

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

Imagem decorativa com o brasão de Aracaju, apresentando o nome 'Aracaju' e o nome do imperador 'Pedro II'.

Imagem decorativa com o brasão do Brasil, apresentando o nome 'Brasil' e o nome do imperador 'Pedro II'.

Imagem decorativa com o brasão de Rio de Janeiro, apresentando o nome 'Rio de Janeiro' e o nome do imperador 'Pedro II'.

nº 82 out./dez. 2021

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

Catálogo 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, 82)

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**

Eduardo 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

Ainda perante a persistência da pandemia do Covid-19, o ano de 2021 se encerra em um cenário marcado por um misto de entusiasmo, com o avanço da campanha de vacinação, e apreensão, em face do surgimento de variantes agressivas e de alto contágio. A ressignificação do conceito de “novo normal” se pauta, por um lado, na geração de frustrações e incertezas e, por outro, na renovação das esperanças depositadas na ciência e na perspectiva de retorno à vida cotidiana.

Inserida neste panorama, nossa última publicação de 2021, a 134ª edição, 82ª de sua terceira fase, busca suscitar em nossos leitores reflexões que contribuam para o aprimoramento do pensamento jurídico. Para tanto, é oferecida uma variedade de temas correlatos à realidade que ora vivenciamos, materializados nas contribuições trazidas pelos membros do MPRJ, bem como por outros juristas, acadêmicos e pelos nossos talentosos servidores.

O recebimento de honorários maculados e o branqueamento de capitais; a função do Ministério Público na articulação intersetorial e seus impactos sobre a efetividade das políticas públicas aplicadas ao público infantojuvenil; as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e o convívio familiar paterno-filial; a Lei Complementar nº 178/2021 e as alterações introduzidas no Regime de Recuperação Fiscal e no cômputo das despesas com aposentados e pensionistas; a Lei nº 14.155/2021, que versa sobre os crimes cibernéticos, bem como a interface entre a seara penal e a improbidade administrativa figuram entre os temas debatidos na seção *Doutrina*, ao passo que, nos *Observatórios Jurídico e Filosófico*, respectivamente, são tecidas breves considerações sobre a reforma constitucional tributária e o contribuinte e analisados os reflexos do *absurdo camusiano* no mundo em que vivemos. Na seção *Memória Institucional*, o projeto *História em Destaque* apresenta evidência documental da atuação do Ministério Público em uma situação delicada, contextualizada nos primeiros dias da ditadura militar.

Na seção *Peças Processuais*, divulgamos a praxe institucional dos membros do Ministério Público, como forma de enriquecer o debate institucional, de modo a descrever as distintas facetas do cotidiano que circunda o ambiente institucional. Para a seção *Jurisprudência*, foram selecionadas decisões com indiscutível grau de representatividade quanto às tendências jurisprudenciais dos dois principais tribunais nacionais (STF e STJ), tanto na área cível quanto na criminal.

Por fim, lembramos que nossa Revista conta com a versão eletrônica, cujo objetivo é ampliar a possibilidade de acesso, aumentando o diálogo e permitindo o enriquecimento científico de tantos quantos o almejem. Agradecemos uma vez mais aos autores a colaboração e desejamos a todos os assinantes uma excelente leitura!

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

O recebimento de honorários maculados e o branqueamento de capitais <i>Bárbara Dorati Ferrari</i>	19
A casa enquanto asilo inviolável, a prisão domiciliar e a sua correlação com esta e demais garantias constitucionais: uma análise sistêmica e crítica <i>Carlos Andresano Moreira</i>	47
Lei Complementar nº 178/2021: alterações introduzidas no Regime de Recuperação Fiscal e no cômputo das despesas com aposentados e pensionistas <i>Emerson Garcia</i>	95
A interface entre a seara penal e a improbidade administrativa <i>Fabício Rocha Bastos</i>	113
Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição <i>José Marinho Paulo Junior</i> <i>Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto</i>	129
A função do Ministério Público na articulação intersetorial e seus impactos sobre a efetividade das Políticas Públicas aplicadas ao público infantojuvenil <i>Luciana Nascimento Pereira</i>	141
Levando a sério o impacto do gasto tributário e dos benefícios fiscais: o princípio constitucional da anterioridade obrigatória das estimativas de impacto orçamentário-financeiro no contexto da transparência, do planejamento e da responsabilidade fiscal <i>Marco Antonio Santos Reis</i>	173
As medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e o convívio familiar paterno-filial <i>Regiane Cristina Dias Pinto</i>	193

Teoria da Norma Jurídica	
<i>Reis Friede</i>	215
Lei nº 14.155/2021 dos crimes cibernéticos	
<i>Sauvei Lai</i>	
<i>Pedro Borges Mourão</i>	233

Observatório Jurídico

Breves considerações sobre a reforma constitucional tributária e o contribuinte	
<i>Ives Gandra</i>	245

Observatório Filosófico

Reflexos do <i>absurdo camusiano</i> no mundo em que vivemos	
<i>Adolfo Borges Filho</i>	251

Peças Processuais

Pareceres

Parecer. Consultoria Jurídica. Processo Administrativo. Dúvida suscitada pela Coordenadoria de Movimentação. Efeitos do auxílio prestado em regime de mutirão a órgãos de execução e os consequentes benefícios inerentes ao exercício cumulativo de funções.	
<i>Emerson Garcia</i>	261
Parecer. Processo Administrativo. Dúvida de atribuição suscitada pela 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital. Atribuição em procedimento no qual o Conselho Superior do Ministério Público não homologou o arquivamento de plano. O membro que indeferiu de plano a representação não pode ser compelido a atuar no feito. Princípio da independência funcional. A incompatibilidade para atuar é pessoal e não do órgão de execução. Aplicável à espécie o disposto nos arts. 1º, <i>caput</i> , e §§ 3º, e 8º, II e III, ajustados ao Anexo IV, todos da Resolução GPGJ nº 1876/2013.	
<i>Marlon Oberst Cordovil</i>	267

Memória Institucional

Nota Introdutória277

História em Destaque

Fiscal da Lei mesmo na turbulência279

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.319.776 / Rio de Janeiro. Agravo interno no agravo interno no recurso extraordinário com agravo. Penal e processo penal. Crimes tipificados no artigo 129, § 9º, do Código Penal. Alegada violação ao devido processo legal. Ofensa reflexa. Revolvimento do conjunto fático-probatório engendrado nos autos. Agravo interno desprovido.

Plenário, Sessão Virtual 13/08/2021 a 20/08/2021.....285

Jurisprudência Cível

Agravo Regimental na Reclamação nº 41.791 / Rio de Janeiro. Processual Civil. Agravo Regimental na Reclamação. Ausência de interesse de agir, diante da modificação superveniente do quadro fático na origem. Sucessão de normas editadas pelo estado e município para o enfrentamento da pandemia. Decisões judiciais posteriores à decisão reclamada na via ordinária. Utilização da reclamação como sucedâneo recursal. Recurso de agravo a que se nega provimento.

Primeira Turma, Sessão Virtual 26/03/2021 a 07/04/2021.....293

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.161 / Rio de Janeiro. Constitucional. Ação Direta. Art. 263, §2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Participação de membro do Ministério Público em Conselho Superior de Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano. Reserva de Lei Complementar para estabelecimento de atribuições do Ministério Público. Impossibilidade de exercício de atividades de consultoria de Órgãos Públicos. Interpretação conforme. Procedência parcial.

Plenário, Sessão Virtual 28/08/2021 a 04/09/2020 – 02/10/2020 a 09/10/2020.....323

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus nº 549.340 / Rio de Janeiro (2019/0360205-8). Penal. *Habeas Corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Vínculo estável e permanente constatado. Absolvição. Impossibilidade. Exasperação da pena-base. Quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes. Fundamentação idônea. Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Inaplicabilidade. Réu que se dedica ao tráfico. Condenação pelo art. 35 da Lei de Drogas. Regime fechado. Concurso material. Adequado. Substituição da pena privativa por restritivas de direitos. Falta de preenchimento de requisito objetivo. Ausência de manifesta ilegalidade. *Writ* não conhecido.

Quinta Turma, 06/04/2021 **351**

Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 637.287 / Mato Grosso do Sul (2020/0348961-9). Agravo Regimental no *Habeas Corpus*. Processual Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Prisão domiciliar. Covid-19. Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Ausência dos requisitos. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância, no caso. Agravo desprovido.

Sexta Turma, 14/12/2021 **367**

Jurisprudência Cível

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1826875 / Rio de Janeiro (2021/0019852-7). Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Enunciado administrativo 3/STJ. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Tutela de evidência. *Periculum in mora*. Excepcional presunção. *Fumus boni iuris*. Presença de indícios de atos ímprobos. Reconhecimento. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Dissídio prejudicado. Ausência de questionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Agravo interno não provido.

Segunda Turma, Sessão Virtual de 24/08/2021 a 30/08/2021 **377**

Noticiário

MPRJ indica membros das listas sêxtuplas que serão enviadas ao TJ-RJ para a escolha de novos Desembargadores e define nomes da comissão de concurso para Promotor **395**

Procuradora de Justiça do MPRJ é eleita Vice-Coordenadora da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do CNPG	397
Dia Nacional do Ministério Público: MPRJ entrega Colar do Mérito, Medalha Annibal Frederico de Souza e Prêmio Ideias Inovadoras	399
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....	403



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



O recebimento de honorários maculados e o branqueamento de capitais

Receipt of legal fees and money laundering

Bárbara Dorati Ferrari*

Sumário

Introdução. I. Análise jurisprudencial. II. Propostas de solução para a restrição do tipo penal do branqueamento de capitais. 2.1. A solução pelo tipo objetivo. a) A redução teleológica do tipo objetivo. b) Interpretação conforme a Constituição. c) Solução da derrogação. d) Teoria da adequação da conduta típica. 2.2. A solução pelo tipo subjetivo. III. Branqueamento de capitais e os negócios *standard*: proposta de solução. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho versa sobre o estudo do branqueamento de capitais e o recebimento de honorários dos advogados, no âmbito das atividades básicas de consumo (*standard*), no desenvolvimento de uma atividade tipicamente profissional, diante dos direitos fundamentais à defesa e da livre escolha do defensor, dos arguidos e da liberdade do exercício profissional, pelo defensor.

Abstract

The present work deals with the study of money laundering and the receipt of attorneys' fees, in the scope of basic consumer activities (standard), in the development of a typically professional activity, given the fundamental rights to defense and the free choice of the defender, the defendants and the freedom to professional practice, by the defender.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Branqueamento de capitais. Honorários maculados. Advogado criminal. Condutas *Standard*.

Keywords: *Economic Criminal Law. Money laundering. Defiled fees. Criminal lawyer. Standard Conducts.*

* 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.

Introdução

A crescente busca de combate à criminalidade organizada e ao narcotráfico implicou, em âmbito global, a criminalização de atos de branqueamento de capitais os quais, mediante a ocultação ou dissimulação, contribuem com o mascaramento da origem ilícita e, conseqüentemente, com a consolidação dos lucros auferidos pelos autores com a prática de delitos anteriores. A incidência da sanção penal do branqueamento se justifica como um instrumento político necessário para reforçar a função da pena prevista para os delitos prévios, entendimento este que, geralmente seguido pela doutrina¹, encontra fundamento nos textos internacionais, os quais explicitam que a luta contra o branqueamento de capitais é uma medida fundamental para se combater os crimes acima referidos.

Objetiva-se, para tanto, a punição de condutas pós-consumação de garantia dos benefícios, visando à redução das possibilidades de obtenção de lucro por parte do autor do delito anterior. Deste modo, a luta contra a fraude se manifesta também através da cominação de penas para quem realiza determinadas condutas que contribuem para a consolidação das vantagens econômicas obtidas pelo autor do delito anterior.

Por sua vez, no âmbito dos negócios *standard*, com a realização de atividades que atendem as necessidades básicas (os atos básicos de consumo), encontram-se os advogados, mediante o desempenho de sua atividade profissional: a defesa penal.

A profissão do advogado liberal implica a garantia do direito fundamental à defesa plena e eficaz de todo e qualquer arguido. Para tanto, há o direito à livre escolha do defensor do arguido e o direito ao livre exercício da profissão e ao sigilo profissional do advogado. Este último pode ser compreendido como base da relação de confiança entre as partes, advogado e arguido, e, por outro lado, como condição de uma defesa eficiente e eficaz.

O problema, por sua vez, ocorre quando a contribuição de um sujeito para o delito de branqueamento de capitais consiste na mera prestação dos serviços próprios de sua profissão, do que urge a seguinte indagação: a realização desta atividade é objetivamente idônea para integrar o tipo de branqueamento de capitais? Aceitar a criminalização do advogado sob a justificativa de combater e fazer cumprir as finalidades do branqueamento seria proporcional e necessário? O direito fundamental à defesa plena, efetiva e eficaz, o direito à livre escolha do defensor, pelos arguidos, e o direito ao livre exercício profissional, do defensor, devem ser restringidos? Tais direitos podem ser condicionados? Seria essa uma solução mais apta ao combate ao branqueamento?

Para tanto, no primeiro capítulo, serão apresentadas diferentes decisões de Tribunais Alemães que se tornaram paradigma para a questão do recebimento de

¹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Blanqueo de Capitales y Negocios Standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes em la actividad económico-empresarial*. Madri, Barcelona: Marcial Pons. 2003, p.150.

honorários advocatícios supostamente maculados, quando da prestação de sua atividade profissional.

Em seguida, no segundo capítulo, em cotejo com as decisões jurisprudenciais, serão analisados os diferentes critérios sugeridos pela doutrina (sobretudo alemã) para a solução do problema no âmbito da tipicidade objetiva e subjetiva do delito em questão, visando à restrição do tipo do branqueamento de capitais e o consequente afastamento da tipicidade da conduta do recebimento de honorários maculados pelos advogados.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão abordadas as propostas de solução elaboradas pela doutrina espanhola e brasileira para o problema do branqueamento de capitais, no âmbito dos negócios *standard*, tendo em vista as finalidades do combate do branqueamento de capitais.

I. Análise jurisprudencial

Indubitavelmente de grande relevância, o tema dos honorários maculados tem sido frequentemente debatido e conta com duas decisões de casos relevantes verificados na Alemanha, ambos de extrema valia, visto terem se tornado importante referencial e paradigma sobre este tema.

O primeiro caso ocorreu em 10 de fevereiro de 1999, onde a polícia alemã deteve uma mulher que, procedente da Holanda, transportava um quilo de cocaína em seu veículo, cujo destino era a cidade de Colônia, na Alemanha². Após investigações, a polícia averiguou que a detida possuía relações com um suspeito de ser chefe de uma organização de narcotráfico da região³. Diante do ocorrido, um advogado foi contratado para postular a libertação da custodiada, mas recebeu seus honorários em dinheiro efetivo, motivo pelo qual foi acusado de branqueamento de capitais, pois, segundo a acusação, este dinheiro procedia do narcotráfico⁴.

Em primeira instância⁵, foi absolvido pela ausência de tipicidade subjetiva, diante da insuficiência de provas acerca do conhecimento do advogado sobre a origem ilícita do valor recebido a título de honorários⁶.

