físico de ambientes soturnos como em relação a personagens de diferentes funções que tentarão esclarecê-lo sobre a natureza, aparentemente jurídica, dessa estranha realidade. Surgem, por exemplo, magistrados que permanecem escondidos na quase totalidade do tempo em que o malsinado "indiciado" ou "acusado"

Book_RMP-81.indb 266 14/12/2021 12:31:02

se mantém metaforicamente acorrentado no meio de uma engrenagem que não o permite, sequer, esclarecer o porquê de estar sendo processado:

> *Os juízes inferiores, entre os quais se acham os meus conhecidos, não têm o direito de absolver definitivamente; esse direito corresponde à justiça superior totalmente inacessível para você, para mim e para todos nós. Não sabemos o que acontece nessa esfera superior e, seja dito de passagem, tampouco queremos saber. Quer dizer então que nossos juízes não possuem o direito de absolver definitivamente o acusado, mas em troca sim têm o direito de pô-lo em liberdade* (*Ibidem*: 2020:185).

Portanto, pode-se afirmar que a expressão "processo kafkiano", em sua origem, ou seja, "O processo", se adequa mais com o indiciado (ou réu) de recursos financeiros limitados, escolhido aleatoriamente para figurar naquele papel e, como ator principal na peça macabra, tentar escapar da imensa teia imposta pela burocracia da justiça, incluindo-se aí, o próprio advogado de defesa. Veja-se, por exemplo, o que Joseph K. conclui após um longo e cansativo diálogo mantido com seu advogado:

> *Nunca havia nutrido tão grandes cuidados a respeito do processo como desde o momento em que você começou a representar-me. Quando estava só, eu nada fazia pela minha causa, mas apenas sentia que pesava sobre mim; agora, em troca, que conto com um representante, tinha o direito de esperar que organizasse tudo visando a que acontecesse algo e, com efeito, não cessava de aguardar cada vez com maior tensão que você se resolvesse a realizar alguma coisa; mas nada se fez. É certo que me comunicou diversas coisas referentes à justiça das quais talvez jamais me tivesse inteirado por outro. Mas isso não pode bastar-me quando sinto agora que o processo, formalmente no mistério, vai-se aproximando cada vez mais do meu corpo* (*Ibidem*: 2020:213).

4. A adjetivação *processo kafkiano* e os criminosos "privilegiados": A "absolvição aparente" e a "dilação indefinida" definidas por Kafka

As manobras processuais que são descritas no livro servem, também, para alongar processos e beneficiar verdadeiros criminosos que sabem o porquê de estarem sendo processados e arcam, propositadamente, com os gastos necessários ao andamento lento e atabalhoado do processo. O que se busca, na verdade, é uma absolvição absurda ou a *prescrição*, que é um instituto jurídico aparentemente mais palatável e menos agressivo aos olhos da sociedade. No nosso sistema judicial, o denominado "foro por prerrogativa de função", também propriamente denominado "foro privilegiado", demonstra de maneira cristalina essa prática procrastinatória. E, na maioria quase absoluta dos casos, tudo se deve ao assoberbamento de tribunais que

Book_RMP-81.indb 267 14/12/2021 12:31:02

não deveriam ter a sua competência alargada para se transformarem em verdadeiras cortes criminais especializadas para o processo e julgamento de réus detentores do denominado "foro por prerrogativa de função".

E para colaborar com a demora exagerada de determinados processos, abundam os recursos cabíveis contra a maioria das decisões. O diploma processual penal aliado a regimentos de tribunais apresentam uma variedade de recursos que se interpõem sucessivamente até que se chegue (se isso de fato ocorrer) à tão almejada coisa julgada. Os embargos de declaração figuram, num grande número de casos, como a saída preferencial para o alongamento do tempo e a falsa sensação de liberdade merecida para o acusado. Até o *habeas-corpus*, antes conhecido como remédio heroico para ameaças de prisões injustas ou mesmo de prisões injustas já concretizadas, hoje pode ser utilizado como sucedâneo de recursos para outras finalidades, entrando no rol dos instrumentos processuais protelatórios. Óbvio que somente os acusados de alta estirpe poderão fazer jus a essas benesses. O réu pobre pode, no máximo, se contentar com o manejo de "nulidades" ainda numa fase muito atrasada do processo. Isso ocorre, caso tenha a oportunidade de ser defendido por um bom advogado ou defensor público. Fato é que Kafta captou essas "manobras mágicas", descrevendo dois "institutos jurídicos" que, a nosso juízo, traduzem, metafórica e respectivamente, a "absolvição" sem fundamento plausível e a "dilação" ensejadora da tão consagrada prescrição. E a descrição parte, curiosamente, do personagem "pintor":

> *Falei da absolvição aparente e da dilação indefinida – disse o pintor. – A você é que corresponde escolher. Em virtude de minha ajuda, ambas são acessíveis; está claro que não sem trabalho; a este propósito, a diferença está em que a absolvição aparente exige durante algum tempo concentração de todas as energias, enquanto a dilação indefinida requer ligeiros esforços, mas duradouros*. (*Ibidem*: 2020:184).
>
> *– A dilação indefinida – disse o pintor, ficando um instante em silêncio e olhando diante de si como se estivesse procurando a expressão adequada que explicasse inteiramente seu pensamento –, a dilação indefinida consiste em manter o processo permanentemente em uma das fases iniciais. Para conseguir tal coisa é preciso que o acusado e seu colaborador, embora certamente sobretudo este último, mantenham de modo ininterrupto um contato pessoal com a justiça*. (*Ibidem*: 2020:187).

5. Conclusão

Na esteira dos ensinamentos do personagem "pintor" de Kafka, acrescentamos que o excesso de formalismo (ou de narcisismo?) se materializa, também, quando páginas e páginas são escritas pelas partes envolvidas num determinado processo, como se cada uma delas representasse um quadro a óleo que merecesse contemplação e admiração. O feito se transforma em pinacoteca; inúmeras vezes, de quadros falsos.

Book_RMP-81.indb 268 14/12/2021 12:31:02

Se o direito não beneficia o acusado, o melhor é encher o processo de folhas. Joga-se com o tempo de leitura e de contestação da parte contrária. Conta-se com o cansaço de um juiz assoberbado de trabalho, que levará horas para digerir aquele emaranhado de postulações. E esse cansaço pode dar início aos célebres despachos procrastinatórios como o "diga o autor", "fale o réu sobre os documentos", "diga o MP" etc. E o MP, também assoberbado, pode dar início a requerimentos de diligências, também dilatórias. Pode ser que o juiz ou o membro do *Parquet*, agravando ainda mais o quadro protelatório, resolva entrar no jogo da vaidade elaborando decisões e pareceres do tamanho de monografias, consumindo dias para trazê-los à vida e deixando atrasar outros feitos "menos importantes". TOURINHO FILHO, ao analisar os requisitos da sentença, faz a seguinte colocação: *"Não se esqueçam os Juízes que a sentença é ato de autoridade e não dissertação de concurso, adverte Manzini, e, por isso mesmo, devem os Magistrados evitar as disquisições teóricas, rebuscadas, de citações inoportunas e discussões mais ou menos acadêmicas (Tratado, cit., v. 4, p. 493)"* (Tourinho Filho, 1990:181).

Nesse "jogo estético", corre-se o risco de repetir o direito feudal. Traz-se a lume as palavras de FOUCAULT ao descrever, na sua obra *A Verdade e as Formas Jurídicas*, o sistema de provas vigente na Borgonha do século XI:

> *Havia em segundo lugar provas de tipo verbal. Quando um indivíduo era acusado de alguma coisa – roubo ou assassinato – devia responder a esta acusação com um certo número de fórmulas, garantindo que não havia cometido assassinato ou roubo. Ao pronunciar estas fórmulas, podia-se fracassar ou ter sucesso. Em alguns casos pronunciava-se a fórmula e perdia-se. Não por haver dito uma inverdade ou por se provar que havia mentido, mas por não ter pronunciado a fórmula como devia. Um erro de gramática, uma troca de palavras invalidava a fórmula e não a verdade do que se pretendia provar. A confirmação de que ao nível da prova só se tratava de um jogo verbal, é que, no caso de um menor, de uma mulher ou de um padre, o acusado podia ser substituído por outra pessoa. Essa outra pessoa, que mais tarde se tornaria na história do direito o advogado, era quem devia pronunciar as fórmulas no lugar do acusado. Se ele se enganava ao pronunciá-las, aquele em nome de quem falava perdia o processo* (Foucault, 2013: 62/63).

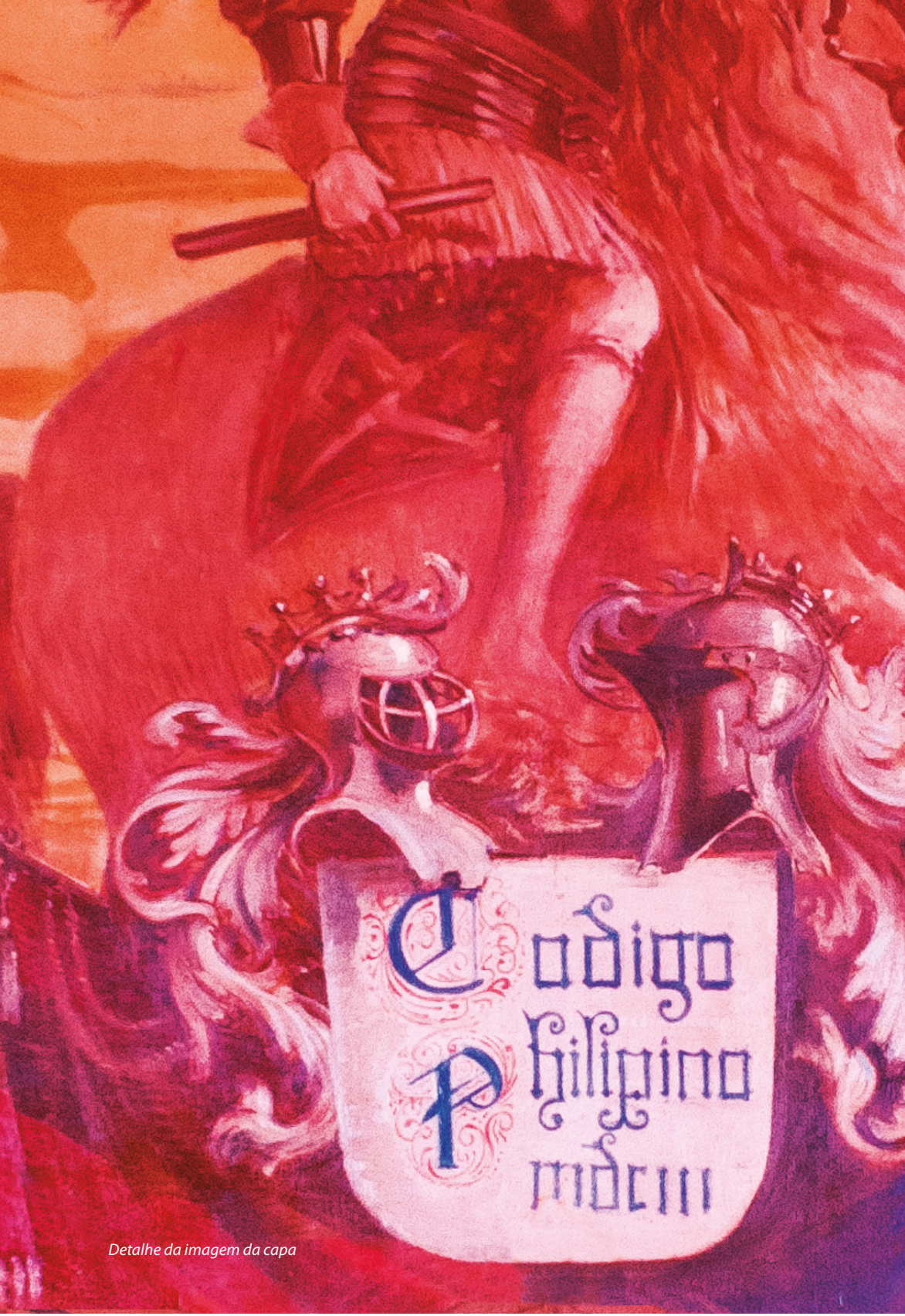
Bibliografia

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. 4ª edição. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2013.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução: Torrieri Guimarães. 1ª ed. 12ª reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 4º volume, 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

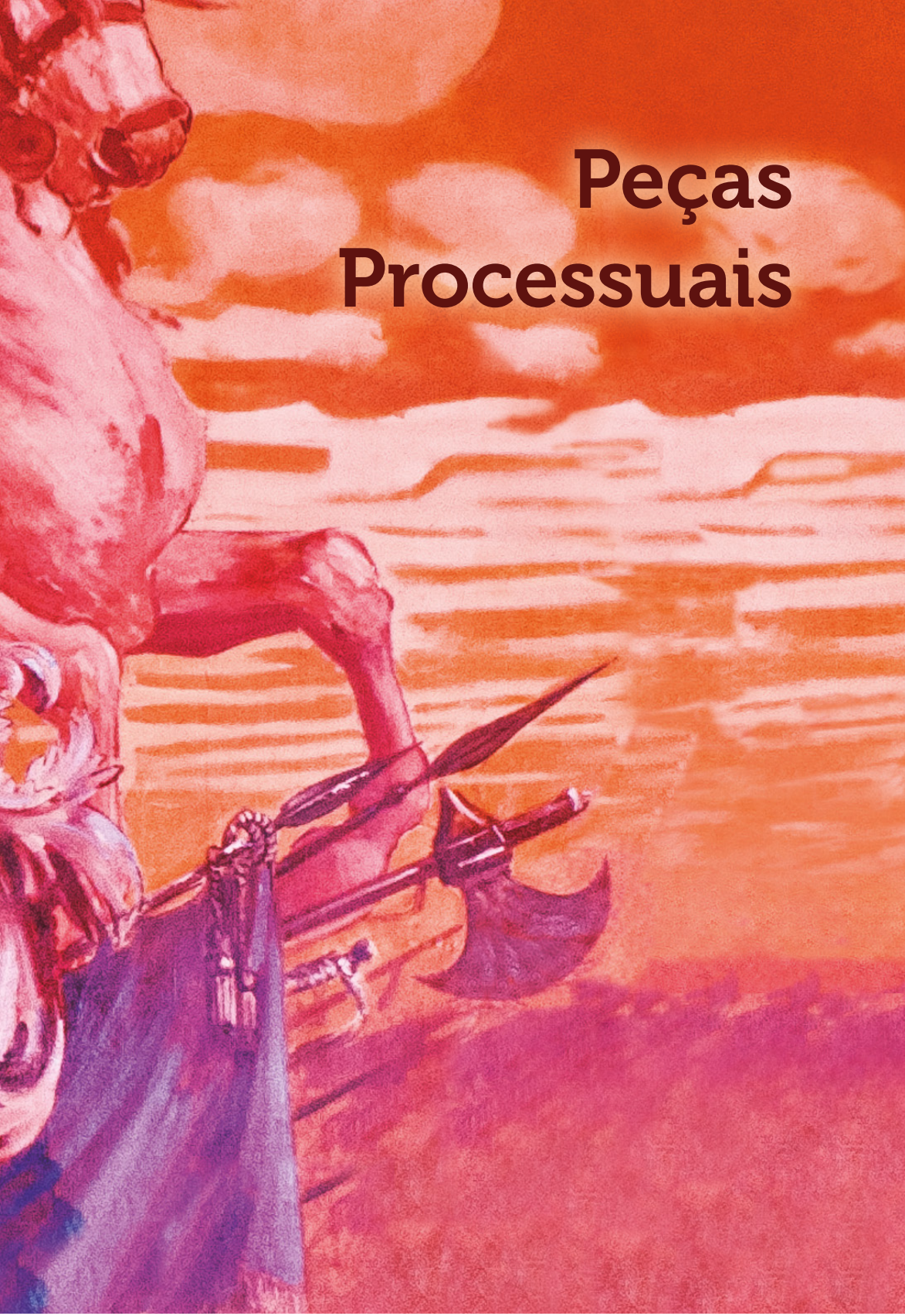
Book_RMP-81.indb 269 14/12/2021 12:31:02



Detalhe da imagem da capa

Book_RMP-81.indb 270 14/12/2021 12:31:03

Peças Processuais



• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça

SEI 20.22.0001.0012609.2021-49

Origem: Ouvidoria-Geral do Ministério Público

Ref.: Requerimento acerca da viabilidade de ser instituída instância revisora da atuação da Ouvidoria

EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,

I

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir do Ofício OMP nº 7/2021, da Ouvidora-Geral do Ministério Público, no qual solicita orientação acerca de como proceder na ausência de normatização que defina eventual instância revisora da atuação da Ouvidoria, em sede administrativa.

De acordo com o douto Ouvidor, as irresignações ou impugnações dos cidadãos, diante das respostas da Ouvidoria, devem ser tratadas como forma de "qualificar a escuta e pontuar o diálogo na construção do consenso nas demandas trazidas".

Os autos foram instruídos com um anexo, relativo a reclamação encaminhada à Ouvidoria do Ministério Público. Nessa irresignação, o cidadão, devidamente identificado, reclama sobre a paralisação de feitos judiciais na 2ª Vara Cível da Comarca de Resende, que refletem desrespeito aos consumidores. Posteriormente, diante da resposta fornecida pela Ouvidoria do Ministério Público, volta a reclamar, demonstrando insatisfação com o encaminhamento dado à denúncia apresentada.

Nota-se, no caso específico, que o cidadão não se conforma com as orientações fornecidas pela Ouvidoria do Ministério Público, de que a matéria, atinente ao Poder Judiciário Estadual, deve ser encaminhada à Ouvidoria do Tribunal de Justiça, ou à Corregedoria-Geral de Justiça por meio do serviço "fale conosco".

Considerando a natureza do objeto a ser analisado, os autos vieram a esta Consultoria Jurídica por força do despacho juntado no index. 0592823.

II

A questão submetida à Chefia Institucional é relevante em razão da justa expectativa gerada nas relações entre o cidadão e as Ouvidorias, especialmente em se

Book_RMP-81.indb 273 14/12/2021 12:31:03

tratando de uma Ouvidoria do Ministério Público. A confiança depositada pelo usuário na Ouvidoria não comporta relativização, sendo imprescindível que a coletividade tenha conhecimento da forma como as informações ofertadas serão trabalhadas.

Especificamente em relação à manifestação inaugural, no que diz respeito à "ausência de normatização que defina eventual instância revisora da atuação administrativa da Ouvidoria", é importante esclarecer que às ouvidorias públicas, de maneira geral, incumbe receber, encaminhar e acompanhar, até a solução final, denúncias, reclamações e sugestões que tenham por objeto a correção de erro, omissão ou abuso de agente público ou deficiências concernentes à própria atuação das estruturas estatais de poder. Compete-lhes, ainda, propor medidas, sugerir ações necessárias a evitar irregularidades e garantir a universalidade de atendimento ao cidadão. Sob essa perspectiva, tem o potencial de intervir no cotidiano da gestão institucional e dos serviços prestados pelos órgãos de execução, de modo a garantir agilidade das demandas, bem como garantir informalidade aos serviços.

Por ser a ouvidoria um canal de comunicação para a defesa dos direitos dos cidadãos, é certo afirmar que cabe ao Ouvidor, no seu papel central de ser um fator de ligação entre a sociedade e a Instituição, exercer seu dever com autonomia, liberdade e completo distanciamento dos fatos comunicados e dos agentes envolvidos. Esse ônus, de ser o elo que integra o olhar do cidadão às ações da Instituição, com autonomia, é o que impossibilita que as ações do Ouvidor, especificamente no que diz respeito à Ouvidoria do Ministério Público, sejam reformadas ou relativizadas por uma instância administrativa superior pertencente à própria Instituição. Se o papel da Ouvidoria, a partir do juízo de valor realizado pelo Ouvidor, é o de ser a interlocutora da fala social, é seu dever encaminhar a crítica ao trabalho realizado, com liberdade e autonomia, conectando o agir interno aos interesses sociais.

Nesse aspecto, é importante frisar, ainda, que a Ouvidoria, ao desempenhar o seu *munus*, torna possível a prática do agir comunicativo, trazendo para o âmbito interno da Instituição um olhar sobre os valores sociais e a vida comum dos indivíduos.

A atribuição da Ouvidoria do Ministério Público, fixada nos termos da Lei nº 6.451/2013, lhe confere o papel de receber e encaminhar representações, reclamações, denúncias, pedidos de providências e quaisquer outros expedientes. Essas atividades se mostram ontologicamente incompatíveis com um controle interno revisional, o qual, em *ultima ratio*, poderia desautorizar o próprio controle interno deflagrado a partir do canal de acesso oferecido pela Ouvidoria.

A Ouvidoria do Ministério Público deve ser entendida como órgão autônomo, de natureza dialógica, que atua a partir de encaminhamentos e diagnósticos. Nesse sentido, é tarefa assaz difícil compatibilizar sua característica de autonomia e de mero órgão comunicativo com a ideia de uma suposta instância revisora de seu trabalho no âmbito da própria Instituição. Aliás, acerca da autonomia inerente ao Ouvidor, no âmbito do Ministério Público, observa-se que sua nomeação deve ser submetida à apreciação do Órgão Especial do Colégio dos Procuradores de Justiça, que poderá rejeitá-la (§ 1º, art. 4º, da Lei nº 6.451/2013). Não é demais ressaltar, também, que é

Book_RMP-81.indb 274 14/12/2021 12:31:03

vedado à Ouvidoria exercer as atribuições legalmente conferidas aos demais órgãos do Ministério Público (§1º. art. 2º, Lei nº 6.451/2013).

A impossibilidade de se criar uma instância de revisão interna não significa, obviamente, uma atuação distanciada do dever legal embasou a própria criação da Ouvidoria. Muito pelo contrário. Do mesmo modo que é dever a Instituição aprimorar os serviços prestados aos cidadãos, deve a Ouvidoria, a partir do agir responsável e qualificado do Ouvidor, aprimorar os serviços de escuta e os encaminhamentos efetuados. A qualificação dos serviços prestados pela Ouvidoria perpassa pela qualificação dos agentes que lá atuam, além, obviamente, da possibilidade de serem responsabilizados pelos ilícitos que venham a praticar. Ouvir e agir em prol das demandas sociais requer pessoal qualificado, que conheça as funções institucionais e dos órgãos de execução.

In casu, observa-se que o cidadão reclamou dos serviços prestados pela serventia judicial de Resende. Reclamações dessa espécie, independentemente da orientação de serem levadas ao conhecimento do próprio Tribunal e da Corregedoria-Geral de Justiça, devem ser submetidas ao órgão de execução com atribuição. Vale lembrar, nesse particular, o trabalho realizado pelo Ministério Público, na serventia da 1ª Vara Cível da Comarca de Magé, em 2019, que desmantelou fraudes processuais envolvendo serventuários envolvidos em um grande esquema criminoso. O Ministério Público, por imposição constitucional (art. 129, II), deve "*zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*". De modo ainda mais específico, o inciso XV do art. 34 da Lei Complementar nº 106/2003 dispõe que a Instituição deve "*exercer a defesa dos direitos do cidadão assegurados nas Constituições Federal e Estadual*", enquanto o inciso XXII complementa com o dever de "*comunicar ao Tribunal de Justiça, ao Conselho da Magistratura e ao Corregedor-Geral de Justiça, conforme o caso, a prática de faltas disciplinares por Magistrados, serventuários e outros auxiliares da Justiça, bem como o atraso injustificado no processamento de feito*". Para que essas atribuições possam ser desempenhadas, é imprescindível que as reclamações encaminhadas à Ouvidoria do Ministério Público sejam remetidas e apreciadas pelos órgãos de execução.

A reclamação do usuário ao encaminhamento dado pela Ouvidoria, no caso tratado nos autos, certamente prescinde de instância revisora superior. O que se mostra necessário é a revisão da rotina interna de trabalho, o que pode ser deflagrado a partir de um juízo de valor realizado pelo próprio Ouvidor.

III

Considerando o exposto, esta Consultoria Jurídica entende que a gestão administrativa interna da Ouvidoria do Ministério Público é de atribuição exclusiva do Ouvidor, que deve agir com autonomia e independência funcional. No entanto, deve render estrita obediência à ordem jurídica, encaminhando aos órgãos de

Book_RMP-81.indb 275 14/12/2021 12:31:03

execução do Ministério Público todas as notícias que se enquadrem no âmbito de suas atribuições, inclusive com o suporte técnico dos Centros de Apoio Operacional (Resolução nº 2.402/2021, art. 5º, § 3º, VI), isto sem prejuízo da possibilidade de informar, aos reclamantes, a existência de outros canais de acesso às estruturas estatais de poder, à luz da transversalidade dos interesses envolvidos.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2021.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

Book_RMP-81.indb 276 14/12/2021 12:31:03

• • •

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS CÍVEIS E NSTITUCIONAIS

ASSESSORIA DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA EM MATÉRIA CÍVEL

MPRJ: n° 2017.01208635

Assunto: Declínio de Atribuição em Matéria Cível para o Procurador-Geral de Justiça

Declinante: 7ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa da Cidadania da Capital

PARECER DA ASSESSORIA

REMESSA PARA EXAME DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA oriunda da 7ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa da Cidadania da Capital a respeito de atribuição para atuar na representação onde se noticia eventual irregularidade no ato praticado pelo senhor Governador Luiz Fernando Pezão, consistente na indicação de José Carlos dos Santos Araújo para o cargo de conselheiro junto ao Conselho Diretor da AGENERSA- AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, cuja nomeação por aquela autoridade restou ultimada após referendada pelo plenário da ALERJ-Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Ato privativo e discricionário do Governador do Estado que observou o procedimento legal previsto na Lei nº 4556/2005 do ERJ. Indicação referendada pela ALERJ. Ato administrativo complexo. Princípio da legalidade que, ao menos objetivamente, não foi vulnerado. Improbidade administrativa que inicialmente não se vislumbra. Eventual irregularidade deve ser remediada através de ação própria no âmbito das atribuições do remetente. Parecer no sentido do não acolhimento da promoção de remessa, com vistas à declaração da atribuição da 7ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital para prosseguir oficiando no feito, adotando as providências que entender cabíveis.

Book_RMP-81.indb 277 14/12/2021 12:31:03

Excelentíssimo Sr. Dr. Subprocurador-Geral de Justiça,

A 7ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa da Cidadania da Capital remeteu estes autos objetivando que o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça aprecie se a hipótese é de sua atribuição originária, já que se trata de ato praticado pelo Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro.

O presente procedimento teve origem a partir de denúncia anônima veiculada via Ouvidoria do MPRJ, onde o articulante aduz que José Carlos dos Santos Araújo teria ocupado o cargo de conselheiro na ASEP-RJ-AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, a qual foi extinta pela então governadora Rosinha Garotinho, sendo que aquela agência reguladora foi sucedida pela AGENERSA-AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, órgão para o qual José Carlos também teria sido nomeado para o cargo de conselheiro junto ao Conselho Diretor, no período compreendido entre os anos de 2005 a 2011.

Segue dizendo que, ao que soube, o senhor governador enviará o nome de José Carlos para a ALERJ-Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, indicando-o para a recondução ao cargo de conselheiro da ANGERSA, o que é vedado pelo art. 11 da Lei nº 4556/2005 do ERJ que prevê que o mandato de quatro anos admite apenas uma recondução.

Finaliza informando que o beneficiário é pessoa de muita influência política junto à cúpula do PMDB fluminense, e que ocupou até 31/01/2017 o cargo de presidente do DETRAN/RJ (fl. 03).

À fl. 08, o Exmo. Sr. Promotor de Justiça Salvador Bemerguy lançou promoção onde, após sintetizar a notícia apócrifa que inaugurou o presente feito, esclarece que, mediante consulta ao sítio eletrônico da ANGERSA, constatou que José Carlos efetivamente foi empossado no referido cargo de conselheiro no dia 06/11/2017 após decisão plenária da ALERJ que, em 25/10/2017 aprovou a indicação do Governador Luiz Fernando Pezão.

Arremata dizendo que a suposta irregularidade decorre de ato praticado pelo Governador deste Estado, motivo pelo qual, na forma do que dispõe o art. 29, VIII, da Lei nº 8625/93, ao seu órgão de execução falece atribuição para conhecer dos fatos aqui narrados, remetendo os autos para que a chefia do *Parquet* adote as providências que entender cabíveis.

Instruiu sua manifestação com o documento de fl.09.

Os autos vieram para essa Assistência por determinação do Exmo. Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais, Dr. Sergio Roberto Ulhôa Pimentel, que observou não inferir de plano conduta ímproba, salientando que o ato criticado contou com a aprovação da ALERJ-Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (fl. 12).

Esse é o breve relatório.

Book_RMP-81.indb 278 14/12/2021 12:31:04

Segundo o que consta dos autos, o ato praticado pelo senhor governador foi a indicação de José Carlos dos Santos Araújo para o cargo de conselheiro junto ao Conselho Diretor da AGENERSA-AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, cuja nomeação por aquela autoridade restou ultimada após referendada pelo plenário da ALERJ-Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Afirma o denunciante que a irregularidade reside no fato de que José Carlos não poderia ter sido indicado para o cargo porque já o teria ocupado no período compreendido entre os anos de 2005 a 2011, atraindo, por isso, a vedação inserta no art. 11 da Lei nº 4556/2005 do ERJ, prevendo que o mandato de quatro anos admite apenas uma recondução.

Em suma, trata-se de examinar se incide na espécie o disposto no artigo 29, VIII, da Lei nº 8625/93[1], e no artigo 39, VIII, da Lei Complementar nº 106/03[2].

Como é cediço, a atribuição do Procurador-Geral de Justiça só se justifica quando o ato acoimado de irregular configurar hipótese de improbidade administrativa, consoante se extrai do disposto no art. 129, III da CR[3].

Analisando-se o caso vertente, constata-se que a indicação para integrar o Conselho Diretor da ANGERSA é ato privativo e discricionário do Governador de Estado, e que necessita da imprescindível aprovação da ALERJ para produzir efeitos, viabilizando a posterior nomeação, como estatuído pelo art. 7º, *caput,* da Lei nº 4556/2011 do ERJ[4].

À vista do documento acostado à fl. 09 pelo senhor Promotor de Justiça, verifica-se que a assunção do cargo teria sido regularmente precedida desse rito legal.

---

[1] Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:
(...)
VIII - exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação;

[2] Art. 39 - Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, nesta e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:
VIII - exercer as atribuições previstas no art. 129, II e III, da Constituição da República, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação.

[3] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
(...)
III - 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;

[4] Lei nº 4556/2011 ERJ: Art. 7º - O Conselho-Diretor da AGENERSA será formado por 05 (cinco) Conselheiros indicados pelo Governador do Estado, e por este nomeados uma vez aprovados, após audiência pública, pela Assembléia Legislativa, cabendo a um deles a Presidência do Conselho, também por indicação do Governador do Estado.

Book_RMP-81.indb 279 14/12/2021 12:31:04

Noutra ponta, a vedação prevista pelo art. 11 da Lei nº 4556/2005[5] não tem o alcance que o denunciante pretende lhe imprimir, porquanto reprime apenas mais de uma recondução, vale dizer, um terceiro mandato consecutivo, e nada além disso.

Veja-se que todas as regras constantes na citada lei que tratam das condições e das proibições para o exercício do cargo de conselheiro daquela Autarquia Estadual[6] não fazem qualquer referência à possibilidade de o candidato voltar a ser indicado após ter exercido o cargo por dois mandatos consecutivos, de forma intercalada.

Esse sistema é usualmente empregado em vários setores da atividade pública, inclusive no âmbito do MPRJ onde os membros do Conselho Superior "terão mandato

---

[5] Art. 11 - O mandato dos Conselheiros será de 04 (quatro) anos, admitida uma única recondução.

[6] Art. 7º, § 1º - Os Conselheiros deverão satisfazer simultaneamente as seguintes condições:
I - ser brasileiro;
II - possuir ilibada reputação e insuspeita idoneidade moral;
III - ter notável saber jurídico ou econômico ou de administração ou técnico em área específica sujeita ao exercício do Poder Regulatório da AGENERSA, evidenciado por experiência profissional compatível por prazo superior a 10 (dez) anos;
IV - não participar como sócio acionista ou quotista do capital de empresa submetida efetiva ou potencialmente à jurisdição da AGENERSA;
V - não ser cônjuge, companheiro ou parente consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, de dirigente, administrador ou conselheiro de empresas submetidas efetiva ou potencialmente à jurisdição da AGENERSA, ou com pessoa que detenha mais de 1% (um por cento) de seu capital.
§ 2º - Os Conselheiros deverão apresentar certidões negativas dos Distribuidores Cíveis e Criminais e dos Cartórios de Títulos e Documentos.
Art. 8º - É ainda vedado ao Conselheiro, sob pena de perda do mandato:
I - exercer qualquer cargo ou função de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto, mandatário ou consultor de empresa submetida efetiva ou potencialmente à jurisdição da AGENERSA;
II - receber a qualquer título quantias, descontos, vantagens ou benefícios de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos;
III - ser sócio quotista ou acionista de empresa concessionária ou permissionária de serviços públicos;
IV - exercer atividade político-partidária;
V - manifestar-se publicamente, salvo nas sessões do Conselho-Diretor, sobre assunto submetido à AGENERSA, ou que, pela sua natureza, possa vir a ser objeto de apreciação pela mesma.
Art. 9º - Até 12 (doze) meses após deixar o cargo, seja pelo término do mandato, pela desistência ou pela destituição do cargo, é vedado ao ex-Conselheiro do Conselho-Diretor da AGENERSA:
I - representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência;
II - deter participação, exercer cargo ou função em organização sujeita à regulação da Agência;
III - utilizar em benefício próprio, informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido.
Parágrafo único - A infringência ao disposto no *caput* deste artigo sujeitará o ex-Conselheiro a uma multa de 100.000 (cem mil) UFIR-RJ cobrável pela AGENERSA, pela via executiva, sem prejuízo de outras sanções cíveis, administrativas ou criminais porventura cabíveis.
Art. 10 - Os cargos de Conselheiros serão de dedicação exclusiva, vedada qualquer acumulação que não as constitucionalmente admitidas.
Art. 11 - O mandato dos Conselheiros será de 04 (quatro) anos, admitida uma única recondução.
§ 1º - Os Conselheiros, no ato de posse, anualmente e ao fim dos respectivos mandatos, apresentarão o último Imposto de Renda contendo a declaração de bens.
§ 2º - A posse dos Conselheiros implica em prévia assinatura do termo de compromisso, cujo conteúdo espelhará o constante nos incisos IV e V do § 1º do art. 7º e nos incisos I a III do art. 9º, todos desta Lei.
Art. 13 - Uma vez nomeado, o Conselheiro só perderá o cargo por decisão judicial irrecorrível, condenação penal definitiva por crime doloso punido com pena igual ou superior a 02 (dois) anos de reclusão ou ainda por decisão da maioria dos membros da Assembleia Legislativa em processo de iniciativa do Governador do Estado ou do próprio Conselho-Diretor em que lhe seja assegurada ampla defesa.
Art. 14 - No caso de vacância do cargo de Conselheiro, procederá o Governador a nova nomeação, exclusivamente pelo prazo que faltar à complementação do respectivo mandato, observada a parte final do *caput* do art. 7º desta Lei.