Da decisão de absolvição com fundamento na ausência de dolo ou imprudência grave do advogado relativamente à origem ilícita dos honorários, houve recurso ao Tribunal Superior *Oberlandesgericht* (OLG) de Hamburgo⁷, o qual manteve a absolvição, contudo, com fundamento diverso daquele consignado na decisão recorrida, qual seja,

² RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p. 132.

³ Para uma análise completa e detalhada da questão do recebimento de honorários maculados pelos advogados como contraprestação de seus serviços prestados, bem como da decisão do Tribunal Superior de Hamburgo vide RIOS, Rodrigo Sanches. *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245-299.

⁴ Mais especificadamente, de acordo com a acusação, a procedência ilícita deste valor foi, no dia anterior, de cerca de 300 gramas de cocaína pela quantia de 195000 marcos. RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p. 132.

⁵ *Landgericht* (LG) de Hamburgo, decisão de 28.09.1999, 629 KLS 4/99.

⁶ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p. 132.

⁷ OLG de Hamburgo, decisão de 06.01.2000. In: NJW, 2000, p. 673 ss., *apud* RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p. 133.

com base na ausência de tipicidade objetiva. No caso, o referido tribunal entendeu que a conduta do advogado não preenchia objetivamente o tipo do branqueamento de capitais⁸. Frise-se que, para chegar a esta decisão, a Corte de Apelos realizou uma interpretação conforme a Constituição, realizando uma ponderação entre a *ratio* da punição do branqueamento de capitais com direitos reconhecidos constitucionalmente e que são violados com a criminalização dos advogados, entre os quais destacam-se o direito ao livre exercício da profissão, o direito à livre escolha do defensor, bem como a grave afetação da relação de confiança entre o cliente e seu advogado, a qual se mostra imprescindível a uma defesa eficiente e eficaz⁹.

Ademais, ao realizar a ponderação de interesses em conflito com a criminalização do recebimento de honorários, o Tribunal constatou ainda outras consequências negativas com implicações no direito fundamental à defesa, como o risco de renúncia, por parte dos advogados, diante do temor de serem processados ou então sofrerem violações de seus registros; a circunstância de que a designação de defensores públicos deve ser medida excepcional, devendo prevalecer o direito de livre escolha do arguido sobre a indicação de advogados liberais e, ainda, traz a questão de que o pagamento de honorários, por parte do acusado, caracteriza, na verdade, um encargo a este, e, conseqüentemente, não há vantagem, não contribuindo, portanto, com o objetivo de lucro buscado pela prática de um crime econômico. Pondere-se igualmente que este último argumento, em cotejo com os direitos fundamentais atingidos, foi significativo na decisão¹⁰.

Após referidas considerações, o Tribunal Superior de Hamburgo (*Oberlandesgericht*), para proferir a decisão, realizou o seguinte questionamento: diante das consequências negativas da criminalização da conduta do recebimento de honorários, entre as quais, violação a direitos fundamentais e a consideração de que o advogado criminal possui uma extrema importância em um Estado de Direito, seria idôneo, proporcional e necessário ao interesse pretendido realizar tal penalização? Entendeu que, não obstante ser idôneo ao combate e finalidade da lei de branqueamento de capitais, no que tange a proporcionalidade e necessidade, não deveria prosperar a pretensão persecutória do Ministério Público¹¹.

Assim, na ponderação de interesses, concluiu-se que a criminalização do recebimento de verba honorária seria desfavorável diante da relevância dos direitos que seriam restringidos e atingidos pelo sancionamento daquela conduta socialmente neutra. Por tudo isso, a Corte decidiu pela absolvição do advogado arguido, em razão

⁸ DE GRANDIS, Rodrigo, O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 132.

⁹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p.133-136; AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 57-103, mais especificadamente p. 70-71; DE GRANDIS, Rodrigo, ob. cit., p. 132; 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, 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 194-195.

¹⁰ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p. 133-136.

¹¹ Idem, p. 134-136.

da atipicidade objetiva, ou seja, o recebimento de honorários maculados não poderia ser objetivamente abrangido pelo tipo do branqueamento de capitais¹².

Ocorre que, cerca de um ano e meio depois, precisamente em 04 de julho de 2001, um novo caso rendeu ensejo a uma nova decisão acerca da persecução penal e punibilidade do recebimento de honorários maculados, na qual o Supremo Tribunal Alemão (BGH), por sua vez, no âmbito da tipicidade subjetiva, condenou um casal de advogado por branqueamento de capitais (§261, II, nº 1 do Código Penal Alemão) por terem recebido honorários antecipados mesmo cientes da origem ilícita¹³.

O caso ocorreu em Frankfurt, onde um casal de advogados aceitou a defesa de um casal acusado de esquema de fraude no mercado de investimentos financeiros em que faturaram em torno de um milhão de marcos, e que, para realizá-la, receberam em dezembro de 1994, o valor de 200 mil marcos de honorários antecipados. Em face disto, foram processados e condenados em primeira instância pelo Tribunal de Frankfurt (*Landgericht*)¹⁴ por branqueamento de capitais, a uma pena de 09 meses de prisão¹⁵.

Esta decisão foi recorrida perante o Supremo Tribunal Alemão (BGH)¹⁶ que, em 04 de julho de 2001, rejeitando de forma direta cada um dos argumentos proferidos pelo OLG de Hamburgo de 06 de janeiro de 2000, confirmou a condenação de primeiro grau por branqueamento de capitais (§261 do Código Penal Alemão), entendendo que a conduta dos advogados que recebem seus honorários advindos de origem ilícita, tendo o conhecimento disto, efetivamente caracteriza o crime de branqueamento de capitais¹⁷.

A decisão condenatória, por sua vez, se deu pela tipicidade subjetiva. Para tanto, realizou a análise primeiramente da tipicidade objetiva, a qual, segundo o Tribunal, não seria caso de exclusão, contrariando a decisão do Tribunal Superior de Hamburgo (*Oberlandesgericht*), alegando inclusive, mediante uma série de argumentos,

¹² Em sua decisão, o Tribunal deixou claro que há exceções (no caso, a restrição que realizou não é ilimitada), e que sua conclusão se deu em face da consideração de que, entre as partes há uma verdadeira relação de advogado-cliente, de modo que, de fato, quando o pagamento dos honorários consubstanciar, na verdade, uma fraude para o branqueamento (por exemplo, quando o advogado atua como fiduciário de seu cliente ou então quando se tratar de um negócio simulado, ou ainda, quando age como cúmplice, abusando de sua relação de mandato para ocultar a origem ilícita do patrimônio) ou quando os bens sujeitos ao branqueamento advêm da prática de crime cuja vítima é identificada, nestes casos o advogado deverá ser punido, atendendo os fins da punição do branqueamento, cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 136-138 e AMBOS, Kai, ob. cit., p. 71. Para uma análise detalhada da decisão, inclusive, quanto às exceções à regra, como quando os bens sujeitos ao branqueamento advêm da prática de uma crime cuja vítima é identificada ou quando a atuação do advogado interfere no funcionamento da administração da justiça, vide RIOS, Rodrigo Sánchez, ob. cit., p. 247.

¹³ Sobre uma análise detalhada do julgado, ver BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3.ª ed. Navarra: Aranzadi, 2012, p. 616-622; AMBOS, Kai, ob. cit., p. 58-59; I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 138.

¹⁴ LG de Frankfurt, decisão de 04.05.2000. AZ 5/2017 Kls 92 Js 3362.7/96, IV, UA, p. 46.

¹⁵ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 58-59; I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 138.

¹⁶ BGH, decisão de 04.07.2001, 2 StR 513/00. O texto pode ser encontrado em: BGHSt 47, p. 68 ss.

¹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 139-141; AMBOS, Kai, ob. cit., p. 58-59; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 616-622; BUSSENIUS, Anne. Money Laundering by Defence Counsel – The Decision of the Federal Constitutional Court. In: *5 German Law Journal*, 2004, p. 1047-1048. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=490>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

que admitir a tipicidade da conduta dos advogados não violava quaisquer de seus direitos fundamentais¹⁸.

Por sua vez, da análise da tipicidade subjetiva, entendeu que houve dolo por parte dos acusados. No caso, o referido animus do agente foi constatado pela quantia extremamente elevada e satisfeita em dinheiro – indícios que, segundo o Tribunal, inviabilizam a alegação de crença, por parte dos advogados, na inocência de seus clientes e, conseqüentemente, ausência de dolo. Logo, a condenação se fundamentou pela tipicidade subjetiva em face do conhecimento da origem ilícita de seus honorários¹⁹.

Ocorrer que, novamente a decisão foi recorrida, e dessa vez ao Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*)²⁰, o qual, confirmou a condenação dos advogados por branqueamento de capitais, todavia, ressaltou que o §261, alínea 2, nº 1, do Código Penal Alemão somente seria compatível com os direitos fundamentais se houvesse, pelo advogado, o conhecimento exato da origem ilícita, no momento de aceitação dos seus honorários²¹.

É imperativo reconhecer que a decisão do Tribunal Constitucional, proferida em março de 2004, adotou a tipicidade subjetiva para resolver a questão, mediante o dolo direto. Assim, entendeu que, no caso em análise, a conduta dos advogados caracterizou o crime de branqueamento de capitais pelo fato de que os arguidos conheciam de forma segura a sua origem delitiva e, portanto, teriam atuado com dolo direto²². Para tanto, consideraram como indícios do efetivo conhecimento da origem ilícita dos honorários e a respectiva má-fé do advogado os seguintes fatores:

¹⁸ Para tanto, enfrentou cada um dos argumentos utilizados pelo Tribunal Superior *Oberlandesgericht* (OLG de Hamburgo) para fundamentar a sua decisão de que o recebimento de honorários maculados não pode ser objetivamente abrangido pelo tipo do branqueamento de capitais: quanto ao direito ao livre exercício profissional, não há, segundo o BGH, violação, pois este direito não inclui o direito de ser retribuído com dinheiro que sabe ser procedente de crime; para o direito à livre escolha do advogado, este também não seria violado, pois pressupõe que os acusados tenham uma capacidade econômica para exercê-lo, não podendo afirmar que dispõe de tal capacidade aquele que somente possui dinheiro de origem ilícita. Para estes, há o defensor público que, além de ser suficiente para garantir a proteção de seus direitos fundamentais, há também a possibilidade de escolha de um advogado de sua confiança; e, por fim, quanto à relação de confiança entre advogado e acusado também não há violação uma vez que, o advogado sempre possui a possibilidade de rejeitar a defesa ao tomar conhecimento da origem do dinheiro, se negando a conhecer detalhes do caso, cf. RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p. 140-141. Diante disto, entendeu o BGH que, da literalidade do que dispõe o artigo 261, inciso 2, do Código Penal, pode-se entender que não se exclui o advogado criminalista como autor nem o seus honorários como objeto do tipo penal de lavagem de dinheiro. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 59

¹⁹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p. 139-141; AMBOS, Kai, ob. cit., p. 58-59; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 616-622; BUSSENIUS, Anne, ob. cit., p. 1047-1048.

²⁰ BVerfG, decisão de 30.03.2004, 2 BvR 1520/01, 1521/01. In: NJW, 2004, p. 1305 ss.

²¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 622-627; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo, ob. cit., p. 195; BUSSENIUS, Anne. *Money Laundering*, ob. cit., p. 1049ss; DE GRANDIS, Rodrigo, ob. cit., p.134; 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, p. 103-105. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34674/1/Lavagem%20de%20dinheiro%20e%20advocacia.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 195; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 627; DE GRANDIS, Rodrigo, ob. cit., p. 134.

desproporcionalidade do valor de honorários recebidos (quantia extraordinária, comparado à tabela) e o fato da verba honorária ter sido paga em dinheiro²³.

Em sua sentença, o BVerfG afirmou que o tipo penal do § 261, II, nº 1, do Código Penal Alemão pode ser objeto de uma interpretação restritiva conforme a Constituição, de modo que somente poderá ser condenado por recebimento de honorários maculados aqueles advogados que sabem, de forma segura, a origem ilícita destes, excluindo-se o dolo eventual ou a negligência²⁴.

Para chegar a esta solução, o Tribunal Constitucional constatou, no âmbito da tipicidade objetiva, e em sintonia com o decisório do OLG de Hamburgo, que criminalizar a conduta de recebimento de honorários implicaria, ainda que de forma reflexa, a violação de direitos fundamentais de extrema importância, como o direito à ampla defesa, o direito ao livre exercício da profissão e o direito à livre escolha do defensor. Com efeito, colocar em perigo o direito do defensor penal de explorar – e de um modo razoável – os seus serviços profissionais interfere diretamente na relação de confiança advogado-cliente, a qual se mostra indispensável a uma defesa efetiva e, portanto, afeta diretamente a administração da justiça, uma vez que, para tanto, é indispensável que lhe seja garantido o exercício de seu trabalho de forma livre e independente, sem temor de que, ao aceitar a defesa de um cliente, possa sofrer o risco de uma perseguição penal²⁵.

Para o BVerfG, tais riscos advêm da amplitude do tipo subjetivo do § 261, II, nº 1, do Código Penal Alemão e, portanto, realizar uma interpretação ampla deste tipo, com a conseqüente aplicação ilimitada, vai de encontro a proibição do excesso e diversos direitos, o que não se justifica sob a ótica constitucionalmente. Diante disto, a referida Corte realizou no âmbito da tipicidade objetiva, uma ponderação de interesses, tendo em vista a gravidade de suas implicações quando aplicadas para o defensor: de um lado, a perseguição do § 261, II, nº 1, é idônea e necessária à finalidade do branqueamento, qual seja, o combate à criminalidade organizada²⁶, sendo que, para atingir esta finalidade, o legislador acabou ampliando e incluindo terceiros que não tomaram parte no delito prévio, como é o caso do advogados com o recebimento de seus honorários. Do outro, violação a direitos constitucionalmente garantidos em prol de ambas as partes, acusado e defensor²⁷.

No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, entendeu-se que a inclusão ilimitada dos advogados como destinatários do tipo do branqueamento de capitais é

²³ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 627; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 104.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 195; BUSSENIUS, Anne. *Money Laundering*, ob. cit., p. 1049 ss.; DE GRANDIS, Rodrigo, ob. cit., p. 134.

²⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 624-626 – que, inclusive, menciona o fato de que as autoridades podem, ainda que de forma indireta, afetar a relação da defesa; CONTRERAS ENOS, Marcos. *Blanqueo de capitales y honorarios del defensor en el Derecho alemán*. InDret, Barcelona, n.º 3, julho de 2018. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1393.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2019, p.11.

²⁶ Cf. RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p. 150, está implícito nos textos internacionais que, a luta contra o branqueamento de capitais é uma medida fundamental para se combater a criminalidade organizada e narcotráfico; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 104.