Book_RMP-81.indb 280 14/12/2021 12:31:04

de dois anos, permitida uma recondução"[7], inexistindo vedação para que retornem após o decurso desse interstício.

Com acuidade, observam Teori Albino Zavascki[8] e Emerson Garcia[9] que a caracterização da improbidade administrativa está subordinada ao princípio da tipicidade, sendo que um dos nortes centrais da Lei nº 8429/1992 é o princípio da legalidade que, aliás, rege de forma genérica todos os atos da Administração Pública.

Na medida em que o procedimento legal foi corretamente observado, ao menos sob o ponto de vista objetivo, não se vislumbra nenhuma irregularidade no ato praticado.

Ainda que se admitisse a existência de algum vício formal – não verificado –, a conduta do senhor governador configura ato administrativo complexo[10] e, portanto, sindicável por agentes políticos pertencentes à órgão diverso, situação que, a princípio, não se compatibiliza com a prática de conduta ímproba porque suscetível de aprovação.

Mesmo nessa situação hipotética o remédio adequado não seria a atuação da chefia institucional, como sugerido na promoção ministerial, exatamente por não se vislumbrar inicialmente a prática de conduta ímproba, mas, a adoção de medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis por parte do órgão de execução oficiante, tendente a anulação/revogação do ato.

À título de ilustração, colacionamos o aresto a seguir transcrito, de decisão proferida em Mandado de Segurança manejado perante a 19ª Vara de Fazenda Pública da capital:

---

[7] Lei Complementar nº 106/2003 do ERJ: Art. 21 - A eleição dos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público dar-se-á no mês de novembro, dos anos pares, mediante voto obrigatório, plurinominal e secreto. § 2º - Os integrantes do Conselho Superior do Ministério Público terão mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, sendo-lhes vedado, durante esse período, o exercício concomitante dos cargos de Subprocurador-Geral de Justiça, Subcorregedor-Geral do Ministério Público, Chefe de Gabinete e Secretário-Geral.

[8] ZAVASCKI, Teori Albino Zavascki. *Processo Coletivo:* Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 3ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 117.

[9] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 298.

[10] "Atos complexos são aqueles cuja vontade final da Administração exige a intervenção de agentes ou órgãos diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio, em cada uma das manifestações. Exemplo: a investidura do Ministro do STF se inicia pela escolha do Presidente da República; passa, após, pela aferição do Senado Federal; e culmina com a nomeação (art. 101, parágrafo único, CF)." CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 21ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 126. Veja-se também o seguinte aresto: MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL – AGERGS.CONSELHEIRO. MANDATO. CARGO ELETIVO. ATO COMPLEXO. DEMISSÃO. Cargo de Conselheiro da AGERGS.
Nomeação precedida de indicação pelo Governador e aprovação pela Assembleia Legislativa. Ato complexo. Distinção dos cargos de livre nomeação e exoneração. Art. 8º da Lei nº 10.931/97, alterada pela Lei nº 11.1929/98. Previsão de destituição do Conselheiro somente por decisão da Assembleia Legislativa. Suspensão da eficácia do dispositivo, pelo STF, que não altera o direito do nomeado. Medida Cautelar na ADI, nº1949-0. Destituição por ato do Governador. Necessidade de motivação. Ato que tornou sem efeito a nomeação do Conselheiro sem referência aos motivos. Ilegalidade. Direito líquido e certo do impetrante à posse. CONCEDERAM A SEGURANÇA. UNÂNIME. (TJ-RS - MS: 70040765224 RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Data de Julgamento: 18/04/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/05/2011)

Book_RMP-81.indb 281 14/12/2021 12:31:04

> Tribunal de Justiça 12ª Câmara Cível-Agravo de Instrumento nº 0064986-65.2017.8.19.0000-13 de novembro de 2017.
>
> Agravantes: MARCELO RIBEIRO FREIXO E OUTRO
>
> Agravados: ESTADO DO RIO DE JANEIRO E OUTROS
>
> Relator: DESEMBARGADOR CHERUBIN SCHWARTZ
>
> Processo nº 0288675-54.2017.8.19.000-19ª Vara de Fazenda Pública
>
> Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por *MARCELO RIBEIRO FREIXO e ELIOMAR DE SOUZA COELHO em face a decisão do Juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, que indeferiu a liminar nos autos da Ação Popular ajuizada em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, LUIZ FERNANDO DE SOUZA e EDSON ALBERTASSI, em que se objetivava a tutela provisória para sustar o ato lesivo de indicação do terceiro agravado para a vaga no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, bem como para realização da nova lista tríplice composta exclusivamente por auditores do Tribunal de Contas e ou membros do Ministério Público Especial do Tribunal de Contas*.
>
> (...)
>
> Diante do exposto, DEFIRO o efeito suspensivo ativo, para deferir a liminar e sustar o ato que indicou o agravado Edson Albertassi para a vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, devendo-se comunicar a Assembleia Legislativa e o Governador do Estado da presente decisão. (grifou-se)

Em linhas conclusivas, os elementos até aqui coligidos não autorizam inferir sequer indícios de prática de ato de improbidade administrativa por parte do senhor Governador Luiz Fernando Pezão, devendo a representação ser processada no âmbito da atribuição de piso, sem prejuízo de que fatos novos possam revelar uma situação que atraia a atuação direta do PGJ.

Em face do exposto, manifesta-se esta Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível no sentido do não acolhimento da promoção de fl. 08, com vistas à declaração da atribuição da *7ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital* para prosseguir oficiando no feito, adotando as providências que entender cabíveis.

Rio de Janeiro, 5 de fevereiro de 2018.

MARLON OBERST CORDOVIL

Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

Book_RMP-81.indb 282 14/12/2021 12:31:04

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

Ref: MPRJ nº 2017.01208635

Órgão de Origem: 7ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital

Aprovo o parecer para declarar a atribuição da *7ª Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital*. Remetam-se-lhe os autos com o parecer aprovado. Publique-se.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça de
Assuntos Cíveis e Institucionais

Book_RMP-81.indb 283 14/12/2021 12:31:04

Detalhe da imagem da capa

Memória Institucional

Personalidades – História em Destaque

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 tanto para o seu engrandecimento, 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 do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* 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-81.indb 287 14/12/2021 12:31:05

Personalidades

• • •

Jorge Vacite Filho: um Humanista no Júri

Transcrição: Nayara Cristina dos Santos
Edição corrigida: Nataraj Trinta Cardozo

Década de 1950. Formatura do Colegial

Apresentação

MKlang: Bom dia a todos. Sou Márcio Klang, coordenador do Centro de Memória do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Este é o projeto Personalidades do MPRJ na sua 13ª edição. Hoje temos o prazer e a honra de entrevistar o Dr. Jorge Vacite Filho.

Quero registrar aqui a presença do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Luciano Mattos, e do presidente da AMPERJ, Dr. Claudio Henrique da Cruz Viana.

Book_RMP-81.indb 289 14/12/2021 12:31:05

Antes de começarmos a entrevista, tenho a honra de passar a palavra ao sr. Procurador-Geral de Justiça.

Luciano: Bom dia a todos e a todas. Comprimento o Dr. Márcio Klang pela organização deste evento, pelo belo trabalho que tem feito a frente do Centro de Memória, que faz esse trabalho espetacular, importantíssimo, de resgatar a história da nossa instituição e tudo que ela registrou ao longo da sua existência. Isso realmente é motivo de orgulho para todos nós. Parabéns, Dr. Márcio.

E também pela oportunidade de realizar um evento como este, trazendo para o registro da história da instituição uma personalidade como a do Dr. Jorge Vacite Filho. Uma pessoa que ainda no início da carreira, nos bancos escolares, já o conhecia como um grande tribuno, um grande Promotor de Justiça do Júri, como a gente sempre se referia.

Uma pessoa que tem uma longa história na instituição, deixou sua marca como verdadeiro lídimo representante do Ministério Público na defesa da sociedade, notadamente no plenário do Tribunal do Júri. Tive a felicidade também, em outra passagem da minha história, enquanto presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), que eu tive a oportunidade de presidir por três mandatos, durante seis anos. Nesse período tive um contrato estreito com o Dr. Jorge Vacite Filho, que participava da nossa equipe como associado e advogado da AMPERJ.

Então, fico muito feliz em estar aqui hoje e podendo dizer essas simples e pequenas palavras. Parabéns, mais uma vez, Dr. Márcio, e a todos pela presença e participação nesse evento tão importante para a história da nossa instituição.

MKlang: Dr. Jorge Vacite Filho é uma personalidade do MP. Doutor em Direito, formado também em Ciências Sociais por uma outra universidade, além, evidentemente de bacharel em Direito pela UFRJ, na época Faculdade Nacional de Direito.

Na sua opinião, quem é Jorge Vacite Filho?

JVF: É uma pergunta que me faço há muitos anos: quem sou eu? Sei que não sou sempre o mesmo. Vario de acordo com as circunstâncias, com o tempo, com a idade, com o conhecimento. Enfim, viver é sempre estar em mudança. As experiências vão se acumulando e você, aos 80 anos, não é mais o que era aos 70, muito menos aos 60, 50 e assim vai. É uma pergunta que eu ainda não tenho resposta. Eu só tenho essa impressão que me parece muito exata: vou mudando com o passar do tempo. Creio que para melhor, se não, busco isso: ser melhor.

MKlang: Você nasceu aonde? Você se formou no ensino médio em qual lugar?

Book_RMP-81.indb 290 14/12/2021 12:31:05

JVF: Nasci no Rio de Janeiro, no Méier.

MKlang: Na época do *Districto Federal*. (sic)

JVF: E fui criado no subúrbio de Ramos. Muiños Piñeiro também foi criado em Ramos. Fiz os estudos iniciais no colégio Cardeal Leme, lá em Ramos. Depois fui para o curso clássico no instituto Lafaiete e fui colega de José Guilherme Merquior, que se tornou embaixador do Brasil.

MKlang: E você fez a Faculdade Nacional de Direito que na época era líder no ensino do Direito. Na época que você estudou lá você teve grandes professores.

Solenidade de formatura como Bacharel em Direito. Sua mãe, Milha Vacite, entregando o anel de formatura

JVF: Era uma "constelação" que a gente tinha como professores. Um melhor que o outro. Hermes Lima era Ministro do Supremo Tribunal Federal lá na Cinelândia e ele ia dar aula lá. Não faltava! Francisco Mangabeira, Oscar Stevenson, Helio Tornagui, Evaristo de Moraes (não o criminalista, mas o trabalhista). Eram luminares.

MKlang: Com uma biblioteca maravilhosa que eu conheço.

JVF: Era uma referência. Todos os alunos de outras faculdades iam para lá para estudar.

Book_RMP-81.indb 291 14/12/2021 12:31:05

MKlang: Eu sou do Catete, mas eu fiz o Mestrado e frequentei muito a biblioteca da Nacional.

JVF: Eram tempos bons aqueles. Generosos. Depois tudo mudou. Quando veio a Revolução 1964, a "revolução" demitiu, aposentou vários daqueles professores e houve a degradação da Nacional. Ela perdeu todo aquele brilho. Aquela glória foi por água abaixo. Hoje se recupera, mas ainda longe o que foi até 1964.

MKlang: E por que a faculdade de Direito?

JVF: Meu caso, acho que foi predestinação. Eu sou filho de imigrantes sérvios que vieram para o Brasil quando se desenhava a explosão da segunda guerra mundial. Na alfândega perguntaram ao meu pai: "qual seu nome?". Ele respondeu: "Jorge V-a-s-i-c (com o circunflexo de cabeça para baixo, como quase todos aqueles da antiga lugoslávia), *Vasict (sonoridade)*". Colocaram "Vacite". Fui criado e desde cedo via os acampamentos ciganos lá no subúrbio. Um pessoal muito alegre, muito amoroso com as crianças.

MKlang: Eu tenho um pezinho nisso, meu pai era descendente de ciganos também. Apesar dessa cara de russo que tenho, pelo lado da minha mãe, tenho também um pezinho. Meu pai era descendente de romenos.

Década de 1980. Aniversário de 15 anos de sua filha Samantha. Os presentes dançam músicas ciganas

Book_RMP-81.indb 292 14/12/2021 12:31:06

JVF: Via, então, que volta e meia a polícia abordava aqueles acampamentos e levava um, dois, três para a delegacia.

MKlang: Sob qual fundamento a polícia fazia isso?

JVF: Naquela época havia contravenção de quiromancia. Ler o futuro pelas cartas era contravenção. Só acabou há pouco tempo.

MKlang: Ah sim. Eu leio a mão de muita gente. Tenho esse viés.

JVF: Eu via aquela injustiça, aquelas mulheres chorando, aquilo me comovia. Me comovia porque eu sou cigano. Eu falo a língua. E aí eu tinha que ser advogado. O primeiro impulso do meu coração foi esse: vou ser advogado para não permitir essas injustiças, esse tratamento absurdo, covarde, preconceituoso. Há o preconceito que rodeia os ciganos até hoje.

MKlang: Eu sei, eu sei. Conheço isso muito bem. Você trabalhou de 1983 a 1994 no Tribunal do Júri, que sempre foi e continua sendo uma das "vitrines do Ministério Público".

JVF: Mas sem o brilho de antigamente.

MKlang: Você pode me dizer, na sua ótica, quais são as motivações mais frequentes que levavam os réus à prática de um crime de homicídio? Ou seja, o que motivava os crimes de homicídio?

JVF: Naquela época gloriosa do júri, onde havia grandes tribunos, tanto pela acusação quanto pela defesa, era muito difícil o Promotor chegar ao Tribunal do Júri. Ele era examinado, era avaliado se ele tinha o dom, qualidades que o júri exige. Os advogados também eram primorosos, basta citar assim, correndo: Humberto Telles, Evaristo de Moraes, Wilson Mirza, Mário Figueiredo, Clóvis Sahione e tantos e tantos outros. Não vejo mais isso no júri.

MKlang: E por quê?

JVF: O júri hoje perdeu o brilho. Tanto pela qualidade dos que representam o Ministério Público, quanto dos que exercem a advocacia. A oratória, a retórica, esmaeceu-se. Dificilmente você vê no júri citações de obras clássicas, referências à mitologia, à um personagem da literatura. Não. A coisa é muito fria. O Promotor pega a página, vai lendo o depoimento, chega até a ler laudo de necropsia.

Book_RMP-81.indb 293 14/12/2021 12:31:06

Não há jurado que aguente. Ele dorme. A defesa a mesma coisa, uma pobreza verbal, uma pobreza intelectual. Às vezes aconselho pessoas que tem insônia grave que vão até o Tribunal do Júri, em meia hora ele vai dormir e será acordado pelo policial dizendo que acabou o júri. Antigamente aquilo lotava de estudantes de várias faculdades que iam para lá.

MKlang: Inclusive a pessoa que vos fala. Fui muitas vezes assistir o Tribunal do Júri para aprender, e aprendi muita coisa.

JVF: Havia torcidas. Aquele pessoal tinha preferência. Dizia-se: "hoje é o Promotor tal que vai falar!", aí ele ia para aquele tribunal. "Hoje é o advogado tal". Tranjan também, magnifico. Aí ia para aquele tribunal. Hoje não tem mais nada disso, é tudo muito impessoal. E agora ficou mais triste! Já viu o Tribunal do Júri como é hoje?

MKlang: Não.

JVF: A plateia fica aqui no andar superior de frente um vidro imenso. Lá embaixo fica o palco, o cenário do Tribunal: juiz, Promotor, advogados. Totalmente separados da plateia. Então, o orador está lá falando, acusação ou defesa, ele não sente o calor da plateia, do pessoal que está assistindo, como eles estão reagindo. É como se fosse um teatro, os atores representando e um vidro separando da plateia. Eu acho isso muito ruim, muito frio.

Dr. Vacite trajando a beca do Tribunal do Júri

Book_RMP-81.indb 294 14/12/2021 12:31:06

MKlang: Houve um caso chamado Monica Granuzzo, que na época, 1985, causou uma comoção nacional. Ela tinha 14 anos, era uma pré-adolescente quando foi assassinada. Os crimes que foram tipificados da denúncia mencionavam homicídio qualificado, ocultação de cadáver, rapto fraudulento. Você acha que hoje, com o surgimento de um novo tipo penal, que é o feminicídio, estaria tipificado nessa hipótese um feminicídio ou não?

JVF: Há pessoas que entendem que para se caracterizar o feminicídio é preciso que haja ou tenha existido uma relação afetiva entre o homem e a mulher, qualquer que ela fosse. O fato de um homem matar uma mulher, apenas assim, sem essa relação de afetividade, por si só não caracteriza o feminicídio. Mas tenho a impressão de que essa corrente está sendo vencida, porque todo homem que mata a mulher não se indaga essa gênese e ela está no feminicídio. É uma coisa, não sei, o andar dos tempos vai mudando muita coisa. Hoje há uma exasperação na defesa da mulher. É justo que haja. Mas há também o perigo de exagerar-se. Me lembro que no júri, naqueles tempos, os crimes passionais causavam comoção. A imprensa divulgava muito isso. As pessoas acompanhavam. E há casos famosos.

MKlang: Legítima defesa da honra, não é?

JVF: Pois é. Essa legítima defesa da honra se desenvolveu depois. É interessantíssimo. Nós tivemos o crime da Olga Suely, em 1949. Ela era funcionária de um cartório, tinha 30 anos, o rapaz menos, filho do tabelião. Se envolveram amorosamente. Ela engravida, ele diz que não quer aquele filho e nem quer casar com ela. Houve uma notícia de sedução e a realização de uma audiência na delegacia. Lá pelas tantas, ela saca da bolsa um revólver e dispara várias vezes. Um desses disparos atinge e mata o delegado, atinge e mata o pai do rapaz, que também é ferido. Na defesa foi alegada a legítima defesa da honra por coação irresistível da sociedade. Uma moça, naquela época, grávida solteira estaria desonrando a casa dos pais e a sociedade toda a rejeitava porque ela desonrara a si mesma e a família. Isso era imperdoável e a pressão social sobre essa moça era imensa, ela não conseguiria mais nada na vida. Me lembro que foi um advogado, não me recordo o nome dele agora, foi governador do antigo Estado do Rio, veio com essa tese e ela proliferou. Muitas outras foram assim. Me lembro também do caso de uma mulher que matou o irmão do Nelson Rodrigues na redação do jornal do pai dele. Ela se sentiu ofendida por uma nota que ele deu e foi lá

Book_RMP-81.indb 295 14/12/2021 12:31:06

na redação para matar o pai, Mário Leite Rodrigues. Ele não estava. O filho, Roberto Rodrigues lá estava. Nelson Rodrigues também estava na redação, mas era jovenzinho, 16, 17 anos, era foca. Ela atirou nesse rapaz, Roberto, e o matou. Foi um crime que sacudiu a sociedade. Ela era bem-casada, bonita, muito elegante. E a defesa foi essa: legítima defesa da honra, porque o rapaz, numa nota, ultrajara a honra dessa moça. São casos sérios que motivaram o júri no Rio de Janeiro.

MKlang: Poucos sabem, e digo poucos no sentido *latu* da expressão, que nós somos Promotores de Justiça e, diferentemente do Promotor de filme americano de julgamento, nós não somos obrigados a sustentar a acusação. E, em alguns casos, você pediu a absolvição do réu em plenário? Gostaria que você falasse um pouquinho. Na época até em alguns casos houve crítica da mídia, porque eles estavam bem impregnados daquele sistema americano acusatório em que o Promotor é obrigado a sustentar a acusação. Nós somos Promotores de Justiça e não acusadores sistemáticos. Como é que você vê essa diferença de não ser um Promotor que tem que sustentar se estiver convencido de que o réu é inocente?

JVF: Já te disse no início dessa entrevista, meu querido Márcio Klang, que eu vim predestinado a ser advogado porque a coisa que mais me incomodava era a injustiça. Trabalhei muito no júri, me esforcei muito e tenho a impressão de que não fui um anônimo.

MKlang: Longe disso.

JVF: Eu lutava muito quando estava convicto da culpa daquele réu. Brigava, me empenhava muito. Mas me empenhava muito mais quando eu tinha convicção de que aquela acusação era injusta, que aquele réu não merecia ser condenado. Aí eu virava um leão. Se eu combatia para punir alguém, era muito maior o combate e mais feroz quando eu queria absolver. Graças a Deus, nunca repousei a minha cabeça no travesseiro com o mínimo de suspeita no espírito de que talvez eu estivesse errado acusando alguém ou deixando de pedir absolvição. Sempre dormi tranquilo.

MKlang: Sendo que poucas pessoas sabem que se o Promotor pedir absolvição e, porventura, acontecer do réu ser condenado, o Promotor pode recorrer em favor do réu.

Book_RMP-81.indb 296 14/12/2021 12:31:06

JVF: Pode. Pode até ingressar com *habeas corpus* quando for o caso, porque ele é Promotor de Justiça.

MKlang: De justiça, exatamente.

JVF: Mas há um certo esquecimento disso, uma certa deformidade, eu não sei explicar, porque há colegas que só veem a acusação. Não está certo. Não é para ganhar o júri, não se trata disso.

MKlang: Não é uma competição.

JVF: Não é competição, é para fazer justiça.

Naquela época, quando era Procurador-Geral o Nicanor Médici Fischer e também o Carlos Antônio da Silva Navega, esses dois me designavam. Naquela época podia. Me designavam especialmente para fazer um júri em tal lugar, na comarca tal. O próprio Promotor daquele local, quando estava no início da carreira e não sentia preparado para enfrentar a defesa que ele sabia ser de bons advogados, ele pedia designação especial de um Promotor mais experiente. Eu fiz isso em toda chefia do Navega. Então um dia ele me nomeia para fazer o júri de um deputado Santana, lá em Volta Redonda.

MKlang: Comarca pesada.

JVF: Eu fui. Quando cheguei lá havia uma multidão em torno do fórum, o fórum todo pintado e escrito assim: "quem mandou serem policiais, vocês têm que ir para a cadeia". Por quê? Tratava-se de dois jovens policiais acusados de terem matado a tiros o deputado Santana. Na véspera, o advogado Wilson Mirza...

MKlang: Grande advogado também.

JVF: Muito culto, muito elegante, sobretudo.

MKlang: Irmão da nossa colega Assy Mirza Abranches.

JVF: Conhecido na época como "fazedor de desembargadores". Como existia também um conde na Inglaterra, conhecido como "*maker kings*", "fazedor de reis". Wilson Mirza me disse: "Vou para lá e vou levar um gravador". Foi a minha sorte. Ele levou uma

Book_RMP-81.indb 297 14/12/2021 12:31:06

aparelhagem de som enorme, montou lá na defesa. Eu não estava sabendo, tive pouco tempo para conhecer o processo. O juiz que estava presidindo foi o mesmo que decretou a prisão preventiva dos rapazes. O Promotor era José Diniz Pinto Bravo, acho que já faleceu.

MKlang: Já faleceu. Conheci ele.

JVF: Era um Promotor empenhadíssimo na condenação. Mas aquela história não me agradou. Investiguei e realmente aqueles rapazes não tinham culpa. Não tiveram dolo de matar. Eu de cara comecei a criticar, com o plenário cheio. O juiz que decretou uma prisão preventiva absolutamente arbitrária, ilegal, injusta. Era o presidente do júri que estava lá e estava ouvindo isso. Eu dizia na face dele que ele havia abusado do poder decretando prisão preventiva daqueles policiais. O Promotor, conhecidíssimo na cidade, o pessoal todo olhando para ele. Bom, o caso é que o deputado, ele um dia estaciona um carro na praça, era de madrugada, carro oficial, nevoeiro. Dentro do carro estava o motorista e mais uma pessoa. Os policiais em ronda viram aquele carro parado no meio da madrugada, esquisito, pararam e se aproximaram do carro. Um dos policiais com uma escopeta a ajeitou e outro disse "saiam do carro". O Santana que estava ao lado do motorista abre a porta e já com impropérios dirige-se ao policial empurrando a porta. Nesse empurrar de porta, bateu de leve no cano da escopeta, que disparou. Os policiais, prontamente, o colocaram na viatura, levaram no hospital, doaram sangue, mas ele morreu. Eu simplesmente me apoderei daquela escopeta, armei-a e pedi a cada um dos jurados: "Toca no cano dessa arma". O melhor toque que os jurados faziam no cano a arma disparava e vinham aqueles estalidos, sete vezes. Viu-se, realmente, que quem se comporta dessa maneira nas circunstâncias de um tiro; uma arma perigosa; que dispara quase que só - uma sombra que passasse por ela disparava; socorre; leva ao hospital; doa o sangue; tem empregos fixo; primários; funcionários públicos; presos? Pedi absolvição. A Ordem dos Advogados estava lá com o assistente de acusação e a briga foi toda entre mim e ele. Wilson Mirza com aqueles olhos imensos de coruja, paralisados, se divertindo, porque a luta não era com ele, era para cá. Nas bandas dele estava tudo tranquilo. Eles recorreram, não tiveram provimento na apelação. Queixaram-se na Ordem dos Advogados e representaram contra mim ao Nicanor Médici Fischer. Sete horas da manhã o gaúcho me liga e diz: "Jorge, o que aconteceu lá?". Respondi: "Pedi absolvição". Ele: "E o que você pode dizer?". Respondi: "Não vou dizer nada, vou te mandar uma fita, porque foi tudo gravado."

Book_RMP-81.indb 298 14/12/2021 12:31:06

MKlang: Os réus foram absolvidos?

JVF: Absolvidos por unanimidade. O Wilson Mirza tinha gravado tudo. Foi Deus quem mandou ele lá com aqueles gravadores. Eu mandei para o Fischer. No outro dia, sete horas da manhã, o Fischer novamente: "Jorge, já ouvi tudo, você tem razão. Mandei arquivar". E fez-se justiça.

MKlang: Esse caso que você falou da escopeta me fez lembrar um caso que me contaram do Tranjan. Ele foi fazer um júri e ele tinha um Código, daqueles Códigos antigos bem volumosos. O chão do Tribunal do Júri era de madeira. Antes de começar a sessão, de propósito, ele jogou o código no chão. As pessoas olharam pensando "caiu, tudo bem". Dez minutos depois ele jogou de novo o Código no chão. O juiz já olhou para cara dele irritado. Na terceira vez que ele jogou e fez aquele barulho, o juiz disse assim: "Dr. se Vossa Excelência continuar jogando esse Código no chão eu vou suspender a sessão e dissolver o júri". Ele respondeu: "Ah, Vossa Excelência está irritado? Imagine o meu cliente, que passava todos os dias, durante anos, na porta do réu e o réu dizia "Lá vai o aeroporto de mosquito", porque ele era careca. Chegou um dia que ele explodiu e deu um tiro na vítima." Foi uma coisa parecida.

JVF: É um caso conhecido, conhecido. Nas hostes da Promotoria teve um que foi acusado de assassinar a esposa. Um Promotor paulista, Igor, por volta do ano 2000 ia com o carro dele com a esposa advogada grávida de 7 meses. Entra em um condomínio, dois disparos e a moça morre. A defesa contrata Tomás Bastos.

MKlang: Foi Ministro da Justiça.

JVF: Circulavam várias hipóteses, a mais frequente era: ele estava no carro quando a mulher confessou para ele, Promotor Igor, que o filho que ela estava gerando na barriga há 7 meses não era dele. Ele perdeu a cabeça e matou a mulher. Mas ele não adotava essa história. Ele dizia que um assaltante parou o carro dele ali no condomínio escuro, fê-lo saltar do carro, entrou no carro e levou o carro e a mulher. Mais a frente, não se sabe por que, matou a mulher. A defesa de Tomás Bastos pede exame de DNA. A defesa. Constatou-se que o filho que a moça esperava não era realmente do Promotor. Aí a história fechava. O motivo do crime estava ali. Engraçado que ele foi condenado, recorreu, foi condenado e desapareceu. Ninguém sabe

Book_RMP-81.indb 299 14/12/2021 12:31:06

desse rapaz. E era um Promotor talentoso, tinha cargos importantes dentro do Ministério Público, era professor de Direito Penal muito bem-quisto. Mas sumiu, não se sabe dele. Os Promotores, às vezes, também sentam no banco dos réus.

MKlang: Sim. Os juízes, os advogados.

JVF: Todos. O banco dos réus é largo e amistoso. Abriga muita gente!

MKlang: Você acha que atualmente, especialmente no âmbito penal, ou mesmo fora dele, existe um excesso de judicialização das causas? Acha que antigamente não havia tanta incidência de causa, enfim, o movimento forense era menor e agora aumentou? Não só pelo aumento da população, mas também porque criou-se uma cultura de levar tudo para as barras do Tribunal. O que você acha sobre isso?

JVF: Isso é inevitável. O aumento da população leva ao aumento das contradições, das questões que surgem. O aumento da divulgação das leis para as pessoas conhecerem melhor os seus direitos, o que podem fazer por si. Então isso me parece um movimento natural e incontrolável. Vai ser sempre maior. As pessoas têm mais consciência dos seus direitos, a justiça está cada vez mais se aparelhando para atender essa demanda. A legislação é um verdadeiro torvelinho, todos os dias temos leis novas, modificações das leis. É todo dia! E o pior é que, às vezes, são leis que não se ajustam ao sistema, no Direito Penal sobretudo. Agora, no Direito Penal, instituiu-se a barganha.

MKlang: Importado do Direito norte-americano.

JVF: O que está exercendo grande influência no Direito brasileiro. Nosso direito é totalmente repousado no Direito romano-germânico. Atualmente, a influência do Direito anglo-saxão tem aumentado visivelmente. Costuma-se dizer em tom provocativo que Atena, ou Minerva, Deusa da Justiça, saiu dos Tribunais e entrou Hermes, o Deus do Comércio, porque agora tem até as propostas de não persecução penal - menos em crimes de persecução imediata e incondicionada. Pode-se fazer um acordo, é tudo agora acordo, a moeda pesa hoje na balança da justiça. Paga-se, indeniza-se e a persecução penal pode sim ser tratada "com mais desenvoltura", mais largueza. A gente pega as publicações que saem na internet, nas notícias do MP, e o que se vê lá de proposta de não persecução

Book_RMP-81.indb 300 14/12/2021 12:31:06

penal é uma imensidão. Todos os dias réus propondo. É como se fosse a delação premiada. Quer dizer, a obrigatoriedade da ação penal, aquilo em que o Afrânio Silva Jardim, nosso mestre, tanto se bateu foi por água abaixo e está indo. Está ruindo tudo. É difícil hoje se manter atualizado. Nós temos mais de cem mil leis.

2005. Evento de recebimento do Colar do Mérito do Ministério Público

MKlang: Só que dentro dessas cem mil leis, você tem leis que pegaram e leis que não pegaram. Existe essa espécie, essa classificação brasileira: leis que pegam, que não pegam, que pegam um pouquinho.

JVF: Mas as que pegaram fizeram modificações grandes no Direito Processual Penal. Hoje é difícil advogados da defesa, como também o Promotor, conduzirem o processo dentro daquelas normas tradicionais que nós tínhamos regendo o Penal e o Processo Penal, porque hoje está tudo alterado. E se não acompanhar, fica perdido.

Book_RMP-81.indb 301 14/12/2021 12:31:06

MKlang: E o que você acha da jurisprudência como fonte formal do Direito? Porque ela não era, não é? Me lembro que no Direito Penal principalmente, a fonte do Direito era a lei, a jurisprudência era uma interpretação, uma hermenêutica da lei. Só que deu uns anos para cá passou a virar moda a jurisprudência como fonte formal. O que você acha disso?

JVF: É uma fonte perigosa, mas também é útil. Tem a sua utilidade. O Hélio Tornaghi, que foi meu professor, me lembro que dizia: "Jurisprudência é como uma porta de armarinho, ali você tem tecidos de várias qualidades, vários tamanhos e cores. A jurisprudência é assim, você escolhe o que serve para vestir sua causa e pronto". Porta de armarinho é uma definição engraçada que guardei. Para os juízes, advogados, a jurisprudência ajuda, porque se ela é repetitiva, ela é firme, se torna mansa e pacífica, você tem um norte para se conduzir. Na promotoria, na defesa e principalmente no juízo. Mas ela também pode engessar a interpretação do Direito, porque ninguém vai mais pensar. Fico pensando o valor do voto vencido. O voto vencido naquele dia, anos depois, ele serve para instalar uma nova corrente, porque se pensou de novo no caso. Se não houvesse o voto vencido, a jurisprudência seria a mesma durante anos e décadas. Ninguém pensa mais, não evolui. Mas a vida evolui, o mundo evolui, as pessoas se transformam, então, a jurisprudência não pode engessar o pensamento do Direito de quem vai julgar, de quem vai acusar e quem vai defender. Ela é, em certa medida, útil, mas tem que se ter cuidado com ela, porque se não houver mudanças o computador substitui o juiz facilmente.