²⁷ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p.11-12; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 104-105.

pouco adequada em face da finalidade buscada com a penalização deste delito, tendo em vista as implicações graves que ela ocasiona no direito à liberdade profissional do advogado, por exemplo. Diante disto, o Tribunal Constitucional entendeu não cumprir com as exigências da necessidade, da proporcionalidade e da idoneidade, de modo que criminalizar o recebimento de honorários maculados por mero dolo eventual seria uma medida excessiva e não socorreria à finalidade buscada pelo legislador, sendo, na verdade, um prejuízo a defesa, além de colocar em perigo os direitos do advogado a uma remuneração, nos casos de mera suspeita. Logo, seria necessário a redução do tipo conforme a Constituição²⁸.

Por tudo isso, velando pelo princípio da proporcionalidade, o BVerfG entendeu que a afetação aos direitos fundamentais que implica o § 261, II, nº 1, do Código Penal Alemão, estaria, no entanto, constitucionalmente justificada quando o defensor tiver a certeza (dolo direto) da procedência ilícita de seus honorários no momento do recebimento, de modo que a redução do tipo implicou o afastamento do dolo eventual e imprudência, permanecendo tão somente a penalização quando houver o pleno conhecimento²⁹.

II. Propostas de solução para a restrição do tipo penal do branqueamento de capitais

Partindo-se da análise dos paradigmáticos precedentes da jurisprudência alemã referidos no capítulo primeiro e que versam sobre a temática do recebimento de honorários maculados, é possível verificar decisões e soluções diversas apontadas pelas Cortes germânicas. Não obstante a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão possuir uma maior importância no quesito referencial e paradigma para as decisões seguintes, há, ainda, certo dissenso quanto à matéria e diferentes posições doutrinárias, as quais, em busca de solução, elaboraram diferentes teorias para restringir o âmbito de aplicação do delito de branqueamento de capitais aos honorários maculados.

Primeiramente, importante observar a evidente colisão de interesses e direitos: de um lado, a busca do combate ao branqueamento de capitais, e de outro, o respeito a direitos fundamentais, como à defesa, a livre escolha do defensor, por parte do acusado, bem como o livre exercício profissional, por parte do advogado³⁰.

O combate ao branqueamento de capitais mediante a incriminação específica de determinadas atividades é um fenômeno relativamente recente, que deriva da

²⁸ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p.11-12.

²⁹ Idem, p. 12.

³⁰ Cf. considerado na decisão do OLG de Hamburgo, AMBOS, Kai, ob. cit., p. 66-68, menciona outras implicações negativas que a incidência do tipo do branqueamento de capitais aos advogados pelo recebimento de honorários maculados implica, tais como a relação de confiança entre advogado-cliente que evidentemente é afetado pelo risco, por parte do defensor, de uma persecução penal, bem como o possível esvaziamento do instituto do defensor privado, que, não obstante tratar-se de um direito fundamental de qualquer cidadão, acabará sendo substituído pelo defensor público, o qual, inclusive, é para ser em casos excepcionais; Na mesma linha, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133.

preocupação e vontade dos Estados em combater o crime organizado³¹. Este objetivo é evidenciado no crescente número de acordos internacionais elaborados nos últimos anos sobre esta matéria e que, uma vez em vigor, influenciam no ordenamento jurídico de diversos países, os quais passaram a criminalizar atos de branqueamento de bens provenientes de crimes³².

Diante disto, a busca pelo combate e pela prevenção ao branqueamento em âmbito global, seja mediante a elaboração de acordos, diretivas, e ainda por meio da transposição destas para a legislação interna dos Estados, implicou a criminalização de determinadas atividades que acabam por ser, de certa forma, incompatíveis com a pretendida criminalização³³. Com efeito, os denominados negócios *standard* (negócios ou comportamentos padrão) correspondem às atividades que atendem necessidades mais básicas e cotidianas, como a prestação de serviços médicos ou advogados³⁴.

O problema surge quando o dinheiro recebido à título de contraprestação de serviços profissionais, no caso dos advogados, os seus honorários, for de origem ilícita. Neste caso, haverá, de fato, a contribuição para o branqueamento de capitais? Impõe-se perquirir se a prestação da defesa penal, enquanto atividade profissional, será objetivamente idônea para integrar o tipo de branqueamento de capitais? Caso positivo, tendo em vista a posição do advogado como garantidor do direito fundamental à defesa, seria proporcional e necessário aceitar a criminalização da atividade advocatícia sob a justificativa de combater e fazer cumprir as finalidades do branqueamento? Passaremos agora ao entendimento doutrinário com suas respectivas teorias e propostas de solução para estas e outras questões já suscitadas anteriormente.

2.1. A solução pelo tipo objetivo

Como regra geral, a posição majoritária da doutrina conclui por negar punibilidade à conduta dos advogados que recebem honorários de origem ilícita. Para tanto, recorrem a diversos critérios, entre os quais, a exclusão da tipicidade da conduta apelando aos direitos fundamentais atingidos, ou seja, entendem se tratar de um problema cuja solução se encontra no plano do tipo objetivo³⁵.

³¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 128.

³² Cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 60-61, sobretudo após o atentado de 11 de setembro de 2001, que implicou na União Europeia, a elaboração de diversas Diretivas com objetivos mais abrangentes para o combate além do branqueamento de capitais o financiamento ao terrorismo. No caso, a mais recente é a Diretiva (UE) 2015/849, de 30 de maio de 2018, relativa à prevenção e utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera as Diretivas 2009/138/CE e 2013/36/UE. Texto encontrado no Jornal Oficial da União Europeia de 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN>>. Acesso em: 09 ago. 2019; Também, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 128.

³³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 130-131.

³⁴ Cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 316, as condutas socialmente adequadas não criam um risco proibido de modo que, tais condutas, não são tipicamente relevantes.

³⁵ Via de regra, na doutrina, defende-se a atipicidade das condutas *standard*, entendendo-se que, os negócios realizados para satisfazer as necessidades vitais e sociais mais básicas – entre as quais encontra-se a defesa

Os posicionamentos doutrinários favoráveis à solução pelo tipo objetivo partem de diversas propostas teóricas para afastar a incidência do tipo penal do branqueamento de capitais aos advogados que recebem honorários maculados quando efetivamente realizam a defesa, entre as quais³⁶: a redução teleológica do tipo do branqueamento, a interpretação conforme a Constituição, a solução da derrogação e a teoria da adequação da conduta típica³⁷.

a) A redução teleológica do tipo objetivo

O primeiro critério defendido por um setor considerável da doutrina para afastar a incidência do branqueamento de capitais do recebimento de honorários maculados é a redução teleológica do tipo objetivo. Este critério de restrição do tipo depende do bem jurídico protegido pelo delito³⁸. Porém, é neste ponto que o critério se mostra falho, pois, no que tange ao branqueamento de capitais, não há um consenso quanto ao bem jurídico que ele visa proteger. Há posições que defendem se tratar da livre concorrência, a tutela do tráfico de drogas, a credibilidade do sistema econômico, a segurança jurídica e a segurança interna do Estado, a ordem socioeconômica em geral, a administração da justiça e, inclusive, há quem entenda se tratar do mesmo bem violado pelo delito anterior ao branqueamento³⁹.

Na Espanha, por exemplo, predomina o entendimento de que o bem jurídico protegido são os bens de natureza supraindividuais, mais especificadamente os de natureza econômica. Na Alemanha, por sua vez, predomina a concepção de que o bem jurídico protegido é a administração da justiça, mas também a proteção dos bens jurídicos violados pelo delito anterior. Diante desta falta de unicidade, na doutrina espanhola se entende que, do mesmo modo como ocorre com o crime de receptação, a punição do crime de branqueamento de capitais se justifica como um instrumento político necessário para reforçar a função da pena prevista para os delitos prévios. Logo, se defende o isolamento econômico do autor do delito anterior, excluindo-o das atividades econômicas, inclusive das atividades *standard*, uma vez que a grande maioria dos crimes econômicos supõe que o sujeito ativo possua o ânimo de lucro,

penal –, devem ser excluídos do âmbito da punição do branqueamento de capitais. RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p. 142; FRISCH, Wolfgang, ob. cit., p. 316.

³⁶ Na Alemanha, entre as propostas doutrinárias para restringir o âmbito de aplicação do delito de branqueamento de capitais ao recebimento de honorários maculados, encontram-se além da redução teleológica do tipo, interpretação conforme a Constituição, solução da derrogação e a Teoria da adequação da conduta típica há também: Teoria da adequação social, Teoria da imputação objetiva em sentido amplo; solução da causa de exclusão da punibilidade (*Strafausschließungslösung*); solução da causa de justificação (*Rechtfertigungslösung*); a tese de W. Wohlers. Cf: AMBOS, Kai, ob. cit., p. 70-94; CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p.10-25; BERRUÉZO, Rafael; COPPOLA, Nicolás. *El delito de blanqueo de dinero*: lavado de dinero por cobro de honorarios, ignorancia deliberada y Derecho comparado. Buenos Aires: B de F, 2018, p. 168-195; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 100-105.

³⁷ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 70.

³⁸ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p.16-17.

³⁹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, ob. cit., p. 146-154; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 89-92.

e, assim, a redução das possibilidades de obtenção deste lucro, por parte do autor, seria um instrumento político criminal idôneo na luta contra esses delitos⁴⁰.

Diante deste dissenso quanto ao bem jurídico, a doutrina favorável ao afastamento da tipicidade objetiva do recebimento de honorários maculados mediante este critério aponta os motivos pelos quais este comportamento não implica a violação no propósito perseguido pela norma. No caso, para negar a lesão à administração da justiça como bem jurídico protegido pelo branqueamento (§ 261 StGB), conforme posição predominante na Alemanha, pelo recebimento de honorários maculados, sustenta-se que não inexistente sua violação, tendo em vista o *status* constitucional ostentado pelo advogado, na medida em que sua função também compõe a administração da justiça, notadamente quando a ele se atribui a realização da defesa penal, amparando pelos interesses e direitos dos acusados, essencial ao bom funcionamento da administração⁴¹.

De acordo com outra posição, a administração da justiça engloba diversos outros aspectos que também não são afetados pelo recebimento de honorários maculados, tais como a obtenção de uma sentença penal correta e justa, a qual pressupõe inclusive a atuação de um defensor, e o efeito preventivo de que “o crime não compensa”. Ninguém comete um crime para pagar mais dinheiro ao advogado, logo, não há violação ao bem jurídico do delito anterior com a conduta do advogado que recebe honorários como contraprestação de sua defesa. No mesmo sentido, também é falho o argumento daqueles que alegam que a não penalização do recebimento de honorários maculados representaria um incentivo à prática de novos delitos, pois pretende com a respectiva penalização o isolamento econômico do autor do delito anterior. Novamente, ninguém pratica um crime com a intenção de posteriormente se envolver em um processo penal e poder realizar o pagamento de sua defesa. Pelo contrário, trata-se de um desestímulo à prática de crimes⁴².

Sob o ponto de vista de política criminal em face do crime antecedente, a penalização do recebimento de honorários seria irrelevante no que tange à função preventiva da pena do delito anterior⁴³. Para a tutela de interesses supraindividuais (proteção do sistema econômico de um Estado), a realização desses “atos básicos de consumo”, tais como a prestação de serviços advocatícios, não coloca em perigo a livre concorrência e, portanto, do ponto de vista da lesividade penal, não justifica a punição de tais atos pelo direito penal⁴⁴.

Por fim, ao se analisar o tipo penal do branqueamento nos ordenamentos jurídicos de modo geral, se percebe que são condutas com a finalidade de “ocultação ou dissimulação” da origem ilícita do numerário ou do bem de origem criminosa. Assim, no

⁴⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 146-154; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 89-92.

⁴¹ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p.17.

⁴² Idem, *ibidem*.

⁴³ PÉREZ-MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons. 2009, p. 169-206, mais especificadamente p. 185.

⁴⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 143.

âmbito das condutas *standard*, quando estas consubstanciarem somente na prestação de serviços profissionais, como é o caso da atividade advocatícia, será penalmente atípica, desde que não tenha a finalidade de encobrimento da origem ilícita⁴⁵.

Nessa linha, em princípio, poder-se-ia utilizar esses argumentos para fundamentar a atipicidade do recebimento dos honorários maculados diante da ausência deste fim especial de ocultação, além do fato de que não há, com esta conduta, a violação a nenhum dos bens jurídicos considerados pela doutrina como sendo o do branqueamento. Logo, por este critério da redução teleológica do tipo objetivo, que se fundamenta em torno do bem jurídico protegido – ainda que este não seja definido, de forma unânime – para a exclusão do tipo de recebimento de honorários contaminados, por parte do defensor, esta exclusão é perfeitamente visualizada ao se considerar que o comportamento do advogado de receber a contraprestação de seus serviços não põe em causa o propósito prosseguido pela norma⁴⁶.

b) Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição, critério pelo qual se busca restringir a aplicabilidade do tipo penal, toma por base a própria Constituição e os direitos nela previstos, buscando-se a interpretação melhor e mais adequada ao texto constitucional⁴⁷. A questão da responsabilização do advogado por branqueamento de capitais em face do recebimento de honorários maculados, ao ser interpretada à luz de direitos previstos na Constituição, importa, de um lado, a busca do combate ao branqueamento de capitais com o isolamento econômico do autor do delito anterior e, por outro, a violação de diversos direitos fundamentais⁴⁸.

Apesar de parte da doutrina confundir os métodos interpretativos, a interpretação conforme a Constituição, diferentemente da interpretação teleológica do tipo objetivo, se baseia na violação de direitos fundamentais com a aplicação do tipo do branqueamento (§ 261 II StGB) ao recebimento de honorários maculados pelo advogado. Embora possuam a mesma finalidade de redução do tipo objetivo, diferem quanto à referência, neste, a Constituição e os direitos nela previsto, e naquele, o objeto jurídico do branqueamento⁴⁹.

A redução do tipo de branqueamento conforme a Constituição (*verfassungskonforme Reduktion*) consiste no argumento utilizado pelo Tribunal *Oberlandesgericht* (OLG) de Hamburgo⁵⁰, o qual, conforme já visto, após realizar uma

⁴⁵ É o entendimento da doutrina majoritária espanhola, para a qual a interpretação restritiva deve ser realizada tendo em vista a finalidade exigida com as condutas de transmissão, aquisição..., de mascarar o bem procedente de delito anterior, fugindo das consequências legais. PÉREZ-MANZANO, Mercedes, ob. cit., p. 181-183.

⁴⁶ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 18.

⁴⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez, ob. cit., p. 245-299.

⁴⁸ KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 92.

⁴⁹ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 18; BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolás, ob. cit., p. 135-136, p. 168-195.

⁵⁰ NJW, 2000, p. 673 e ss. e NStZ 2000, p. 311 e ss.

ponderação de interesses em conflito, entendeu que a penalização do recebimento de honorários maculados pelos advogados, quando de fato ocorrer uma defesa técnica pelo defensor⁵¹, não se mostra necessário nem proporcional em face dos direitos fundamentais restringidos, sobretudo o direito ao livre exercício profissional dos advogados e na livre escolha do defensor, pelo acusado⁵².

Em sua decisão, aquela Corte rechaçou propostas doutrinárias para restrição do tipo, reputadas insatisfatórias, como a teoria da adequação social da conduta, entendendo ser extremamente vaga esta alegação, em face da imprecisão do que seria adequado ou inadequado e a ausência da tipicidade subjetiva (no caso, dolo ou imprudência) pelo fato de que no processo legislativo se ampliou o tipo para os casos de imprudência grave (e não somente dolo direto) bem como pelo fato de que ninguém, tampouco o advogado, é capaz de saber, ainda que eventualmente, a procedência dos honorários, sobretudo quando defende autores de determinados crimes⁵³.

Há, por sua vez, um seguimento doutrinário que se apoia em outros argumentos, no direito à livre escolha do defensor e no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Para esta corrente minoritária, diferentemente do entendimento do OLG de Hamburgo, não há exceções, razão por que nela se defende uma interpretação conforme a Constituição sem limitações⁵⁴.

Ao encontro da decisão do Tribunal OLG de Hamburgo se dirige a posição majoritária da doutrina, segundo a qual os negócios realizados para satisfazer as necessidades mais básicas (condutas *standard*), entre os quais se encontra o pagamento de honorários profissionais aos advogados, devem ser excluídos do âmbito da punição e, para tanto, socorrem aos direitos fundamentais implicados. Por isso mesmo, se apegam ao critério da interpretação conforme a Constituição⁵⁵.

Por sua vez, os posicionamentos doutrinários contrários a esta solução utilizada pelo Tribunal de Hamburgo para a restrição do tipo se apegam nos seguintes fundamentos: primeiramente, entendem não ser o caso de excluir da tipicidade os negócios e condutas *standard*, entre os quais a conduta dos advogados que atuam na defesa criminal, pois, ainda na fase de tramitação legislativa do artigo § 261, em uma de suas versões preliminares, havia uma cláusula para se excluir que atendessem às necessidades mais cotidianas. No entanto, esta cláusula foi expressamente rejeitada no processo legislativo e não foi incluída no texto final aprovado, de modo que o recebimento de honorários de origem ilícita é conduta típica, conforme o § 261, II, nº 2 do Código Penal alemão⁵⁶.

⁵¹ Vide as exceções trazidas na decisão do Tribunal Superior *Oberlandesgericht* (OLG de Hamburgo), no texto da nota 12, *supra*.

⁵² AMBOS, Kai, ob. cit., p. 70-71; Ramon, ob. cit., p. 135-136.

⁵³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 139-141; AMBOS, Kai, ob. cit., p. 73-74.

⁵⁴ GRÄFIN VON GALEN, «Der Verteidiger – Garnt eines rechtsstaatlichen Verfahren oder Mittel zu Inquisition? Der Beschuldigte – verteidigt oder verkauft?». StV, 2000, p. 583, *apud* CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 20.

⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 142.

⁵⁶ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 71-73; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 616-617; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133.

Diante disto, sob o ponto de vista metódico-formal, entende a corrente majoritária que o Tribunal OLG de Hamburgo ultrapassou os limites de sua competência, pois a legislação alemã de fato abrange a aceitação de honorários maculados pelos advogados (§ 261, II). Sendo assim, a conduta ideal nestes casos de dúvida quanto à inconstitucionalidade seria o encaminhamento da questão ao tribunal competente⁵⁷ para que este pudesse decidir acerca da eventual (in)constitucionalidade⁵⁸.

Por fim, quanto à fundamentação dos direitos fundamentais violados, tal como utilizado pelo OLG, há quem entenda que não há um direito fundamental à livre escolha do defensor e que este não é originário do direito à defesa, e, portanto, não há lesão a um direito fundamental da livre escolha do defensor. Porém, esta parcela doutrinária não se pronuncia se este direito reflete no direito fundamental à defesa efetiva, ao processo penal justo e à paridade de armas, bem como reconhecem que a criminalização implicará a redução de trabalho para os advogados liberais, e que o tipo §261, II, é muito amplo, devendo ser restringido⁵⁹.

c) Solução da derrogação

O segundo critério para a restrição do tipo do branqueamento de capitais defendido por parte da doutrina alemã sustenta a redução teleológica do tipo do branqueamento do § 261, II, nº 1 do Código Penal alemão, entendendo-se que, diante da incompatibilidade se impõe optar por um em detrimento do outro. No caso, uma vez que a punibilidade do branqueamento de capitais e o direito à defesa e à livre escolha do defensor se encontram em uma situação de concorrência, assim como limitam o âmbito de aplicação um do outro, para esta corrente, estes direitos derogaram, definitivamente, a primeira previsão⁶⁰.

d) Teoria da adequação da conduta típica

Observa-se ainda na doutrina concepção que sustenta a necessidade de adequação da conduta típica para a “ocultação” da origem ilícita dos valores patrimoniais⁶¹, vale dizer, a conduta do autor para caracterizar o branqueamento de capitais deve se amoldar à lei de modo que efetivamente contribua para a ocultação da origem ilícita, de modo a demonstrar aderência do advogado ao *animus* do autor do crime antecedente em esconder e pôr a salvo o produto de seu crime. Desta forma, este seguimento doutrinário utiliza da ausência de contribuição das atividades cotidianas e socialmente usuais executadas pelo causídico para a realização dos

⁵⁷ No caso, o Tribunal Constitucional (BVerfG), conforme previsto no art. 100 do Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (GG), no capítulo reservado ao controle concreto de normas.

⁵⁸ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 71-73; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 616-617; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133.

⁵⁹ AMBOS, Kai, ob. cit., p.72.

⁶⁰ Idem, p. 75.

⁶¹ Lembrando-se que a presente pesquisa, conforme já mencionado, trouxe as propostas doutrinárias mais citadas na doutrina e jurisprudência.

verbos integrantes do tipo penal do branqueamento e, amparado neste argumento, sustenta a atipicidade de tais condutas⁶².

Ocorre que no direito alemão, de acordo com o teor literal do § 261, II, n.º 1 e 2 do StGB, é penalmente típica a conduta do advogado que adquire ou recebe bens cuja origem advém da prática de um delito⁶³. Na Espanha, da mesma forma que na Alemanha, de acordo com o art. 301 do Código Penal espanhol⁶⁴, em princípio, a conduta de adquirir ou receber bens, com conhecimento de sua origem de um delito grave, se revela suficiente para considerar realizado o tipo penal do branqueamento de capitais⁶⁵. Por sua vez, no Brasil, o recebimento de honorários maculados não é conduta típica, uma vez que não se trata de “ocultar ou dissimular”, mas sim, da contraprestação de serviços advocatícios prestados⁶⁶, pelo menos segundo se infere do art. 1º da Lei nº 9.613/98.

Assim, pode-se entender que a amplitude do tipo penal de aquisição que se mostra consignada tanto no Código Penal espanhol (301, I, CP), quanto no Código Penal alemão (§ 261, II, n.1 e 2 do StGB), seguindo o critério da adequação típica, implica que o recebimento de valores ou bens, a título de honorários maculados, efetivamente caracteriza o delito de branqueamento⁶⁷. Contudo, em ambos os países, a doutrina majoritária se inclina em prol da solução do tipo mediante a sua restrição com o direito fundamental à defesa, ou seja, utilizam o critério da interpretação conforme a Constituição⁶⁸.

Da mesma forma, ocorre em diversos outros países, nos quais, não obstante a legislação interna do branqueamento recepcionar como típica a conduta de recebimento de honorários maculados, a doutrina majoritária defende a atipicidade destas condutas e, para tanto, socorrem à solução do tipo objetivo mediante a interpretação conforme a Constituição, como, por exemplo, na Bélgica e nos Estados Unidos. No primeiro, exige-se imunidade ao defensor e, no segundo, a exclusão de atividades necessárias à preservação do direito a defesa garantido pela 6ª Emenda da Constituição⁶⁹.

Os opositores à solução do tipo argumentam o fato de que acabam por contrariar a literalidade da lei, pois, conforme analisado, o recebimento de honorários maculados é conduta típica em diversos países. Também alegam ser contraditório tendo em vista a falta de unicidade quanto ao bem jurídico protegido pelo delito de branqueamento de capitais⁷⁰. Assim, se faz necessário preliminarmente saber qual é

⁶² AMBOS, Kai, ob. cit., p. 83-84.

⁶³ Idem, p. 62-61.

⁶⁴ De acordo com a recente alteração incluída pela LO 15/2003.

⁶⁵ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 84; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 127-129.

⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 195.

⁶⁷ Cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 63, há, conseqüentemente, o dever de recusa por qualquer profissional em receber o pagamento de seus serviços mediante valor não controlado, ou até mesmo, desistir da prestação do serviço.

⁶⁸ Idem, p. 84.

⁶⁹ Garantia e privilégio obtido aos advogados criminalistas na “*Money Laundering Prosecution Improvement Acts*” de 1998, cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 85 e RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133-134.

⁷⁰ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 75-77. Quanto ao bem jurídico protegido, vide capítulo 2.1.1.

o bem jurídico protegido pelo delito de branqueamento de capitais, para só então se poder afirmar quanto a possível redução do tipo⁷¹, pois do contrário não será possível dissipar a dúvida se o valor recebido pela contraprestação de serviços *standard* (especialmente os serviços advocatícios) advém da prática de um delito prévio e se merece ou não uma sanção penal. Todavia, conforme já exposto, a doutrina também refutou este argumento, apontando para cada possível bem jurídico indicado pela doutrina o correspondente motivo pelo qual não é afetado pelo recebimento dos honorários maculados.

Diante disto, da análise dos critérios doutrinários para a restrição do tipo, na esfera do tipo objetivo, verifica-se uma forte tendência na proteção de direitos fundamentais implicados com a penalização de determinadas condutas e negócios realizados para satisfazer as necessidades mais básicas, entre os quais encontra-se o recebimento de honorários maculados e que, portanto, justificando a sua atipicidade⁷².

Frise-se por derradeiro que entre as diversas proposições teóricas voltadas à restrição do tipo, o presente trabalho expõe as de maior acolhimento jurisprudencial, sendo oportuno reconhecer que a corrente majoritária é coincidente em encontrar na tipicidade a solução para a restrição do tipo do branqueamento de capitais, e mais precisamente, na tipicidade objetiva mediante a interpretação conforme a Constituição. Apesar disso, subsiste uma acentuada inclinação à restrição na esfera do tipo subjetivo⁷³.

2.2. A solução pelo tipo subjetivo

A solução do dolo (*Vorsatzlösung*) encontrou lugar na tipicidade subjetiva para dar resposta à questão de ser cabível (ou não) a incidência do branqueamento de capitais no recebimento de honorários supostamente maculados, por parte de defensores criminais, levando em consideração dados internos do agente, como sua psique⁷⁴. Com esta solução, objetiva-se dissociar do tipo subjetivo do § 261, II, nº 1, do Código Penal alemão, tanto a imprudência (prevista no inciso V, do mesmo código) quanto o dolo eventual do §15 do StGB⁷⁵.

Denominada de solução cognitiva do dolo, encontra-se nas Convenções Internacionais e nos ordenamentos jurídicos de diversos países que preveem, de forma expressa, a necessidade do conhecimento da origem ilícita no tipo penal de “aquisição”, do delito de branqueamento de capitais. Por sua vez, a solução volitiva do dolo é aquela em que o tipo penal do branqueamento exige ao autor do delito

⁷¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 146.

⁷² RIOS, Rodrigo Sánchez, ob. cit., p. 245-299.

⁷³ Idem, *ibidem*.

⁷⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delitos fraudulentos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons. 2003, p. 17-65, mais especificadamente, p. 21-22.

⁷⁵ GRÜNER, Gerhard; WASSERBURG, Klaus, Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?, en *Goldammers Archiv für Strafrecht*, 9. 2000, p. 439, *apud* CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 11.

uma intenção ou finalidade específica. No caso do branqueamento de capitais, esta intenção se apresenta (ao menos na grande maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais que preveem este tipo penal de intenção)⁷⁶ somente no tipo penal de “ocultação”, de modo que, no que se refere ao tipo penal de aquisição, este continua a abarcar o advogado criminal pelo simples dolo direto⁷⁷.

De qualquer maneira, pela solução do tipo subjetivo, somente será punível a conduta do advogado que, no momento do recebimento de seus honorários, tenha pleno conhecimento de sua procedência ilícita⁷⁸. Para este critério da solução pelo tipo subjetivo, há na doutrina adeptos à necessidade do dolo direto para os quais, no âmbito das condutas *standard*, há ausência de relevância penal quando o agente somente suspeita ou considera possível ser de origem ilícita a sua contraprestação⁷⁹. Para outros, como GRECO, basta o dolo eventual⁸⁰ e, por fim, há ainda os que entendem necessário, para ser típica a conduta do advogado de “adquirir” bens procedentes de um delito, que essa deva realizar-se com o *animus* de ocultar e dissimular. Este último é o critério acolhido por BLANCO CORDERO para resolver o presente problema, porém não exclui uma possível solução no tipo objetivo⁸¹.

Utilizado primeiramente pelo Tribunal de Hamburgo (*Landgericht* - LG), a solução pela tipicidade subjetiva implicou a absolvição do advogado. A decisão se baseou na ausência dela diante da ausência de provas acerca do conhecimento do advogado sobre a origem ilícita do valor recebida à título de honorários, as quais não permitiam provar que este teria atuado com dolo ou imprudência com relação à origem ilícita de seus honorários⁸².

Em seguida, o Tribunal de Frankfurt (*Landgericht* de Frankfurt) também proferiu a decisão – dessa vez condenatória – com fundamento na tipicidade subjetiva,

⁷⁶ Tais como Bélgica, Portugal, Turquia e Espanha, cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 91.

⁷⁷ Idem, p. 91.

⁷⁸ GRÜNER, Gerhard; WASSERBURG, Klaus, Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?, en Goldammers Archivfür Strafrecht, 9. 2000, p. 439, *apud* BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 609.

⁷⁹ Nesta linha teórica, encontram-se, por exemplo, Harro Otto e Schild-Trappes, cf. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 608; Inclusive, no âmbito das ações neutras e levando em consideração o livre exercício profissional e o direito à prestação do serviço profissional, por parte do cliente, Harro Otto entende que somente o dolo direto (conhecimento seguro) é suficiente para caracterizar a cumplicidade punível e jamais o dolo eventual, cf. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras – A imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 66-66; No mesmo sentido, Schild-Trappe, em sua teoria da cumplicidade aplicada no âmbito das ações neutras, entende que o auxílio deve ser conhecido pelo autor, e consequentemente deve haver uma interação entre as partes cúmplice-autor. Deste modo, segundo a autora, a cumplicidade pressupõe dolo direto, não sendo suficiente dolo eventual, entendendo ser incompatível com a cumplicidade, a falta de conhecimento, por parte do autor do crime quanto à solidariedade do cúmplice, ou a ausência de dolo direto, pelo cúmplice. Idem, p. 68-71.

⁸⁰ Adepto ao dolo eventual ser suficiente para a penalização do recebimento de honorários maculados pelo branqueamento de capitais, Greco, em sua obra, realiza crítica aos defensores da necessidade do dolo direto Harro Otto e Schild-Trappe, apontando, por exemplo, quando trata da crítica a Otto da ausência de diferença de valor entre o dolo direto e eventual, de modo que seria incompatível exigir a punição somente para o dolo direto e não para o eventual e também pelo fato de que, como regra, possuem a mesma consequência jurídica e, somente em casos excepcionais o próprio legislador difere o dolo direto e o dolo eventual. Idem, p. 67-68.