MKlang: E mais rápido, não é?!

JVF: É só colecionar jurisprudência e pronto! Mas não pode ser assim.

MKlang: Agora vou passar para o último bloco da nossa entrevista, que é o bloco em que abro para perguntas da plateia.

Nataraj: Temos uma pergunta. Dr. David Francisco de Faria.

MKlang: Nosso colega.

Nataraj: Diz: "Bom dia. É um prazer estar assistindo essa homenagem ao Dr. Vacite, grande nome do MP brasileiro e da advocacia. Gostaria

Book_RMP-81.indb 302 14/12/2021 12:31:06

de ouvir dele sobre a experiência de atuar como advogado nos procedimentos administrativos da Corregedoria-Geral. Abraços".

MKlang: Ótima pergunta, porque eu sou testemunha da atuação do Dr. Vacite. Eu, membro nato do Órgão Especial, e Dr. Vacite na Tribuna como advogado de colegas nossos que respondiam procedimentos administrativos na egrégia Corregedoria.

David Faria: Fiz questão de assistir e participar porque durante o período em que estive na Corregedoria pude acompanhar de perto o trabalho sério que o Dr. Vacite realiza em defesa de quem é...

JVF: Acusado injustamente!

Davi Faria: Fico feliz que fiz essa pergunta, Dr. Vacite. É um prazer estar aqui. Um abraço.

JVF: Muito obrigado por você me honrar com a sua presença. A experiência que tive como advogado da AMPERJ, durante 15 anos, foi valiosa. Defendi e exerci o meu ofício com um prazer enorme e também com muita angústia. Porque eu sentia que aquelas pessoas, talvez não merecessem punição alguma, mas mereciam uma chamada de atenção, uma advertência e tal. Mas havia penas mais graves e isso me incomodava muito. Ás vezes a pena até de demissão, como ocorreu em um determinado caso. Isso realmente me preocupava porque eu sei, e não me esqueci, como eram difíceis nossos concursos para ingresso na magistratura. Era o resultado de muitos anos de estudo. Era também a esperança alcançada de ter um meio de ganho para sua vida, para a sustentação da sua família. É tudo que aquela pessoa tinha. Advogados bem-sucedidos tem outra visão do mundo, veem outra coisa. Os Promotores são assalariados, eles dependem, junto com a família, daquele ganho. A vida dele está em jogo ali. E fico muito preocupado porque acho todos esses Promotores muito briosos. Uma chamada de atenção no gabinete, com o Corregedor, desperta os brios deles, e eles saem dali agradecidos e não vão reincidir. Viu, Luciana!?

Luciana Sapha Silveira: O senhor está aparecendo pouco lá pela Corregedoria nos últimos anos.

JVF: Pois é. E tenho a impressão que esses processos administrativos, muitas vezes, quebram a alma combativa do Promotor. Porque

Book_RMP-81.indb 303 14/12/2021 12:31:06

só vai responder um inquérito administrativo, na maior parte das vezes, um Promotor ativo. Ele incomoda. Aí, as pessoas vão e fazem denúncias anônimas, querem tirá-lo da comarca. E ele sofre um constrangimento de uma representação, de um processo disciplinar, e ele perde o incentivo, perde a vontade.

Paulo Ladeira: Bom dia a todos. Sou estudante de Direito. Sempre tive o sonho de ser advogado. Procurei outras áreas como administração, matemática, enfim. Agora, aos 50 e poucos anos, resolvi fazer a faculdade de Direito.

JVF: Seja bem-vindo.

MKlang: Seja bem-vindo.

Paulo Ladeira: Estou no finalzinho e estou feliz da vida. É sensacional encontrar pessoas que buscam a justiça plena. Aquela justiça que a gente sonha desde a infância. Me identifiquei muito com o senhor falando que desde criança via situações de injustiça e combatia isso com afinco. Quer dizer, é muito legal. É não só emocionante, mas me dá a esperança de que a gente tem salvação como sociedade.

JVF: Certamente tem.

Paulo Ladeira: A minha pergunta é muito mais... Se teve alguma situação, algum caso, na sua história toda, em que foi difícil buscar essa justiça, foi necessário recorrer às últimas instâncias, foi um trabalho árduo conseguir sentir aquilo que o senhor falou, "deitar a cabeça no travesseiro e saber que fez o melhor".

MKlang: Sensação de dever cumprido.

Paulo Ladeira: Não importa o caso, importa o esforço, e me dar essa injeção de ânimo para continuar lutando por isso. Obrigada!

JVF: Meu querido colega. Sou o primeiro homem que está te chamando de colega, não esqueça. Tem um caso, Márcio, emblemático. Os erros judiciários são um fantasma para quem tem consciência de justiça. Tive um caso em que quatro policiais novinhos, todos estudantes de Direito, foram acusados de terem sequestrado um mafioso italiano que estava aqui no Brasil. Segundo a acusação, colocaram-no em um carro e levaram para a Barra

Book_RMP-81.indb 304 14/12/2021 12:31:06

da Tijuca. Perto de um matagal mandaram ele sair. Ele e uma informante, que havia dado aos policiais o serviço. Ou seja, aquele italiano que estava ali naquele bar em Copacabana, era criminoso e tinha muitos dólares. Os policiais mandaram os dois sairem e no ato dispararam as armas. Depois se apossaram dos dólares. Essa era a acusação. A mulher, apesar de levar uma saraivada de tiros, escapou pelo mato e foi para a delegacia lá da Barra e deu notícia do que estava ocorrendo. Durante todo o processo a polícia procurou o cadáver e não se achava. Cadê o cadáver do italiano? Não se achava! Vem a júri, o Promotor Ângelo Moreira Glioche.

MKlang: Ângelo Glioche, excelente Promotor, grande nome.

JVF: Depois desembargador. Um grande amigo. Ele acusou os quatro que foram condenados. Nessa época o pessoal costumava dizer que eu era "o Promotor da polícia". Toda vez que tinha policial envolvido, vinha um monte deles pedir para que eu atuasse. Dessa vez vieram pedir, mas eu não estava interessado, não queria saber. Mas depois que os meninos foram condenados aquilo me incomodou, resolvi estudar o processo.

MKlang: E não havia materialidade, não havia crime nenhum?

JVF: O corpo não se achava. Mas isso aconteceu com "o advogado do diabo", que sumiu com o corpo da Dana de Teffé, o Leopoldo Heitor de Andrade Mendes. Ele foi meu professor assistente. Meu catedrático era o Oscar Stevenson. E o Stevenson denunciou o colega de escritório porque soube que ele teria matado e sumido com o corpo da Dana de Teffé. E foram júris demorados: prende, solta, condenado, absolvido. Uma coisa medonha. Mas tudo na vida tem retorno, Márcio. Mas estava dizendo, fui procurado por tantos policiais. Me entendi com a defesa e pedi para apelarem. Apelou. Foi para o Gama Malcher, que foi depois presidente do Tribunal. E eu tive o atrevimento de ir lá falar com o Gama Malcher. Disse: "Esses rapazes não merecem essa condenação, provê essa apelação e manda para o júri porque esse eu vou fazer". Ele disse: "Bom, Vacite, se você está falando, então está bem".

MKlang: Você enquanto Promotor de Justiça?

Book_RMP-81.indb 305 14/12/2021 12:31:06

JVF: Deu a apelação, voltou para júri e eu falei: "Glioche, agora é comigo". Fiz. Tinha assistência de acusação, o chefe de polícia estava envolvido. Foi áspero aquele júri. Consegui a absolvição de todo mundo. O Glioche ficou muito zangado dizendo: "O que é isso, eu condenei os quatro e você absolve?". Nem cinco dias se passaram, estava em casa vendo o Jornal Nacional, aparece na TV: "Foi preso em Angra dos Reis, o italiano 'fulano de tal', foragido da polícia italiana, traficando tóxicos aqui em Angra dos Reis. Estamos encaminhando para a Itália". Lá estava o morto subindo a escada.

MKlang: O morto estava sendo recambiado!

JVF: Falei "Glioche, olha ai!". Eu quis ajudar esses rapazes a reintegrar-se na polícia. Eles me disseram: "Dr. Jorge, já sofremos tanto, ficamos presos, desanimamos, nós não queremos voltar à polícia". E não quiseram. Arranjei advogado para eles, mas ficaram decepcionados de tal modo que não quiseram mais voltar. Esse foi um caso que a gente não esquece. Como foi o caso de Manuel de Mota Coqueiro, o último que cumpriu pena de morte no Brasil, em 1854, acusado... Você conhece o caso. Era um fazendeiro de Macaé, chamado Manuel de Mota Coqueiro. Havia a casa de escravos, a senzala. Lá tinha um tal de Benedito (escravizado), a mulher e duas filhas, uma das quais muito bonita. E o Mota Coqueiro foi visto ali rodeando a casa, querendo se aproximar da moça. A mulher dele, muito ciumenta, contratou um outro escravo e ele incendiou a senzala e matou a família toda, pai, mãe e duas filhas.

MKlang: Que horror!

JVF: E ele, Mota Coqueiro, foi acusado de ter sido o mandante do crime. Julgado, condenado, condenado à forca. Quando ele subiu no patíbulo, o carrasco perguntou o que ele tinha a dizer. Ele disse: "Vocês fazem uma injustiça, vou jogar uma praga: por 100 anos Macaé não progredirá". E isso aconteceu. Ele foi enforcado. Vinte anos depois descobriu-se que a mulher dele, ciumenta, que morreu depois em um hospício, foi quem mandou o outro escravo incendiar todo mundo. A partir daí, Pedro II nunca mais condenou alguém à pena de morte. Pena de morte "acabou" em 1854. Mas a pena de morte existiu no Brasil até 1889. Só a República, quando houve a Proclamação da República, é que se extirpou da nossa legislação a pena de morte. Ela continuou desde 1850 até quando se Proclamou a República.

Book_RMP-81.indb 306 14/12/2021 12:31:06

• • •

Livro "Um Olhar sobre o Ministério Público Fluminense"

A partir de janeiro de 2021, o Centro de Memória Procurador de Justiça João Marcello de Araújo Júnior destacará mensalmente um documento de seu acervo para apreciação da comunidade interna do MPRJ e da sociedade civil.

O primeiro item documental é o livro escrito pelo Defensor Público aposentado e Ex-Assessor do Procurador-Geral de Justiça, *Célio Erthal Rocha,* intitulado "Um Olhar Sobre o Ministério Público Fluminense".

A obra descreve o período entre 1966 a 1980, no qual o autor integrou o Ministério Público do antigo Estado do Rio como Defensor Público, quando a Assistência Judiciária compunha o quadro da instituição. Também Jornalista, exerceu o cargo de Assessor do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça em quatro gestões distintas. Uma experiência ricamente documentada em um acervo pessoal com documentos oficiais, matérias jornalísticas, cartas, depoimentos e fotos.

Dr. Célio Erthal Rocha acompanhou de perto a dinâmica de homens e mulheres em um período que concentra alguns eventos determinantes para o crescimento e o fortalecimento da instituição no cenário local e brasileiro. Em destaque: a fusão do antigo Estado da Guanabara e do antigo Estado do Rio; a Vigília Institucional; e diversos

Book_RMP-81.indb 307 14/12/2021 12:31:06

encontros e congressos regionais e nacionais, com destaque para a participação de entidades de classe e o profícuo diálogo com outros Estados. Sem dúvida, um olhar privilegiado sobre uma etapa repleta de conflitos e embates, mas também de conquistas. Abaixo, um dos casos relatados pelo autor:

> Relembrando os efeitos da Fusão dos Estados GB/RJ, o atual Desembargador Antônio José Azevedo Pinto, que durante mais de 25 anos militou no MP, chegando a Procurador de Justiça e mais tarde a Desembargador, declarou que, no dia 14 de março de 1975, era o 11º na relação para promoção a Procurador por antiguidade. Dois dias depois, em 16 de março, viu-se deslocado para o 142º lugar. (p. 273)

O livro apresenta também comentários de Promotores(as) e Procuradores(as) de Justiça do MPRJ na contemporaneidade sobre o período, além de perfis e trajetórias profissionais e situações pitorescas enriquecendo ainda mais a narrativa. A segunda edição, lançada em 2015, foi prefaciada pelo *Procurador-Geral de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza*, à época Presidente da AMPERJ (2013-2018).

Mais informações sobre o livro "Um Olhar Sobre o Ministério Público Fluminense" podem ser acessadas pelo link: https://atom.mprj.mp.br/index.php/livro-um-olhar-sobre-o-minist-rio-p-blico-fluminense.

Preservar a memória da Instituição, assim como difundir informações de caráter histórico, com resgate de documentos e objetos iconográficos, estão entre as atribuições do CDM/MPRJ. A divulgação do acervo é feita pela plataforma ICA-AtoM e pode ser acessado pelo link: https://atom.mprj.mp.br/index.php/centro-de-mem-ria-procurador-de-justi-a-jo-o-marcello-de-ara-jo.

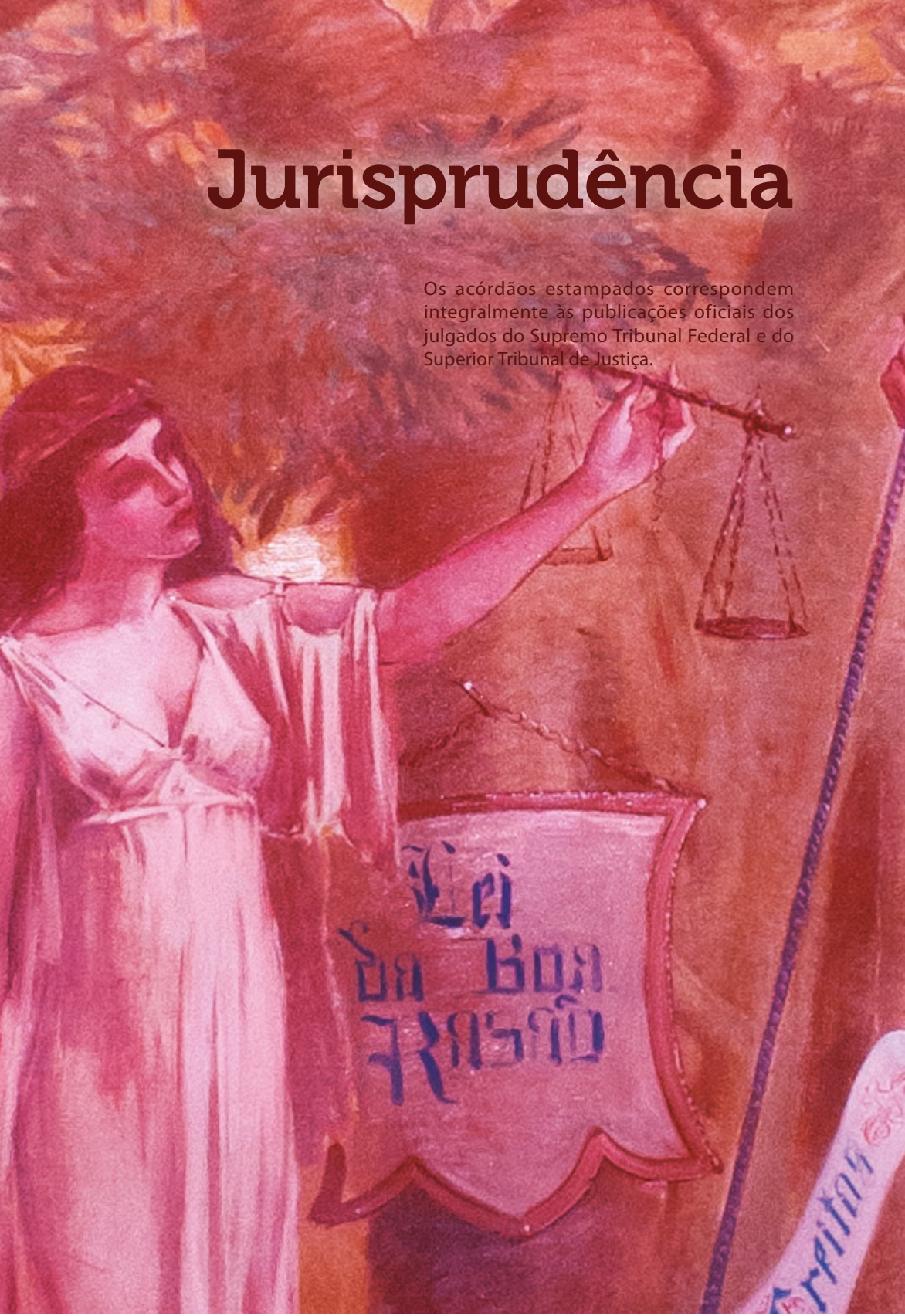
Book_RMP-81.indb 308 14/12/2021 12:31:06

Detalhe da imagem da capa

Book_RMP-81.indb 310 14/12/2021 12:31:07

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 169.417 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
PACTE.(S): MARCOS ROGÉRIO DE OLIVEIRA
IMPTE.(S): VINICIUS ADRIANO CASSAMASIMO RAMOS
COATOR(A/S) (ES): RELATOR DO HC Nº 498.885 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CÓDIGO PENAL). EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. INOCORRÊNCIA. PRÁTICA DE ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA E RESPONSABILIDADE DO DEPOSITÁRIO INFIEL (ART. 77, IV, E §§ 1º E 2º, E ART. 161, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). RESSALVA EXPRESSA QUANTO À APLICAÇÃO DE SANÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

ORDEM CONCEDIDA PARA ASSEGURAR A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual da Primeira Turma, sob a Presidência da Senhora Ministra ROSA WEBER, em conformidade com a certidão de julgamento e com as notas taquigráficas, por maioria, acordam em conceder a ordem, de ofício, para assegurar ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições da pena substitutiva, nos

Book_RMP-81.indb 313 14/12/2021 12:31:07

termos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Redator para o acórdão, vencido o Ministro MARCO AURÉLIO, Relator, que deferia a ordem em maior extensão.

Brasília, 28 de abril de 2020.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Redator para o acórdão

11/02/2020
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* Nº 169.417 / SÃO PAULO**
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
PACTE.(S): MARCOS ROGÉRIO DE OLIVEIRA
IMPTE.(S): VINICIUS ADRIANO CASSAMASIMO RAMOS
COATOR(A/S) (ES): RELATOR DO HC Nº 498.885 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O assessor Rafael Ferreira de Souza assim revelou os contornos da impetração:

> Eis o informado quando da análise do pedido de liminar:
>
> [...]
>
> 1. O assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza prestou as seguintes informações:
>
>> O Ministério Público do Estado de São Paulo, no processo nº 384/15, ofereceu denúncia em desfavor do paciente, imputando a prática do crime previsto no artigo 330, cabeça (desobediência), do Código Penal. Narrou não haver atendido ordem dada pelos Oficiais de Justiça por ocasião do cumprimento de mandado de entrega de veículo, expedido no processo nº 1002650-84.2014.8.26.0269, da Terceira Vara Cível da mesma Comarca, no que, na qualidade de depositário do bem, teria se recusado a entregar veículo ou a indicar a localização.
>>
>> O Juízo da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Itapetininga/SP, no processo nº 0001791-51.2015.8.26.0269,

Book_RMP-81.indb 314 14/12/2021 12:31:07

> condenou-o, pelo referido delito, a 1 mês e 10 dias de detenção, e ao pagamento de 20 dias-multa. Na dosimetria, mencionando maus antecedentes e dolo moderado, fixou a pena-base em 1 mês de detenção, considerado o piso de 15 dias e o teto de 6 meses. Na segunda fase, fez incidir a agravante alusiva à reincidência, na fração de 1/3. Reportando-se ao artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal e à reincidência, impôs o regime inicial semiaberto.
>
> A Turma Criminal do Colégio Recursal de Itapetininga/SP desproveu apelação interposta pela defesa, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos, nos termos do artigo 82, § 5º, da Lei nº 9.099/1995. Recurso extraordinário teve sequência indeferida.
>
> No Supremo, o agravo nº 1.068.596 não foi conhecido pelo Relator. Houve a preclusão maior da decisão em 20 de junho de 2018.
>
> Na sequência, insurgindo-se em face do acórdão referente à apelação, impetrou-se, no Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* nº 2056615- 15.2019.8.26.0000. O Relator deixou de deferir a medida acauteladora.
>
> Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o *habeas* de nº 498.885, cuja liminar foi indeferida.
>
> O impetrante sustenta a atipicidade da conduta. Afirma que o comportamento do paciente situou-se no âmbito do exercício da autodefesa, não configurando infração penal. Diz ausente a caracterização do crime nos casos em que o descumprimento de ordem implique sanção de natureza civil ou administrativa. Sustenta ilegalidade na dosimetria, ante falta de fundamentação na fixação da pena-base e do regime de cumprimento. Sublinha viável a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.
>
> […]

Requereu, no campo precário e efêmero, a absolvição do paciente, considerada a atipicidade da conduta, e, sucessivamente, a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, ainda, a imposição do regime aberto. Busca, alfim, a confirmação da providência.

Em 13 de junho de 2019, Vossa Excelência deferiu o pedido de medida acauteladora, para suspender, até o julgamento do mérito desta impetração, a execução do título condenatório.

Book_RMP-81.indb 315 14/12/2021 12:31:07

> A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela inadmissão do *habeas*, dizendo-o substitutivo de revisão criminal, bem assim por implicar a análise das matérias versadas indevida supressão de instância. Opina pelo implemento da ordem, de ofício, para determinar que o Juízo reaprecie o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Lancei visto no processo em 31 de agosto de 2019, liberando-o para ser examinado na Turma a partir de 17 de setembro seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

11/02/2020
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* Nº 169.417 / SÃO PAULO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O *habeas corpus* não sofre qualquer óbice em termos de cabimento. Cumpre examinar, quanto à matéria de fundo, se está configurada, ou não, ilegalidade a alcançar a liberdade de ir e vir do cidadão. O fato de a decisão impugnada desafiar, em tese, revisão criminal não torna inadequada a impetração. O princípio da vedação da supressão de instância há de ser tomado com reserva em se tratando de impetração. Visa beneficiar a parte, e esta, no *habeas corpus,* é unicamente o paciente, personificado pelo impetrante. Rejeito as preliminares suscitadas pela Procuradoria-Geral da República.

Cabe reiterar o assentado, em 13 de junho de 2019, quando do implemento da medida acauteladora:

> […]
>
> A denúncia narra haver o paciente, depositário fiel de veículo, desobedecido ordem emanada do Juízo da Terceira Vara Cível de Itapetininga/SP, uma vez que, por ocasião do cumprimento do mandado de entrega do bem, recusou-se a apresentá-lo aos Oficiais de Justiça, deixando de indicar a localização. O delito previsto no artigo 330 do Código Penal constitui tipo penal subsidiário, cuja caracterização típica pressupõe, além do descumprimento de ordem emitida por funcionário público, que o ato de desobediência não se mostre suscetível de, considerada previsão legal, sofrer sanção administrativa, civil ou penal.

Book_RMP-81.indb 316 14/12/2021 12:31:07

> O comportamento imputado ao paciente consubstancia, a teor dos artigos 14, inciso V e parágrafo único, 600, inciso III, e 601 do Código de Processo de Civil de 1973 – correspondentes ao 77, parágrafos 1º e 2º, e 774, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015 –, ato atentatório à dignidade da Justiça, sujeitando-se à imposição de multa de até 20% do valor do débito executado. A existência de sanção específica na legislação de regência, ausente qualquer ressalva expressa acerca da possibilidade de aplicação cumulativa do delito versado no artigo 330 do Código Penal, torna desprovida de tipicidade penal a conduta e inviabiliza a condenação pelo crime de desobediência.
>
> [...]

Defiro a ordem para, considerada a atipicidade da conduta, tornar insubsistente o título condenatório formalizado no processo nº 0001791-51.2015.8.26.0269, da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Itapetininga/SP.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA

***HABEAS CORPUS* Nº 169.417**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): MARCOS ROGÉRIO DE OLIVEIRA

IMPTE.(S): VINICIUS ADRIANO CASSAMASIMO RAMOS (356869/SP)

COATOR(A/S) (ES): RELATOR DO HC Nº 498.885 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que deferia a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Luiz Fux. Presidência da Ministra Rosa Weber. Primeira Turma, 11.02.2020.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

JOÃO PAULO OLIVEIRA BARROS

Secretário da Turma

Book_RMP-81.indb 317 14/12/2021 12:31:07

28/04/2020
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* 169.417 / SÃO PAULO**

VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Relatou o Ministro MARCO AURÉLIO:

> O assessor Rafael Ferreira de Souza assim revelou os contornos da impetração:
>
> Eis o informado quando da análise do pedido de liminar:
>
>> [...]
>>
>> 1. O assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza prestou as seguintes informações:
>>
>> O Ministério Público do Estado de São Paulo, no processo nº 384/15, ofereceu denúncia em desfavor do paciente, imputando a prática do crime previsto no artigo 330, cabeça (desobediência), do Código Penal. Narrou não haver atendido ordem dada pelos Oficiais de Justiça por ocasião do cumprimento de mandado de entrega de veículo, expedido no processo nº 1002650-84.2014.8.26.0269, da Terceira Vara Cível da mesma Comarca, no que, na qualidade de depositário do bem, teria se recusado a entregar veículo ou a indicar a localização.
>>
>> O Juízo da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Itapetininga/SP, no processo nº 0001791-51.2015.8.26.0269, condenou-o, pelo referido delito, a 1 mês e 10 dias de detenção, e ao pagamento de 20 dias-multa. Na dosimetria, mencionando maus antecedentes e dolo moderado, fixou a pena-base em 1 mês de detenção, considerado o piso de 15 dias e o teto de 6 meses. Na segunda fase, fez incidir a agravante alusiva à reincidência, na fração de 1/3. Reportando-se ao artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal e à reincidência, impôs o regime inicial semiaberto.
>>
>> A Turma Criminal do Colégio Recursal de Itapetininga/SP desproveu apelação interposta pela defesa, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos, nos termos do artigo

Book_RMP-81.indb 318 14/12/2021 12:31:07

> 82, § 5º, da Lei nº 9.099/1995. Recurso extraordinário teve sequência indeferida.
>
> No Supremo, o agravo nº 1.068.596 não foi conhecido pelo Relator. Houve a preclusão maior da decisão em 20 de junho de 2018.
>
> Na sequência, insurgindo-se em face do acórdão referente à apelação, impetrou-se, no Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* nº 2056615-15.2019.8.26.0000. O Relator deixou de deferir a medida acauteladora.
>
> Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o *habeas* de nº 498.885, cuja liminar foi indeferida.
>
> O impetrante sustenta a atipicidade da conduta. Afirma que o comportamento do paciente situou-se no âmbito do exercício da autodefesa, não configurando infração penal. Diz ausente a caracterização do crime nos casos em que o descumprimento de ordem implique sanção de natureza civil ou administrativa. Sustenta ilegalidade na dosimetria, ante falta de fundamentação na fixação da pena-base e do regime de cumprimento. Sublinha viável a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.
>
> […]

Requereu, no campo precário e efêmero, a absolvição do paciente, considerada a atipicidade da conduta, e, sucessivamente, a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, ainda, a imposição do regime aberto. Busca, alfim, a confirmação da providência.

Em 13 de junho de 2019, Vossa Excelência deferiu o pedido de medida acauteladora, para suspender, até o julgamento do mérito desta impetração, a execução do título condenatório.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela inadmissão do *habeas*, dizendo-o substitutivo de revisão criminal, bem assim por implicar a análise das matérias versadas indevida supressão de instância. Opina pelo implemento da ordem, de ofício, para determinar que o Juízo reaprecie o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Iniciado o julgamento deste *writ* em 11/2/2020, após o voto do Ministro MARCO AURÉLIO, o Relator, que concedia a ordem para reconhecer a atipicidade

Book_RMP-81.indb 319 14/12/2021 12:31:07

da conduta e *tornar insubsistente o título condenatório formalizado no processo nº 0001791-51.2015.8.26.0269, da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Itapetininga/SP,* pedi vista dos autos.

Feita essa breve retrospectiva dos fatos, passo ao voto-vista.

Incidiria, como regra, óbice ao conhecimento desta impetração. Isso porque, nos termos da Súmula 691/STF, não cabe ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL conhecer de *Habeas Corpus* voltado contra decisão proferida por relator que indefere o pedido de liminar em impetração requerida a tribunal superior, sob pena de indevida supressão de instância. O rigor na aplicação desse enunciado tem sido abrandado por julgados desta CORTE somente em caso de manifesto constrangimento ilegal, prontamente identificável (HC 138.946, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 25/4/2018; HC 128.740, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 24/10/2016; HC 138.945-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 7/3/2017).

Além disso, convém registrar que a condenação do paciente transitou em julgado em 20/6/2018, ou seja, antes da presente impetração (26/3/2019).

De todo modo, ante as matérias veiculadas, passo ao exame de mérito do *Habeas Corpus*.

A alegação central da presente impetração consiste na atipicidade da conduta do paciente, que, no exercício da autodefesa, se recusou a entregar seu veículo, objeto de penhora, a Oficiais de Justiça competentes para o cumprimento do mandado de adjudicação do bem.

No caso, a conduta foi assim descrita na denúncia ofertada pelo Ministério Público (Doc. 2, fl. 4):

> Consta do incluso inquérito policial, que no dia 26 de novembro de 2014, horário incerto, na Avenida Dr. Waldomiro de Carvalho, nº 990, bairro Vila Hungria, nesta cidade, MARCOS ROGÉRIO DE OLIVEIRA, qualificado a fls. 73, desobedeceu a ordem legal de funcionário público.
>
> Segundo ficou apurado, na data dos fatos, em cumprimento de mandado de entrega do veículo do veículo Toyota Hilux, CD 4x4, ano 2010, placas EPV 0400, cor preta, expedido nos autos do processo n. 1002650-84.21114.8.26.0269, da 3ª Vara Cível de Itapetininga, os Oficiais de Justiça Osvaldo de Camargo e Eli Gaidino de Camargo se dirigiram à residência do acusado, o qual figurava no auto de penhora, avaliação e depósito, como fiel depositário do mencionado bem.
>
> O acusado, não obstante a ordem legal dada pelos Oficiais de Justiça, desobedeceu aos mesmos, ao se recusar a entregar o veículo e ao não dizer onde se encontrava.

Book_RMP-81.indb 320 14/12/2021 12:31:07

> O veículo só veio a ser localizado no dia 20 de janeiro de 2015, na residência do genitor do acusado, pela equipe de investigação, conforme relatório de fls. 32.

O delito de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, pune com detenção, de quinze dias a seis meses, e multa, aquele que desobedecer a ordem legal de funcionário público. O bem jurídico penalmente tutelado pelo referido tipo penal é a Administração Pública, em especial a autoridade e o respeito à ordem legal emitida por funcionário público em geral, isto é, à determinação dirigida a alguém para fazer ou deixar de fazer algo.

Na situação em apreço, sobressai dos autos que o paciente, réu em ação monitória, teve um veículo de sua propriedade penhorado para pagamento da quantia devida, mas permaneceu como fiel depositário do bem. Após a expedição do auto de adjudicação do automóvel, Oficiais de Justiça se dirigiram à residência do paciente, que se recusou a restituir o veículo que estava em sua posse.

Feitas essas considerações, embora a defesa alegue que o paciente apenas buscou se defender da penhora do veículo e que "sua única vontade era fazer um acordo com o credor", não há falar em atipicidade da conduta. Se o paciente discordava da medida judicial adotada pelo Juízo da causa, caberia a ele impugná-la por meio da via processual adequada, e não a descumprir.

Como se sabe, a ordem legal, formalmente válida e com conteúdo amparado pelo ordenamento jurídico, deve ser rigorosamente cumprida, ainda que considerada injusta pelo destinatário. Na lição do Ministro MARCO AURÉLIO, "*o núcleo do crime é desobedecer, não cumprir, faltar à obediência, alfim, não atender e, em se tratando de ato de órgão investido de jurisdição, descabe perquirir se legítima, ou não, a via utilizada*" (HC 84.287/RJ, Primeira Turma, Dj de 15/10/2004).

Não se desconhece o entendimento segundo o qual "*não configura crime de desobediência o comportamento da pessoa que, suposto desatenda a ordem judicial que lhe é dirigida, se sujeita, com isso, ao pagamento de multa cominada com a finalidade de a compelir ao cumprimento do preceito*" (HC 88572, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJ 08-09-2006).

Conforme essa linha de raciocínio, quando a lei comina determinada sanção civil ou administrativa para o descumprimento da ordem legal de agente público, somente incidirá o crime de desobediência se o ato normativo ressalvar expressamente a aplicação cumulativa de uma sanção penal.

Na situação em apreço, o paciente, ao deixar de observar o dever de *cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação,* praticou ato atentatório à dignidade da Justiça, nos termos do art. 77, IV, do Código de Processo Civil, conduta sujeita à aplicação de multa de até 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta, *sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis* (art. 77, §§ 1º e 2º, CPC). Do

Book_RMP-81.indb 321 14/12/2021 12:31:07

mesmo modo, o art. 161, parágrafo único, do CPC, estabelece que o depositário infiel responde civilmente pelos prejuízos causados, *sem prejuízo de sua responsabilidade penal* e da imposição de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça. Logo, ressalvada expressamente a aplicação de sanção penal quando da prática de ato atentatório à dignidade da justiça, não há ilegalidade ao punir o paciente também pela prática do crime de desobediência. Nesse sentido:

> Crime de desobediência: caracterização: descumprimento de ordem judicial que determinou apreensão e entrega de veículo, sob expressa cominação das penas da desobediência. Caso diverso daquele em que há cominação legal exclusiva de sanção civil ou administrativa para um fato específico, quando, para a doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. RHC 59.610, 1ª T., 13.4.82, Néri da Silveira, RTJ 104/599; RHC 64.142, 2ª T., 2.9.86, Célio Borja, RTJ 613/413), deve ser excluída a sanção penal se a mesma lei dela não faz ressalva expressa. Por isso, incide na espécie o princípio da independência das instâncias civil, administrativa e penal. (HC 86047, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 18/11/2005).

Destaco, ainda, o seguinte trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República:

> […] o fato de a conduta do depositário infiel caracterizar-se como atentatória à dignidade da Justiça e sujeitá-lo à responsabilização no âmbito civil não afasta a eventual subsunção dessa mesma conduta em tipo penal, sujeitando-o às sanções respectivas.
>
> 15. Com efeito, a própria regra processual, tanto no artigo 77, § 2º, quanto no artigo 161, expressamente admite a incidência da multa, sem prejuízo de outras sanções criminais, civis e processuais, revelando-se, assim, a plena incidência do artigo 330 do Código Penal.

Assim, forte na independência das instâncias, não há constrangimento ilegal a ser sanado quanto a esse ponto. A propósito, os seguintes precedentes que bem exemplificam esse entendimento: AP 568-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe 13/11/2013; Inq 2.131, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 7/8/2012; RHC 105.761, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 1º/2/2011:

Book_RMP-81.indb 322 14/12/2021 12:31:07

> (…) O princípio da independência relativa das instâncias cível, criminal e administrativa permite que as esferas atuem juntas, sem afetarem-se de modo a prejudicar a punição daquele que mereça sanção por ilícito penal.
>
> (Inq 3.644, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 13/10/2014).

Entretanto, quanto ao modo de cumprimento da pena, há ilegalidade apta a justificar a intervenção desta CORTE.

A conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos é condicionada ao preenchimento dos requisitos objetivos (pena inferior a 4 anos e que o crime tenha sido cometido sem violência) e subjetivos (prognose acerca da suficiência da substituição) elencados no art. 44 do Código Penal.

Conforme relatado, o paciente foi condenado à pena de 1 mês e 10 dias de detenção pela prática do crime previsto no art. 330 do Código Penal. Sobressai, neste exame, que "o Juízo não apresentou as razões pelas quais entendeu não ser socialmente recomendável a substituição", conforme bem destacado pelo Ministério Público Federal. Nessas circunstâncias, "e considerando que a pena ficou muito aquém dos quatro anos", a conversão da pena em restritiva de direitos se mostra adequada e suficiente para a repressão e prevenção do crime.

Enfim, como nenhum homem ou mulher poderá ser privado de sua *liberdade de ir e vir* sem expressa autorização constitucional e de acordo com os excepcionais e razoáveis requisitos legais, pois o d*ireito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana,* como ensinou o grande constitucionalista do Império, Pimenta Bueno (*Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 388); o presente *Habeas Corpus* é meio idôneo para garantir todos os direitos legais previstos ao paciente e relacionados com sua liberdade de locomoção, mesmo que, como salientado pelo Ministro CELSO DE MELLO, *na simples condição de direito-meio, essa liberdade individual esteja sendo afetada apenas de modo reflexo, indireto ou oblíquo* (*Constituição Federal anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 459).

Diante do exposto, pedindo vênia ao Relator, CONCEDO A ORDEM para assegurar ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições da pena substitutiva.

É como voto.

Book_RMP-81.indb 323 14/12/2021 12:31:07

28/04/2020
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* Nº 169.417 / SÃO PAULO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, também considero que o fato é típico, porém, nas circunstâncias, entendo que não houve gravidade exacerbada.

Meu entendimento é bem próximo - talvez um pouquinho além - do do Ministro Alexandre de Moraes, porque estou concedendo a ordem de ofício para determinar ao juiz a substituição da pena com as cautelas que a ele parecerem próprias.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, concordo com o Ministro Luís Roberto. Já determinamos e o juiz só fixa quais as melhores.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pronto.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Fazemos já a conversão da prisão em penas alternativas?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Exato.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Restritivas de direitos, no caso, a serem impostas na origem, não é?

28/04/2020
PRIMEIRA TURMA

***HABEAS CORPUS* Nº 169.417 / SÃO PAULO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, sou um homem de consenso, isso é da minha característica.

Acompanho o consenso.

PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA

***HABEAS CORPUS* Nº 169.417**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

PACTE.(S): MARCOS ROGÉRIO DE OLIVEIRA

Book_RMP-81.indb 324 14/12/2021 12:31:08

IMPTE.(S): VINICIUS ADRIANO CASSAMASIMO RAMOS (356869/SP)

COATOR(A/S) (ES): RELATOR DO HC Nº 498.885 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que deferia a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Luiz Fux. Presidência da Ministra Rosa Weber. Primeira Turma, 11.02.2020.

Decisão: A Turma, por maioria, concedeu a ordem, de ofício, para assegurar ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições da pena substitutiva, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator, que deferia a ordem em maior extensão. Presidência da Ministra Rosa Weber. Primeira Turma, 28.04.2020.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

JOÃO PAULO OLIVEIRA BARROS

Secretário da Turma

Book_RMP-81.indb 325 14/12/2021 12:31:08

• • •

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 787 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S): PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S): EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO
INTDO.(A/S): MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE
PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
***AM. CURIAE*.: ASSOCIAÇÃO COLETIVO MARGARIDA ALVES DE ASSESSORIA POPULAR**
***AM. CURIAE*.: REXISTIR - NÚCLEO LGBT+**
ADV.(A/S): MARIANA PRANDINI FRAGA ASSIS
ADV.(A/S): CAROLINA REZENDE MORAES

DECISÃO: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT), contra atos comissivos e omissivos do Ministério da Saúde no que diz respeito à atenção primária de pessoas transexuais e travestis que violam os preceitos fundamentais do direito à saúde (art. 6º e 196), da dignidade da pessoa humana e da igualdade (art. 5º).

Alega, com base no precedente desta Corte na ADPF 347-MC, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, a existência de um estado de coisas inconstitucional, configurado por uma cadeia de atos praticados pelo Governo Federal que violam o direito fundamental à saúde das pessoas transexuais e travestis.

Sustenta que os mecanismos estatais de prestação de serviços à população foram, historicamente, estruturados a partir da visão do homem médio ou do homem padrão, não abarcando, hoje, políticas públicas para a cisgeneridade. Sendo assim, o ato impugnado consistiria no fato de que pessoas trans, cujo registro civil foi retificado para refletir a sua identidade de gênero, tem negado o acesso para determinados serviços de saúde ainda atrelados às concepções cisnormativas de mulher e homem.

Informa que, mesmo com a decisão do STF na ADI 4275/DF, que permitiu a alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, "*os homens transexuais e pessoas transmasculinas com prenome retificado que conservam o aparelho reprodutor constituído por útero, ovários e vagina não conseguem consultas e tratamentos ginecológico e obstétrico no SUS*". Da mesma forma, "*as mulheres transexuais e travestis*

Book_RMP-81.indb 327 14/12/2021 12:31:08

que possuem testículo, próstata e pênis têm tido o acesso a especialidade de urologia e proctologia negado." (eDOC 1, p. 9).

Sustenta que, em razão dos fatos narrados pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), a Defensoria Pública da União expediu, em 18.07.2018, a Recomendação nº 1 DPGU/SGAI DPGU/GTLGBTI DPGU, recomendando ao Ministério da Saúde que tomasse as medidas necessárias para adequar as normas internas do SUS ao decidido pelo Supremo na ADI nº 4275/STF. Após reiterar a recomendação, o Secretário-Executivo do Ministério da Saúde, por meio do Ofício nº 736/2018/SE/GAB/SE/MS, de 8.10.2018, informou que estaria adotando as providências necessárias.

Para o partido requerente, a resposta oficial do Ministério da Saúde implica reconhecimento da existência de falhas no sistema de informação do SUS, o qual é responsável pela negativa de acesso à saúde básica da população cisgênero.

Segundo narrado na inicial, a Defensoria Pública da União, em 11.01.2019, solicitou informações ao Ministério da Saúde sobre a adequação do sistema. Como não obteve resposta, propôs a Ação Civil Pública nº 5039658-70.2019.4.04.7100.

Em 23.07.2019, a União repetiu as mesmas informações apresentadas em 2018, demonstrando que no decorrer de um ano não implementou nenhuma mudança.

Além das dificuldades de acesso aos serviços de saúde de atenção básica enfrentados pela comunidade cisgênero, o requerente alega que a própria emissão de Declaração de Nascido Vivo (DNV) tem sido preenchida de forma inadequada, uma vez que vinculam as categorias pai e mãe ao sexo atribuído ao nascer e não ao que se identificam.

Dessa forma, um homem trans, que gestou seu filho, tem seu nome registrado como mãe no DNV, ao invés de pai biológico. Como comprovação desta conduta do SUS, anexa reportagem e documentos do casal Yuna Vitória Santana (travesti) e Theo Brandon (homem transexual), cujo filho nasceu no Hospital Santo Amaro/Bahia, em 2019, bem como parecer da assessoria jurídica do Ministério da Saúde comprovando a negativa de preenchimento da DNV conforme identidade de gênero.

Diante do exposto, defende o requerente que o conjunto de atos narrados descumprem preceitos fundamentais, violando o direito à saúde das pessoas trans.

Requer, liminarmente, que o Ministério da Saúde adote todas as providências necessárias e efetivas à solução da negativa de acesso das pessoas transexuais e travestis à assistência básica em saúde, em especial para:

> Garantir o acesso às especialidades médicas em conformidade com suas especificidades e necessidades biológicas, e com o reconhecimento de sua identidade de gênero autodeclarada, mediante adequação dos sistemas de informação do Sistema Único de Saúde para marcação de consultas e exames; formação

Book_RMP-81.indb 328 14/12/2021 12:31:08

> técnica dos profissionais de saúde para atendimento da população transsexual e travesti; entre outros. E para: "Garantir o registro, na Declaração de Nascido Vivo e em documentos correlatos, dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero, independentemente de ser ou não parturiente."

No mérito, requer a confirmação da liminar, e a procedência da presente arguição, de modo que sejam definitivas as providências adotadas para a garantia de acesso de pessoas trans à assistência básica em saúde, em conformidade com suas especificidades e necessidades biológicas, e com o reconhecimento de sua identidade de gênero autodeclarada em todo e qualquer registro público.

Diante da relevância da matéria em debate, adotei o rito do art. 12 da Lei 9868/99.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pelo seu indeferimento, em parecer assim ementado:

> Direito à saúde. Supostas falhas na condução da política de saúde imputadas ao Governo federal, especialmente em relação à alegada negativa de acesso de pessoas travestis e transexuais ao atendimento básico em saúde. Alegada violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos constitucionais à vida, à igualdade e à saúde. Preliminares. Indicação genérica dos atos. Inobservância da subsidiariedade. Inadequação do processo objetivo como via para coordenação de políticas públicas. Mérito.
>
> A definição e a implementação das políticas públicas relacionadas à proteção ao direito à saúde de populações vulneráveis encontram-se no rol de atribuições conferidas pelo legislador ao Poder Executivo, o qual tem operacionalizado diversas medidas no intuito de garantir o acesso aos procedimentos e às especialidades médicas condizentes com as necessidades dos usuários trans que tiveram seu registro civil retificado. O acolhimento dos pleitos formulados configuraria medida violadora do princípio da separação dos Poderes. (eDoc 18)

Em 08 de março de 2021, por meio da Petição 26237/2021 (eDoc 21), a AGU solicitou a juntada da documentação que embasou sua manifestação: Nota Técnica Nº 1/2021-COGE/CGGAP/DESF/SAPS/MS (eDoc 22), Nota Técnica Nº 4/2019-COGE/CGGAP/DESF/SAPS/MS (eDoc 23) e Despacho CGSI/DRAC/SAES/MS de 30 de julho de 2019 (eDoc 24).

Por meio da Petição nº 33631/2021 (edoc 27), o Ministro da Saúde encaminhou a Nota Técnica Nº 65;2021-CGIAE/DASNT/SVS/MS com a análise da "solicitação referente

Book_RMP-81.indb 329 14/12/2021 12:31:08

à garantia de registro, na Declaração de Nascido Vivo (DNV) e em documentos correlatos, dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero, independentemente de ser ou não parturiente".

Relatou que os dados sobre nascimentos no Brasil fazem parte do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (Sinasc), implantado pelo Ministério da Saúde em 1990, que segue gestão triparte, cabendo às Secretarias Municipais de Saúde o fornecimento e controle da utilização dos formulários entregues às unidades notificadoras, cabendo aos notificadores seu preenchimento, nos termos da Portaria Nº 116MS/SVS/2009. Trouxe foto de duas seções da DNV que precisam ser preenchidas em relação a pessoa que gestou o nascido vivo ("mãe biológica"), cuja identificação é importante do ponto de vista estritamente epidemiológico.

A Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento da ADPF (eDoc 28), em parecer assim ementado:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TRANSGÊNEROS E TRAVESTIS. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO. NOME E GÊNERO. SUS. ATENÇÃO BÁSICA. ACESSO. GÊNERO BIOLÓGICO VERSUS GÊNERO DE AUTOIDENTIFICAÇÃO. ESPECIALIDADE MÉDICA. APARATO BIOLÓGICO. INDICAÇÃO. ATO DO PODER PÚBLICO. INEXISTÊNCIA. INÉPCIA PARCIAL. REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. FATOS CONCRETOS. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE NASCIDO VIVO. NECESSIDADE DE PRÉVIO COTEJO COM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL INTERPOSTA. OFENSA REFLEXA.
>
> A ausência de indicação e limitação das ações ou omissões do Poder Público leva à inépcia, ainda que parcial, da ADPF. Precedentes.
>
> É inadequado utilizar arguição de descumprimento de preceito fundamental para a tutela de situações singulares, a fim de solucionar lides instauradas em casos concretos. Precedentes.
>
> Não cabe ADPF para adequação de efeitos concretos decorrentes de direito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em outro processo objetivo de controle de constitucionalidade.
>
> A necessidade de interpretação de legislação infraconstitucional interposta gera ofensa reflexa à Constituição, sendo incabível o manejo de ADPF. Precedentes.
>
> - Parecer pelo não conhecimento da ADPF.

Por meio da Petição n. 59286/2021 (eDoc 30), a Advocacia-Geral da União juntou a Nota Técnica 189/2021-DAET/CGAE/DAET/SAES/MS com informações a respeito do

Book_RMP-81.indb 330 14/12/2021 12:31:08

Processo Transexualizar no âmbito do SUS, das linhas de cuidado de atenção à saúde às usuárias e usuários do SUS com demanda para a realização das referidas ações, bem como detalhamento sobre os procedimentos disponibilizados (eDoc 31).

Admiti o ingresso no feito, na condição de *amicus curiae*, à Associação Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular e ao Núcleo LGBT+ Rexistir, da UNB (eDoc 38).

É o relatório.

Decido.

1. DO CONHECIMENTO DA AÇÃO

Inicialmente, registro que a presente ação foi ajuizada por legitimado constitucional (Partido Político com representação no Congresso Nacional) para sua propositura (art. 103, VIII, da CF; e art. 2º, I, da Lei 9.882/1999), estando devidamente por subscrita por advogado com poderes específicos para sua propositura.

Quanto ao parâmetro de controle, não há dúvida de que os direitos e garantias fundamentais enquadram-se entre os preceitos fundamentais que justificam a proteção via ADPF (art. 3º, I, da Lei 9882). Nesse sentido, apontam-se como violados o princípio da dignidade da pessoa humana; o direito à igualdade (art. 5º, *caput*, CF) e o direito à saúde (art. 6º, *caput*, e art. 196, CF).

Em relação ao objeto da arguição, aponta-se como ato do poder público lesivo (art. 3º, II, da Lei 9882) o conjunto de ações e omissões do Ministério da Saúde que tem dificultado o acesso das pessoas transexuais, especialmente àquelas que não realizaram o processo de mudança de sexo, às políticas de saúde pública, especialmente de atenção básica, o que estaria, inclusive, contrariando precedente do STF em relação aos direitos das pessoas transexuais, caracterizando o chamado "estado de coisas inconstitucional", apto a ensejar o controle de constitucionalidade pela via da ADPF. As notas técnicas apresentadas pelo Ministério da Saúde, inclusive, confirmam os atos e omissões alegadas pelo partido autor da ADPF, sendo, portanto, incontroversos.

No que se refere à subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei 9882), anoto que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental sempre que não cabível outro meio processual apto para a proteção do direito de forma objetiva, tendo em vista a violação à ordem constitucional como um todo, e não apenas a tutela de um direito subjetivo do cidadão considerado individualmente.

Ademais, não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, entre nós, o instituto assume feição marcadamente objetiva. Nesse sentido, cito o precedente da ADPF 347, que considerou a situação prisional no país um "estado de coisas inconstitucional", com violação massiva de direitos fundamentais da população prisional, por omissão do poder público (ADPF 347 TPI-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9 de setembro de 2015, Dje 19/02/2016).

Book_RMP-81.indb 331 14/12/2021 12:31:08

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ao contrário, a multiplicação de processos e decisões sobre dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

Nos termos indicados nos autos, parece estar demonstrado que não há meios processuais ágeis e eficientes a solucionar, de forma homogênea, a ofensa aos preceitos fundamentais indicados pelos atos questionados, razão pela qual conheço da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2. DA MEDIDA CAUTELAR

A concessão, pelo Supremo Tribunal Federal, de medida cautelar nas ações de controle concentrado tem-se mostrado instrumento apto à proteção da ordem constitucional, como demonstra a jurisprudência da Corte. Como é cediço, a medida cautelar em ação direta depende do atendimento de dois pressupostos, que são: (1) a verossimilhança do direito e (2) o perigo da demora.

Verifico, na hipótese, presentes os requisitos ensejadores do deferimento da medida cautelar pleiteada.

2.1. Do *Fumus Boni Iuris*

As normas constitucionais, legais e internacionais aplicáveis a espécie, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente a matéria, especialmente a partir do decidido na ADI, indicam a plausibilidade do direito invocado na inicial, conforme passo a expor.

2.1.1. A função contramajoritária do controle de constitucionalidade e a garantia de direitos fundamentais de minorias ou vulneráveis

Inicialmente, cabe registar que as Cortes Constitucionais possuem uma importante função contramajoritária, ao exercerem o controle de constitucionalidade, que se traduz na defesa de direitos fundamentais das minorias frente a vontade da maioria. Essa função não se confunde com o chamado "ativismo judicial", nem importa interferência indevida nas funções dos demais poderes da República.

Alguns direitos constitucionais, como os direitos fundamentais do art. 5º, por sua natureza, demandam a ação dos Tribunais Constitucionais para garantir sua efetivação, uma vez que sua garantia ou execução não se coloca como uma alternativa a ser votada pelos representantes do povo e efetivada pelo governo eleito.

Book_RMP-81.indb 332 14/12/2021 12:31:08

A democracia representativa, que atribui à maioria competência para fazer escolhas legislativas e de política pública, está limitada, constitucionalmente, pela proteção dos direitos fundamentais das minorias.

No caso em que a ação ou a omissão da maioria leva à violação dos direitos fundamentais das minorias, cabe ao Tribunal Constitucional ou à Corte Constitucional garantir tais direitos. Nesse sentido, inclusive, já apontava Hans Kelsen:

> Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria. (KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (1928). In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 182)

John Hart Ely, também, destaca entre as funções da jurisdição constitucional a "garantia institucional das minorias contra eventuais abusos da maioria", permitindo a participação daquelas na arena política, pressuposto da forma democrática de governo (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 103 e seguintes). Christian Starck, por sua vez, lembra que a limitação do princípio da maioria, que fundamenta a atividade legislativa do Parlamento, decorre da própria supremacia da Constituição (STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 59-73).

Nesse sentido, a doutrina destaca a importância do papel do STF que, em casos que violam o art. 3º da Carta Magna. Afirma a doutrina que a Suprema Corte faz constar que é por meio do combate à desigualdade que se concretiza a igualdade. Acrescenta sobre a atuação do STF nos casos em que "*se percebe a emergência de direitos que carecem um Estado não só preocupado com a resolução de conflitos, mas, sobretudo com a concretização das normas constitucionais que tratam dos objetivos da República. Enfim, direitos que carecem um Estado ativo e não só reativo*." (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil***.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2. ed. 2018 p. 153).

Portanto, por meio da "representação argumentativa", que um Tribunal Constitucional exerce e o Legislativo não (ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 3, número

Book_RMP-81.indb 333 14/12/2021 12:31:08

4, 2005, p. 572–581), cabe ao guardião da constituição conformar os atos do poder público de modo a, cumprindo os ditames constitucionais, fazer valer os direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria do momento.

Nesse contexto, ao exercer a função contramajoritária para efetivação dos direitos fundamentais de minorias, o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado a apreciar conflitos constitucionais envolvendo a população LGBTQIA+, contando, no momento, com vasto acervo jurisprudencial a orientar a solução da controvérsia em análise, em especial o decidido na ADI nº 4.275, julgada em 01 de março de 2018. Nos últimos anos, tornou-se perceptível a evolução da jurisprudência da Corte na defesa de direitos fundamentais de interesse da população LGBTQIA+.

Na ADI nº 4.277, de relatoria do Ministro Ayres Britto, o STF reconheceu a constitucionalidade da união estável homoafetiva, garantindo as mesmas regras aplicáveis às uniões estáveis heteroafetivas. Ao conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, exclui-se desse dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe 13.10.2011)

Outro julgado de grande relevância foi na já citada ADI nº 4.277, na qual o STF reconheceu a possibilidade de união estável para pessoas do mesmo sexo, certificando que a Constituição Federal veda a discriminação por critérios em razão do sexo ou gênero. Nessa toada, o relator desta ação, eminente Ministro Ayres Britto, destacou em seu voto:

> [o] sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). (ADI 4277, Rel. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ.14.10.2011)

Na ADPF nº 291, de relatoria do Min. Roberto Barroso, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade de termos discriminatórios, em razão da orientação sexual do destinatário da norma, tendo declarado a inconstitucionalidade das expressões "pederastia ou outro" e "homossexual ou não" constantes do art. 235 do Código Penal Militar. Ao examinar o caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que criminalizar atos libidinosos praticados em ambientes castrenses justifica-se para a proteção da

Book_RMP-81.indb 334 14/12/2021 12:31:08

hierarquia e da disciplina militar. Contudo, não se pode admitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, em virtude do reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Eis a ementa desse julgado:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE "PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM". NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões "pederastia ou outro" e "homossexual ou não", contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente. (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 11.5.2016)

Após essa decisão, a prática de ato libidinoso em ambiente castrense continua tipificada pelo Código Penal Militar, entretanto expressões discriminatórias foram eliminadas do tipo penal, de modo que restou claro que a conduta não deve ser punida em razão da orientação sexual do autor, mas diante do desvio comportamental em ambiente de trabalho.

Assim, embora essa decisão não tenha alterado o âmbito de incidência da norma penal incriminadora, uma vez que as mesmas condutas continuaram sendo consideradas crime, o precedente teve o condão de assentar a impossibilidade do emprego de termos discriminatórios em atos normativos.

Outro precedente bastante relevante foi o da criminalização da homofobia e da transfobia, julgado em 13.6.2019. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Rel. Min. Celso de Mello, e o Mandado de Injunção nº 4.733, Rel. Min. Edson Fachin, decidiu que, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à

Book_RMP-81.indb 335 14/12/2021 12:31:08

orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei de Racismo (Lei nº 7.716, de 8.1.1989).

Há, ainda, outros precedentes relevantes sobre a temática LGBTQIA+, como a decisão de interpretação conforme proferida na ADI nº 5.971, Rel. Min. Alexandre de Moraes, acerca de lei distrital que restringiu a aplicação de políticas públicas por ela previstas exclusivamente a famílias formadas por homem e mulher.

Nesse feito, a Corte decidiu que a instituição de diretrizes para implantação de política pública de valorização da família no Distrito Federal deveria levar em consideração também aquelas entidades familiares formadas por união homoafetiva.

Consigno, também, que o Min. Luís Roberto Barroso, ao apreciar medida cautelar na ADPF nº 527, determinou que mulheres transexuais e transgêneros que estão cumprindo pena em presídios masculinos sejam transferidas para presídios femininos.

Finalmente, registro que, enquanto relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 467, deferi medida cautelar para suspender uma lei do Município de Ipatinga-MG que exclui da política municipal de educação referências a diversidade de gênero e orientação sexual na rede pública de ensino. Na ocasião, relembrei fatos tristes que marcaram nossa história, como a apreensões de livros na Alemanha nazista e também a censura e patrulha ideológicas.

Em caso de temática do direito à saúde, que se relaciona com o tema desta ADPF, o STF também já teve a oportunidade de se manifestar. Na ADI nº 5.543 foi declarada a inconstitucionalidade da restrição de doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais, quando a negativa é baseada apenas na sexualidade. Eis a ementa deste importante julgado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 64, IV, DA PORTARIA N. 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E ART. 25, XXX, "D", DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC N. 34/2014 DA ANVISA. RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE A GRUPOS E NÃO CONDUTAS DE RISCO. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.
>
> 1. A responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e incutir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. 2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que

Book_RMP-81.indb 336 14/12/2021 12:31:08

> homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue. 3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. Trata-se de discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos, à medida que pressupõem serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco, sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente os expõem a uma maior probabilidade de contágio de AIDS ou outras enfermidades a impossibilitar a doação de sangue. 4. Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade. 5. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea "d" do inciso XXX do art. 25 da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. (ADI 5543, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe 25.08.2020)

Essas decisões foram, de fato, grandes conquistas para a cidadania da população LGBTQIA+ no Brasil. Entretanto, faz-se, necessário que outros direitos desse grupo de pessoas historicamente discriminado sejam garantidos.

Book_RMP-81.indb 337 14/12/2021 12:31:08

2.1.2. Direito à identidade de gênero, inclusive com retificação do registro civil, independentemente das características biológicas ou realização de procedimento cirúrgico e hormonal

O nome social é a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida. Nome social é diferente de Identidade de Gênero. Este consiste na dimensão da identidade de uma pessoa no que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e não guarda relação, necessariamente, com o sexo atribuído ao nascimento. (Fonte: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Folders/cartilha_nome_social.pdf).

O objetivo da utilização e aceitação do nome social é evitar situações discriminatórias, promovendo a autoaceitação e, mais além, a anuência da sociedade.

A luta pelo direito a utilização do Nome Social é recente, mas vem sendo, ao longo dos anos, uma das principais reivindicações deste grupo plural.

O dever de utilização do nome social por parte de profissionais de saúde foi reconhecido pelo Ministério da Saúde em 2009. Por meio da Portaria nº 1.820 ficou reconhecido o direito ao uso do nome social no SUS, mesmo que a pessoa não tenha realizado a alteração oficial do nome em cartório.

Em 2014, o Ministério da Saúde editou a Nota Técnica nº 18, garantindo a utilização do nome social no Cartão Nacional de Saúde. Na prática, para inclusão do nome social no cartão do SUS, basta o usuário da rede pública dirigir-se à unidade básica de saúde (UBS) de referência, com documento de identificação e solicitar a inclusão do nome social. Não é necessário informar o sexo biológico, tampouco nome do registro civil de nascimento.

Na sequência temporal, foi publicado o Decreto Presidencial nº 8.727/2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal. O Decreto veda o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir se a pessoas travestis ou transexuais, o que reafirma os já citados preceitos constitucionais, em especial o direito a não discriminação.

Sobre o tema, na ADI nº 4.275/DF, julgada em 1.3.2018, esta Corte permitiu a alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Ou seja, não há vinculação entre a cirurgia e a alteração do registro civil.

Em meu voto nesta ação, consignei que, com base nos princípios da igualdade, da liberdade, de autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de orientação sexual ou de identificação de gênero, esta Corte tem um dever de proteção em relação às minorias discriminadas.

Veja-se a ementa do julgado:

Book_RMP-81.indb 338 14/12/2021 12:31:08

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente. (ADI 4275, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019)

Após esta decisão, o CNJ regulamentou, por meio da Provimento nº 73/2018, a troca de prenome e gênero em certidões de nascimento ou casamento de transgêneros. Dispôs, ainda, que a alteração deve ser realizada em cartório, sem a obrigatoriedade da comprovação da cirurgia de mudança de sexo, tampouco de decisão judicial.

Veja-se que, embora a utilização do nome social tenha sido uma importante conquista no que diz respeito ao modo de tratamento em torno da identidade de gênero e ao direito de autodeterminação das pessoas transexuais e travestis, a partir da decisão do STF na ADI nº 4275, garantiu-se às pessoas transgêneros o direito ao prenome e ao sexo, no registro civil, independentemente da alteração das características físicas e biológicas de seu corpo.

Logo, como consequência do decidido pelo STF, o poder público, na execução de suas políticas públicas, poderá se deparar, por exemplo, com a circunstância de um cidadão transgênero, que se identifique com o sexo masculino e que possua registro civil com prenome masculino, mas que tenha nascido com órgão reprodutor do sexo feminino. Nesse caso, se a pessoa não tiver realizado procedimento de transgenitalização ou tratamentos hormonais ou patologizantes e necessitar de atendimento médico especializado para o sexo biológico de seu nascimento, como o atendimento no ginecologista, deverá ser atendida.

Book_RMP-81.indb 339 14/12/2021 12:31:08

Neste exemplo, fica claro que cabe ao órgão competente tomar as medidas necessárias para adequação de seus sistemas, de modo a permitir o acesso das políticas públicas existentes sem a imposição de barreiras burocráticas, que além de comprometer a própria efetividade da política pública, poderá causar constrangimento, discriminação e sofrimento à pessoa trans.

Aliás, conforme estudos doutrinários e reportagens, um dos motivos que levam muitas pessoas transexuais a não realizarem o procedimento de transgenitalização é a vontade de filiação, sendo mais acessível a estas pessoas os procedimentos de reprodução por meio do sexo biológico de nascimento.

Em consequência, um homem trans pode vir a, antes de realizar a mudança de sexo, engravidar e gestar seu filho, vindo a necessitar do sistema de saúde, inclusive, na hora do parto, além de todo o acompanhamento pré-natal destinado às gestantes, realizado pela especialidade de ginecologia e obstetrícia. Ao dar à luz, o homem trans, que exercerá em relação ao filho o papel de pai, tem seu nome registrado na Declaração de Nascido Vivo como mãe, uma vez que deu à luz à criança, gerando, portanto, uma desconformidade entre os documentos públicos e a realidade social.

Essas situações hipotéticas, embora comuns, demonstram a relevância constitucional da matéria trazida a exame desta Corte por meio da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ensejar, com base nos precedentes reiterados do STF, a tutela cautelar.

2.1.3. Direitos sexuais e reprodutivos da população transexual

A Constituição brasileira garante os direitos reprodutivos em seu artigo 226, § 7º, ao tratar do planejamento familiar, nos seguintes termos:

> Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A norma constitucional foi regulamentada pela Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que reconhece o planejamento familiar como um "direito de todo cidadão" (art. 1º), consistindo em um "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole" (art. 2º), "dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde". A referida legislação obriga o SUS, em todos os seus níveis, a garantir programa de atenção integral à saúde que inclua, entre outras, a assistência à concepção e contracepção; o atendimento pré-natal; a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; o controle das doenças sexualmente

Book_RMP-81.indb 340 14/12/2021 12:31:08

transmissíveis; e o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis (art. 3º).

A citada lei ainda determina que o planejamento familiar seja realizado mediante ações preventivas e educativas, garantido o acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade (art. 4º), sendo dever do Estado assegurar "o livre exercício do planejamento familiar" (art. 5º).

Portanto, o direito brasileiro garante, *com igualdade, a todos os cidadãos*, o acesso a programas de saúde que garantam seus direitos sexuais e reprodutivos, em todos os seus aspectos. Isso está em consonância com as diretrizes promovidas pela Organização das Nações Unidas na matéria, especialmente a partir da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada na cidade do Cairo, em 1994, e com a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, em 1995, cujos acordos definiram os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, passando os direitos reprodutivos a serem conceituados como "direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção e violência" (Programa de Ação do Cairo, Capítulo VII).

O "Princípios de Yogyakarta", documento publicado em novembro de 2006 como resultado de reunião internacional de grupos de direitos humanos realizada na cidade de Joguejacarta, na Indonésia, é claro quanto ao dever do Estado de assegurar o direito de constituir família a todas as pessoas, independente da orientação sexual e da identidade de gênero, inclusive por meio de técnicas de reprodução humana assistida, bem como demais formas de estabelecimento de filiação, como a adoção.

Os Cadernos de Atenção Básica – Direitos Sexuais e Reprodutivos do Ministério da Saúde (Brasil, 20101) reconhecem a universalidade dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos. Anuem também que a orientação sexual e a identidade de gênero são importantes fatores a serem considerados na formulação das políticas de saúde, especialmente em razão de estigmas e exclusão social a que são expostos lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

É verdade que as políticas de saúde do SUS já contemplam programas voltados à população LGBTQIA+. Em 2010, inclusive, foi criada a Política Nacional de Saúde Integral LGBT, instituída pela Portaria nº 2836, de 1º de dezembro de 2011, e pactuada pela Comissão Tripartite conforme Resolução nº 2, de 6 de dezembro de 2011. (Disponível em: bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_lesbicas_gays.pdf)

A Política Nacional, garante, no âmbito do SUS, os direitos sexuais e direitos reprodutivos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

Conforme esclarece a doutrina, a concretização do projeto parental pela população LGBTQIA+, embora seja garantida pela Constituição brasileira e pela legislação pertinente – embora de forma genérica –, traz grandes desafios para a sociedade. Especialmente em relação às pessoas transexuais, seus direitos sexuais e reprodutivos, são diversos os tabus enfrentados:

Book_RMP-81.indb 341 14/12/2021 12:31:08

> Pode-se afirmar que as pessoas trans assumem papéis parentais que não prejudicam o exercício da parentalidade responsável e o melhor interesse da criança. A mulher trans exerce uma função materna e não paterna.
>
> Acrescente-se, que há pessoas trans com orientação bissexual, homossexual, assexual e pansexual, possibilitando assim diversas configurações familiares. Logo, a transparentalidade é complexa porque apresenta um leque de possibilidades, considerando que o casal poderá ter filhos naturais, inclusive adotar, apesar de a Lei de adoção nº 12.010/2009 não ter feito qualquer menção à adoção por casais homossexuais ou trans, embora haja decisões favoráveis. (CARDIN; GOMES, 2015)
>
> Também poderão se utilizar de reprodução assistida que possui inúmeras técnicas, tais como: a inseminação artificial homóloga, heteróloga, a fertilização *in vitro* e a maternidade substitutiva.
>
> No caso dos transgêneros, alguns optam por não retirarem os órgãos reprodutores, possibilitando a utilização das técnicas acima citadas, sendo que todas são viáveis ao casal transafetivo, que pretende realizar o seu projeto parental. (CARDIN, Valéria Silva Galdino. VIEIRA, Tereza Rodrigues. Famílias Trans e o Planejamento Familiar: a autonomia reprodutiva como direito fundamental. In: *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), Vol. 7, N. 3, 2019, p. 368)

No âmbito da reprodução humana assistida no Brasil, diante da inexistência de legislação que regulamente a matéria, o Conselho Federal de Medicina tem orientado a realização dos procedimentos por parte da equipe médica, inclusive regendo aspectos éticos relativos às técnicas disponíveis.