⁸¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 608; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 145.

⁸² DE GRANDIS, Rodrigo, ob. cit., p.132; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 132.

entendendo que a necessidade do conhecimento da origem ilícita é compreendida no tipo amplo “aquisição” do delito de branqueamento de capitais. Em face disto, concluiu que o recebimento de honorários antecipados pelo casal de advogados, sabendo de sua origem ilícita, constituiu o crime de branqueamento de capitais, conforme o StGB, § 261 do Código Penal alemão⁸³.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Alemão (BGH) confirmou a condenação também pela tipicidade subjetiva, entendendo como indícios do conhecimento da origem ilícita da quantia extremamente elevada e paga em dinheiro aos advogados, porém, diferentemente do LG de Frankfurt, ainda que de modo genérico, referiu à importância de que o legislador estabelecesse uma garantia de imunidade de investigação ao defensor, tendo em vista a sua condição especial⁸⁴.

Diante disto, as críticas ao BGH surgem primeiramente quanto à exigência do conhecimento da origem ilícita no momento da “aquisição”. Isto, pois, ao se analisar o tipo do branqueamento do § 261, II, nº 1, do Código Penal alemão, diferentemente do nº 2, não há a previsão da exigência do conhecimento (dolo) em relação à origem ilícita e ao branqueamento de capitais no momento da aceitação, bastando a aceitação imprudente de honorários maculados para caracterizar o delito. As críticas também recaem no fato de que nenhum dos tribunais, em suas decisões, adentrou na necessidade de tratamento especial por parte das investigações aos advogados, tendo em vista às suas peculiaridades⁸⁵.

Há quem entenda, e com toda a razão, que a solução pelo tipo subjetivo mediante uma interpretação restritiva e conforme a Constituição não é a mais justa diante da restrição e condicionamento de direitos fundamentais do defensor, e também do suposto autor de branqueamento⁸⁶. E mais, é incoerente e incabível impor ao advogado o dever de investigar a procedência do dinheiro de seu cliente, pois isso de fato acaba implicando negativamente sua profissão⁸⁷.

Por sua vez, tais questões foram consideradas pelo BVerfG em sua decisão, na qual, ao realizar a ponderação de interesses implicados – no âmbito da tipicidade objetiva –, entendeu não ser proporcional à penalização dos advogados em face dos direitos fundamentais à defesa livremente constituída e da liberdade do exercício profissional, interpretar de forma ilimitada o § 261, II, nº 1, do Código Penal alemão. Realizou, portanto, uma interpretação restritiva do tipo penal do branqueamento, conforme a Constituição, entendendo que para atender ao princípio da proporcionalidade, a afetação que implica o § 261, II, nº 1 aos direitos fundamentais

⁸³ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 78-79.

⁸⁴ Idem, *ibidem*.

⁸⁵ Idem, p. 64-65.

⁸⁶ Cf. AMBOS, a decisão do BGH implicou não somente a restrição, mas também o condicionamento de direitos fundamentais do acusado à defesa, à presunção de inocência e à livre escolha do seu defensor, característico do direito penal do inimigo. Idem, p. 60.

⁸⁷ Idem, *ibidem*.

estará constitucionalmente justificada quando o advogado, no momento em que recebe os honorários, saiba seguramente da procedência ilícita destes⁸⁸.

Parte da doutrina aprova esta solução. Assim, para efeitos de incriminar advogados pelo crime de branqueamento de capitais, é necessário comprovar o conhecimento seguro (dolo direto) acerca da origem ilícita dos honorários no momento da aceitação. Destarte, segundo esta posição, somente mediante interpretação restritiva do § 261 II e V StGB, e conforme a Constituição, se resguardarão os direitos do defensor e também do cliente-acusado no processo penal⁸⁹.

Em seu acórdão, o Tribunal Constitucional entendeu que o defensor não possui o dever de investigar a origem dos valores pagos como contraprestação de seus serviços prestados, sendo atípica a sua conduta quando não tiver o conhecimento seguro da procedência ilícita por falta de tipicidade subjetiva. Também, e como consequência, o BVerfG reclama a necessidade de provas robustas para a comprovação processual de seu conhecimento positivo da procedência ilícita, e, considerando o proposto pelo BGH, ressaltou-se que autoridades de aplicação da lei e tribunais, na aplicação do StGB, §261, II, nº 1, têm o dever de levar em consideração a condição especial do advogado de defesa desde a investigação preliminar⁹⁰.

Os contrários à decisão do Tribunal Constitucional imputam-lhe arbitrariedade porque não teria interpretado a lei, mas sim realizado uma interpretação restrita contra *legem*. Assinalam que ao restringir o tipo penal do branqueamento ao dolo direto, a Corte teria violado de forma direta o teor literal do StGB 261 do código penal alemão, o qual, de fato prevê o dolo eventual⁹¹. Demais disso, mencionam as consideráveis afetações à defesa penal, e arrematam que a solução conferida pelo BVerfG pela tipicidade subjetiva (exigência do conhecimento positivo da origem ilícita) pode até dificultar a condenação e, no melhor dos casos, impedi-la, contudo, não impede a realização de investigações contra o defensor, fundadas em suspeitas iniciais e a conseqüente perturbação da relação de confiança entre as partes advogado-cliente, decorrente de investigações e eventuais medidas coercitivas, as quais, conseqüentemente, implicam diretamente a realização de uma defesa penal efetiva⁹².

Assim, na melhor das hipóteses, a solução do dolo irá diminuir a perturbação na relação de confiança entre as partes, mas jamais extingui-la. Por esta razão, se defende a necessidade de garantias processuais ao defensor – enquanto acusado de branqueamento – como a exigência de, somente com fundadas suspeitas, ser possível a instauração contra ele de investigações e conseqüentes medidas coercitivas, tais como, intervenção telefônica e violação de seu escritório. De toda maneira, a solução

⁸⁸ Idem, p. 79; Em sua decisão, o Tribunal Constitucional entendeu que utilizar a restrição de forma ilimitada excluindo o defensor de qualquer possibilidade de incidência do § 261, II, n.1, também não seria proporcional, caracterizando um abuso de sua condição privilegiada, o que não merece proteção constitucional, CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p.12.

⁸⁹ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 79; CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p.12.

⁹⁰ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 79; CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p.12.

⁹¹ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 80.

⁹² CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p.13-14.

do dolo não constitui um meio apto para afastar o prejuízo ao direito de defesa ao não poder assegurar a liberdade que esta requer frente às intervenções processuais e, por isso, deve ser descartado⁹³.

No âmbito probatório, a crítica recai na imprecisão e dificuldade de comprovação do estado subjetivo⁹⁴. Em sua decisão, o BVerfG reclama a necessidade de indícios concretos, baseados em circunstâncias objetivas que permitam assegurar o recebimento doloso de honorários maculados e que, no caso em concreto, entendeu como indícios a quantidade de honorários recebidos e o fato da verba honorária ter sido paga em dinheiro. Inclusive, deixa claro em sua decisão que não caracteriza indícios o fato de o advogado aceitar defender uma pessoa acusada de ter cometido um dos delitos catalogados como delito antecedente⁹⁵.

Diante disto, a doutrina contrária ao Tribunal Constitucional afirma que este não apresentou elementos concretos para se constatar o conhecimento do defensor acerca da origem ilícita de seus honorários, especialmente quanto à alegação da quantidade de honorários recebidos. Ao contrário, critica aduzindo que os critérios utilizados pelo BVerfG implicam um novo problema, qual seja, a criação do seguinte questionamento: um advogado que recebe grandes quantias em honorários em face de outro que recebe em menor, o primeiro pode ter maior conhecimento da procedência ilícita de seus honorários? E qual seria o valor adequado ao pagamento?⁹⁶ Quando inexistir conluio entre as partes ou inexistir a intenção de ocultar, por parte do defensor que recebe honorários de origem ilícita, mas tão somente como contraprestação de seus serviços de defesa, caso receba seus honorários em quantia elevada paga em dinheiro, deverá ainda assim ser responsabilizado pelo branqueamento? São incertezas e lacunas deixadas pela decisão e que demonstram falha da solução do dolo⁹⁷.

Além disso, aponta-se extrema dificuldade em delimitar o momento em que o conhecimento ocorre e de sua verificação, de modo que se tem sustentado que contra a solução do dolo recai o fato de que a garantia do direito do acusado a uma defesa efetiva bem como a livre escolha de seu defensor não podem depender dos estados mentais do defensor⁹⁸.

⁹³ Idem, *ibidem*.

⁹⁴ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo, ob. cit., p. 138, “o dolo não se presume, mas se prova”. Menciona, em sua obra, que no Brasil o delito de branqueamento é exclusivamente doloso, diferente de outros países, como a Espanha, por exemplo.

⁹⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 627.

⁹⁶ BUSSENIUS, Anne, ob. cit., p. 1053 ss.

⁹⁷ Cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 66, nestes casos, a punibilidade do tipo subjetivo StGB, §261, I, “poderia fracassar”.

⁹⁸ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p.13-14.

III. Branqueamento de capitais e os negócios *standard*: proposta de solução

Dos fundamentos acima expostos é possível observar que a corrente majoritária da doutrina se inclina pelo afastamento da tipicidade do recebimento de honorários maculados, enquanto “atos de consumo”, diante da importância do direito à defesa, do livre exercício profissional e da livre escolha do defensor, entendendo-se que os negócios realizados para satisfazer as necessidades mais básicas (*standard*) devem ser excluídos do âmbito da punição⁹⁹.

Diante do exposto, ante os critérios defendidos pela doutrina e jurisprudência alemã para a restrição do tipo, resta agora a análise de propostas de solução para o problema diante das finalidades da punição por branqueamento de capitais. Nessa linha, parte da doutrina sugere que o isolamento econômico do autor do delito anterior possui um papel essencial como instrumento político criminal idôneo na luta contra os delitos econômicos, entre os quais o branqueamento de capitais. Diante do animus de lucro que, via de regra, os sujeitos ativos almejam com a prática destes crimes, a redução das possibilidades de obtenção deste lucro e mais a dificuldade de consolidação destas vantagens patrimoniais auferidas implicam um desincentivo à sua realização e, conseqüentemente, reduz a criminalidade e o número de pessoas dispostas a praticar os delitos¹⁰⁰.

Logo, a consolidação das vantagens econômicas obtidas pelo autor do delito anterior ostenta, de certa forma, grande importância na solução do problema objeto desta investigação. Destarte, via de regra, o lucro almejado pelo autor para que possa desfrutar de maneira tranquila não ocorre com a consumação do delito. Para tanto, é fundamental a realização de atos para o seu mascaramento, ou seja, de condutas “pós-consumação” de asseguramento dos benefícios adquiridos com a prática do delito anterior. Deste modo, a luta contra o branqueamento de capitais se manifesta mediante a penalização de quem, de alguma forma, contribui para o êxito do autor do delito anterior, qual seja, de consolidação dos bens obtidos¹⁰¹.

No âmbito das condutas *standard*, o problema do recebimento de honorários supostamente maculados pelos advogados, por suas implicações, exige um critério mais delimitador: a sanção penal do branqueamento somente estará justificada quando, de fato, a conduta do agente caracterizar um incentivo ao autor do delito anterior, o qual saberá que poderá contar com ela para a consolidação das vantagens ilícitas por si auferidas¹⁰². Assim, tendo em vista a sanção penal do branqueamento como política criminal inibitória da prática do delito anterior, somente concretizarão o tipo penal do branqueamento de capitais as condutas idôneas suficientes para efetivamente consolidar, por meio da ocultação, a origem ilícita¹⁰³. Por outro lado,

⁹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 142-143.

¹⁰⁰ Idem, p. 146-154.

¹⁰¹ Idem, *ibidem*.

¹⁰² Idem, p. 154.

¹⁰³ Neste ponto, RAGUÉS I VALLÈS, em sua obra, entende que pratica o delito de branqueamento aquele que, sabendo da procedência ilícita do dinheiro, aceita realizar negócios que de fato contribuem para a consolidação da capacidade econômica do autor do delito anterior, ocultando a sua origem ilícita, como,

será atípica a conduta daqueles negócios *standard* que não contribuem eficazmente para a consolidação ou a ocultação dos valores obtidos com o delito prévio¹⁰⁴.

Empregando esta lógica ao problema do recebimento de honorários por advogados que conhecem a procedência ilícita do numerário, o Tribunal Superior *Oberlandesgericht* (OLG) de Hamburgo assentou a sua decisão no fato de que o autor do delito anterior visa com sua prática à obtenção de lucro, não se vê implicado um processo penal e pode pagar um advogado¹⁰⁵. Ademais, o pagamento dos serviços profissionais dos advogados consubstancia, na realidade, um ônus e consequentemente a redução da capacidade econômica do autor, o que descaracteriza a necessidade de incidência da sanção penal do branqueamento.

Neste sentido, por exemplo, na doutrina espanhola, RAMON RAGUÉS I VALLÈS se declara contrário à tipificação da conduta dos advogados, sustentando que a conclusão do OLG (que conferiu ao problema um tratamento jurídico-penal na esfera do tipo objetivo e, para tanto, utilizou – entre outros – uma lógica similar a sustentada acima, qual seja, a de que o pagamento dos serviços profissionais do advogado com dinheiro procedente do delito anterior não gera, em princípio, o efeito de “ocultação da origem” e nem de consolidação, não havendo, portando, dissimulação nem consolidação de bens obtidos com o crime anterior) é correta e, portanto, preferível à do BGH¹⁰⁶.

Quanto à exceção trazida pelo OLG referente à vítima identificada, o autor oferece uma solução diversa à penalização por branqueamento: restituição dos valores e bens obtidos ao proprietário, ou seja, sugere uma reação de natureza patrimonial, tal como ocorre nos Estados Unidos e sustenta tal entendimento nos arts. 111 e 127 do Código Penal espanhol. No caso, estes dispositivos conferem proteção ao terceiro que adquiriu bens procedentes de delito de forma legal e de boa-fé. Porém, entende que, neste caso, não é possível considerar o advogado que recebe conscientemente honorários de origem ilícita como terceiro de boa-fé. De igual forma, não é aceitável que lucre com esta situação. Diante disto, seria suficiente e justa uma reação de natureza patrimonial por inexistir nesta conduta significativa relevância penal, tendo em vista a última *ratio* do direito penal¹⁰⁷.

Tais reflexões levam a concluir que o recebimento de honorários maculados pelo advogado nos casos em que saiba seguramente da procedência ilícita destes caracteriza uma conduta ilícita, porém, tal ilicitude não é suficiente para sustentar

por exemplo, a venda de joias, obras de artes ou até mesmo um imóvel, declarando haver cobrado um valor inferior ao pago. *Idem*, p.156.