A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina regulamentou o acesso a técnica de reprodução assistida por casais homossexuais, o que, de certa forma, acaba abarcando as pessoas trans, ao dispor que:

> 2. É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.
>
> 3. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não existia infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) ovócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.

Book_RMP-81.indb 342 14/12/2021 12:31:08

Tal resolução foi recentemente atualizada por meio da Resolução nº 2.294/21, que passou a prever, expressamente, a utilização das técnicas de reprodução assistida por pessoas transexuais:

> II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA
>
> 1. Todas as pessoas capazes que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.
>
> 2. É permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros.
>
> 3. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) ovócitos(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.

Nesse contexto, é necessário garantir aos homens e mulheres trans acesso igualitário a todas as ações e programas de saúde do SUS, especialmente aqueles relacionados à saúde sexual e reprodutiva, como agendamento de consultas nas especialidades de ginecologia, obstetrícia e urologia, independentemente de sua identidade de gênero, sendo fundamental eliminar obstáculos burocráticos que possam causar constrangimento a pessoa e atraso no acesso à prestação de saúde.

2.1.4. Da adaptação do sistema para agendamento de tratamentos médicos pela pessoa transexual

As alegações da petição inicial são confirmadas pelo Ministério da Saúde, tanto em relação ao acesso, pelo sistema, a agendamento de consultas de especialidades médicas aparentemente não compatíveis com o gênero indicado, quanto em relação ao preenchimento da Declaração de Nascido Vivo, em que o homem trans, parturiente, é registrado como mãe biológica.

Diante dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como da legislação brasileira, os fatos apontados parecem violar os direitos fundamentais das pessoas transexuais, especialmente em relação aos seus direitos sexuais e reprodutivos. Ademais, diante do decidido por esta Corte na ADI nº 4.275, tais práticas acabam por contrariar o entendimento ali fixado.

A partir deste contexto e dos dados apresentados, consigno que razão assiste o requerente em relação ao primeiro pedido liminar para "*garantir o acesso às especialidades médicas em conformidade com suas especificidades e necessidades biológicas, e com o reconhecimento de sua identidade de gênero autodeclarada, mediante*

Book_RMP-81.indb 343 14/12/2021 12:31:08

adequação dos sistemas de informação do Sistema Único de Saúde para marcação de consultas e exames; formação técnica dos profissionais de saúde para atendimento da população transsexual e travesti; entre outros".

Conforme explicam os autores desta ação, o que ocorre na prática do atendimento é que *homens transexuais e pessoas transmasculinas com prenome já alterado, que conservam o aparelho reprodutor feminino (úteros, ovários e vagina), não conseguem o tratamento com ginecologistas e obstetras*. Da mesma maneira, *mulheres transexuais e travestis, que possuem órgãos masculinos (testículo, próstata e pênis), têm o acesso às especialidades médicas como urologia e proctologia negados*.

As informações prestadas pelo Poder Executivo nos autos desta ADPF são, no mínimo, obscuras quanto à capacidade de os sistemas informáticos utilizados pelo SUS possibilitarem o acesso às especialidades médicas independentemente da identificação do sexo biológico dos pacientes.

Embora a manifestação da AGU (eDOC 18) consigne genericamente que a premissa fática da tese autoral seria inverídica, uma análise cuidadosa de toda a documentação acostada aos autos pela União revela uma insuperável dificuldade de esclarecimento da questão controvertida.

Registre-se que, em manifestação datada de 08 de março de 2021, o então *Ministro de Estado da Saúde, Eduardo Pazuello,* juntou aos autos desta ADPF diversos despachos e notas técnicas elaborados pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde e pela Secretaria de Atenção Primária à Saúde (eDOC 26).

A maioria desses documentos, todavia, *cingem-se a determinar movimentações processuais do pedido de informação perante órgãos internos da pasta ministerial*, sem que tenham consignadas informações minimamente conclusivas quanto ao atual estágio de adaptação dos sistemas utilizados pelo SUS às determinações consectárias da decisão do STF na ADI nº 4.275.

Na Nota Técnica nº 1/2021-COGE/CGGAP/DESF/SAPS/MS (eDOC 22), por exemplo, a pasta ministerial apenas declina os atos normativos que compõem as bases institucionais de proteção da saúde dos grupos vulneráveis da população LGBTQIA+. Essa simples referência aos atos infralegais, como as Portarias que integram a Política Nacional de Saúde Integral LGBTQIA+ não é suficiente para levar à conclusão de que os sistemas estão devidamente adaptados às especialidades desses pacientes.

Daí porque não é possível acatar a conclusão da AGU no sentido de que: "*a [simples] referência aos atos citados permite aferir que a União adotou regras de organização e planejamento que refletem claro compromisso com a assistência à saúde da população transexual e travesti, denotando que as políticas públicas de saúde não se dirigem somente à população cisgênero*". (eDOC 18, p. 28)

Por outro lado, a própria AGU admite em sua manifestação que a União "*teve que promover alterações em sistemas de informação no intuito de assegurar o pleno acesso de tais segmentos aos procedimentos e às especialidades médicas*" (eDOC 18, p. 30). Nesse ponto, faz-se referência à Nota Técnica nº 4/2019-COGE/CGGAP/DESF/

Book_RMP-81.indb 344 14/12/2021 12:31:08

SAPS/MS (eDOC 23) que, a rigor, é a única que traz informações sobre os sistemas de informação utilizados para agendamento das consultas no SUS.

É digno de esclarecimento que referida Nota Técnica foi produzida pela pasta ministerial na forma de subsídios à manifestação da União no âmbito da Ação Civil Pública nº 5039658-70.2019.4.04.7100. Ou seja, *o único documento apresentado pelo Ministério da Saúde nos autos dessa ADPF que contém alguma informação sobre os sistemas de informação para o agendamento de consultas foi "reaproveitado" de uma manifestação pretérita da pasta lavrada em setembro de 2019.*

Além de correr o risco de não apresentar dados atualizados, a manifestação técnica listava diversas determinações de adaptações a serem realizadas no Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS), no Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS), no Sistema de Informações em Saúde da Atenção Básica (SISAB) e o e-SUS e ainda no Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS/SIGTAP.

Todas essas modificações ordenadas tinham por objetivo a retirada de "*críticas de procedimento*" que impossibilitavam o registro de "*procedimentos*" ou "*ações*" para indivíduos do sexo biológico diferente daquele sugerido na tabela SUS.

Registrem-se abaixo os trechos pertinentes da manifestação técnica:

> 2.1.1. *Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS)* 2.1.1.1. Retirada a crítica de procedimento realizado com o sexo do indivíduo desde a versão 15.32 do SISAIH01 (disponibilizada em 27/09/2018) e desde a versão 13.81 do SIHD, disponibilizada em 19/10/2018 e a qual descreve a troca da crítica para um bloqueio, conforme segue: "Implementado o Bloqueio de Sexo Incompatível com o Procedimento (Principal e Realizado). Observação: Ao Entrar no Gerenciador de informações, o SIHD verifica se há alguma incompatibilidade do sexo do paciente com o Procedimento principal e com cada procedimento realizado na AIH. Encontrada a incompatibilidade, a AIH fica bloqueada para o Gestor tomar a decisão, podendo o Gestor desbloqueá-la".
>
> 2.1.1.2. Referência: Despacho da Coordenação-Geral de Sistemas de Informação - CGSI/DRAC, de 19/12/2018, Registro SEI n° 7144996.
>
> 2.1.2. *Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS)* 2.1.2.1. Retirada da crítica de procedimento realizado com o sexo do indivíduo desde a versão 04.09 do BDSIA (disponibilizada em 19/10/2018), a qual determina o seguinte: A partir da versão 04.09, não impossibilitar o registro de procedimento "ação", para indivíduos de sexo diferente do sugerido na tabela SUS. Consequentemente não impossibilita o registro de diagnóstico "CID", para indivíduos de sexo diferente do sugerido na tabela SUS. Implementar relatório

Book_RMP-81.indb 345 14/12/2021 12:31:08

> que exiba procedimentos realizados em indivíduos de sexo diferente do recomendado pela Tabela SUS. Em relação à APAC e ao BPA-I, a retirada da referida crítica ocorreu a partir da versão 02.35 e da versão 02.89, respectivamente, disponibilizadas em 19/10/2018.
>
> 2.1.2.2. Referência: Despacho da Coordenação-Geral de Sistemas de Informação - CGSI/DRAC, de 19/12/2018, Registro SEI n° 7144996
>
> 2.1.3. *Sistema de Informações em Saúde da Atenção Básica* (SISAB) e o e-SUS.
>
> 2.1.3.1. Disponibilizada, em julho de 2019, a versão 3.2 do Prontuário Eletrônico do Cidadão (PEC) da estratégia e-SUS Atenção Básica com a adequação do sistema à Política Nacional de Saúde Integral LGBT no cadastro do cidadão: quando for preenchida a identidade de gênero, todos os procedimentos de ambos os sexos estarão disponíveis, isto é, as críticas que impediam a realização de procedimentos com exclusividade de sexo foram retiradas, o que tornou possível, por exemplo, a realização de consultas de pré-natal para homens trans.
>
> 2.1.3.2. Referência: Informativo DAB, 25/07/2019 - Disponibilização da versão 3.2 do Prontuário Eletrônico do Cidadão (PEC) da estratégia e-SUS Atenção Básica.
>
> 2.1.4 *Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos*, Medicamentos e OPM do SUS/SIGTAP.
>
> 2.1.4.1 O sistema vincula o procedimento ao atributo sexo como uma forma de orientação, porém não há impedimento para que os procedimentos sejam apresentados nos sistemas de processamento Ambulatorial (SIA) eHospitalar (SIHD), desde setembro de 2018.
>
> 2.1.4.2 Esclarece-se que a partir da competência setembro de 2018, no SIHD quando se verifica incompatibilidade de sexo do paciente com o procedimento principal ou com demais procedimentos realizados na AIH, esta fica bloqueada. O Gestor ao entrar no Gerenciador de Informações do SIHD analisa a incompatibilidade e toma a decisão de desbloquear.
>
> 2.1.4.3 Referência: Despacho do Departamento de Atenção Especializada e Temática/SAES/MS, de 30/09/2019, SEI n°0010465967.

Essas informações apresentadas pelo Ministério da Saúde demonstram que os principais sistemas utilizados pelo SUS para o agendamento de consultas e tratamentos ambulatoriais apresentavam ou ainda apresentam incompatibilidade com o tratamento de solicitações efetuadas por pacientes transgêneros que retificaram o registro civil para refletir a sua identidade de gênero.

Book_RMP-81.indb 346 14/12/2021 12:31:09

Ou seja, a pasta não forneceu informações atualizadas a respeito da correção ou não das falhas procedimentais. Além disso, verifica-se que no caso de sistemas como o Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS) e o Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, as alterações no sistema, se realizadas, ainda colocam sob a dependência do Gestor técnico a tarefa de, manualmente, exarar decisão individualizada nas hipóteses em que há incompatibilidade entre o sexo do paciente com o procedimento principal ou com demais procedimentos realizados na AIH.

Essa realidade burocrática acaba por se afigurar atentatória ao direito social à saúde que é assegurado na Constituição Federal a todas as pessoas. Trata-se de direito universal, igualitário e gratuito, não comportando exclusão em razão da identidade de gênero. Ademais, o atendimento deve ainda ser específico e não genérico, vale dizer, deve respeitar as múltiplas características deste grupo diversificado.

Portanto, a partir dos dados apresentados, da legislação sobre o tema e de acordo com a doutrina e a jurisprudência, configura-se imperioso que seja garantido o direito ao atendimento médico no Sistema Único de Saúde de acordo com o aparato biológico e com as necessidades da pessoa. O atendimento tem por objetivos o bem-estar físico, mental e social deste grupo plural, bem como prevenir e tratar enfermidades.

Esse atendimento personalizado deve ser realizado, por exemplo, a uma pessoa que retificou o registro civil para refletir a sua identidade de gênero com um nome masculino, mas que possui útero. Neste caso, se essa pessoa deseja engravidar, deve ter direito ao atendimento com médico obstetra, bem como a um pré-natal adequado.

Da mesma maneira, uma pessoa que retificou o registro civil para refletir a sua identidade de gênero com um nome feminino, mas possui órgãos do sistema reprodutor masculino, deve ter direito ao atendimento de médico urologista, por exemplo.

Destarte, tendo em vista a necessidade de que seja disponibilizado às pessoas transexuais e travestis um atendimento no SUS condizente com suas necessidades, defiro medida cautelar para se determinar à União que, no prazo de 30 (trinta) dias, proceda a alteração nos sistemas de informação do SUS para marcação de consultas e exames a fim de garantir o acesso às especialidades médicas em conformidade com suas especificidades e necessidades biológicas, independentemente do sexo biológico registrado.

A fim de garantir o cumprimento desta determinação cautelar, a União deverá, também no prazo de 30 (trinta) dias, informar se o Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS), o Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS), o Sistema de Informações em Saúde da Atenção Básica (SISAB), o e-SUS 2.1.3.1 e o Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS/SIGTA estão devidamente adaptados e atualizados para garantir o acesso a tratamentos médicos com base na autodeclaração de gênero dos pacientes.

Book_RMP-81.indb 347 14/12/2021 12:31:09

2.1.5. Da adaptação da Declaração de Nascido Vivo

O segundo pedido do Partido requerente consiste em "*garantir o registro, na Declaração de Nascido Vivo e em documentos correlatos, dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero, independentemente de ser ou não parturiente*". (eDOC 1, p. 29)

Antes de analisar o pedido liminar, é necessário entender o conceito da Declaração de Nascido Vivo, bem como sua importância para a elaboração de políticas públicas, o que demonstra a necessidade de atualização de algumas nomenclaturas utilizadas, especialmente em razão das técnicas de reprodução humana disponíveis, bem como das normas do Conselho Nacional de Justiça que uniformizaram a emissão da Certidão de Nascimento no país.

A Declaração de Nascido Vivo – DNV é regulamentada pela Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012, que assegurou sua validade nacional e regulamentou sua expedição. Em seu art. 2º, garante a validade da DNV "*até que seja lavrado o assento do registro do nascimento*". Sua emissão é obrigatória para todos os nascimentos com vida ocorridos no Brasil, sendo válida "*exclusivamente para fins de elaboração de políticas públicas e lavratura do assento de nascimento*", conforme dispõe o art. 3º, devendo ser "*emitida por profissional de saúde responsável pelo acompanhamento da gestação, do parto ou do recém-nascido, inscrito no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde-CNES ou no respectivo Conselho profissional*" (§1º). O art. 4º da lei estabelece os dados que deverão constar da Declaração, nos seguintes termos:

> Art. 4º A Declaração de Nascido Vivo deverá conter número de identificação nacionalmente unificado, a ser gerado exclusivamente pelo Ministério da Saúde, além dos seguintes dados:
>
> I – nome e prenome do indivíduo;
>
> II – dia, mês, ano, hora e Município de nascimento;
>
> III – sexo do indivíduo;
>
> IV – nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e sua idade na ocasião do parto;
>
> VI – nome e prenome do pai; e
>
> VII – outros dados a serem definidos em regulamento.
>
> §1º O prenome previsto no inciso I não pode expor seu portador ao ridículo.
>
> §2º Caso não seja possível determinar a hora do nascimento, prevista no inciso II, admite-se a declaração da hora aproximada.
>
> §3º A declaração e o preenchimento dos dados do inciso VI são facultativos.

Book_RMP-81.indb 348 14/12/2021 12:31:09

> §4º A Declaração de Nascido Vivo deverá conter inscrição indicando que o registro civil de nascimento permanece obrigatório, não sendo substituído por esse documento.
>
> §5º A Declaração de Nascido Vivo deverá conter campo para que sejam descritas, quando presentes, as anomalias ou malformações congênitas observadas.

Já o registro civil de nascimento, que continua obrigatório e gratuito, encontra-se padronizado pelo Provimento 63/2017, com as alterações consagradas pelo Provimento 83/2019, do Conselho Nacional de Justiça, que "*institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro 'A' e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida*". A igualdade quanto a identidade de gênero é garantida pelo referido Provimento, nos seguintes termos:

> Art. 9º Os novos modelos deverão ser implementados até o dia 1º de janeiro de 2018 e *não devem conter quadros preestabelecidos para o preenchimento dos nomes dos genitores e progenitores*, bem como para anotações de cadastro que não estejam averbadas ou anotadas nos respectivos registros.
>
> (…)
>
> Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.
>
> (…)
>
> § 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.
>
> Art. 17. será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:
>
> I – declaração de nascido vivo (DNV);
>
> II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por

Book_RMP-81.indb 349 14/12/2021 12:31:09

> reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;
>
> III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.
>
> § 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação. (...)

A conclusão da Nota Técnica nº 65/2021 do Ministério da Saúde destaca, inclusive, a importância epidemiológica de identificar a pessoa que gestou o nascido vivo, e não o nome da mãe e do pai. Ressalta-se ademais, que a identificação do nome do pai não gera presunção de paternidade. Nesse sentido, o Ministério da Saúde compromete-se a atualizar o sistema, conforme verifica-se no seguinte trecho:

> Quanto à presença das categorias "pai" e "mãe" no formulário da DNV e considerando que a filiação, sob a ótica da identidade de gênero, pode ter outras composições, esta Coordenação-Geral informa que, por ocasião de atualização do layout do formulário da DNV e do Sinasc, será avaliada a adoção de uma linguagem mais neutra em termos de gênero em substituição às atuais categorias referentes à filiação.
>
> Vale ressaltar que a atualização do formulário da DNV implica alterar também os requisitos do Sinasc, cujo funcionamento atual é offline. Esta Coordenação-Geral, juntamente com o Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde – DataSUS, tem envidado esforços para a evolução do Sinac de offline para online.
>
> A orientação para registro dos dados da mãe biológica do recém-nascido tem finalidade epidemiológica, sendo essenciais para a construção de indicadores no âmbito do Sistema Único de Saúde, de modo a subsidiar políticas e programas voltados para a melhoria da atenção pré-natal, bem como para a prevenção da mortalidade materna. (eDoc 27, p. 6-7)

Observa-se que a omissão apontada na petição inicial quanto à adequação do formulário da DNV às questões de gênero foi identificada pelo próprio órgão técnico do Ministério da Saúde. Na referida Nota Técnica nº 65/2021, a pasta ministerial reconhece que "*o atual layout da DNV menciona as categorias 'pai' e 'mãe'. Portanto,*

Book_RMP-81.indb 350 14/12/2021 12:31:09

o seu preenchimento ainda não contempla outras formas de filiação de acordo com a identidade de gênero dos genitores". (eDOC 27, p. 6)

Outrossim, ainda que se alegue que a gestão do Sistema de Informações Sobre Nascidos Vivos (Sinasc) é tripartite, com atribuições também acometidas às Secretarias Estaduais de Saúde e às Secretarias Municipais de Saúde, colhe-se da regulamentação aplicável que é o próprio Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Vigilância da Saúde (SVS-MS) o órgão responsável por "estabelecer e divulgar diretrizes, normas técnicas, rotinas e procedimentos de gerenciamento dos sistemas" e por "consolidar e avaliar os dados processados e transferidos pelos Estados" (art. 3º, incisos I e II, da Portaria 116, de 11 de fevereiro de 2009).

Assim, entendo assistir razão ao requerente, quanto ao pedido de alteração do registro da DNV, uma vez que o que se faz necessário é a utilização de *termo técnico e neutro* para identificar a pessoa que gestou e pariu o nascido vivo. Desnecessária, portanto, a identificação da mãe ou do pai da criança na DNV, uma vez que a emissão da DNV destina-se à formulação de políticas públicas e não dispensa o registro da certidão de nascimento. Destaca-se que é na certidão de nascimento, documento atualmente regulamentado pelo CNJ, que as informações sobre filiação serão adequadamente registradas.

Nesse sentido, defiro o pedido cautelar para determinar que o Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Vigilância da Saúde (SVSMS), proceda, no prazo de 30 (trinta) dias, à alteração do layout da DNV para que faça constar da declaração a categoria "*parturiente*", de forma a possibilitar o recolhimento de dados para a formulação de políticas públicas pertinentes, independente dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero.

Determine-se, também no prazo de 30 (trinta) dias, que o Ministério da Saúde estabeleça diretrizes para a realização dos registros pelas unidades notificadoras. Isso deve ser realizado com as Secretarias de Estado da Saúde e com as Secretarias Municipais de Saúde, gestoras estaduais do SIM e do SINASC. Os registros devem considerar a categoria "parturiente" de forma independente dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero.

2.2. Do *Periculum in mora*

Considerando a crise sanitária mundial que estamos vivendo, qualquer grau de dificuldade a mais para acesso a tratamentos médicos, por si só, já indica a urgência de adoção de medidas acautelatórias.

A necessidade de tratamento médico adequado se coloca ainda mais premente no caso dos homens trans que se encontram gestantes ou tenham parido.

Estudos recentes indicam que gestantes e pessoas no puerpério passaram a ser consideradas grupo de risco para a Covid-19. Inclusive, a política nacional de vacinação passou a incluí-los no grupo prioritário para receber vacinas. Nesse sentido, registro publicação de 16 de março deste ano do Ministério da Saúde:

Book_RMP-81.indb 351 14/12/2021 12:31:09

Diante do maior risco de complicações que gestantes, puérperas e lactantes enfrentam quando infectadas pelo novo coronavírus, o Ministério da Saúde publicou nesta segunda-feira (15/03) a Nota Técnica nº 1/2021-DAPES/SAPS/MS com recomendações a gestores e profissionais de saúde sobre a administração de vacinas para prevenção da Covid-19 nessa população.

Com base nos dados epidemiológicos apresentados e em estudo de mapeamento de evidências nacionais e internacionais sobre recomendações de vacinação de gestantes, puérperas e lactantes para Covid-19, a Nota Técnica aponta que, até o momento, não há contraindicação especificamente relatada que impeça a imunização dessas mulheres com as vacinas Covid-19 em uso no Brasil. Essas mulheres devem, no entanto, ser orientadas e avaliadas sobre o risco de exposição e contágio.

Assim, a Nota Técnica recomenda que seja realizada a vacinação em gestantes que tenham alguma comorbidade preexistente, como descreve o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, e informa que a vacina pode ser oferecida às gestantes sem comorbidades após avaliação dos riscos e benefícios, principalmente em relação às atividades desenvolvidas pela mulher.

Já às puérperas e lactantes, segundo o documento, a vacina deve ser oferecida desde que pertençam a um dos grupos prioritários elencados no Plano, respeitando a ordem de priorização. Após vacinadas, as lactantes devem ser orientadas pelos profissionais de saúde a não interromperem o aleitamento materno; as que desejarem doar o leite materno também poderão fazê-lo, desde que realizado conforme as recomendações de segurança estabelecidas pela Nota Técnica nº 13/2020-COCAM/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS.

De acordo com a Nota Técnica nº 1/20201-DAPES/SAPS/MS, os profissionais de saúde devem aconselhar as gestantes, puérperas e lactantes a manter as medidas de proteção contra a Covid-19, mesmo após a aplicação das duas doses da vacina e após transcorrido o período necessário para a imunoconversão. As mulheres que optarem por não receber as vacinas devem ser apoiadas em sua decisão e instruídas a manter as medidas de prevenção contra a Covid-19.

As recomendações do documento serão atualizadas conforme o surgimento de novas evidências científicas, novos conhecimentos acerca das vacinas, cenário epidemiológico da covid-19, seguindo as fases previamente definidas de vacinação. (Disponível em: aps.saude.gov.br/noticia/11556)

Book_RMP-81.indb 352 14/12/2021 12:31:09

Portanto, em razão das dificuldades vivenciadas pelo Sistema de Saúde, as peculiaridades da Covid-19, ainda desconhecida em muitos aspectos, as políticas públicas em andamento para atendimento da população e combate da pandemia, é fundamental que as pessoas trans tenham seu acesso ao Sistema de Saúde garantido.

É necessário, especialmente, a eliminação de obstáculos ou burocracias que dificultem o agendamento das consultas relativas a especialidades médicas pertinentes, especialmente no caso de homens transexuais que se encontrem gestantes ou no puerpério, a demonstrar o requisito do "perigo na demora" para o deferimento da medida cautelar pleiteada.

3. Dispositivo

Ante o exposto, concedo a medida cautelar postulada, *ad referendum* do Plenário, para:

> i. Quanto ao sistema para agendamento de tratamentos médicos pela pessoa transexual:
>
> i.a. Determinar que o Ministério da Saúde, no prazo de 30 (trinta) dias, *proceda a todas as alterações necessárias nos sistemas de informação do SUS, para que marcações de consultas e de exames de todas as especialidades médicas sejam realizadas independentemente do registro do sexo biológico;*
>
> i.b. Ordenar ao Ministério da Saúde que, também no prazo de 30 (trinta) dias, *informe se os Sistemas de Informação do SUS* (Sistema Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS), Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS), Sistema de Informações em Saúde da Atenção Básica (SISAB), e-SUS 2.1.3.1 e o Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS/SIGTA) *estão devidamente adaptados e atualizados para garantir o acesso a tratamentos médicos com base na autodeclaração de gênero dos pacientes;*
>
> ii. Quanto à Declaração de Nascido Vivo:
>
> ii.a. Determinar ao Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Vigilância da Saúde (SVS-MS), que, no prazo de 30 (trinta) dias*: proceda à alteração do layout da DNV para que faça constar da declaração a categoria "parturiente",* independente dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero. Isso possibilitará, ao mesmo tempo, o recolhimento de dados para a formulação de políticas públicas pertinentes e o respeito à autodeclaração de gênero dos ascendentes;

Book_RMP-81.indb 353 14/12/2021 12:31:09

ii.b. Ordenar ao Ministério da Saúde que, no prazo de 30 (trinta) dias: estabeleça diretrizes para, em conjunto com as Secretarias de Estado da Saúde e com as Secretarias Municipais de Saúde, gestoras estaduais do SIM e do SINASC, *orientar as unidades notificadoras a alimentarem os registros pertinentes considerando a categoria "parturiente",* independente dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Brasília, 28 de junho de 2021.
Dia Internacional do Orgulho LGBTQIA+

MINISTRO GILMAR MENDES

Relator
Documento assinado digitalmente

Book_RMP-81.indb 354 14/12/2021 12:31:09

RECLAMAÇÃO Nº 48.385 / MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

RECLTE.(S): MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

RECLDO.(A/S): RELATOR DO AI Nº 1.0000.21.116106-2/001 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

BENEF.(A/S): A.C.C.A. REPRESENTADA POR C.A.C.C.P.A.

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO: Trata-se de reclamação constitucional, com pedido liminar, ajuizada pelo Município de Belo Horizonte contra decisão monocrática proferida pelo Desembargador Relator do AI n. 0000.21.116106-2/001, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

A parte reclamante resume suas alegações nos seguintes termos:

> RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO DE 2ª INSTÂNCIA QUE DETERMINA AO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE A VACINAÇÃO IMEDIATA DE ADOLESCENTE COM IMUNIZANTE DA FABRICANTE PFIZER. VIOLAÇÃO AOS CRITÉRIOS CIENTÍFICOS QUE ORIENTAM O PLANO NACIONAL DE IMUNIZAÇÃO. IMPOSSSIBILIDADE DE BURLA DA FILA DE PRIORIDADES E ESCOLHA DA MARCA DA VACINA. MANIFESTA OFENSA À PRECEDENTES VINCULANTES DO STF FIRMADOS NA ADPF 754 E NA ADI 6362. NECESSIDADE DE URGENTE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. (eDOC 1, p. 1)

Sustenta que a decisão reclamada concedeu antecipação de tutela para que a beneficiária A.C.C.A recebesse a imunização contra o Covid-19 por meio da aplicação da vacina Pfizer/Cominarty, em razão de sua condição de saúde (paciente de grupo de risco portadora de Síndrome de Kartagener), embora não esteja inclusa na faixa etária estabelecida pelo Plano Inicial de Imunizações – PNI para o recebimento da dose no atual momento, pois possui apenas 15 (quinze) anos de idade.

Alega que a decisão contraria precedente vinculante firmado por esta Corte na ADPF 754 e na ADI 6.362, no sentido de que é indevida a interferência do Poder Judiciário na política pública de imunização estabelecida pelo Poder Executivo.

Ademais, aduz que a decisão monocrática reclamada desrespeitou jurisprudência consolidada pela Corte Constitucional, no que tange à necessidade de vinculação e motivação técnica das medidas de enfrentamento à pandemia da Covid-19.

Book_RMP-81.indb 355 14/12/2021 12:31:09

Esclarece que todos os cidadãos serão contemplados com a vacinação de forma escalonada, de acordo com os critérios técnico-científicos definidos pelo Plano Nacional de Imunização, não havendo doses suficientes para a vacinação imediata de todos.

Requer, em sede liminar, a suspensão imediata dos efeitos da decisão reclamada, dado os frágeis argumentos utilizados pelo relator para deferir a antecipação dos efeitos da tutela recursal nos autos do Agravo de Instrumento, com ofensa a precedentes vinculantes deste Supremo Tribunal Federal firmados na ADPF 754 e na ADI 6.362.

Dispenso a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, por entender que o processo já está em condições de julgamento (RISTF, art. 52, parágrafo único).

É o breve relatório.

Inicialmente, registro que, nos termos da Constituição Federal, compete ao STF processar e julgar originariamente reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, l, da CF/88).

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18.3.2016, estabelece o rol das hipóteses de cabimento da reclamação, conforme a seguir transcrito:

> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
>
> I - preservar a competência do tribunal;
>
> II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
>
> III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)
>
> IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (…). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016).

Sublinhe-se também que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que os atos reclamados, nos casos em que se sustenta desrespeito à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, *devem se ajustar, com exatidão e pertinência*, aos julgamentos proferidos por esta Corte indicados como paradigma.

Pois bem, analisando a petição inicial, verifica-se que a tese central da Municipalidade é a de que o Poder Judiciário, ao deferir medida de antecipação de tutela para vacinar a adolescente A.C.C.A contra a Covid-19, violou o princípio da separação dos poderes e subverteu a ordem de prioridade na vacinação, estipulada pelo Plano

Book_RMP-81.indb 356 14/12/2021 12:31:09

Nacional de Operacionalização da Vacinação, o qual não abarca menores de 18 (dezoito) anos na indicação de grupos prioritários ou da população-alvo para a vacinação.

A reclamante indica como paradigmas de confronto as decisões proferidas na ADPF 754 e na ADI 6.362.

A ADPF 754 foi ajuizada pelo Partido Rede Sustentabilidade, com o pedido para que o STF fixasse uma ordem de preferência entre classes e subclasses dos grupos de risco, com critérios objetivos, para a vacinação contra o novo coronavírus, em razão da abordagem genérica e incompleta até então contida no Plano Nacional de Imunização, divulgado pelo Ministério da Saúde.

Ao analisar o pedido, em sede de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal determinou ao Governo Federal que divulgasse, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19. Confira-se a ementa do julgado:

> TUTELAS DE URGÊNCIA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONCESSÃO MONOCRÁTICA PARCIAL. PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19. OMISSÃO SOBRE A DISCRIMINAÇÃO DA ORDEM DE IMUNIZAÇÃO DE CADA GRUPO E SUBGRUPOS DE PRIORITÁRIOS. PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE. DIREITO À INFORMAÇÃO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO.
>
> I - Na 2ª edição do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 estabeleceu-se a população que será imunizada prioritariamente, sem, no entanto, detalhar adequadamente, dentro daquele universo de cerca de setenta e sete milhões de pessoas, qual a ordem de cada grupo de pessoas.
>
> II – O perigo decorrente da alegada omissão sobre a discriminação categorizada dos primeiros brasileiros a serem vacinados – uma vez que a quantidade de vacinas disponíveis até o momento em solo nacional é muito inferior ao número das pessoas incluídas como prioritárias –, é evidente, e compromete o dever constitucional da proteção da vida e da saúde.
>
> III - O direito à informação e o princípio da publicidade da Administração Pública constituem verdadeiros pilares sobre os quais se assenta a participação democrática dos cidadãos no controle daqueles que gerenciam o patrimônio comum do povo, seja ele

Book_RMP-81.indb 357 14/12/2021 12:31:09

> material ou imaterial, com destaque para a saúde coletiva, sobretudo em período de temor e escassez de vacinas.
>
> IV - Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19. (ADPF 754 TPI segunda-Ref, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 11.3.2021)

Mais recentemente, a ação foi julgada parcialmente procedente para determinar que: "(a) o Ministério da Saúde mantenha, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (COVID-19), inclusive no sítio do Ministério da Saúde e com os números acumulados de ocorrências, exatamente conforme realizado até o dia 4 de junho de 2020; (b) o Governo do Distrito Federal se abstenha de utilizar nova metodologia de contabilidade dos casos e óbitos decorrentes da pandemia de COVID-19, mantendo a divulgação dos dados na forma como veiculada até o dia 18 de agosto de 2020".