¹⁰⁴ RAGUÉS I VALLÈS traz como exemplo a compra e venda de carro ou de imóvel com a regular declaração do valor recebido. Para o autor, será atípica todas as condutas que não geram efeito de ocultação e também as que contribuem de maneira quantitativamente insignificante com a consolidação da riqueza alcançada. Nestes casos, ainda que seja pago com valores procedentes da prática de delitos anteriores, não haverá a sua ocultação, e, por conseguinte, a caracterização do tipo do branqueamento de capitais. *Idem*, p.157.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 158.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁷ *Idem, ibidem*.

a incidência da sanção penal, bastando a reação patrimonial¹⁰⁸. Em outras palavras, na mesma linha do entendimento do OLG (e também do BVerfG sob sua análise da tipicidade objetiva), criminalizar a percepção de honorários maculados não cumpre com as exigências da necessidade, sendo uma medida excessiva e que não socorre à finalidade do legislador com a sanção do branqueamento.

Por sua vez, na doutrina brasileira, GUSTAVO BADARÓ defende que o recebimento de honorários maculados não é conduta típica, pois não se trata de “ocultação ou dissimulação”. O advogado almeja apenas a remuneração por seus serviços prestados. Aponta a atuação transparente por parte do defensor, de modo que, ao agir de forma clara, atendendo às regras formais no recebimento de seu pagamento, declarando de forma honesta o valor realmente recebido, afasta qualquer possibilidade de incidência do tipo, eis que a remuneração pelos serviços profissionais realmente prestados, inclusive com a emissão de nota fiscal, não contribui para o encobrimento ou mascaramento do bem, ainda que de origem ilícita¹⁰⁹.

Ao encontro da decisão do OLG e da mesma forma que RAMON RAGUÉS I VALLÈS, o autor brasileiro defende a solução no âmbito da tipicidade objetiva, percebendo como atípica a conduta do recebimento de honorários, mesmo que maculados. Porém, para este, o motivo sustentado não é o fato de não ser necessário à finalidade da sanção penal do branqueamento de capitais, mas pela importância do direito à defesa e à livre escolha do defensor. Desta forma, entendendo-se ser este um problema a ser resolvido no plano da tipicidade objetiva, excluindo-se o tipo objetivo, sequer seria necessária a análise do tipo subjetivo e a consequente questão do *animus* do advogado (dolo direto ou dolo eventual) os quais, conforme já exposto, possuem grande dificuldade probatória¹¹⁰.

Na mesma linha, BADARÓ entende não haver na conduta do advogado qualquer intenção de contribuir para o mascaramento da origem ilícita de seus honorários, ou seja, não há a presença destes elementos subjetivos inerentes ao tipo do branqueamento de capitais. Há, neste caso, tão somente o desejo a remuneração em contraprestação de sua atividade profissional prestada (defesa penal). A sinceridade na realização do pagamento, indicando valores realmente recebidos, com a emissão de nota fiscal, afasta qualquer alegação do elemento subjetivo do agente em contribuir para o branqueamento de capitais¹¹¹.

Por fim, sob a tipicidade subjetiva, BLANCO CORDERO sustenta a necessidade do *animus* de ocultar e dissimular para ser típica a conduta do advogado em “adquirir” bens procedentes de um delito, porém, também deixa aberta a possibilidade da solução no tipo objetiva¹¹².

¹⁰⁸ Idem, p. 159; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 100-105.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo, ob. cit., p. 195.

¹¹⁰ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 14-15.

¹¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo, ob. cit., p. 195.

¹¹² BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 608

Conclusão

Embora a atividade investigativa no âmbito acadêmico nunca termina efetivamente, diante das reflexões expostas ao longo desta investigação, concluímos que:

O advogado, na realização da defesa penal, possui um papel fundamental na garantia do direito de todo arguido a uma defesa plena e efetiva, de vez que compõe a administração da justiça como instrumento crucial para a realização de uma defesa eficaz, e, por isso mesmo, é necessário preservar o sigilo profissional como base da relação de confiança entre as partes, advogado e arguido, sob pena de restarem comprometidas a eficiência e eficácia da defesa técnica.

Resta injustificável censurar o advogado por branqueamento de capitais quando a ele compete assegurar tais direitos fundamentais do arguido, além do que o combate à criminalidade organizada e ao narcotráfico, não obstante ser de extrema importância em âmbito global, não pode implicar a incidência da sanção penal a determinadas atividades cotidianas consideradas como atos básicos de consumo (*standard*), como a defesa penal.

Ainda que se reconheça a existência de um esforço global em prol da prevenção e repressão ao branqueamento de capitais, o qual tem gerado aproximação e cooperação de diversos Estados, mediante a elaboração e incorporação de acordos internacionais, com conseqüente criminalização interna de atos de branqueamento de capitais¹¹³, isto não pode justificar a criminalização de condutas socialmente neutras, sobretudo porque o direito penal é e deve ser a última *ratio*.

Aceitar a criminalização do advogado sob a justificativa de combater e fazer cumprir as finalidades do branqueamento conforme a jurisprudência do Tribunal Superior de Hamburgo (*Oberlandesgericht*) e também do Tribunal Constitucional Alemão (o que o levou a restringir o tipo do 261, II, nº 1) se revela medida desproporcional, posto que desnecessária.

Os direitos fundamentais à obtenção de defesa técnica e efetiva bem como ao livre exercício profissional do defensor não podem ser restringidos e muito menos condicionados, sob pena de que se admita um direito penal do inimigo que subjuga o direito de defesa (mais precisamente à defensoria pública) e o princípio da presunção de inocência de supostos autores de branqueamento de capitais¹¹⁴.

É indiscutível que o combate ao branqueamento merece atenção, porém, a penalização dos advogados pelo recebimento de seus honorários pagos como contraprestação de seus serviços profissionais efetivamente prestados, ainda que advindos de origem ilícita, não autoriza o tipo objetivo, de modo que se afigura correta, justa e mais adequada a solução da jurisprudência alemã, segundo a qual seria atípica a conduta dos advogados acusados de receber os honorários de origem do tráfico de drogas para a defesa de um cliente, diante da importância dos direitos fundamentais a uma defesa efetiva e da livre escolha do defensor pelo acusado (decisão do Tribunal Superior de Hamburgo - *Oberlandesgericht*).

¹¹³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 128; AMBOS, Kai, ob. cit., p. 60-61.

¹¹⁴ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 60.

Entre os diferentes critérios elaborados pela doutrina para a restrição do tipo penal do branqueamento de capitais, a interpretação conforme a Constituição, com o conseqüente afastamento da tipicidade da conduta do defensor, parece a solução mais apta diante da importância destes direitos e, diferentemente da solução pela tipicidade subjetiva, não há dificuldade probatória. Ademais, entendendo-se ser este um problema a ser resolvido já no plano da tipicidade objetiva, excluindo-se o tipo objetivo, sequer chegaria a ser analisado o tipo subjetivo e, desta forma, a questão do *animus* do advogado (dolo direto, dolo eventual ou dolo específico).

Não há dúvida que a advocacia pode servir para branquear, razão por que se deve atentar sobre a forma em que os honorários são pagos e a quantia recebida, as quais deverão ser analisadas pelo magistrado mediante critérios objetivos para verificar balizas que assinalem um recebimento manifestamente excessivo, sendo certo que, o direito penal, como última *ratio*, somente poderá intervir com a punição do branqueamento quando houver a certeza de um recebimento excessivo pelo advogado.

A conduta de recebimento de honorários pelos advogados como contraprestação de seus serviços realmente prestados, mediante a transparência no pagamento, com a regular emissão de nota fiscal, não há o mascaramento da origem ilícita. Não há, pelo defensor, sob o ponto de vista objetivo, a dissimulação nem consolidação dos bens obtidos pelo delito anterior com o recebimento de seus honorários. Pelo contrário, há, na verdade, um ônus por parte do autor do delito anterior diante da perda econômica com a realização do pagamento deste serviço.

A conduta do advogado consolidará ato de branqueamento de capitais quando, de forma abusiva utilizar a sua profissão, praticando atos que, de alguma forma, contribuindo para o mascaramento da ilicitude e, conseqüentemente, a consolidação da capacidade econômica do autor do delito anterior.

Ante as severas implicações da penalização do recebimento de honorários maculados aos direitos fundamentais e também o fato desta atividade ser essencial a administração da justiça, resulta não ser constitucionalmente justificável que, no exercício legítimo de sua profissão da advocacia, o advogado possa responder pelo delito de branqueamento, de modo que, o afastamento da tipicidade se justifica diante da evidente colisão de direitos fundamentais com a *ratio* da punição do branqueamento de capitais: direito à defesa e à livre escolha do defensor do arguido e o direito ao livre exercício profissional.

Bibliografia

AMBOS, Kai. La aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados: lavado de dinero. In: GUZMÁN DALBORA, José Luiz. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 55-94. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_13.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007.

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, 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BERRUERO, Rafael; COPPOLA Nicolás. *El delito de blanqueo de dinero*. Lavado de dinero por cobro de honorários, ignorancia deliberada y Derecho comparado. 1.^a ed. Buenos Aires: B de F, 2018.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004). *Revista General de Derecho Penal*, n.º 3, mayo de 2005. Disponível em: <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=3>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. *El delito de blanqueo de capitales*. 3.^a ed. Navarra: Aranzadi, 2012.

BUSSENIUS, Anne. Money Laundering by Defence Counsel – The Decision of the Federal Constitutional Court. In: *5 German Law Journal*, 2004. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=490>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

CONTRERAS ENOS, Marcos. Blanqueo de capitales y honorários del defensor en el Derecho alemán. *InDret*, Barcelona, n.º 3, julho de 2018. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1393.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

DE GRANDIS, Rodrigo. 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.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado, lo problemático. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar*. Sobre la imputación objetiva en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004.

GRÄFIN VON GALEN, "Der Verteidiger – Garnt eines rechtsstaatlichen Verfahren oder Mittel zu Inquisition? Der Beschuldigte – verteidigt oder verkauft?". *StV*, 2000, p. 583.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras – A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRÜNER, Gerhard; WASSERBURG, Klaus, *Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?*, en *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 9. 2000, p. 439.

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.

PÉREZ-MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 169-206.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Blanqueo de Capitales y Negocios Standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de um delito de blanqueo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes em la actividad económico-empresarial*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2003.

RIOS, Rodrigo Sánchez. A temática da lavagem de capitais e o recebimento de honorários por parte do advogado criminalista. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n.º 214, p. 13-14, set. 2010. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=82283>. Acesso em: 09 jul. 2019.

_____. *Advocacia e lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutras en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delitos fraudulentos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes em la actividad económico-empresarial*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 17-65.

JURISPRUDÊNCIA

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Tribunal Constitucional Alemão – BVerfG.2.BvR1520/01 itens 142 e 143, fls. 1819. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040330_2bvr152001.html>. Acesso em: 10 ago. 2019.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 jan. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

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.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 48/95*. Código Penal. Disponível em: www.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.

PORTUGAL. *Lei nº 89/2017*. Aprova o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, transpõe o capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e procede à alteração de Códigos e outros diplomas legais. Diário da República, 1.ª série — N.º 160 — 21 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/108028571/details/maximized>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

PORTUGAL. *Lei nº 97/2017*. Regula a aplicação e a execução de medidas restritivas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia e estabelece o regime sancionatório aplicável à violação destas medidas. Diário da República, 1.ª série — N.º 162 PORTUGAL. 23 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/108041476/details/maximized>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *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.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2015/849, de 30 de maio de 2018, relativa à prevenção e utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera as Diretivas 2009/138/CE e 2013/36/UE*. Texto encontrado no Jornal Oficial da União Europeia de 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

A casa enquanto asilo inviolável, a prisão domiciliar e a sua correlação com esta e demais garantias constitucionais: uma análise sistêmica e crítica

The house as inviolable shelter, the home prison and its correlation to this and others constitutional guarantees: a systemic and critical analysis

Carlos Andresano Moreira*

Sumário

1. Histórico da proteção constitucional da casa enquanto asilo inviolável do indivíduo. 2. A inviolabilidade da casa enquanto asilo do cidadão na definição constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88. 3. As exceções constitucionais à inviolabilidade. 4. A questão do consentimento do morador. 5. O conceito jurídico de casa e de domicílio. 6. A prisão domiciliar no direito pátrio. 6.1. Da prisão-pena. 6.2. Da prisão cautelar domiciliar. 6.3. Os efeitos da prisão domiciliar sobre terceiros. 7. A proteção constitucional da vida privada como consectário lógico da inviolabilidade da casa enquanto garantia constitucional do indivíduo. 8. Da inviolabilidade dos sigilos de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. 9. Do direito de propriedade e de moradia. 10. Da ordem judicial de prisão domiciliar. 11. A jurisprudência. 11.1. Da Carta de Bangkok. 11.2. Da prisão domiciliar das pessoas relacionadas no art. 117 da LEP e no art. 318 do CPP. 11.2.1. Da prisão domiciliar da grávida. 11.2.2. Da prisão domiciliar da mulher com filho de até seis anos de idade ou deficiente. 11.2.3. Da prisão domiciliar do idoso. 11.2.4. Da prisão domiciliar do enfermo. 12. Da medida cautelar do inciso V do art. 319 do CPP. 13. Da compatibilização das causas da prisão domiciliar nas hipóteses jurisprudencialmente analisadas em face do art. 5º, XI da CRFB/88 e das demais garantias constitucionais como forma de suspensão da pretensão jurídico-penal executória. Bibliografia.

Resumo

O presente artigo visa a uma análise sistêmica e crítica da aplicação e posicionamento do instituto da prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, observando-se, desde já, que esta hodiernamente se coloca como alternativa à tutela prisional cautelar de custodiados no sistema prisional como um todo, de um

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

lado, em face de uma intensa atuação estatal, tanto no plano jurisdicional, como no plano investigatório, e, de outro, como imperativo legal de modo de execução penal, decorrente da aplicação de reprimenda corporal a ser imposta a infratores, baseada no encarceramento como forma efetiva de punição, a teor da redação atual da lei de execução penal. O artigo, assim, abrange o tratamento constitucional dado à casa como asilo inviolável do indivíduo e às demais garantias fundamentais, observando-se quais as suas relações com a prisão domiciliar, seja cautelar, seja prisão-pena, haja vista que se põem tais garantias como direito constitucional subjetivo fundamental do indivíduo, verdadeiro *bill of rights*, e também como direito social, cuja obediência, em razão do *status* jurídico que assumem, se sobrepõe à da ordem jurídica infraconstitucional.

Abstract

This article means a systemic and critical analysis of home prison application in the Brazilian legal order watching by now how nowadays puts itself as an alternative to the restraining order of persons in custody in the prisional system at all, on the one hand, facing to an intense state-owned action so in judicial level as in the investigative scheme and as legal imperative way of penal execution due to corporal punishment to be imposed to offenders, on the other hand, based on incarceration as an effective way of punishment, by content of actual penal execution law redaction. The article like this reaches the constitutional treatment given to the home as individual inviolable shelter and to others bills of righth, observing whiches their relations to home prison as restraining order or prison sentence, having a view that puts that garantees as fundamental constitutional subjective righth whose obedience overcomes the infraconstitutional legal order due to judicial status that is assumed.