Por sua vez, a ADI 6.362 tratou de forma central acerca da requisição administrativa voltada para o confronto da pandemia do coronavírus, conforme se depreende da seguinte ementa de julgado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.979/2020, QUE DISPÕE SOBRE MEDIDAS PARA O ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS PARA CUIDAR DA SAÚDE. ARTS. 23, II, E 196 DA CF. FEDERALISMO COOPERATIVO. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA VOLTADA PARA O CONFRONTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRELIMINAR DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INDISPENSABILIDADE, TODAVIA, DO PRÉVIO SOPESAMENTO DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES SOBRE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. MEDIDA QUE, ADEMAIS, DEVE OBSERVAR OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE NOVOS REQUISITOS PARA A REQUISIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.
>
> I - A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, a obrigação de o Estado dar-lhe efetiva concreção, por meio de "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de

Book_RMP-81.indb 358 14/12/2021 12:31:09

doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196).

II – Esse dever abrange todos os entes federados, inclusive as comunas, os quais, na seara da saúde, exercem uma competência administrativa comum, nos termos do art. 23, II, do Texto Constitucional.

III - O federalismo cooperativo, adotado entre nós, exige que a União e as unidades federadas se apoiem mutuamente no enfrentamento da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus.

IV- O Plenário do STF já assentou que a competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, da qual resultou a Lei 13.979/2020, não inibe a competência dos demais entes da federação no tocante à prestação de serviços da saúde (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Edson Fachin).

V – Entre as medidas de combate à pandemia, a Lei 13.979/2020 estabelece que qualquer ente federado poderá lançar mão da "requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa" (art. 3°, VII).

VI – Tais requisições independem do prévio consentimento do Ministério da Saúde, sob pena de invasão, pela União, das competências comuns atribuídas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, os quais, todavia, precisam levar em consideração evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas antes de efetivá-las (art. 3°, § 1°).

VII – Como todas as ações estatais, as requisições administrativas precisam balizar-se pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, só podendo ser levadas a cabo após a constatação de que inexistem outras alternativas menos gravosas.

VIII- Essa fundamentação haverá de estar devidamente explicitada na exposição de motivos dos atos que venham a impor as requisições, de maneira a permitir o crivo judicial.

IX – Ao Judiciário, contudo, é vedado substituir-se ao Executivo ou ao Legislativo na definição de políticas públicas, especialmente aquelas que encontrem previsão em lei, considerado o princípio da separação dos poderes.

X - A requisição administrativa configura ato discricionário, que não sofre qualquer condicionamento, tendo em conta o seu caráter unilateral e autoexecutório, bastando que fique configurada a necessidade inadiável da utilização de um bem ou serviço pertencente a particular numa situação de perigo público iminente,

Book_RMP-81.indb 359 14/12/2021 12:31:09

> sendo por isso inexigível a aquiescência da pessoa natural ou jurídica atingida ou a prévia intervenção do Judiciário.
>
> XI - A criação de novos requisitos para as requisições administrativas por meio da técnica de interpretação conforme à Constituição (art. 3°, *caput*, VII, da CF e § 7°, III, da Lei 13.979/2020), não se aplica à espécie, dada a clareza e univocidade da disposição legal impugnada. XII - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 6.362/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 9.12.2020)

No entanto, o caso dos autos apresenta peculiaridades que afastam a aplicação dos precedentes.

Isso porque o ato judicial reclamado considerou que *"conquanto [a beneficiária] ainda tenha 15 anos de idade, se encaixa no grupo prioritário 14, que estabelece a vacinação para pessoas com comorbidades e gestantes puérperas com comorbidades"*. Confira-se trecho do julgado:

> A meu sentir, o caso dos autos comporta situação extraordinária, que enseja a intervenção do Poder Judiciário. Conforme se observa dos documentos acostados aos autos eletrônicos, a agravante buscou administrativamente sua equiparação aos grupos de vacinação prioritária contra o novo coronavírus, ou mesmo a revisão do Plano Nacional de Operacionalização de Imunização, recebendo respostas negativas da ANVISA (documento de ordem nº 49), do Estado de Minas Gerais (documento de ordem nº 55), além de não conseguir se cadastrar para vacinação no Município de Belo Horizonte (documento de ordem nº 56).
>
> *A justificativa, em geral, é que a vacinação está ocorrendo apenas para maiores de 18 anos, de acordo com os critérios do PNO. Como dito, a situação da agravante é extraordinária porque padece de moléstias que potencializam seu risco de exposição ao coronavírus de forma exponencial. Há diversos relatórios médicos nos autos que comprovam sua frágil condição pulmonar, decorrente da "Discinésia Ciliar – Bronquiectasia –* Situs Inversus*: Síndrome de Kartagener", que a posicionam exatamente no grupo de risco para evolução da forma grave da Covid-19 em caso de infecção.*
>
> A vacinação da agravante, precocemente, foi solicitada por dois médicos, pneumologista e otorrinolaringologista, entre os quais destaco o relatório do Dr. Guilherme Cardoso Parreiras:
>
> (…)

Book_RMP-81.indb 360 14/12/2021 12:31:09

> Além desse recentíssimo relatório médico, há nos autos ultrassons, tomografias, provas de função pulmonar e outros tantos exames que não deixam dúvida acerca da frágil condição da agravante e do risco que corre frente a um possível contágio pela doença.
>
> Diante dessa situação, não se olvida da estratégia de imunização nacional operada pelo Ministério da Saúde, através do PNO, que, conforme sua 7ª Edição, estabeleceu uma ordem de 28 grupos prioritários para a vacinação. Com efeito, o referido plano traça diretrizes gerais aos entes públicos para o atingimento da imunização, com disposições acerca dos grupos prioritários, das comorbidades e das instruções sobre as vacinas disponíveis e a aplicação das doses.
>
> A agravante, conquanto ainda tenha 15 anos de idade, se encaixa no grupo prioritário 14, que estabelece a vacinação para pessoas com comorbidades e gestantes puérperas com comorbidades.
>
> O quadro 2 do PNO, ao descrever as comorbidades incluídas como prioritárias para vacinação contra a Covid-19, inclui no grupo as Pneumopatias Crônicas Graves, das quais padecem indivíduos com pneumopatias graves incluindo doença pulmonar obstrutiva crônica, fibrose cística, fibroses pulmonares, pneumoconioses, displasia broncopulmonar e asma grave (uso recorrente de corticoides sistêmicos, internação prévia por crise asmática). (eDOC 4, p. 4-6, grifo nosso)

A meu sentir, não há estrita aderência entre o acórdão reclamado e os paradigmas invocados na petição inicial, já que não se tratou, naquelas oportunidades, da inclusão de adolescentes nas listas de prioridades para a vacinação contra o Covid-19.

Como demonstrado, as situações analisadas em sede de controle concentrado são distintas daquela que foi objeto de apreciação pelo TJMG, visto que a ADPF 754 foi proposta para suprir a omissão, da Administração Pública Federal, na divulgação dos grupos prioritários no Plano Nacional de Imunização; e a ADI 6.362, para assegurar aos entes federados a prerrogativa de requisição administrativa de bens voltados ao combate da pandemia que assola o país.

Dessa forma, diante da ausência de aderência estrita entre a decisão reclamada e os paradigmas invocados, mostra-se inviável o conhecimento da ação.

Não obstante a ausência de pressuposto para conhecimento da reclamação, não se ignora que a questão trazida aos autos é especialmente sensível, por envolver direito à saúde de adolescente portadora de comorbidade, no contexto da pandemia pelo novo Coronavírus.

Nesse aspecto, verifica-se que a hipótese dos autos revela uma aparente lacuna no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 (PNO). Se,

Book_RMP-81.indb 361 14/12/2021 12:31:09

por um lado, a beneficiária claramente enquadra-se no grupo prioritário 14 do PNO por ser portadora de comorbidade na forma de doença pulmonar obstrutiva crônica, por outro, o PNO, mesmo na sua última edição de 09 de julho de 2021, ainda fixa uma contraindicação à administração das vacinas aos menores de 18 anos (item 4.2 do PNO).

A situação dos autos sugere que a contraindicação veiculada nas edições anteriores e atual PNO pode ter se tornado obsoleta. Isso porque, conforme bem observado na decisão reclamada, em 11 de junho de 2021, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária autorizou, por meio da Resolução 2.324, o uso da vacina Comirnaty, da Pfizer, para adolescentes a partir de 12 (doze) anos de idade.

Ou seja, conquanto esse recente fato relevante, a 8ª edição do PNO, datado de 09 de julho de 2021, não considerou a inclusão de adolescentes para fins de definição dos grupos prioritários para as novas etapas de vacinação.

Assim, embora não conheça da Reclamação, reputo oportuna a questão trazida aos autos e *determino que se dê ciência à União sobre o conteúdo desta decisão, a fim de que o Ministério da Saúde seja instado a analisar a necessidade de inclusão prioritária de adolescentes entre 12 e 18 anos de idade no PNO*, especialmente daqueles que pertencem ao grupo de risco para o Covid-19, ante à recente aprovação, pela Anvisa, do uso da vacina Comirnaty, da Pfizer, para adolescentes a partir de 12 (doze) anos de idade.

Finalmente, registre-se que o Código de Processo Civil de 2015 determina a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação (art. 989, III).

Consoante o art. 319, II, c/c o art. 321, do CPC/2015, é ônus da parte reclamante indicar o endereço atualizado do beneficiário da decisão impugnada, sob pena de indeferimento da inicial.

A citação é dispensável em casos, como o presente, de improcedência liminar do pedido. Entretanto, na eventualidade de interposição de recurso, deverá a parte reclamante fornecer o endereço da parte beneficiária do ato impugnado nesta sede reclamatória, para fins de observância do art. 332, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego seguimento à reclamação e julgo prejudicada a análise do pedido liminar (RISTF, art. 21, § 1º).

Determino que se *dê ciência à União*, nos termos supramencionados, e que se proceda a *expedição de ofício com comunicação da decisão ao Excelentíssimo Senhor Ministro da Saúde.*

Comunique-se com máxima urgência.

Brasília, 13 de julho de 2021.

MINISTRO GILMAR MENDES

Relator
Documento assinado digitalmente

Book_RMP-81.indb 362 14/12/2021 12:31:09

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 130.651 / SÃO PAULO (2020/0175264-3)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE: JOSÉ MARCOS BONI COSTA
ADVOGADOS: JOÃO AFONSO GASPARY SILVEIRA E OUTRO(S) - DF014097
DANIEL MARTINS SILVESTRI - SP285599
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. PLEITO DE TRANCAMENTO OU DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA AFIRMADA. INVERSÃO DA CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA LOCAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E DE PROVAS. NÃO CABIMENTO NA VIA ELEITA. DISCUSSÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO EM EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA INTEGRAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. NATUREZA DIVERSA DE PAGAMENTO VOLUNTÁRIO E DE PARCELAMENTO DA EXAÇÃO. PRECEDENTES. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal pela via do recurso ordinário em *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de autoria e materialidade, a atipicidade da conduta ou a incidência de causa extintiva da punibilidade – o que não ocorreu na hipótese.

2. Não há inépcia da denúncia, pois, no caso, foi afirmada a responsabilidade subjetiva do Agravante, que teria ciência da redução dos tributos já que, "*não apenas se encontra apontado nos*

Book_RMP-81.indb 363 14/12/2021 12:31:09

instrumentos contratuais da empresa como seu sócio diretor Presidente com participação no capital social variando entre 99,98% e 99,99% [...], *como, inclusive, confirmou sua gestão em depoimento* [...]" e "*teve sua gestão* [...] *confirmada por Euzebio Aparecido dos Santos, contador da empresa desde 1993*". Para a inversão das conclusões das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento de fatos e de provas, o que não é cabível na via eleita.

3. "*A garantia do crédito tributário na execução fiscal – procedimento necessário para que o executado possa oferecer embargos – não possui, consoante o Código Tributário Nacional, natureza de pagamento voluntário ou de parcelamento da exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo penal*" (RHC 65.221/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016).

4. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de abril de 2021 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

AgRg no RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 130.651 / SÃO PAULO (2020/0175264-3)
AGRAVANTE: JOSÉ MARCOS BONI COSTA
ADVOGADOS: JOÃO AFONSO GASPARY SILVEIRA E OUTRO(S) - DF014097
DANIEL MARTINS SILVESTRI - SP285599
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Book_RMP-81.indb 364 14/12/2021 12:31:09

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por JOSÉ MARCOS BONI COSTA contra decisão de minha lavra, por meio da qual deneguei a ordem de *habeas corpus*, nos termos da seguinte ementa (fl. 1005):

> RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. TESE NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO OU DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DEMONSTRADA. INVERSÃO DA CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA LOCAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E DE PROVAS. NÃO CABIMENTO NA VIA ELEITA. DISCUSSÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO EM EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA INTEGRAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. NATUREZA DIVERSA DE PAGAMENTO VOLUNTÁRIO E DE PARCELAMENTO DA EXAÇÃO. PRECEDENTES. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

Reitera o Agravante, em síntese: *a)* a inépcia da denúncia pois "*faltou a demonstração ou descrição do nexo de causalidade entre a conduta* [...] *e o resultado narrado na denúncia*", já que "*apenas presumiu a autoria delitiva a partir da simples informação de* [...] *se tratar de principal sócio e administrador das empresas*" (fl. 1.031); e *b)* a existência de causa extintiva ou suspensiva da punibilidade, pois "*as execuções fiscais relativas aos fatos narrados na denúncia se encontram integralmente garantidas, com concordância expressa da Fazenda Pública (Id.) e devida averbação no RGI do imóvel (Id.), que possui valor de mercado correspondente ao DOBRO do valor do crédito tributário*" (fl. 1.019).

Desse modo, requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso assim não se entenda, a apreciação e o provimento do agravo regimental pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

AgRg no RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 130.651 / SÃO PAULO (2020/0175264-3)

EMENTA

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. PLEITO DE TRANCAMENTO OU DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL.

Book_RMP-81.indb 365 14/12/2021 12:31:09

MEDIDA EXCEPCIONAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA AFIRMADA. INVERSÃO DA CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA LOCAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E DE PROVAS. NÃO CABIMENTO NA VIA ELEITA. DISCUSSÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO EM EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA INTEGRAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. NATUREZA DIVERSA DE PAGAMENTO VOLUNTÁRIO E DE PARCELAMENTO DA EXAÇÃO. PRECEDENTES. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal pela via do recurso ordinário em *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de autoria e materialidade, a atipicidade da conduta ou a incidência de causa extintiva da punibilidade – o que não ocorreu na hipótese.

2. Não há inépcia da denúncia, pois, no caso, foi afirmada a responsabilidade subjetiva do Agravante, que teria ciência da redução dos tributos já que, "*não apenas se encontra apontado nos instrumentos contratuais da empresa como seu sócio diretor Presidente com participação no capital social variando entre 99,98% e 99,99%* [...], *como, inclusive, confirmou sua gestão em depoimento* [...]" e "*teve sua gestão* [...] *confirmada por Euzebio Aparecido dos Santos, contador da empresa desde 1993*". Para a inversão das conclusões das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento de fatos e de provas, o que não é cabível na via eleita.

3. "*A garantia do crédito tributário na execução fiscal – procedimento necessário para que o executado possa oferecer embargos – não possui, consoante o Código Tributário Nacional, natureza de pagamento voluntário ou de parcelamento da exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo penal*" (RHC 65.221/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016).

4. Agravo desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O trancamento da ação penal pela via do recurso ordinário em *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de autoria e materialidade, a atipicidade da conduta ou a incidência de causa extintiva da punibilidade.

Book_RMP-81.indb 366 14/12/2021 12:31:09

No caso, o Ministério Público Federal apresentou os seguintes fundamentos para afirmar a existência de justa causa para o oferecimento da denúncia em desfavor do ora Agravante (fl. 38; sem grifos no original):

> Comprovada a materialidade delitiva pelas cópias integrais dos Processos Administrativos Fiscais n° 10882.720459/2015-93 e n° 10882.720458/2015-49/2011- 20 que se encontram na mídia encartada a fls. 08, *não resta nenhuma dúvida sobre a autoria, pois o acusado não apenas se encontra apontado nos instrumentos contratuais da empresa como seu sócio diretor Presidente com participação no capital social variando entre 99,98% e 99,99% (fls. 43 verso), como, inclusive, confirmou sua gestão em depoimento a fls. 88/89. De mais a mais, teve sua gestão também confirmada por Euzebio Aparecido dos Santos, contador da empresa desde 1993 (fls. 125/126).*
>
> Destarte, materialidade e autoria delitivas restaram demonstradas, tendo em vista a regularidade dos procedimentos administrativos fiscais que culminaram na constituição dos créditos tributários, *assim como evidente o elemento subjetivo do tipo, diante da ciência do representante legal da empresa em relação à redução dos tributos*.

Não verifico a existência de hipótese excepcional para trancamento da ação penal. Isso porque *foi afirmada a responsabilidade subjetiva do Agravante, que teria ciência da redução dos tributos*, pois, "*não apenas se encontra apontado nos instrumentos contratuais da empresa como seu sócio diretor Presidente com participação no capital social variando entre 99,98% e 99,99% (fls. 43 verso), como, inclusive, confirmou sua gestão em depoimento a fls. 88/89*" e "*teve sua gestão* [...] *confirmada por Euzebio Aparecido dos Santos, contador da empresa desde 1993*". Para a inversão das conclusões das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento de fatos e de provas, o que não é cabível na via eleita.

Desse modo, não se pode impedir o Estado, antecipadamente, de exercer a função jurisdicional, coibindo-o de realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos, o que constitui hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie. É prematuro, pois, determinar desde já a suspensão ou o trancamento do processo-crime, sendo certo que, no curso da instrução processual, poderá a Defesa demonstrar a veracidade das suas teses perante o Juízo de origem.

Outrossim, esta Corte Superior se posiciona no sentido de que a garantia do crédito tributário na execução fiscal não possui natureza jurídica de parcelamento tributário e, por isso, não configura hipótese de suspensão do processo penal.

Nesse sentido:

Book_RMP-81.indb 367 14/12/2021 12:31:09

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1.º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/1990. IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS MÉDICOS. PRELIMINAR DE NULIDADE, POR CERCEAMENTO DE DEFESA: INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO WRIT ORIGINÁRIO. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NA PETIÇÃO INICIAL. PRELIMINAR AFASTADA. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. MEDIDA EXCEPCIONAL. EXISTÊNCIA DE PROVIMENTO JUDICIAL PARA INTERNALIZAÇÃO DE MAQUINÁRIO SEM PRÉVIO RECOLHIMENTO DE ICMS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL QUE ABARCA EQUIPAMENTOS ARRENDADOS SEM PREVISÃO CONTRATUAL DE COMPRA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE N.º 540.829/SP. NÃO EXTENSÃO AOS EQUIPAMENTOS RELACIONADOS NA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE PROVA REFERENTE À IMPOSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DOS BENS. ICMS DEVIDO E NÃO RECOLHIDO. *CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO. DISCUSSÃO DO DÉBITO EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS CÍVEL E PENAL. GARANTIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NATUREZA DE PAGAMENTO VOLUNTÁRIO OU DE PARCELAMENTO DA EXAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL*. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

6. Não se pode impedir o Estado, antecipadamente, de exercer a função jurisdicional, coibindo-o de realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos, o que constitui hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie. É prematuro, pois, determinar desde já o trancamento do processo-crime, até mesmo por não ser o caso de manifesta atipicidade da conduta, sendo certo que, no curso da instrução processual, poderá a Defesa demonstrar a veracidade das suas teses perante o Juízo de origem, no qual o feito se encontra, inclusive, concluso para sentença.

7. O entendimento consolidado nesta Corte Superior é no sentido da independência entre as esferas cível e penal, de modo que a "impugnação do débito na seara cível, não obstante possa ter consequências sobre o julgamento da lide penal, não obsta, automaticamente, a *persecutio criminis*" (HC 103.424/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 16/03/2012).

8. "A garantia do crédito tributário na execução fiscal – procedimento necessário para que o executado possa oferecer embargos – não possui, consoante o Código Tributário Nacional, natureza de pagamento

Book_RMP-81.indb 368 14/12/2021 12:31:09

voluntário ou de parcelamento da exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo penal" (RHC 65.221/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016).

9. Recurso ordinário desprovido. (RHC 103.343/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 02/12/2019; sem grifos no original.)

AGRAVO REGIMENTAL. ART. 1º, INCISOS I E II, DA LEI N. 8.137/1990. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NO *HABEAS CORPUS*. APLICAÇÃO (SUPLETIVA) DO PRECEITO INSERTO NO ART. 947 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO ÂMBITO DO *HABEAS CORPUS*. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MOMENTO ADEQUADO PARA SUSCITAR O INCIDENTE. PEDIDO FORMULADO APÓS O JULGAMENTO DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO INDEFERIDO. *TRANCAMENTO. MEDIDA EXCEPCIONAL. OFERECIMENTO DE GARANTIA NA EXECUÇÃO FISCAL. CARTA DE FIANÇA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA*. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

4. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o trancamento da ação penal, por meio de *habeas corpus* ou recurso em *habeas corpus*, é medida de exceção, sendo cabível, tão somente, quando inequívoca a ausência de justa causa, o que não ocorre *in casu*.

5. "A garantia do crédito tributário na execução fiscal – procedimento necessário para que o executado possa oferecer embargos – não possui, consoante o Código Tributário Nacional, natureza de pagamento voluntário ou de parcelamento da exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo penal" (RHC n. 65.221/PE, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/6/2016, DJe 27/6/2016).

6. Pedido de instauração do Incidente de Assunção de Competência indeferido. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 468.265/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019; sem grifos no original.)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. SONEGAÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA FORMAL DA DENÚNCIA E DE FALTA DE

Book_RMP-81.indb 369 14/12/2021 12:31:10

JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O trancamento prematuro da persecução penal é medida excepcional, admissível somente quando emergem dos autos, de plano e sem necessidade de apreciação probatória, a falta de justa causa, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inépcia formal da denúncia.

2. Não há falar em inépcia da denúncia se a inicial preenche os requisitos do art. 41 do CPP e explicita, de forma satisfatória, a conduta delitiva e as circunstâncias da sonegação fiscal, estabelecendo, com elementos que deverão ser aprofundados durante a instrução criminal, que os recorrentes, como administradores da pessoa jurídica, fraudaram a norma tributária para suprimir pagamento de ICMS. A afirmativa de que possuíam altos cargos e poderes de determinar, decidir e fazer com que os subordinados executassem os atos foi lastreada em atas das assembleias gerais ordinárias, que comprovam o exercício do mandato no período descrito na denúncia.

3. A tese de que os recorrentes, apesar de presidente e vice-presidentes da empresa, com poderes de administração e de gerência, não tiveram nenhum vínculo com a sonegação fiscal não pode ser discutida no *habeas corpus*, por demandar análise vertical de provas indicadas somente pela defesa, sem o contraditório da parte adversa.

4. É possível constatar que o Juízo cível excluiu os recorrentes da execução fiscal apenas porque não foram parte do processo administrativo aberto contra a pessoa jurídica, sem afastar eventual responsabilidade pessoal dos gestores ou desconstituir o crédito tributário objeto da ação penal.

5. A garantia do crédito tributário na execução fiscal – procedimento necessário para que o executado possa oferecer embargos – não possui, consoante o Código Tributário Nacional, natureza de pagamento voluntário ou de parcelamento da exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo penal.

6. Como alinhavado pela instância ordinária, a legislação penal em matéria de crimes contra a ordem tributária já é benevolente com aqueles que incorrem nestes delitos, pois prevê formas de extinção

Book_RMP-81.indb 370 14/12/2021 12:31:10

> da punibilidade e de suspensão do processo não proporcionadas aos crimes em geral.
>
> 7. Assim, *não deve ser admitida a ampliação da benesse legal de forma automática, toda vez que o agente garantir a execução fiscal para oferecer embargos, sem que haja prova inequívoca do pagamento ou do parcelamento do tributo, máxime porque o crime pressupõe, além do inadimplemento, a prática de conduta ardilosa para violar a ordem tributária.*
>
> 8. Recurso ordinário não provido. (RHC 65.221/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016; sem grifos no original.)

Na ausência de argumento apto a infirmar as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão impugnada por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

AgRg no RHC nº 130.651 / SP

Número Registro: 2020/0175264-3

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001572720194036130 264720171 342820180001236 5001747-74.2020.4.03.0000 50017477420204030000

EM MESA

JULGADO: 13/04/2021

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretária

Bela. GISLAYNE LUSTOSA RODRIGUES

Book_RMP-81.indb 371 14/12/2021 12:31:10

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: JOSÉ MARCOS BONI COSTA
ADVOGADOS: JOÃO AFONSO GASPARY SILVEIRA E OUTRO(S) - DF014097
DANIEL MARTINS SILVESTRI - SP285599
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: JOSÉ MARCOS BONI COSTA
ADVOGADOS: JOÃO AFONSO GASPARY SILVEIRA E OUTRO(S) - DF014097
DANIEL MARTINS SILVESTRI - SP285599
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Book_RMP-81.indb 372 14/12/2021 12:31:10

• • •

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60984 / RONDÔNIA (2019/0159256-2)

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE: ARLINDO DALMERON CABRAL DE LIMA
ADVOGADO: JOSÉ MARIA DE SOUZA RODRIGUES - RO001909
AGRAVADO: ESTADO DE RONDÔNIA
PROCURADOR: CARLOS ROBERTO BITTENCOURT SILVA E OUTRO(S) - RO006098

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. OMISSÃO ACERCA DE FATOS DESABONADORES DO CANDIDATO. DESCUMPRIMENTO DO EDITAL. NÃO RECOMENDAÇÃO PARA O CARGO. LEGALIDADE DE SUA EXCLUSÃO DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que: i) a omissão em prestar informações, conforme demandado por edital, na fase de investigação social ou de sindicância da vida pregressa, enseja a eliminação de candidato do concurso público; e ii) a investigação social para admissão de candidato a cargos sensíveis, como o de delegado policial, não se restringe a aferição de existência ou não de condenações penais transitadas em julgado, abrangendo, também, a conduta moral e social do candidato, a fim de verificar a sua adequação ao cargo almejado, que requer retidão e probidade. Precedentes: RMS 56.376/DF, Rel. Min. Herman Benjamn, Segunda Turma, DJe 13/11/2018; AgInt no RMS 63.110/GO, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 03/06/2020; e AgInt no RMS 53.856/AC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 05/12/2017.

2. Sob esse contexto, não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, haja vista que, como bem assentado pelo acórdão de origem, o candidato foi excluído do certame, na fase de investigação social, por ter omitido informações relevantes à Comissão, em desconformidade

Book_RMP-81.indb 373 14/12/2021 12:31:10

com o disposto no item 21.1 do edital, sendo que, embora tenha posteriormente complementado tais informações, não o fez de forma integral, deixando de informar fatos desabonadores, capazes de concluir que o candidato não satisfaz às exigências de vida pregressa necessárias aos Delegados de Polícia.

3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 03 de maio de 2021.

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60984 / RONDÔNIA (2019/0159256-2)

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE: ARLINDO DALMERON CABRAL DE LIMA

ADVOGADO: JOSÉ MARIA DE SOUZA RODRIGUES - RO001909

AGRAVADO: ESTADO DE RONDÔNIA

PROCURADOR: CARLOS ROBERTO BITTENCOURT SILVA E OUTRO(S) - RO006098

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINSITRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. OMISSÃO ACERCA DE FATOS DESABONADORES DO CANDIDATO. DESCUMPRIMENTO DO EDITAL. NÃO RECOMENDAÇÃO PARA O CARGO. LEGALIDADE DE SUA EXCLUSÃO DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

Book_RMP-81.indb 374 14/12/2021 12:31:10

> 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que: i) a omissão em prestar informações, conforme demandado por edital, na fase de investigação social ou de sindicância da vida pregressa, enseja a eliminação de candidato do concurso público; e ii) a investigação social para admissão de candidato a cargos sensíveis, como o de delegado policial, não se restringe a aferição de existência ou não de condenações penais transitadas em julgado, abrangendo, também, a conduta moral e social do candidato, a fim de verificar a sua adequação ao cargo almejado, que requer retidão e probidade. Precedentes: RMS 56.376/DF, Rel. Min. Herman Benjamn, Segunda Turma, DJe 13/11/2018; AgInt no RMS 63.110/GO, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 03/06/2020; e AgInt no RMS 53.856/AC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 05/12/2017.
>
> 2. Sob esse contexto, não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, haja vista que, como bem assentado pelo acórdão de origem, o candidato foi excluído do certame, na fase de investigação social, por ter omitido informações relevantes à Comissão, em desconformidade com o disposto no item 21.1 do edital, sendo que, embora tenha posteriormente complementado tais informações, não o fez de forma integral, deixando de informar fatos desabonadores, capazes de concluir que o candidato não satisfaz às exigências de vida pregressa necessárias aos Delegados de Polícia.
>
> 3. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por Arlindo Dalmeron Cabral de Lima contra decisão, assim ementada (fl. 630):

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. FATOS DESABONADORES APURADOS NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL DO CANDIDATO. NÃO RECOMENDAÇÃO PARA O CARGO. LEGALIDADE DE SUA EXCLUSÃO DO CERTAME. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

O agravante alega que não houve qualquer tipo de omissão de informações à Comissão do concurso, as quais foram devidamente prestadas tanto no momento do preenchimento do Questionário de Informações Pessoais (QIP), quanto nos esclarecimentos posteriores.

Book_RMP-81.indb 375 14/12/2021 12:31:10

Adiante, sustenta que nada se comprovou nos autos em relação às 14 (quatorze) ocorrências policiais que, segundo a autoridade coatora, existiriam contra o agravante, além de que, posteriormente a sua exclusão do certame, foi complemente inocentado na ação penal que tramitou em seu desfavor.

Em razão disso, reivindica pela aplicação jurisprudência do STF no sentido de que " *viola o princípio da presunção constitucional do estado de inocência a exclusão de certame público de candidato que na fase de investigação social e criminal, responda a inquérito policial ou a ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória*" (fls. 643).

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, "*no sentido de declarar a ilegalidade e nulidade do ato de desligamento do impetrante do curso técnico profissional para o cargo de Delegado de Polícia Civil do Estado de Rondônia, concedendo-se a ORDEM para que o agravante seja convocado e nomeado no cargo, uma vez que fora aprovado no referido curso*" (fls. 647).

Com impugnação às 667/673.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso não merece prosperar, tendo em vista que dos argumentos apresentados no agravo regimental não se vislumbram razões para reformar a decisão agravada.

Isso porque, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que i) a omissão em prestar informações, conforme demandado por edital, na fase de investigação social ou de sindicância da vida pregressa, enseja a eliminação de candidato do concurso público; e ii) a investigação social para admissão de candidato a cargos sensíveis, como o de delegado policial, não se restringe a aferição de existência ou não de condenações penais transitadas em julgado, abrangendo, também, a conduta moral e social do candidato, a fim de verificar a sua adequação ao cargo almejado, que requer retidão e probidade.

Nesse sentido, vale conferir:

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DE ATIVIDADES PENITENCIÁRIAS DO DISTRITO FEDERAL. FASE DE SINDICÂNCIA DE VIDA PREGRESSA E INVESTIGAÇÃO SOCIAL. OMISSÃO DE INFORMAÇÃO RELEVANTE. PROCEDIMENTO SOCIAL IRREPREENSÍVEL E IDONEIDADE MORAL INATACÁVEL NÃO DEMONSTRADAS. EXCLUSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Tratam os presentes autos de Recurso Ordinário interposto contra decisão proferida em Mandado de Segurança impetrado por

Book_RMP-81.indb 376 14/12/2021 12:31:10

João Lucas Oliveira da Silva contra ato do Diretor da Coordenação de Concursos da Fundação Universa e do Secretário de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão do Distrito Federal, em face de sua eliminação do concurso para provimento de vagas e formação de cadastro-reserva para o cargo de Agente de Atividades Penitenciárias do Distrito Federal, em razão de supostos envolvimentos do impetrante em infrações penais.

2. O Tribunal local, ao dirimir a controvérsia, consignou (fls. 156-161, e-STJ): "A Banca Examinadora (...), apesar da omissão do impetrante tomou conhecimento do seu envolvimento em dois fatos, a saber: Termo Circunstanciado nº 601/2001 (...) extinto sem julgamento de mérito em 25/11/2002; e, Termo Circunstanciado nº 16/2010 (...) em que o impetrante cumpriu integralmente a transação penal, com trânsito em julgado em 23/11/2010. Dessa forma, em razão da omissão e da falta de procedimento social irrepreensível e idoneidade moral inatacável não recomendou o impetrante; "o impetrante foi considerado não recomendado, pela Comissão Examinadora da Fundação Universa, ao fundamento de ter omitido seu envolvimento nos termos circunstanciados mencionados alhures (processos nºs 2010.01.1.017154-2 e 2002.01.1.096661-0), não tendo o candidato juntado documento capaz de afastar as informações encontradas pela Comissão do Concurso, tampouco apresentado justificativa capaz de considerá-lo apto ao exercício das funções do cargo almejado" ; e "como o impetrante violou as normas do edital, omitindo informações na Ficha de Informações Confidenciais, não há ilegalidade no ato que o eliminou na fase de sindicância de vida pregressa e investigação social do concurso de agente de atividade penitenciária do Distrito Federal".

3. *A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a omissão em prestar informações, conforme demandado por edital, na fase de investigação social ou de sindicância da vida pregressa, enseja a eliminação de candidato do concurso público.*

4. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a Investigação Social não se resume em analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado, mas também quanto à conduta moral e social no decorrer de sua vida, objetivando analisar o padrão de comportamento do candidato à carreira policial em razão das peculiaridades do cargo que exigem retidão, lisura e probidade do agente público.

5. Recurso Ordinário não provido (RMS 56.376/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 13/11/2018).

Book_RMP-81.indb 377 14/12/2021 12:31:10

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. ANÁLISE SOCIAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança contra ato supostamente ilegal atribuído ao Estado de Goiás, pretendendo compelir a autoridade coatora à manutenção da parte impetrante em concurso para vigilante penitenciário temporário, do qual alega que fora ilegitimamente excluído na etapa de avaliação da vida pregressa e conduta social, com valor da causa atribuído em R$ 1.000,00 (mil reais) em 26 de abril de 2019. A segurança foi denegada pelo Tribunal *a quo*, ficando consignado que: "não pode o Poder Judiciário substituir o seu juízo de valor sobre aquele realizado pela Banca Examinadora, que é, inclusive, em razão de sua experiência na avaliação de candidatos ao cargo em questão, quem detém as melhores condições de averiguar aqueles que possuem ou não o perfil exigido para o exercício do mencionado cargo temporário."

II - O cerne da controvérsia repousa na possibilidade de candidato respondendo pelo crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo, condutas previstas nos arts. 14 e 15 da Lei n. 10.826, de 2003, ocupar cargo público temporário de vigilante de penitenciária.

III - Conforme se depreende da análise dos autos, a autoridade coatora o eliminou do certame público por não ter observado o item 4 do Edital do concurso, que exige de o candidato ter sido recomendado pela Diretoria-Geral da Administração Penitenciária após investigação da vida pregressa.

IV - O Tribunal *a quo*, na análise do conjunto fático-probatório da demanda, considerou que (fls. 238): "(...) Deve-se frisar que a investigação da vida pregressa pauta-se nos valores morais e éticos ao exercício da profissão de vigilante penitenciário, cuja atividade busca resguardar o bem comum, a hierarquia, a disciplina, a constância, a honra, a dignidade, a honestidade e a coragem, tão almejado pela sociedade e pela Administração Pública quando do exercício desse labor dentro de uma penitenciária. Dessa forma, deve ser acolhida a alegação do Estado de Goiás, descabendo falar em violação do princípio da presunção de inocência, no caso presente, pois a pesquisa sobre a existência, ou não, de boa conduta social do candidato deve ter respaldo, como visto, no princípio da Moralidade para o exercício da atividade em questão. (...)."

Book_RMP-81.indb 378 14/12/2021 12:31:10

V - *De fato, é pacífico, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que não se pode restringir a análise na fase de investigação social para admissão de candidato a cargos sensíveis, como o de agente penitenciário, apenas à existência ou não de condenações penais transitadas em julgado.*

VI - A análise deve abranger a conduta moral e social do candidato, a fim de verificar a sua adequação ao cargo almejado, que requer retidão e probidade, aspectos que exigem dilação probatória inviável na via escolhida. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.396.998/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 1º/10/2019, DJe 3/10/2019; RMS 24.287/RO, Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira, Sexta Turma, julgado em 4/12/2012, publicado no DJe de 19/12/2012.

VII - Assim, conclui-se que não há, na hipótese, direito líquido e certo que justifique a concessão da segurança.

VIII - Agravo interno improvido (AgInt no RMS 63.110/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2020, DJe 03/06/2020).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. ALUNO OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO ACRE. ELIMINAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE VIDA PREGRESSA QUE NÃO SE RESTRINGIU AO HISTÓRICO CRIMINAL DO CANDIDATO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - *Esta Corte orienta-se no sentido de que a investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado, mas também a conduta moral e social no decorrer de sua vida, objetivando investigar o padrão de comportamento do candidato à carreira militar, de modo que não constitui ilegalidade a exclusão daquele que não ostenta conduta compatível com o decoro exigido para o exercício do cargo.*

Book_RMP-81.indb 379 14/12/2021 12:31:10

> III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.
>
> IV - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.
>
> V - Agravo Interno improvido (AgInt no RMS 53.856/AC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017).

Sob esse contexto, não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, haja vista que, como bem assentado pelo acórdão de origem, o candidato foi excluído do certame, na fase de investigação social, por ter omitido informações relevantes à Comissão, em desconformidade com o disposto no item 21.1 do edital, sendo que, embora tenha posteriormente complementado tais informações, não o fez de forma integral, deixando de informar fatos desabonadores, capazes de concluir que o candidato não satisfaz às exigências de vida pregressa necessárias aos Delegados de Polícia.

É o que se extrai do seguinte excerto do voto, senão vejamos (fls. 515/517):

> A controvérsia dos autos cinge-se a examinar a legalidade do ato praticado pela autoridade coatora, que desligou o impetrante do curso de formação na fase da investigação social e o impediu de tomar posse no cargo de Delegado de Polícia, em que foi classificado em 1º (primeiro) lugar para a vaga de Pessoa com Deficiência (PCD) para a cidade de São Francisco do Guaporé, do concurso público regido pelo Edital nº 001/2014.
>
> Como já relatado, consta dos autos que o impetrante foi excluído do curso de formação e consequentemente do certame, sob o argumento de que teria sido contraindicado pela Comissão Especial de Investigação Social em virtude de prática de condutas incompatíveis com o exercício da função, e pretende, por meio desta ação mandamental, reverter o suposto ato coator.
>
> Pois bem. Sabidamente, é uníssono o entendimento jurisprudencial das cortes superiores de que o edital do concurso é lei a ser seguida.
>
> *No caso dos autos, o item 21.1 do Edital referido prevê que a fase de investigação social* de responsabilidade da Secretaria da Segurança, Defesa e Cidadania – SESDEC, *será realizada a partir de informações*

Book_RMP-81.indb 380 14/12/2021 12:31:10

constantes no Questionário de Informações Pessoais – QIP, a ser preenchido e assinado pelo candidato matriculado no curso de formação profissional na Academia de Polícia Civil – ACADEPOL, a qual não será atribuída pontuação ou nota, e o candidato que não possuir conduta irrepreensível na vida pública ou privada terá sua matrícula cancelada.

Em cumprimento à exigência editalícia, o candidato ora impetrante, ao preencher dito formulário, segundo a Comissão Especial de Investigação Social (Termo de Ciência e Declaração n. 005/2018-CEIS – Id 3345752 – fl. e-1) teria: omitido as seguintes informações:

> *I -O fato de ter sido preso em flagrante e encaminhado ao Centro de Correição da Polícia Militar (Guia de Recolhimento de Preso 0135/2017/PP de 09.01.2017 (Processo n. 100011137.2017.8.22.0501);*
>
> *II -Deixou de informar que sofreu sindicância, e foi penalizado com a pena de Repreensão em PAD n. 069/10-CEPA/COR; e*
>
> *III -que foi suspenso por 30 dias no PAD 001/17-2ªCPPAD, que se encontra em grau de recurso perante o Conselho Superior da Polícia Civil.*

A fim de elucidar os pontos obscuros no preenchimento do questionário, o impetrante informou à comissão especial de investigação social que:

> Em relação ao item I, enfatizou que deixou de se aprofundar nas informações em relação ao Processo Criminal n.100011137.2017.8.22.0501 (fase de instrução) em razão destes autos tramitar em segredo de justiça. E que sua prisão ocorreu enquanto defendia sua filha menor de um ato de violência sexual, e pontuou ao final, que jamais teve a intenção de omitir informações inerentes à sua vida pregressa conforme entendeu a comissão especial de investigação social.
>
> No que se refere aos itens II e III justificou que por um lapso de memória deixou de informar as penalidades sofridas, embora tenha ressaltado no preenchimento do formulário que, ao longo de 12 anos de carreira, respondeu "sindicâncias e PAD, algumas vezes e por motivos diversos, tendo sido absolvido e os processos arquivados"

Book_RMP-81.indb 381 14/12/2021 12:31:10

Como visto, embora tenha posteriormente complementado as informações requisitadas pela respectiva comissão, observa-se que o candidato deixou de prestar de forma integral o fato de ter sido preso em flagrante e encaminhado ao Centro de Correição da Polícia Militar e, ainda, que, em virtude de sindicância, sofreu a pena de Repreensão em PAD n. 069/10- CEPA/COR e, por fim, que sofreu penalidade de suspensão de 30 dias no PAD 001/17-2ªCPPAD.

Desse modo, com base nos documentos trazidos à colação, conclui-se que as condutas acima especificadas colidem com as exigidas no edital do certame, que prevê expressamente que o candidato que não se comportar de forma irrepreensível na vida pública ou privada terá sua matrícula cancelada, conforme redação do item 21.2 do Edital citado *in verbis*:

> Será eliminado do Concurso Público, o candidato que omitir registro de antecedentes criminais ou quaisquer pendências em órgãos policiais, da Justiça Federal, Estadual ou que prestar informações inverídicas, quando do preenchimento do Questionário de Informações Pessoais – QIP, o qual será entregue no início do Curso de Formação na Academia de Polícia Civil – ACADEPOL.
>
> Em que pese as considerações tecidas na inicial, o candidato foi desligado do concurso tão somente pelo resultado negativo na apuração de condutas consideradas incompatíveis com o exercício da função almejada (Id fls. 3345760 – fls. e-1/2).
>
> Dessa forma, não resultou evidenciado que a conclusão da comissão tenha sido construída sob circunstâncias ilícitas ou em colidência com as regras preestabelecidas do certame, não se olvidando que a fase de investigação social, além de constar do Edital, possui caráter eliminatório
>
> *Assim, atento ao entendimento jurisprudencial esposado com base nos documentos trazidos à colação e não tendo sido demonstradas ilegalidade e arbitrariedade por parte da autoridade coatora, conclui-se pela inexistência de direito líquido e certo a ser assegurado por meio deste* writ.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Book_RMP-81.indb 382 14/12/2021 12:31:10

TERMO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

AgInt no RMS nº 60.984 / RO

Número Registro: 2019/0159256-2

PROCESSO ELETRÔNICO

Número de Origem: 08006041220188220000 0800604-12.2018.8.22.0000 8006041220188220000

Sessão Virtual de 27/04/2021 a 03/05/2021

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ARLINDO DALMERON CABRAL DE LIMA

ADVOGADO: JOSÉ MARIA DE SOUZA RODRIGUES - RO001909

RECORRIDO: ESTADO DE RONDÔNIA

PROCURADOR: CARLOS ROBERTO BITTENCOURT SILVA E OUTRO(S) - RO006098

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - CONCURSO PÚBLICO / EDITAL

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: ARLINDO DALMERON CABRAL DE LIMA

ADVOGADO: JOSÉ MARIA DE SOUZA RODRIGUES - RO001909

AGRAVADO: ESTADO DE RONDÔNIA

PROCURADOR: CARLOS ROBERTO BITTENCOURT SILVA E OUTRO(S) - RO006098

TERMO

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 03 de maio de 2021

Book_RMP-81.indb 383 14/12/2021 12:31:10

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
Nº 171.987 / SÃO PAULO (2020/0099291-7)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
SUSCITANTE: TELEFÔNICA BRASIL S.A.
ADVOGADOS: WALTER POLISTCHUCK - RJ011545
PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO - RJ020200
LEONARDO FARIA SCHENK E OUTRO(S) - RJ123888
WESLEY BATISTA DE ABREU - DF023775
ERICK DA SILVA REGIS - RJ170030
WINGLER ALVES PEREIRA - RJ180860
SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SJ/SP
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA MISTA DE BAYEUX - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE CAMPINA GRANDE - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE JOÃO PESSOA - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 15ª VARA CÍVEL DE PORTO ALEGRE - RS
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DE MACEIÓ - AL
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE PORTO VELHO - RO
INTERES.: FÓRUM NACIONAL DE ENTIDADES CIVIS DE DEFESA DO CONSUMIDOR
ADVOGADOS: CLÁUDIO PIRES FERREIRA - RS046840
EDVALDO DA COSTA SILVA - RN013622
INTERES.: INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDECON
ADVOGADO: ADÉLIA DE JESUS SOARES - SP220367
INTERES.: AUTARQUIA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO MUNICÍPIO DE JUNDIA - AL - PROCOMUN
ADVOGADOS: ANTONIO PIMENTEL CAVALCANTE - AL008821
MARIO AUGUSTO SOARES MARTINS - AL017284
JONATHAN PEIXOTO ARAÚJO - AL017445
INTERES.: FUNDO MUNICIPAL DE DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR
ADVOGADO: AÉCIO FLAVIO FARIAS DE BARROS FILHO - PB012864
INTERES.: SECRETARIA MUNICIPAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE JOÃO PESSOA - PROCON - JP
ADVOGADO: ANDRÉ D'ALBUQUERQUE TORREÃO - PB012976

Book_RMP-81.indb 385 14/12/2021 12:31:10

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NAS QUAIS SE POSTULA DETERMINAÇÃO DE NÃO HAVER CORTE DO SERVIÇO POR INADIMPLÊNCIA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19. DECISÕES CONTRADITÓRIAS PROFERIDAS POR JUÍZOS VINCULADOS A TRIBUNAIS DIVERSOS (ART. 105, I, "D", DA CF). CONHECIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ATRAEM A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PARTICIPAÇÃO DA ANATEL (ART. 109, I, DA CF). SÚMULA 489/STJ.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Na origem, foram ajuizadas sete Ações Civis Públicas, nas quais se postula provimento que proíba a suspensão de serviços de telecomunicações por inadimplência durante a crise instaurada pela pandemia da Covid-19.

2. No caso, na maior parte dos Juízos envolvidos, deferiu-se liminar para proibir o corte no serviço. Em dois deles, proferiu-se decisão em sentido contrário, em virtude da atribuição de efeito suspensivo pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a Agravo de Instrumento interposto pela Oi, e da suspensão, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de liminar deferida em incidentes ajuizados pela Oi, Claro, Vivo e Anatel.

CONHECIMENTO DO CONFLITO

3. Há Juízos vinculados a tribunais diversos que se reconheceram competentes (CF, art. 105, I, "d") e decidiram, de maneira distinta, pleitos liminares nas referidas Ações Civis Públicas, o que torna o pleito admissível, pois em diversas oportunidades já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "fica plenamente configurado o conflito positivo de competência quando três juízos distintos deliberam sobre pretensão idêntica, gerando a prolação de medidas liminares colidentes." (CC 122.922/AC, Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, DJe de 6.12.2013).

Book_RMP-81.indb 386 14/12/2021 12:31:10

4. Ademais, embora possam ser diferentes as providências que cada parte ré adotará em cada processo específico para cumprir o comando judicial (expedir atos normativos, no caso das Agências, ou abster-se de cobrar, no caso das concessionárias), o certo é que a causa de pedir e o pedido mediato em todas as demandas são praticamente iguais: superveniência da pandemia da COVID-19 e direito à manutenção de serviços considerados essenciais, ainda que diante da inadimplência do usuário.

MÉRITO

5. A primeira Ação Civil Pública de que tratam os autos foi distribuída à 4ª Vara Mista de Bayeux/PB em 23.3.2020. Um dia depois, distribuíram-se outras duas Ações, uma à 5ª Vara Cível de Campina Grande/ PB e outra à 12ª Vara Federal de São Paulo/SP.

6. Entretanto, os mencionados dois Juízos estaduais profeririam decisões com abrangência local: o primeiro determinou às concessionárias que se abstivessem de suspender os serviços "no âmbito do Município de Bayeux-PB" (fl. 437, e-STJ); e o segundo, após decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, no âmbito do respectivo Estado (fls. 148-152, e-STJ).

7. Já a 12ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP foi o órgão judiciário que recebeu a primeira ação de abrangência nacional, à luz do que dispõe o art. 93, II, do CDC, consoante o qual compete ao juízo da Capital dos Estados ou do Distrito Federal o conhecimento de ações coletivas atinentes a danos de âmbito nacional como o presente. Vale destacar que o referido juízo federal deferiu liminar posteriormente suspensa pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região na Suspensão de Liminar e de Sentença 5008253-66.2020.4.03.0000, em que se consignou: "Importante considerar, ainda, a manifestação realizada pela ANATEL nos autos originários, no sentido de estar presente o *periculum in mora* inverso, uma vez que o impacto econômico-financeiro da decisão é imensurável sem estudo aprofundado e com a participação dos agentes envolvidos no setor" (fl. 190, e-STJ).

8. Além disso, embora as demandas coletivas em trâmite na Justiça estadual tenham sido propostas contra pessoas jurídicas de Direito Privado, estas rés são concessionárias de serviços públicos regulados por normas federais, o que impõe no caso concreto – diante da magnitude do impacto que as pretensões formuladas têm na própria relação jurídica delas com a ANATEL – a participação da Agência

Book_RMP-81.indb 387 14/12/2021 12:31:10

Reguladora Federal no feito e, consequentemente, a competência da Justiça Federal (art. 109, I, da CF).

9. Essa circunstância se assemelha a situações particulares que levaram o Superior Tribunal de Justiça a declarar que, excepcionalmente, o Juízo Federal atrai demandas com partes exclusivamente privadas ou estaduais quando interesses da União estiverem ameaçados por decisões contraditórias.

10. Como se afirmou no CC 90.722/BA, relator Min. José Delgado, relator p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJe de 12.8.2008, "Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer, se for o caso." Em sentido semelhante: CC 144.922/MG, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada), Primeira Seção, DJe de 9.8.2016.

11. Assim, porque recebeu demanda com abrangência nacional em primeiro lugar, e porque na referida ação há participação de ente federal (Anatel), razoável a conclusão pela competência do Juízo da 12ª Vara Federal de São Paulo para todas as ações coletivas relacionadas.

12. Importante pontuar que o pedido da ação coletiva em trâmite na Justiça Federal é bem mais amplo do que o das ações em curso na Justiça Estadual, seja por conta da abrangência nacional (art. 93, II, do CDC), seja em vista da pretensão de que a ANATEL, entre outras agências reguladoras (energia elétrica, água, gás etc.), expeça atos que disciplinem a impossibilidade de suspensão dos serviços (considerados essenciais) prestados pelas requeridas/suscitantes no período da pandemia. Apesar de formalmente distintas as partes materiais de todas as ações coletivas são idênticas – isto é, a coletividade dos consumidores dos serviços das concessionárias (os substituídos) –, razoável afirmar que há continência entre as ações coletivas propostas (art. 56 do CPC), o que atrai a competência da Justiça Federal nos termos da Súmula 489/STJ: "Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual".

DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DECISÓRIO

13. Não há como acolher o pedido de que a competência a ser declarada abranja todas as ações coletivas em curso ou que venham a ser ajuizadas e tenham objeto análogo ao das ações já listadas aqui (fls. 20-eSTJ).

Book_RMP-81.indb 388 14/12/2021 12:31:10

14. O Superior Tribunal de Justiça tem dado conteúdo restritivo à decisão que declara competência. Nessa direção: "A jurisprudência desta Corte Superior já assentou o entendimento de que a decisão que declara a competência no Conflito de Competência adstringe-se ao feito que lhe deu origem, não podendo ser estendida a outros feitos, ainda que se caracterize a analogia da situação fático-jurídica." (STJ, Rcl 5.422/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Segunda Seção, DJe 17.8.2011). No mesmo sentido: Rcl 2416/DF, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção DJ 22.9.2008.

CONCLUSÃO

15. Conflito conhecido para, confirmando-se a liminar antes deferida, julgar parcialmente procedente o pedido nele formulado, a fim de declarar a competência do Juízo da 12ª Vara Federal de São Paulo para decidir os feitos listados na petição inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: "A Primeira Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo da 12ª Vara Federal de São Paulo, o primeiro suscitado, para decidir os feitos listados na petição inicial, confirmando a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Assistiu ao julgamento o Dr. LEONARDO FARIA SCHENK, pela parte: SUSCITANTE: TELEFÔNICA BRASIL S.A."

Brasília, 26 de maio de 2021 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

Book_RMP-81.indb 389 14/12/2021 12:31:10

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0099291-7

PROCESSO ELETRÔNICO

CC 171.987 / SP

Números Origem: 07086818320208020001 08008033620208150751 08060995820208150001 08182178020208152001 50046623220204036100 50124317320208217000 50201427720208210001 70145854820208220001 70868183202080200 01 80080336202081507 51 80609958202081500 01 81821780202081520 01

PAUTA: 26/08/2020

JULGADO: 26/08/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM

AUTUAÇÃO

SUSCITANTE: TELEFÔNICA BRASIL S.A.

ADVOGADOS: WALTER POLISTCHUCK - RJ011545
PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO - RJ020200
LEONARDO FARIA SCHENK E OUTRO(S) - RJ123888
WESLEY BATISTA DE ABREU - DF023775
ERICK DA SILVA REGIS - RJ170030
WINGLER ALVES PEREIRA - RJ180860

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SJ/SP

Book_RMP-81.indb 390 14/12/2021 12:31:10

SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA MISTA DE BAYEUX - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE CAMPINA GRANDE - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE JOÃO PESSOA - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 15ª VARA CÍVEL DE PORTO ALEGRE - RS
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DE MACEIÓ - AL
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE PORTO VELHO - RO
INTERES.: FÓRUM NACIONAL DE ENTIDADES CIVIS DE DEFESA DO CONSUMIDOR
ADVOGADOS: CLÁUDIO PIRES FERREIRA - RS046840
EDVALDO DA COSTA SILVA - RN013622
INTERES.: INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDECON
ADVOGADO: ADÉLIA DE JESUS SOARES - SP220367
INTERES.: AUTARQUIA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO MUNICÍPIO DE JUNDIA - AL - PROCOMUN
ADVOGADOS: ANTONIO PIMENTEL CAVALCANTE - AL008821
MARIO AUGUSTO SOARES MARTINS - AL017284
JONATHAN PEIXOTO ARAÚJO - AL017445
INTERES.: FUNDO MUNICIPAL DE DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR
ADVOGADO: AÉCIO FLAVIO FARIAS DE BARROS FILHO - PB012864
INTERES.: SECRETARIA MUNICIPAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE JOÃO PESSOA - PROCON - JP
ADVOGADO: ANDRÉ D'ALBUQUERQUE TORREÃO - PB012976
INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA
ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo – Telefonia

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

Book_RMP-81.indb 391 14/12/2021 12:31:10

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 171.987 / SÃO PAULO (2020/0099291-7)
RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
SUSCITANTE: TELEFÔNICA BRASIL S.A.
ADVOGADOS: WALTER POLISTCHUCK - RJ011545
PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO - RJ020200
LEONARDO FARIA SCHENK E OUTRO(S) - RJ123888
WESLEY BATISTA DE ABREU - DF023775
ERICK DA SILVA REGIS - RJ170030
WINGLER ALVES PEREIRA - RJ180860
SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SJ/SP
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA MISTA DE BAYEUX - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE CAMPINA GRANDE - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE JOÃO PESSOA - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 15ª VARA CÍVEL DE PORTO ALEGRE - RS
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DE MACEIÓ - AL
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE PORTO VELHO - RO
INTERES.: FÓRUM NACIONAL DE ENTIDADES CIVIS DE DEFESA DO CONSUMIDOR
ADVOGADOS: CLÁUDIO PIRES FERREIRA - RS046840
EDVALDO DA COSTA SILVA - RN013622
INTERES.: INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDECON
ADVOGADO: ADÉLIA DE JESUS SOARES - SP220367
INTERES.: AUTARQUIA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO MUNICÍPIO DE JUNDIA - AL - PROCOMUN
ADVOGADOS: ANTONIO PIMENTEL CAVALCANTE - AL008821
MARIO AUGUSTO SOARES MARTINS - AL017284
JONATHAN PEIXOTO ARAÚJO - AL017445
INTERES.: FUNDO MUNICIPAL DE DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR
ADVOGADO: AÉCIO FLAVIO FARIAS DE BARROS FILHO - PB012864
INTERES.: SECRETARIA MUNICIPAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE JOÃO PESSOA - PROCON - JP
ADVOGADO: ANDRÉ D'ALBUQUERQUE TORREÃO - PB012976
INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA

Book_RMP-81.indb 392 14/12/2021 12:31:10

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Conflito de Competência suscitado por Telefônica Brasil S.A. Narra a suscitante:

> 1. Com o objetivo de criar e estabelecer critérios próprios para o combate ao COVID-19, a cada dia mais e mais ações coletivas são ajuizadas por todo o país em face da suscitante ("Telefônica") e de outras Operadoras de telefonia, todas com o mesmo objeto.
>
> 2. Os pedidos formulados nas ações propostas são idênticos: a imposição de as Operadoras continuarem prestando os serviços de telefonia, mesmo em caso de inadimplência dos usuários, no período em que durarem as medidas de esforços para contenção da disseminação do COVID-19.
>
> 3. A causa de pedir também é a mesma: a alegação de que a suscitante e as demais Operadoras de telefonia prestam serviço essencial e que no período de isolamento os usuários devem continuar a utilizar os serviços de telefonia mesmo se inadimplentes.
>
> 4. O tema, pois, tem grande repercussão social, a demandar solução uniforme do Poder Judiciário, e não soluções pulverizadas ou mesmo antagônicas, até porque se trata de serviço prestado em âmbito nacional e regulado pela Anatel.
>
> 5. A existência de liminares já deferidas em ações coletivas diversas, com conteúdo conflitante, como se verá a seguir, e a possibilidade de que venham a ser proferidas sentenças de mérito divergentes e sobrepostas, em ações coletivas que versam exatamente sobre o mesmo tema, justifica e mesmo impõe a reunião dos feitos em um único juízo, para julgamento e tratamento conjunto e uniforme da matéria.
>
> 6. A jurisprudência desse E. Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao orientar-se pela reunião das ações coletivas que versam sobre o mesmo tema – como no caso –, a fim de evitar o risco de decisões conflitantes (cf. CC 433/DF, CC 19.686/DF, CC nº 22.693/DF, CC nº 27.886/PE, 28.003/RJ e CC nº 39.590/RJ).
>
> 7. Até o momento, já foram identificadas sete ações coletivas em curso, ajuizadas, frise-se, praticamente todas contra as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com os pedidos idênticos. Destas ações já conhecidas, os pedidos de concessão de tutela antecipada foram apreciados e deferidos em seis demandas, sendo que em três delas os efeitos estão suspensos por decisão de instância superior.
>
> (...)

Book_RMP-81.indb 393 14/12/2021 12:31:10

> 11. Essas circunstâncias, pois, justificam a reunião dos processos para julgamento conjunto, como determinam os §§ 1º e 3º do invocado dispositivo legal.
>
> 12. O deferimento das liminares revela que todos os Juízos consideram-se competentes para o julgamento das respectivas lides. Não bastasse, há evidente dissenso entre os Juízos que apreciaram a matéria, sendo que diversas liminares foram deferidas sem previamente ouvir a Anatel ou as Operadoras.
>
> 13. Esse quadro de indefinição e produção de entendimentos divergentes, a respeito do mesmo serviço de telefonia – oferecido nacionalmente e regulado por autarquia federal (Anatel) – é manifestamente prejudicial, por criar um ambiente de absoluta insegurança jurídica.
>
> 14. Está-se diante, no caso, de várias ações coletivas sobre o mesmo tema, que, se não padronizadas as decisões nelas proferidas, consequentemente poderão ser inconciliáveis sob o ângulo lógico e prático, seja pela sua efetiva sobreposição, seja porque se trata de serviço de interesse coletivo, prestado de forma uniforme em todo o país, razão pela qual o presente conflito de competência deve ser acolhido.

No mérito, pede "seja reconhecida a competência absoluta do MM. Juízo da 12ª Vara Federal a Seção Judiciária de São Paulo para processar e julgar todas as ações coletivas em curso ou que venham a ser ajuizadas, no território nacional, que versem sobre suspensão dos serviços de telecomunicações em caso de inadimplência, motivados ou relacionados à pandemia causada pelo COVID-19, por ter sido distribuída, para aquele MM. Juízo, a primeira ação coletiva perante a justiça federal (processo nº 5004662-32.2020.4.03.6100), por abranger a esfera jurídica da ANATEL, servindo de *vis atractiva* para as demais ações coletivas", bem como "seja declarada a nulidade ou a ineficácia das decisões proferidas nas ações coletivas em curso perante os Juízos que não o do MM. Juízo da 12ª Vara Federal a Seção Judiciária de São Paulo, por absolutamente incompetentes, ao menos até ulterior reapreciação pelo juízo competente, determinando-se a reunião dos processos presentes e futuros para julgamento conjunto."

Deferi liminar na decisão proferida às fls. 391-400, e-STJ, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido de liminar para suspender, até a definitiva solução do presente Conflito, os processos listados na Petição Inicial.
>
> Designo o Juízo da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo para decidir, nesse ínterim, as medidas urgentes, excetuando-se da ordem de

Book_RMP-81.indb 394 14/12/2021 12:31:10

> suspensão acima imposta o controle, pelo Tribunal Regional Federal, das tutelas provisórias emitidas pelo Juízo designado.
>
> Na forma do art. 64, § 4º, do Código de Processo Civil, ficam mantidas as tutelas provisórias proferidas nos feitos, salvo decisão, em sentido contrário, do Juízo acima designado, a qual poderá ser reexaminada pelo Tribunal Regional Federal.
>
> Comunique-se com urgência aos Juízos suscitados para que prestem as devidas informações no prazo de 5 (cinco) dias.
>
> Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal, para pronunciamento no prazo de 5 (cinco) dias, ainda que as informações não tenham sido prestadas (art. 956 do CPC/2015).

Solicitei informações aos órgãos envolvidos, mas somente os Juízos da 2ª Vara da Fazenda Pública da Paraíba e da 3ª Vara Cível de Porto Velho responderam.

A 2ª Vara da Fazenda Pública da Paraíba afirmou (fl. 417, e-STJ):

> Deferi a tutela *inaudita altera pars* por considerar urgente a medida requerida, diante da possibilidade de suspensão do serviço de telefonia por inadimplência.
>
> Registrei, contudo, na mesma decisão, ser imprescindível resguardar a continuidade desse serviço, através, não da suspensão de cobranças, mas da proibição de corte no seu fornecimento por falta de pagamento, assegurando à coletividade a reserva do mínimo possível, em razão das dificuldades financeiras enfrentadas pela população como consequência das políticas de isolamento social implementadas pelo Governador do Estado.
>
> A tutela concedida, portanto, proíbe a suspensão do serviço por inadimplência e determina a religação de unidades eventualmente cortadas desde a data em que foi decretado o Estado de calamidade Pública e enquanto perdurar essa condição de emergência, em todo o Município de João Pessoa.

A 3ª Vara Cível de Porto Velho registrou (fl.442, e-STJ):

> 2) A Ação Civil Pública foi proposta pela Defensoria Pública em face de COMPANHIA DE ÁGUAS E ESGOTO DE RONDÔNIA (CAERD), TIM CELULAR S/A, TELEFÔNICA BRASIL S.A – "VIVO", OI MÓVEL S.A., CLARO S.A, na qual se pleiteou em caráter liminar, a concessão

Book_RMP-81.indb 395 14/12/2021 12:31:10

> da tutela para que as partes requeridas se abstenham de cortar o fornecimento de serviço de água e de telecomunicações (telefonia fixa, móvel e internet) dos consumidores residenciais, devendo ser vedada a redução do pacote de dados por ocasião do inadimplemento, enquanto durarem os esforços para conter a disseminação do COVID-19.
>
> 3) O juiz só deferiu a liminar em relação ao fornecimento de água, por considerar essencial, negando a liminar em relação aos serviços telecomunicações.
>
> 4) Em atendimento à ordem de Vossa Excelência o feito ficará suspenso em relação ao pedido relacionado às telecomunicações.

O Ministério Público opinou pelo conhecimento do Conflito, para ser declarado compete o Juízo da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo.

A Anatel alegou inexistir interesse em intervir no feito (fls. 451-455, e-STJ).

É o relatório.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 171.987 / SÃO PAULO (2020/0099291-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 22 de julho de 2020.

Narra-se na Petição Inicial que nas instâncias ordinárias foram ajuizadas sete Ações Civis Públicas, algumas delas com tutela provisória concedida, nas quais se postula que, enquanto durar a crise instaurada em razão da pandemia da Covid-19, não haja a suspensão de serviços de telecomunicações motivada por inadimplência.

Deve-se conhecer do Conflito de Competência.

No caso, a maior parte dos Juízos envolvidos deferiu liminar para proibir o corte no serviço. Em dois deles, proferiu-se decisão em sentido contrário, em virtude da atribuição de efeito suspensivo pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a Agravo de Instrumento interposto pela Oi, e da suspensão, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de liminar deferida em incidentes ajuizados pela Oi, Claro, Vivo e Anatel.

Há Juízos vinculados a tribunais diversos que se reconheceram competentes (CF, art. 105, I, "d"), e decidiram, de maneira distinta, inclusive pleitos liminares nas referidas Ações Civis Públicas, o que torna o pleito admissível, pois, em diversas oportunidades, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "fica plenamente configurado o conflito positivo de competência quando três juízos distintos deliberam sobre pretensão idêntica, gerando a prolação de medidas liminares colidentes." (CC 122.922/AC, Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, DJe de 6.12.2013).

Book_RMP-81.indb 396 14/12/2021 12:31:11

Ademais, embora possam ser diferentes as providências que cada parte ré adotará em cada processo específico para cumprir o comando judicial (expedir atos normativos, no caso das Agências, ou abster-se de cobrar, no caso das concessionárias), o certo é que a causa de pedir e o pedido mediato em todas as demandas são praticamente iguais: superveniência da Pandemia da COVID-19 e direito à manutenção de serviços considerados essenciais, ainda que diante da inadimplência do usuário. No mérito, entendo que a competência é do Juízo da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo.

Em relação às Ações Civis Públicas de que tratam os autos, a primeira distribuição aconteceu na 4ª Vara Mista de Bayeux/PB em 23.3.2020 e, um dia depois, na 5ª Vara Cível de Campina Grande/ PB e na 12ª Vara Federal de São Paulo/SP.

Entretanto, esses dois Juízos estaduais profeririam decisões com abrangência local: o primeiro determinou às concessionárias que se abstivessem de suspender os serviços "no âmbito do Município de Bayeux-PB" (fls. 107-108, e-STJ); e o segundo, após decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, no âmbito do respectivo Estado (fls. 148-152, e-STJ).

Já a 12ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP foi o órgão judiciário que recebeu a primeira ação de abrangência nacional, à luz do que dispõe o art. 93, II, do CDC, consoante o qual compete ao juízo da Capital dos Estados ou do Distrito Federal o conhecimento de ações coletivas atinentes a danos de âmbito nacional.