Palavra-chave: Casa. Domicílio. Distinção. Inviolabilidade. Prisão domiciliar.

Keywords: House. Home. Distinction. Inviolability. Home prison.

1. Histórico da proteção constitucional da casa enquanto asilo inviolável do indivíduo

Não é de hoje que a casa se coloca como asilo inviolável do cidadão, verdadeiro cânon constitucional, como se pode ver dos seguintes dispositivos:

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, determinava:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

A casa enquanto asilo inviolável, a prisão domiciliar e a sua correlação com esta e demais garantias constitucionais: uma análise sistêmica e crítica

(...)

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, estabelecia:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

Após, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 1926, teve-se a seguinte redação:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

(...)

§ 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, mencionava:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, dispõe:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

Já, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, tinha:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

Quanto à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, tínhamos:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 10 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, estabelecia:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

Registre-se, ainda, que a casa como asilo inviolável do cidadão precede à ordem constitucional brasileira, como observa Fernando da Costa Tourinho Filho¹.

2. A inviolabilidade da casa enquanto asilo do cidadão na definição constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88

A Constituição de Outubro de 1988 definiu em seu artigo 5º, inciso XI, a inviolabilidade da casa enquanto asilo do indivíduo com o seguinte texto:

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

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

3. As exceções constitucionais à inviolabilidade

Portanto, conforme se pode ver até aqui, o tratamento que a casa recebeu ao longo do tempo pelos diversos ordenamentos constitucionais que tivemos e experimentamos, desde o Império até o período republicano, sempre foi o de asilo inviolável do indivíduo.

Quanto a este particular aspecto, temos a observar algumas diferenças que se deram ao longo do tempo determinadas não só pela evolução do pensamento

¹ *“O postulado la maison de chaque citoyen est un asile inviolable, para significar e traduzir o direito à liberdade física espacial, projetou-se sobre as demais nações, inclusive sobre a nossa, que a partir da Lei de 14-10-1822, passou a adotá-lo. E, desde então, as nossas Constituições, quer a Imperial, quer as Republicanas, sempre inseriram no rol de nossos direitos fundamentais o princípio da infranqueabilidade do domicílio, proclamando ‘a casa é o asilo inviolável do indivíduo’”. FILHO, Fernando da Costa Tourinho in Processo Penal. Ed. Saraiva, 14ª edição, vol. 3, pág. 346/347.*

jurídico-doutrinário, mas, e, fundamentalmente, pelo próprio desenvolvimento do pensamento político-institucional, haja vista os vários movimentos históricos por que passamos, com a modificação da forma do Estado e do Governo, indo o Brasil de uma monarquia e um estado unitário a uma república federativa, por vezes democrática, por vezes passando por regimes ditatoriais.

Assim, as exceções constitucionais à inviolabilidade da casa de alguém também sofreram suas variações. À primeira vista, o que podemos verificar, em relação às constituições anteriores, é que, ao contrário do que dispõe a atual Constituição Federal, tais exceções para ingresso na casa, durante o dia, *podiam ser determinadas pela lei*, caracterizando-se as normas constitucionais retrospectivas como de conteúdo normativo que podia ser limitado por norma infraconstitucional. Ou seja, a inviolabilidade da residência, durante o dia, não se dava em caráter absoluto, somente redutível ao nível constitucional, salvante as hipóteses de flagrante delito, desastre, inundação, incêndio ou para prestar socorro. Apenas se tal ingresso se desse à noite, para se dar de forma lícita, deveria sê-lo facultado pelo morador, salvo as hipóteses outrora mencionadas.

Ao contrário, o que hoje ocorre é a regra que se vê insculpida no art. 5º, XI da CRFB/88, que prevê que, *durante o dia*, somente se ingressa na casa de quem quer que seja, sem o consentimento do morador, por força de decisão judicial e nos casos de desastre, flagrante delito ou para prestar-se socorro.

A mudança ocorrida é fundamental para se compreender atualmente o alcance do conteúdo normativo do dispositivo constitucional em comento. Quando a norma constitucional menciona “dia”, quer se referir à parte clara do dia, isto é, em que haja a luz do sol², somente podendo se dar o ingresso na casa de alguém *independentemente* de ordem judicial *a qualquer tempo* em três casos:

- 1º) em flagrante delito;
- 2º) havendo desastre;
- 3º) para prestar-se socorro.

Significa dizer que, *seja de dia ou de noite*, havendo flagrante delito, desastre ou para se prestar socorro a alguém, poder-se-á ingressar na casa de quem quer que

² A respeito do que a doutrina considera dia, na forma da Constituição Federal, trecho de artigo de Grotti, Dinorá Adelaide Musetti, citado na bibliografia: “(...) José Celso de Mello Filho sustenta que o termo ‘noite’ deve ser entendido, ‘segundo o critério físico astronômico, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e crepúsculo’” (Constituição Federal (LGL\1988\3) Anotada, SP, Saraiva, 2.ª ed., p. 442).

Para José Afonso da Silva, “o princípio é que, para fins judiciais, o dia se estende de 6 às 18 horas”, (Curso de Direito Constitucional Positivo, S. Paulo, Malheiros, 1992, p. 382).

Celso Ribeiro Bastos faz criteriosa análise crítica dessas duas posições, ao assinalar que José Afonso da Silva parece oferecer solução mais conveniente na medida em que as áreas de penumbra deixam de existir. Todavia, é também indubitável que José Celso de Mello Filho é oportuno ao abordar os aspectos astronômicos. Se por alguma razão há uma alteração da hora oficial, será necessário modificar-se também a conceituação do que seja dia e noite. *Haverá sempre inconstitucionalidade numa invasão efetuada quando já não houver luminosidade solar, mesmo que com base em uma hora oficial seja dia*. Deve prevalecer, pois, o texto constitucional nas zonas não duvidosas. (Comentários à Constituição do Brasil, S. Paulo, Saraiva, 1989, 12/69). (grifos nossos)

seja, independentemente do seu consentimento e de ordem judicial, sem que, em tais situações, se tenha por violado o que é garantido pelo inciso XI do art. 5º da CRFB/88.

Salvo estas três hipóteses, somente poder-se-á ingressar na casa de alguém sem o seu consentimento mediante ordem judicial e, para tanto, *durante o dia*.

Na ausência destas circunstâncias, não há como se ingressar constitucionalmente na casa de ninguém, e, por ordem judicial, apenas tal é possível durante o dia. À noite, fora das outras três hipóteses tratadas, nem com ordem judicial!

Destarte, fora das hipóteses constitucionais dispostas no art. 5º, XI, da CRFB/88, não vemos como se possa sustentar a violação da casa de ninguém, por que motivo for, eis que se trata de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º, § 1º da CRFB/88, cujo conteúdo normativo, portanto, não pode ser limitado ou contido por norma infraconstitucional, como podia outrora ocorrer.

Asilo induz à ideia de refúgio, de abrigo, de proteção³. É o local físico que se reserva ao resguardo de qualquer pessoa. Asilar-se nada mais é do que procurar abrigo, refúgio. E todo refúgio, todo abrigo, toda proteção pressupõe ameaça à pessoa do abrigado, do refugiado, do protegido, ainda que potencial. Ou seja, a ameaça de que se quer proteger não precisa ser efetiva. Basta ser potencial em razão da natureza das coisas. É um conceito factual acima de tudo. É um dado da natureza, do próprio ser e que, no caso da natureza humana, não somente se refere à parte física do indivíduo, mas também à sua parte psicológica.

É intuitivo que sendo o ser humano o ser complexo que é tenha que se por a salvo de toda coação, de todo o constrangimento, com resguardo, com proteção dos olhares ou atos alheios em razão de ser, além de indivíduo, um ser social. Significa isto dizer que, além de sua individualidade, de sua vida íntima, possui cada um de nós uma vida de relação, justamente por nos realizarmos, também, em sociedade. Daí, a casa ser uma extensão física necessária para que se dê o resguardo daquilo que, se exposto, resulta em violação da própria privacidade e, conseqüentemente, da própria personalidade que se quer preservar, sem o que violado estará o próprio ser em sua

³ “O objeto da tutela não é a propriedade nem a posse, mas a liberdade individual. A casa é um prolongamento da personalidade, lugar onde a pessoa exerce atividades que lhe permitem desenvolver-se. Ser livre é ser senhor de si e para que cada um possa realizar-se, expandir-se, perfazer-se, é necessário que livremente exerça as próprias faculdades, efetivando tudo aquilo de que for capaz. Essa senhoria de cada um se estende não só a si mesmo (liberdade pessoal), mas também ao domicílio, à correspondência, aos segredos etc. A esfera de soberania do indivíduo, portanto, ultrapassa a própria pessoa. E assim como cada senhor é soberano em seus domínios, em seu burgo, em seu feudo, em seu castelo, assim também cada um de nós pode dizer o que, com tanta freqüência, se dizia nas leis da Idade Média: ‘Minha casa é meu castelo’. A casa é, assim, instrumento daquilo a que os franceses chamavam *la sureté personelle*, isto é, a intangibilidade; a liberdade seria uma quimera se não fosse resguardada; por isso o indivíduo tem de ser respeitado, e essa intocabilidade se estende ao local onde ele vive e exerce suas atividades. Dizia Carrara, com a costumeira beleza: ‘Mal o homem viu o primeiro pôr-do-sol e logo olhou em torno à procura de um abrigo onde pudesse repousar o corpo exausto’ (Programa, Parte especial, vol. 2, § 1.651). E acrescentava: ‘E encontrando ali a proteção para as intempéries e a defesa contra os animais e, pouco a pouco, as desejadas comodidades, consagrou-lhe o seu afeto, como coisa caríssima, como parte de si mesmo: pareceu-lhe haver feito uma grande conquista quando pôde dizer: este é meu refúgio, minha casa, meu domicílio’” (TORNAGHI, Hélio. *Prisão e liberdade. Manual de processo penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1963. vol. 1, p. 314-315, nota 16).

essência, haja vista que é a própria vida social que impõe, em certas circunstâncias, dados os modos, os hábitos e os costumes de determinada época, local e cultura, que, em relação a certos atos da vida, se observe certo recato.

Esta ideia de casa enquanto lar, que vai além do conceito físico de construção, eis que até mesmo as cavidades naturais, como grutas e cavernas, poderão ser encaradas como tal, além de outras habitações precárias como barracas ou tendas, é a que se agrega ao conceito de inviolabilidade e que se torna imprescindível para que se coloque, independentemente da forma que assuma, como verdadeiro asilo do indivíduo.

Eis porque o texto constitucional se refere a situações bastante especiais como o desastre, o flagrante delito ou a prestação de socorro, além do consentimento do próprio morador, para que se possa licitamente dar a entrada em local alheio habitado, pondo a salvo da prática de qualquer ilícito quem nestas circunstâncias assim procede.

Destarte, dada a natureza da medida judicial de prisão, que enquanto pena deve-se cumprir em estabelecimento prisional adequado e que, enquanto medida cautelar, implica o recolhimento do preso à cadeia pública, a prisão domiciliar, como substituta destas últimas, sem deixar de se configurar como modalidade prisional, expressamente disposta no CPP e na Lei de Execução Penal, em vista dos limites impostos no art. 5º, XI da CRFB/88, constitui-se como verdadeiro desafio à ordem jurídico-constitucional posta, já que se deve observar nesta, antes de tudo, o limite temporal ali previsto para o cumprimento de qualquer ordem judicial que determine o ingresso na casa de alguém, qual seja, *o dia claro*.

Deste modo, vamos tentar desenvolver o tema em questão para ver por que balizamentos se deve esquadriñar a modalidade prisional ora em comento.

4. A questão do consentimento do morador

Há que se observar que, como garantia à inviolabilidade, por certo, visa o dispositivo constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88 a proteger o indivíduo de quaisquer abusos perpetrados por quem quer que seja, notadamente, pelo Estado, representado por seus agentes, eis que se constituem as garantias constitucionais em normas limitadoras, antes de tudo, do poder estatal. Como tal, por óbvio, a princípio, não há como se ter por violada tal garantia acaso o titular do próprio interesse a que visa a norma constitucional proteger permita ou consinta com o ingresso em sua residência, de acordo com o regulado na norma constitucional mencionada.

Veja-se, em observância às normas constitucionais anteriores, que o consentimento do morador para o ingresso em sua casa era sempre referido, em primeiro lugar, ao período da noite, sendo que, a princípio, também durante o dia tal consentimento se fizesse necessário, fora das exceções previstas em que se o dispensava. Porém, *podia a lei estabelecer outras exceções à inviolabilidade domiciliar, referidas, porém, sempre ao período do dia*.

Ao contrário, na Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se que, durante o dia ou a noite, sem distinção, sem o consentimento do morador, não há como

constitucionalmente se penetrar em casa alheia, fora das exceções de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, somente podendo *durante o dia*, mediante ordem judicial, ali se penetrar sem o dito consentimento. E só!

Intuitivo, pois, à ideia de consentimento é que a manifestação de vontade a ele inerente seja livre. A verdadeira *ratio legis* da garantia constitucional ora em exame não é outra que proteger a própria liberdade individual.

Destarte, não há sentido se sustentar um “consentimento”, ou seja, uma permissão que seja dada por quem de direito para ingressarem em sua casa se, em verdade, forçado foi a tanto, física ou psicologicamente, ou se levado foi a tanto em razão de certas circunstâncias, notadamente, oriundas de algum ato opressor, efetivo ou iminente.

Guardemos, porém, por ora esta ideia para, ao empós, voltarmos a ela oportunamente.

Apenas com exceção à Carta de 1937, observamos que o consentimento do morador era ainda mais limitativo que hoje em dia, pois, além de ser necessário ao próprio ingresso, limitava a possibilidade de se criarem outras exceções à inviolabilidade.

Ora, com isso, reforça-se a ideia de proteção a que visa a garantia constitucional em comento, pois limitar o ingresso de terceiros à noite na casa de alguém ao expresso consentimento deste, além da própria liberdade, visa a proteger o sossego e a privacidade que se espera ter como tal em tal período do dia, já que, em geral, reserva-se a noite ao descanso e recolhimento dos que ali habitam.

5. O conceito jurídico de casa e de domicílio

Conforme o ordenamento jurídico brasileiro, protege a casa e o domicílio tanto a lei civil, como a lei penal.

Primeiramente, o legislador civil, em regime de plena liberdade, conceituou domicílio como sendo o lugar onde a pessoa reside com ânimo definitivo (art. 70 da Lei nº 10.406/02).

Todavia, do ponto de vista penal, temos como exemplo de casa uma cabana, um quarto de hotel, a cabine de um transatlântico, a barraca do campista, o aposento ocupado de habitação coletiva, os compartimentos destinados ao exercício de certas atividades, como consultório médico, de dentista, pouco importando se a moradia constituiu-se de forma permanente, transitória, eventual ou alternada.⁴

O Código Penal classifica o domicílio do indivíduo diferentemente de como o faz o Código Civil. O § 4º do art. 150 do CP estabelece como conceito de casa o seguinte: (a) qualquer compartimento habitado; (b) aposento ocupado de habitação coletiva; (c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

⁴ (JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*, Ed. Saraiva, 2ª edição ampliada e atualizada, 1991, p. 413).