Vale destacar que o referido juízo federal deferiu liminar que foi posteriormente suspensa pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região na Suspensão de Liminar e de Sentença 5008253-66.2020.4.03.0000, nos seguintes termos: "Importante considerar, ainda, a manifestação realizada pela ANATEL nos autos originários, no sentido de estar presente o *periculum in mora* inverso, uma vez que o impacto econômico-financeiro da decisão é imensurável sem estudo aprofundado e com a participação dos agentes envolvidos no setor" (fl. 190, e-STJ).

Além disso, embora as demandas coletivas em trâmite na Justiça estadual tenham sido propostas contra pessoas jurídicas de Direito Privado, estas rés são concessionárias de serviços públicos regulados por normas federais, o que impõe no caso concreto – diante da magnitude do impacto que as pretensões formuladas têm na própria relação jurídica delas com a ANATEL – a participação da Agência Reguladora Federal no feito e, consequentemente, a competência da Justiça Federal (art. 109, I, da CF).

Essa circunstância se assemelha a situações excepcionais em que o Superior Tribunal de Justiça declarou que o Juízo Federal atrai demandas com partes exclusivamente privadas ou estaduais quando interesses da União estiverem ameaçados por decisões contraditórias.

No CC 90.722/BA, Primeira Seção, DJe de 12.8.2008, o Min. Teori Zavascki, relator para acórdão, adotando como relatório o parecer do Ministério Público, assim narrou os fatos da causa:

Book_RMP-81.indb 397 14/12/2021 12:31:11

> 2. Trata-se, na origem, de ação cautelar inominada e ação civil pública propostas perante a Justiça Federal, pelos Ministério Público Federal, em litisconsórcio com o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em desfavor de Alberto Dominguez Von Inhering Azevedo e outros, por suposta construção irregular em área de preservação ambiental e ausência de licença ambiental, licença para construção, e expressa autorização do IPHAN.
>
> 3. O réu Alberto Dominguez Von Inhering Azevedo, ao tomar ciência das demandas, interpõe, no Juízo de Direito de Porto Seguro, ação declaratória de validade do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com o Ministério Público Estadual em data anterior à propositura daquelas ações.

E concluiu Sua Excelência:

> 3. No caso dos autos, verifica-se essa hipótese de conflito positivo. Entre as demandas aqui discutidas (Ação cautelar inominada n. 2006.33.10.003453-5, Ação civil pública n. 2006.33.10.3454-9 e Ação declaratória n. 72.28.71-6/2005) há inquestionável laço de continência, determinado pela causa de pedir (comum a ambas em vários de seus fundamentos), pelo objeto (em boa parte também comum) e pela identidade de algumas das partes (Ministério Público como substituto processual da sociedade e Alberto Domingues Von Ihering Azevedo). Impõe-se, portanto, a reunião dos processos, a fim de evitar julgamento conflitante (CPC, art. 105).

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO CAUTELAR, CIVIL PÚBLICA E DECLARATÓRIA. DANOS AO MEIO AMBIENTE. CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
>
> 1. A competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição, tem por base um critério subjetivo, levando em conta, não a natureza da relação jurídica litigiosa, e sim a identidade dos figurantes da relação processual. Presente, no processo, um dos entes ali relacionados, a competência será da Justiça Federal.

Book_RMP-81.indb 398 14/12/2021 12:31:11

> 2. É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer, se for o caso. Precedente: CC 90.106-ES, 1ª S., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.03.2008.
>
> 3. Estabelecendo-se relação de continência entre ação cautelar e ação civil pública de competência da Justiça Federal, com demanda declaratória, em curso na Justiça do Estado, a reunião das ações deve ocorrer, por força do princípio federativo, perante o Juízo Federal. Precedente: CC 56.460-RS, 1ª S., Min. José Delgado, DJ de 19.03.07
> 4. Ademais, (a) não se aplica a orientação contida na Súmula 183/STJ em razão do seu cancelamento (EDcl no CC 27676/BA, 1ª Seção, Min. José Delgado, DJ de 05.03.2001); (b) o Juízo Federal suscitado também tem competência territorial e funcional (Resolução n. 600-17, do TRF da 1ª Região de 28.06.2005) sobre o local onde ocorreu o dano (art. 2º da Lei n. 7.347/85).
>
> 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal para as ações aqui discutidas, divergindo do relator. (CC 90.722/BA, Relator Min. José Delgado, Relator p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJe de 12.8.2008)

Em outro precedente relevante, a Primeira Seção decidiu:

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AFORADAS NO JUÍZO ESTADUAL E NA JUSTIÇA FEDERAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA/MG. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. DANOS SOCIOAMBIENTAIS. RIO DOCE. BEM PÚBLICO PERTENCENTE À UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SITUAÇÃO DE MULTICONFLITUOSIDADE. IMPACTOS REGIONAIS E NACIONAL. CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS OBJETO DO CONFLITO E OUTRAS QUE TRAMITAM NA 12ª VARA FEDERAL DE BELO HORIZONTE/MG. PREVENÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA ESTABELECIDA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
>
> 1. Conflito de competência suscitado pela empresa Samarco Mineração S.A. em decorrência da tramitação de ações civis públicas aforadas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, com o objetivo de determinar a distribuição de água mineral à população valadarense, em virtude da poluição do

Book_RMP-81.indb 399 14/12/2021 12:31:11

> Rio Doce ocasionada com o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG.
>
> 2. Conexão entre as ações civis públicas objeto do presente conflito, uma vez que em ambas se pretende suprir a população valadarense com a distribuição de água potável, além de determinar o monitoramento da água do Rio Doce na localidade.
>
> 3. Existentes decisões conflitantes relativas à mesma causa de pedir e mesmo pedido, já proferidas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, mostra-se imperioso o julgamento conjunto das ações, para que se obtenha uniformidade e coerência na prestação jurisdicional, corolário da segurança jurídica. Precedentes.
>
> 4. A competência cível da Justiça Federal é definida *ratione personae*, sendo, pois, de caráter absoluto.
>
> 5. Nos termos da Súmula 150/STJ, "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas".
>
> 6. Interesse da União na causa, na medida em que toda a questão perpassa pela degradação de bem público federal, qual seja, o Rio Doce, e suas consequências sociais e ambientais, além de que o acidente decorreu da exploração de atividade minerária, cuja outorga cabe à União.
>
> 7. A Justiça Federal é, pois, competente para conhecer e julgar demandas relacionadas aos impactos ambientais ocorridos e aos que ainda venham a ocorrer sobre o ecossistema do Rio Doce, sua foz e sobre a área costeira.
>
> 8. Reconhecida a competência da Justiça Federal para o processamento das ações civis públicas referidas no presente conflito, cabe definir o foro competente para o seu julgamento.
>
> [...]
>
> (CC 144.922/MG, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada, Primeira Seção, DJe de 9.8.2016).

Assim, porque recebeu demanda com abrangência nacional em primeiro lugar, e porque na referida ação há participação de ente federal (ANATEL), razoável a conclusão pela competência do Juízo da 12ª Vara Federal de São Paulo para todas as ações coletivas relacionadas.

Importante pontuar que o pedido da ação coletiva em trâmite na Justiça Federal é bem mais amplo do que o das ações em curso na Justiça Estadual, seja por

Book_RMP-81.indb 400 14/12/2021 12:31:11

conta da abrangência nacional (art. 93, II, do CDC), seja em vista da pretensão de que a ANATEL, entre outras agências reguladoras (energia elétrica, água, gás etc.), expeça atos que disciplinem a impossibilidade de suspensão dos serviços (considerados essenciais) prestados pelas requeridas/suscitantes no período da pandemia. Apesar de formalmente distintas as partes materiais de todas as ações coletivas são idênticas – isto é, a coletividade dos consumidores dos serviços das concessionárias (os substituídos) –, razoável afirmar que há continência entre as ações coletivas propostas (art. 56 do CPC), o que atrai a competência da Justiça Federal nos termos da Súmula 489/STJ:

> Súmula 489 STJ: Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual.

De outro lado, não há como acolher o pedido de que esse órgão seja declarado competente para processar "todas as ações coletivas em curso ou que venham a ser ajuizadas, no território nacional, que versem sobre suspensão dos serviços de telecomunicações em caso de inadimplência, motivados ou relacionados à pandemia causada pelo COVID-19" (fls. 20, e-STJ).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem dado conteúdo restritivo à decisão que declara competência. Nessa direção:

> RECLAMAÇÃO - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - NÃO COMPROVAÇÃO, PELA RECLAMANTE, DE QUE O INTERESSADO É PARTE E QUE, PORTANTO, FOI ALCANÇADO PELA DECISÃO PROFERIDA NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 91.276/RJ - AUSÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA PELO STJ - RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.
>
> I - A reclamação é um remédio destinado a preservar a competência do Superior Tribunal de Justiça ou para garantir a autoridade de suas decisões, sempre que haja indevida usurpação por parte de outros órgãos de sua competência constitucional;
>
> II - Ademais, o ajuizamento da reclamação, que constitui medida correicional, pressupõe a existência de um comando positivo desta Corte Superior cuja eficácia deva ser assegurado;
>
> III - No caso dos autos, a reclamante não comprovou que a reclamação trabalhista em trâmite no Juízo de origem foi abrangida pela decisão proferida no Conflito de Competência n. 91.279/RJ;
>
> IV - A jurisprudência desta Corte Superior já assentou o entendimento de que a decisão que declara a competência no

Book_RMP-81.indb 401 14/12/2021 12:31:11

Conflito de Competência adstringe-se ao feito que lhe deu origem, não podendo ser estendida a outros feitos, ainda que se caracterize a analogia da situação fático-jurídica;

V - Reclamação julgada improcedente.

(STJ, Rcl 5.422/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Segunda Seção, DJe 17.8.2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA NÃO CONFIGURADO. INVIABILIDADE DE DIRIMIR, EM RECLAMAÇÃO, QUESTÕES QUE CONSUBSTANCIAM MATÉRIA EVENTUALMENTE PASSÍVEL DE EXAME EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

1. O Distrito Federal propõe esta Reclamação requerendo que seja anulado o acórdão do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, prolatado no Recurso Ordinário interposto contra a sentença proferida pelo Juízo da 20ª Vara do Trabalho de Brasília na Ação Civil Pública 1293-2005-020-10-00-5, alegando que teria incorrido em negativa de cumprimento do *decisum* da Segunda Seção deste STJ no CC 29.724/DF, o qual declarou a competência da 6ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal para o julgamento da Ação Civil Pública que até então tramitava perante aquela Vara e da que estava em curso, na época, na Justiça Trabalhista.

2. Este egrégio Colegiado já assentou entendimento de que a decisão que declara a competência no Conflito adstringe-se ao feito que lhe deu origem, não podendo ser estendida a outros, ainda que se caracterize a analogia da situação fático-jurídica (AgRg na Rcl 2.231/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 11/12/2006).

3. A Reclamação é instrumento processual muito específico e não constitui via adequada para dirimir questões que consubstanciam matéria eventualmente passível de exame em conflito de competência. Hipótese em que se verifica que não resultaram configurados – sob a ótica da moldura constitucionalmente estabelecida e da orientação jurisprudencial desta Corte – os requisitos indispensáveis ao atendimento do pleito formulado pelo autor, nesta via.

4. Reclamação julgada improcedente. Agravo Regimental do Ministério Público do Trabalho prejudicado.

(Rcl 2416/DF, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção DJ 22.9.2008).

Book_RMP-81.indb 402 14/12/2021 12:31:11

Por fim – para que não restem dúvidas sobre o modo de ser interpretada a presente decisão –, fica ratificada a liminar antes deferida, para estabelecer, na forma da correta exegese dos arts. 64, § 4º e 957, ambos do Código de Processo Civil, que competirá ao juízo ora reconhecido como competente deliberar sobre os efeitos das decisões proferidas pelos juízos aqui considerados incompetentes, evitando-se supressão de instância e, principalmente, que esta Corte tenha de avançar sobre o mérito das demandas relacionadas (STJ, AgRg-CC 144.175, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 08.11.2016).

Ante o exposto, *conheço do Conflito e, confirmando a liminar antes deferida, julgo parcialmente procedente o pedido nele formulado, a fim de declarar a competência do Juízo da 12ª Vara Federal de São Paulo para decidir os feitos listados na petição inicial.*

Oportunamente, oficie-se a cada um dos juízos suscitados, para ciência e cumprimento da presente decisão.

É como *voto*.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0099291-7

PROCESSO ELETRÔNICO

CC 171.987 / SP

Números Origem: 07086818320208020001 08008033620208150751 08060995820208150001 08182178020208152001 50046623220204036100 50124317320208217000 50201427720208210001 70145854820208220001 70868183202080200 01 80080336202081507 51 80609958202081500 01 81821780202081520 01

PAUTA: 26/05/2021

JULGADO: 26/05/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. MARIANA COUTINHO MOLINA

Book_RMP-81.indb 403 14/12/2021 12:31:11

AUTUAÇÃO

SUSCITANTE: TELEFÔNICA BRASIL S.A.
ADVOGADOS: WALTER POLISTCHUCK - RJ011545
PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO - RJ020200
LEONARDO FARIA SCHENK E OUTRO(S) - RJ123888
WESLEY BATISTA DE ABREU - DF023775
ERICK DA SILVA REGIS - RJ170030
WINGLER ALVES PEREIRA - RJ180860
SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SJ/SP
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA MISTA DE BAYEUX - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE CAMPINA GRANDE - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE JOÃO PESSOA - PB
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 15ª VARA CÍVEL DE PORTO ALEGRE - RS
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DE MACEIÓ - AL
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE PORTO VELHO - RO
INTERES.: FÓRUM NACIONAL DE ENTIDADES CIVIS DE DEFESA DO CONSUMIDOR
ADVOGADOS: CLÁUDIO PIRES FERREIRA - RS046840
EDVALDO DA COSTA SILVA - RN013622
INTERES.: INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDECON
ADVOGADO: ADÉLIA DE JESUS SOARES - SP220367
INTERES.: AUTARQUIA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO MUNICÍPIO DE JUNDIA - AL - PROCOMUN
ADVOGADOS: ANTONIO PIMENTEL CAVALCANTE - AL008821
MARIO AUGUSTO SOARES MARTINS - AL017284
JONATHAN PEIXOTO ARAÚJO - AL017445
INTERES.: FUNDO MUNICIPAL DE DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR
ADVOGADO: AÉCIO FLAVIO FARIAS DE BARROS FILHO - PB012864
INTERES.: SECRETARIA MUNICIPAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE JOÃO PESSOA - PROCON - JP
ADVOGADO: ANDRÉ D'ALBUQUERQUE TORREÃO - PB012976
INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA

Book_RMP-81.indb 404 14/12/2021 12:31:11

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA
ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo – Telefonia

SUSTENTAÇÃO ORAL

Assistiu ao julgamento o Dr. LEONARDO FARIA SCHENK, pela parte: SUSCITANTE: TELEFÔNICA BRASIL S.A.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo da 12ª Vara Federal de São Paulo, o primeiro suscitado, para decidir os feitos listados na petição inicial, confirmando a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Book_RMP-81.indb 405 14/12/2021 12:31:11

Detalhe da imagem da capa

Noticiário

MPRJ empossa novos membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça para o biênio 2021-2023

Em sessão solene realizada no dia 23/09, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deu posse aos membros eleitos para compor o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, relativo ao biênio 2021-2023. O pleito se deu no dia 23/08, com votação realizada exclusivamente por meio eletrônico, através do Sistema Eletrônico de Votação (SEV).

A solenidade de posse foi realizada em formato híbrido, por videoconferência e com participação presencial na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados. Foram empossados os Procuradores de Justiça Carlos Roberto de Castro Jatahy, Marcelo Daltro Leite, Angela Maria Silveira dos Santos, Márcia Maria Tamburini Porto, Carla Rodrigues Araujo de Castro, Sávio Renato Bittencourt Soares Silva, Nelma Gloria Trindade de Lima, Márcio José Nobre de Almeida, Elizabeth Carneiro de Lima e Antonio Carlos da Graça de Mesquita. O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, presidiu a sessão.

A Procuradora de Justiça Ana Cíntia Lazary Serour, que deixa a Secretaria do Colegiado em razão do término do mandato, leu o termo de posse e o Procurador de Justiça Adolfo Borges Filho proferiu o discurso de boas-vindas em nome dos decanos. Na sequência, o Procurador de Justiça Carlos Roberto de Castro Jatahy discursou em nome dos empossados: "Somos todos Procuradores com muitos anos de experiência nessa casa. Vimos o MP crescer, aumentar suas funções institucionais e a visibilidade

Book_RMP-81.indb 409 14/12/2021 12:31:12

na sociedade. Muito evoluímos, tanto em matéria de infraestrutura, logística, pessoal, instalações e tudo para bem servir à sociedade, de quem somos delegatários. Teremos agora, no próximo biênio, a possibilidade de demonstrar nossas perspectivas, ideias, nossos pontos de vista ao colegiado e à classe. Devemos ter serenidade e equilíbrio, examinar criteriosamente os feitos que nos forem encaminhados de maneira isenta e impessoal", pontuou o Procurador.

O PGJ encerrou a solenidade cumprimentando os colegas cujo mandato no Órgão Especial acaba de se encerrar, assim como aqueles que agora assumem: "Hoje é um momento festivo, relevantíssimo para a nossa instituição, porque enaltecemos o processo democrático. Eu gostaria de parabenizar os membros natos, que continuarão conosco empenhados na defesa do interesse da instituição, mas quero fazer um reconhecimento aos valorosos colegas que nos deixam, parabenizar pelo trabalho que desempenharam e agradecer todo o empenho e competência com que exerceram suas atribuições. Teremos novos desafios, teremos que pensar em um Ministério Público com algumas questões novas, mas com a sabedoria de todo o colegiado encontraremos novas formas de atuação para que continuemos a prestar um serviço que tem sido reconhecido pela população e, cada vez mais, possamos aprimorá-lo", afirmou o PGJ.

Procurador-Geral de Justiça Luciano Mattos

Além do Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, estiveram presentes à cerimônia os Procuradores de Justiça Cláudio Henrique da Cruz Viana, presidente da Associação do MPRJ (Amperj), a decana do Colegiado, Procuradora de Justiça Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, e a Corregedora-Geral do MPRJ, Luciana Sapha Silveira.

Book_RMP-81.indb 410 14/12/2021 12:31:12

O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, pela Corregedora-Geral do MPRJ, pelos dez Procuradores de Justiça mais antigos na classe e por dez Procuradores de Justiça eleitos. Compete ao órgão, entre outras funções, dar posse ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral e propor a criação de cargos e serviços auxiliares, modificações na Lei Orgânica Estadual do Ministério Público e providências relacionadas ao desempenho das funções institucionais.

Procurador de Justiça Adolfo Borges Filho

Discurso de boas-vindas aos membros eleitos, proferido pelo Procurador de Justiça Adolfo Borges Filho, membro nato do OE:

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, Dr. Luciano Oliveira Mattos de Souza, Presidente do Órgão Especial do Colégio de Procuradores-Gerais de Justiça;

Excelentíssima Senhora Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Luciana Sapha Silveira;

Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Dra. Maria Cristina dos Anjos Tellechea, Decana do E. Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, em nome de quem saúdo todos os integrantes deste Colegiado, natos e recém-eleitos;

Excelentíssimos membros do Ministério Público, autoridades e Advogados;

Book_RMP-81.indb 411 14/12/2021 12:31:14

Ilustríssima Sra. Dayane Monte de Oliveira Kaptzki, Diretora de Suporte aos Órgãos Colegiados, em nome de quem cumprimento todas as servidoras e todos os servidores do MP;

Senhoras e Senhores,

Não poderia deixar de participar de cerimônia tão importante como a que ocorre no dia de hoje. Por esse motivo, resolvi suspender um dia de férias tão somente para poder estar aqui presente e dar as minhas boas-vindas aos novos membros eleitos do Órgão Especial para o biênio 2021-2023. E, para minha surpresa, recebi, na manhã de ontem, telefonema do nosso Presidente, Dr. Luciano Mattos, convidando-me para proferir o discurso de posse em nome do Decanato, com a devida deferência de nossa Decana, Dra. Mara Cristina Tellechea, querida amiga e colega de concurso.

Ingressei no Órgão Especial, como membro eleito, em 2001 e, desde aquele ano, sem interrupções, permaneço compondo o Colegiado porque, em 2005, passei a figurar como o décimo suplente dos membros natos. Sou, portanto, testemunha presencial da relevância institucional dessa entidade ministerial, podendo-se mencionar, entre as atribuições mais relevantes, a aprovação da proposta orçamentária anual do Ministério Público e a iniciativa de propor ao Procurador-Geral de Justiça *"a criação de cargos e serviços auxiliares, modificações na Lei Orgânica e providências relacionadas ao desempenho das funções institucionais" (verbis).* Destaquem-se, também, na área correicional, os recursos contra decisões de vitaliciamento, condenatórias em procedimento administrativo-disciplinar, disponibilidade e remoção por motivo de interesse público. E, como órgão de execução, cite-se, como exemplo, a revisão de decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação *"determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária" (verbis).*

Parabenizo todos os eleitos, em nome do amigo e colega Carlos Roberto de Castro Jatahy, figura marcante na nossa Instituição, não só como membro atuante como também professor brilhante e autor de obra de consulta obrigatória versando sobre o Ministério Público. Cada colega recém-empossado chegou até aqui porque seus méritos, éticos e funcionais, foram avaliados e sacramentados pelo voto democrático dos componentes do E. Colégio de Procuradores de Justiça. Ressalto que, em breve, estaremos deliberando sobre as alterações do regimento interno deste Órgão, com base no trabalho que vem sendo desenvolvido por uma Comissão presidida pela nossa Decana, tendo como demais membros a douta Corregedora, as Procuradoras de Justiça recém-eleitas Márcia Tambuni Porto, Elisabeth Carneiro de Lima e este Procurador de Justiça. A participação dos recém-empossados colegas no projeto de revisão do Estatuto será fundamental para a modernização e agilização de nossas atribuições e, também, na eventual sugestão de alterações da lei orgânica estadual, como, *v.g.,* o retorno de dispositivo referente à substituição do Procurador-Geral de Justiça por parte do membro mais antigo do Decanato.

Para reflexão final, nesses momentos difíceis que atravessamos, com essa pandemia ceifando a vida de milhares de pessoas em nosso país, inclusive de queridos colegas do MP, a quem rendemos nossas homenagens, e com esses absurdos ataques

Book_RMP-81.indb 412 14/12/2021 12:31:14

à democracia e à Justiça, trazemos à colação um precioso texto do amigo e colega Promotor de Justiça Emerson Garcia, *"Promoção e Proteção dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988"* (Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, volume 60, página 126):

> *O rompimento com o regime de exceção e a reconstrução democrática do País, tal qual promovidos pela Constituição de 1988, fazem parte de um processo ainda em curso, sempre dependente do aprimoramento da consciência popular a respeito da real funcionalidade do Estado no relacionamento com o seu elemento subjetivo de sustentação, vale dizer, o povo. O grande desafio a ser enfrentado pelo constitucionalismo brasileiro na promoção dos direitos fundamentais está na efetiva interação lógico-metódica entre os referenciais de plasticidade formal, simbolismo e realidade. Com isso, o extenso rol de direitos fundamentais contemplados em nossa Constituição não só contribuirá para moldar o ambiente sociopolítico como efetivamente se fará sentir na vida de cada brasileiro, de modo que o nosso povo deixe de ver os seus "direitos" como meras obras de arte, vale dizer, belos na aparência, mas insuscetíveis de serem tocados ou usufruídos.*

Como membros deste E. Colegiado, somos responsáveis pelo que se denominaria "fiscalização da fiscalização", ou seja, pelo aprimoramento e pelo controle interno da atividade ministerial sempre em prol da defesa da sociedade.

Peço a Deus que possamos nos reencontrar pessoalmente em breve, numa de nossas sessões, para que possa abraçar cada um de vocês e, em seguida, olhá-los de frente, da bancada do Decanato.

Muito obrigado pela atenção.

Discurso do Procurador de Justiça Carlos Roberto de Castro Jatahy em nome dos empossados:

Exmo. Dr. Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos;

Exma. Dra. Corregedora-Geral do MP, Luciana Sapha;

Exmo. Dr. Presidente da Amperj, Claudio Henrique Vianna;

Colegas integrantes da bancada nata, a quem saúdo na pessoa da Dra Maria Cristina Tellechea;

Membros do MP, servidores e familiares dos empossandos, que assistem esta cerimônia através da internet;

Minhas senhoras e meus senhores;

Meus Colegas empossandos;

Book_RMP-81.indb 413 14/12/2021 12:31:14

Hoje, mais um rito de passagem se celebra na Instituição. Novos integrantes da Bancada eleita tomam posse neste colegiado para, irmanados com seus colegas da bancada nata, *em comunhão de ideias e, principalmente, com fé no ofício do Ministério Público,* exercerem as relevantes funções institucionais que são conferidas ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do MPRJ.

Procurador de Justiça Carlos Roberto de Castro Jatahy

Somos todos, ora empossandos, Procuradores com muitos anos de experiência nesta casa. Alguns de nós anteriores ao advento da Constituição Federal e outros ingressos na quadra imediatamente posterior ao novo paradigma.

Vimos o MP crescer, aumentar suas funções institucionais, ter visibilidade na sociedade e, na mídia, exercer, em sua plenitude, suas prerrogativas e o mandato constitucional que lhe foi outorgado. Muito evoluímos, tanto em matéria de infraestrutura, logística, pessoal e instalações. Tudo para bem servir à sociedade, de quem somos delegatários.

Temos, todos, uma visão pessoal da trajetória da Instituição, marcada por eventuais erros e acertos, avanços e retrocessos, vitórias e derrotas, vistos sempre pela

Book_RMP-81.indb 414 14/12/2021 12:31:15

nossa ótica particular. Muitas destas etapas vencidas com o nosso esforço pessoal, nosso trabalho e nossa contribuição.

Teremos agora, no próximo biênio, a possibilidade e o privilégio de demonstrar nossas perspectivas, nossas ideias e pontos de vista ao colegiado e à classe, opinando sobre questões que versarem acerca da autonomia do MP (o maior legado constitucional que desfrutamos), tanto administrativas quanto orçamentárias além de todas as questões de interesse Institucional, como determinado em nosso ordenamento jurídico.

Deveremos ter serenidade e equilíbrio ao exercer nossas atribuições, em especial àquelas de cunho censório, oriundas da Corregedoria-Geral ou da Chefia Institucional. Examinar criteriosamente os feitos que nos forem encaminhados, de maneira isenta e impessoal, é imprescindível. O destino de colegas e suas carreiras podem estar em nossas decisões. Mas o *Parquet* não pode e não deve, na atual trajetória em que vivemos, compactuar com qualquer viés de corporativismo, divorciado de sua função de guardião do Estado Democrático de Direito. Isenção e equilíbrio são qualidades essenciais sem perder jamais a plena cognição da eventual gravidade dos fatos que nos forem submetidos.

Que nossas eventuais divergências sejam produtivas, voltadas para o aperfeiçoamento profissional e pessoal, nunca ultrapassando os limites da sala de sessões do colegiado, eis que a fraternidade que nos une, *de irmãos no Ministério Público*, deve sempre superar eventuais rusgas no debate respeitoso do plano das ideias, que deve existir.

O momento atual é difícil, havendo inúmeras tentativas de segmentos da sociedade, incomodados com nossa atuação, de apequenar nossas prerrogativas e dificultar nossa atuação Institucional. Há inúmeros adversários externos querendo retornar a tempos pré-constitucionais, quando possuíamos limitadas atribuições e responsabilidades. Estejamos prontos. As lutas continuam.

Finalmente, encerro minha fala lembrando a todos que a Unidade do Ministério Público é inquebrantável, tanto sob a ótica de princípio Institucional preconizado na CF, quanto pela visão de seus membros acerca da Instituição a que pertencem. *Nossas funções Institucionais são nossa fé de ofício.*

Nossos embates são nossas cicatrizes na trajetória da Instituição. Permaneceremos sempre cultuando os valores e responsabilidades que nos foram conferidos pelo Texto Constitucional e delegados por ocasião de nossa posse no cargo inicial da carreira. Sempre unidos enfrentando os desafios contemporâneos do Ministério Público!

Que Deus nos proteja nas nossas novas funções!

Pela atenção, muito obrigado!

Book_RMP-81.indb 415 14/12/2021 12:31:15

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABSOLVIÇÃO APARENTE
267, 268;

ACORDO DE LENIÊNCIA
37, 38, 42, 43, 59, 63, 168, 170, 172, 176;

ACORDO DE LENIÊNCIA PARA A ESFERA CÍVEL
37, 39, 58, 65;

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL
37-39, 43, 58, 60, 61, 63-65, 167-170, 172, 173, 175, 176-178;

ADJETIVAÇÃO PROCESSO KAFKIANO
263, 267;

AGENTE DE CONTRATAÇÃO
209, 210, 213-217;

ATOS ÍMPROBOS
42, 219, 223, 226;

BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS
69-72, 74-86, 88-91, 94-97;

CALAMIDADES PÚBLICAS
258;

CAPACIDADE DE LOCOMOÇÃO
239-242;

CAPACIDADES INSTITUCIONAIS
103, 105, 117, 118, 120, 122, 123;

CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA
239, 244;

COLABORAÇÃO PREMIADA
37, 38, 59, 63, 168;

COMPARTICIPAÇÃO ACESSÓRIA (CUMPLICIDADE)
92;

COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA
69, 90;

COMPARTICIPAÇÃO PRINCIPAL (AUTORIA)
69, 90;

COMPETÊNCIA CONCORRENTE
257, 258;

COMPLIANCE
69-75, 79-81, 84-87, 89, 90, 95, 97, 210;

CONCURSO DE CRIMES
245;

CONSEQUENCIALISMO
103, 118, 120, 122, 123;

CONTRA MULHER POR RAZÕES DA CONDIÇÃO DE SEXO FEMININO
244;

CONTRATAÇÕES REALIZADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA
251;

CORRUPTELA DA PROMOÇÃO PESSOAL
155, 162;

CRIANÇA, ADOLESCENTE OU IDOSO
239, 244

CRIMINAL COMPLIANCE
69, 71, 72, 74, 75;

CRIMINOSOS "PRIVILEGIADOS"
263, 267;

CYBERSTALKING
239, 245;

DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE *COMPLIANCE*
69, 71, 89, 97;

DEVER DE GARANTE
70, 87-90;

DEVER DO ESTADO DE PROTEÇÃO MÍNIMA AOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS
127;

DEVERES DE REPORT
76, 78-80, 86, 96;

DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS
128, 131, 136, 138, 139, 143, 149, 150;

DOLO
29, 30, 46, 47, 64, 86, 89, 92, 95, 96, 224, 234, 243, 244;

ELEMENTARES DO TIPO PENAL
239, 240;

EMPREGO DE ARMA
239, 245;

EXAME DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS
117, 120;

Book_RMP-81.indb 417 14/12/2021 12:31:15

FRAUDE NA PAVIMENTAÇÃO DE VIAS ASFÁLTICAS
251;

GOVERNANÇA
209, 210, 212, 214-217;

ILICITUDE CRÔNICA
251;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ESTATUTO DA CIDADE
219;

INTEGRIDADE FÍSICA OU PSICOLÓGICA
239, 240;

INVASÃO DE COMPETÊNCIAS
257;

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA
103-105, 107;

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO
41, 103, 120, 122;

LIBERDADE OU PRIVACIDADE
239-242;

LICITAÇÃO
163, 210, 213-216, 254;

LIMITES DA CUMPLICIDADE CRIMINOSA
70;

MECANISMOS DE CONTROLE, INTERNO E EXTERNO
251;

MEIOS DE CONSENSUALIDADE
37;

MEIOS DE EXECUÇÃO
239, 243;

MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA
37-38, 44, 64, 170, 174-175, 178;

PANDEMIA
257;

PANORAMA DA CONSENSUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO
37, 39;

PERSEGUIR ALGUÉM
239-240;

PERSPECTIVAS E EXPECTATIVAS
103, 122;

POLÍTICAS PÚBLICAS
49, 104-106, 127-128, 131, 134, 136, 138-139, 141-145, 147, 149-151, 214, 225;

POSSIBILIDADE DE ACORDO NA ESFERA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
37;

POSSIBILIDADES PUNITIVAS DO ADVOGADO
69, 90;

POTENCIAL EXPANSIVO
155, 157;

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O ESTATUTO DA CIDADE
219;

PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVA TÍPICA
239, 237;

PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE
155, 157-159, 163, 212;

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA
127, 130, 149;

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE
155, 159;

PRINCÍPIO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES
209, 212-213;

PROCESSO KAFKIANO
263, 265-267;

PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE
127-128, 130-131, 134, 136-138, 145, 150-151;

PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO
103-104;

PUBLICIDADE INSTITUCIONAL
155-157, 159, 162-165;

QUESTÕES PROCEDIMENTAIS E PROCESSUAIS
167;

REALIDADE BRASILEIRA
165, 251;

REPERCUSSÃO NO PROCESSO PENAL
263;

Book_RMP-81.indb 418 14/12/2021 12:31:15

REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO
239, 246;

RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO ADVOGADO
69, 87;

SEPARAÇÃO DE PODERES
103, 114-116, 119, 122, 133, 137, 139, 143, 144-146;

STALKING
239-240, 242-243;

SUJEITOS DO CRIME
239, 244;

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
37-38, 49-50, 53, 55, 64;

TIPOLOGIA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
219, 221-222;

UTOPIA
111, 257;

VINCULAÇÃO
128, 133, 140, 143, 156.

Book_RMP-81.indb 419 14/12/2021 12:31:15

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Helena Torezani
Coordenação-Geral

Agnaldo Alves
Controle Administrativo

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Luisa Fazolato
Estagiária

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha
Revisão

Patrícia Marques
Karoline Lima
Estagiárias

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

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@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@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br