Em pesquisa à jurisprudência do STF, no RHC 90.376, afirmou-se que casa deve ser interpretada extensivamente.⁵

Portanto, de há muito estabelecido o conceito de casa, a ele se dando o elástico que a interpretação judicial e a doutrina lhe atribuem. Tal conceito deve ser levado, pois, em consideração para efeito da garantia constitucional de que trata o art. 5º, XI da CRFB/88⁶. A vontade, pois, neste caso considerada, do residente ou ocupante é para o ingresso do agente do Estado ou do particular se dar sem que se constitua tal ato em violação à sua casa, o que difere do que é informado no conceito de domicílio civil.

Curiosa, todavia, a condição de quem se encontra preso, sendo considerado, pela lei civil, domicílio deste o local onde cumpre sentença condenatória, a teor do parágrafo único do art. 76 da Lei nº 10.406/02.⁷

De certo modo, toda pessoa que se encontra presa, ainda que em estabelecimento prisional, já não se encontraria, digamos, domiciliado? Portanto, de certo modo, em “prisão domiciliar”? Domicílio há, mas, há *casa, abrigo*, no sentido do art. 5º, XI referido?

Quem se encontra em regime prisional, embora domiciliado para efeitos da lei civil no local onde cumpre pena, se encontra sob a permanente vigilância do Estado, submetido, pois, à sua disciplina específica, eis que sob sua custódia, não havendo que se falar propriamente em violação de domicílio por quem ingressa a qualquer hora do dia ou da noite no local em cujo cumprimento se dá a reprimenda. A princípio, então, não há que se falar em garantia à inviolabilidade de domicílio quando do cumprimento de uma pena privativa de liberdade, não podendo, pois, se opor o preso ao agente do Estado que queira, a qualquer tempo, ingressar no local onde se encontra recolhido para, *v.g.*, proceder a revistas ou examinar as condições gerais da cela onde se o encarcere, ressalvada a dignidade e demais direitos que se devem observar em relação à pessoa do detido, inclusive, sua proteção contra atos

⁵ Eis a conceituação dada no dito acórdão: “Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-2007, Segunda Turma, DJ de 18-5-2007).”

⁶ “Muito embora, como ensina Pontes de Miranda, a expressão ‘domicílio’, em Direito Constitucional, tenha outro significado em Direito Privado (cf. *Comentários à Constituição de 1967*, t.5, p.185), as nossas Constituições, com exceção da de 1937, sempre usaram a expressão ‘casa’, que ‘diz mais que domicílio’”. A atual, no seu art. 5º, XI, proclama:

“A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo entrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” FILHO, Fernando da Costa Tourinho *op. cit.*, pág. 357/358.

⁷ “Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.

Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.” (grifos nossos)

de terceiros, *ex vi* do art. 5º, inciso XLIX da CRFB/88. O mesmo se diga de quem esteja em prisão provisória.

Já a inviolabilidade da casa enquanto asilo inviolável do indivíduo, descrito no inciso XI do art. 5º da CRFB/88, visa, como não se deve olvidar, à garantia do interesse jurídico mor descrito no *caput* do dito dispositivo constitucional: *a liberdade*.

Assim, *casa*, da forma como disciplinada na Constituição Federal e para efeitos penais, não se confunde com *domicílio*, na forma do determinado no Direito Civil, embora uma e outro possam se confundir em razão de se concentrarem no mesmo local, porém, não necessariamente, haja vista que, acaso presa em estabelecimento prisional ou cadeia pública, tem a pessoa por domicílio local diverso do de sua casa, da sua residência, fruto de sua escolha, ainda que possa aquele ser, também e não somente, a sua residência, fixada com ânimo definitivo, porém, *em regime de liberdade*, o que não se confunde com o disposto no parágrafo único do art. 76 do Código Civil, eis que aqui se está a tratar de *domicílio necessário*, independente da vontade de quem o possui por força da circunstância de estar preso, eis que estabelecido *ex vi legis*.

Desta forma, mister se analisar, ante o tratamento diverso que recebe no nosso ordenamento jurídico o domicílio e a casa, o instituto da prisão domiciliar em suas versões existentes e previstas na lei: o *Código de Processo Penal* e a *Lei de Execução Penal*.

6. A prisão domiciliar no direito pátrio

6.1. Da prisão-pena

Temos que o ordenamento jurídico brasileiro prevê como modalidade prisional a prisão domiciliar. E, assim, chegamos ao ponto nevrálgico do presente artigo.

A prisão domiciliar ganhou especial incremento no ordenamento jurídico brasileiro, alcançando, enquanto modalidade de execução de prisão-pena, disciplina na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), com previsão expressa no seu art. 146-B, IV e no seu art. 146-C, com o regime propriamente dito do monitoramento eletrônico.

Destarte, pelo que vimos até aqui, a prisão domiciliar se apresenta, a princípio, na Lei de Execução Penal, como forma diversa de execução das penas privativas de liberdade cuja fiscalização poderá se dar por meio de monitoramento eletrônico.

Entre os deveres do condenado, encontra-se o de receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações e abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o respectivo dispositivo eletrônico ou de permitir que outrem o faça, na forma dos incisos I e II do dito art. 146-C.

Esta modalidade de execução de *pena privativa de liberdade* não pode passar incólume ao crivo do regramento constitucional, notadamente, a nosso ver, por conter a Constituição Federal garantias impostergáveis do cidadão e do indivíduo em geral. Esta relação, pois, do ponto de vista hierárquico-normativo, ascende a uma

importância *sine qua non*, eis que intimamente relacionada ao *status libertatis* que ganha natureza de cláusula pétrea em constituição rígida como a nossa.

Quando recorremos ao nosso texto constitucional, a primeira garantia a que visamos em se tratando de pena é a disposta no seu art. 5º, XXXIX, que nada mais é que a decorrente do brocado latino *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, qual seja, de que nenhum crime e nenhuma pena serão válidos se não previstos em lei.

E, mais especificamente em relação à pena privativa de liberdade, vem logo à mente a norma do art. 5º, XLVIII da Magna Carta que estabelece que toda pena será cumprida *em estabelecimento próprio para tanto*, respeitado o sexo, a idade e a natureza do delito. Apesar de lá se referir à pena de forma genérica, há de se entender a expressão por uma interpretação restritiva, já que o legislador disse aqui mais do que realmente tencionou dizer, pois a pena a que quis se referir foi tão somente a *privativa de liberdade*, sendo esta uma das que vem expressamente previstas no inciso XLVI, do art. 5º da CRFB/88.

Ao se perquirir quais são as penas privativas de liberdade previstas no ordenamento jurídico penal brasileiro, o Código Penal, nos artigos que as regulam (art. 33 *usque* 42), não prevê a prisão domiciliar como modalidade de tal espécie de sanção penal.

Da mesma forma, não se coloca a prisão domiciliar no Código Penal como espécie de regime prisional, como o regime fechado, o semiaberto e o aberto. Portanto, a primeira dúvida que deve brotar no espírito do intérprete é o que de fato seria a prisão domiciliar perante o ordenamento jurídico penal material.

Assim, a primeira perplexidade que advém de tal tratamento legal é o de que, não sendo a rigor modalidade de sanção penal, se se poderia sustentar como tal perante ordenamento jurídico constitucional tão restritivo como o nosso.

Em face da dúvida acima suscitada, porém, não apenas em razão desta, a disciplina constitucional que se deu a casa é que, em linha preliminar, se coloca como um dos maiores desafios, ao nível jurídico constitucional-penal, em face da norma do art. 5º, XI.

Portanto, à primeira vista, a ideia de casa opõe-se à de prisão, pois não se pode ter como concebido que aquilo que, antes de mais nada deve servir de asilo, se ponha simultaneamente como cárcere de quem quer se proteger exatamente daquele a quem se visa no asilo rechaçar: *o Estado*. Veja-se a definição de prisão domiciliar dada no art. 317 do CPP que trata não de pena, mas tão somente de prisão cautelar⁸.

Ora, o fundamento de toda pena de prisão reside no poder de *imperium* do Estado, cujo exercício se faz necessário à manutenção da ordem social⁹.

⁸ “Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁹ “Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, natural deva a Constituição preservá-la. Quando da estruturação da Magna Carta, em que se faz a composição do Poder Público, procura-se delimitar o que podem ou não podem fazer os órgãos que o exercem, e, ao mesmo tempo, se estabelecem barreiras

Em sendo assim, mister se faz estabelecer e entender o real alcance da lei para se ter a real dimensão do poder do Estado, ou seja, para se saber o que realmente pode ser exigido de cada um dos seus cidadãos, ao passo que já nasce aquele limitado pelo que lhe é ditado pela ordem jurídica.

Destarte, chama a atenção que a lei até aqui considerada não coloque a prisão domiciliar como pena, mas como mera modalidade de execução penal, pondo o condenado a uma pena privativa de liberdade, preso em sua própria casa, a despeito do que vem posto no art. 5º, XI da CRFB/88.

Como se disse até aqui, não há pena sem lei que previamente a defina. Deste modo, ao que parece, não se tem a prisão domiciliar como modalidade de pena privativa de liberdade, porém, se caracterizando como medida judicial que se impõe a tanto. Contudo, não são somente as penas privativas de liberdade que se colocam como sanção penal, havendo, entre outras, as restritivas de direitos.

Voltando-se ao Código Penal, também não se vislumbra presente a prisão domiciliar compreendida em tal modalidade sancionatória (art. 43 *usque* 48 do CP), pois *“as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade”*.

Nesta toada, além de não se encontrar a prisão domiciliar como modalidade de pena restritiva de direitos, as que estão expressamente previstas como limitação de fim de semana, prestação de serviços comunitários e interdição temporária de direitos também não se cumprem na casa do condenado, no máximo, em se tratando de limitação de fim de semana, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, como se vê da dicção do art. 48 do CP. Nem se diga que substitui as privativas de liberdade, eis que igualmente se caracteriza como prisão, apenas, que se cumpre na casa do condenado.

Assim, temos, a princípio, como penas privativas de liberdade, as previstas no Código Penal, como as de reclusão e detenção, que se cumprem, a depender do regime, em estabelecimento prisional de segurança máxima ou média (fechado); em colônia agrícola, industrial ou em outro estabelecimento similar (semiaberto); e em casa de albergado ou similar (aberto), tudo em consonância com o disposto no art. 5º, XLVIII da CRFB/88.

De igual sorte, diga-se o mesmo da prisão simples, na forma do que estabelece a lei das contravenções penais.

Quanto a outros tipos de penas, como pecuniárias ou de perdimento de bens, nem há do que tratar, pois totalmente fora de qualquer identidade com a modalidade sancionatória ora em comento.

intransponíveis para a tutela e resguardo dos chamados direitos fundamentais do homem, impedindo que o mau uso do Poder Público possa causar-lhes qualquer lesão. Mas, se os homens pautassem os seus atos de acordo com a lei, ‘se compreendessem sem erros os seus direitos e cumprissem, sem falhas nem demoras, os seus deveres, o poder público não teria razão substancial de ser’. *Conclui-se, pois, que o Poder Público existe, precipuamente, para manter a ordem e assegurar os direitos de todos.*” FILHO, Fernando da Costa Tourinho, *op. cit.*, pág. 338. (grifos nossos)

Tem-se a dizer que parte da doutrina considera distinta a *pena privativa da liberdade da restritiva de liberdade*, na forma como descrito no art. 5º, XLVI, alínea “a”, da CRFB/88, sendo que esta última comportaria apenas uma restrição ao direito ambulatorio e não a sua supressão total, como ocorre nas primeiras, abarcando, inclusive, a prisão domiciliar, como o recolhimento noturno¹⁰. Todavia, sua previsão deve igualmente estar na lei, nela sendo especificados os casos de sua aplicação, como preceito secundário decorrente da tipificação de determinada conduta ou referida em norma geral de aplicação nos casos nela especificados, como modalidade prisional que é, ao contrário do que entendam, pois implicará, de todo modo, o aprisionamento da pessoa em sua casa, ainda que limitado à parte do dia, por força de uma decisão judicial que, como se viu, encontra limites temporais para o seu cumprimento.

No que se refere ao disposto no art. 117 da LEP, deixaremos para disto tratar mais adiante.

6.2. Da prisão cautelar domiciliar

Seu conceito encontra previsão, como dito, no art. 317 do CPP, e as condições para a sua concessão se encontram consignadas no art. 318 do CPP.

Ademais, como espécie de outras medidas cautelares, temos o disposto no art. 319, V do CPP, qual seja, o recolhimento noturno do preso em sua casa.

Em sendo assim, primeiramente, há que se observar o interessante preceito que vem posto logo no art. 317 do CPP. A prisão domiciliar ali se define como sendo aquela que o preso cumpre em sua própria residência, donde somente poderá se ausentar mediante autorização judicial. Em resumo, parece pinçar, como se vê, o conceito civilístico de domicílio, ao estabelecer como cárcere a residência do preso, ou seja, aquela decorrente de sua escolha, porém, colocando-se em posição diametralmente oposta à norma que visa a garantir a inviolabilidade da casa, consignada no art. 5º, XI da CRFB/88, onde previsto está que naquela somente se poderá entrar por ordem judicial e no período diurno.

Seguindo na redação do aludido dispositivo legal, no caso da prisão domiciliar, somente poderá o residente de sua casa se ausentar mediante ordem judicial. Já, em liberdade, somente poderão na sua casa, salvantes as hipóteses constitucionalmente previstas, terceiros ingressar *mediante ordem judicial e de dia*, não carecendo, neste caso, o próprio morador de qualquer autorização judicial para dela se ausentar.

Já por este particular aspecto, temos que a prisão domiciliar, numa primeira análise, parece confrontar-se com a Constituição Federal, pois esta prevê como asilo inviolável do indivíduo sua casa, devendo esta destinar-se sempre ao abrigo daquele,

¹⁰ “As penas restritivas de liberdade não constituem formas de encarceramento. Não se trata da prisão do condenado, pois assim seriam privativas de liberdade. Consistem na limitação do direito de ir e vir do condenado: seu confinamento em determinado local, proibição de viajar sem autorização judicial, determinação de não freqüentar determinados locais, *obrigação de se recolher ao lar à noite*, a partir de determinada hora etc.” SILVA, José Afonso, *op.cit.* pág. 147. (grifos nossos)

seu habitante ou possuidor, e não ao local onde cumpre ou cumprirá sanção penal ou medida prisional.

Aliás, remontando ao próprio conceito de domicílio, dado pela legislação civil, parece redundante a terminologia "prisão domiciliar", já que o preso, enquanto tal, já tem por *domicílio necessário* exatamente o local onde cumpre a sua prisão, como acima visto. Desse modo, em nada acrescenta, sob este particular aspecto, o adjetivo domiciliar ao substantivo prisão a que vem adjunto, senão para se enfatizar que é *na residência do preso* que este deverá agora ficar detido. Portanto, não é ao domicílio, enquanto conceito jurídico próprio do Direito Civil, a que deve se dirigir o designativo domiciliar justaposto à prisão, senão que a norma do art. 317 do CPP está a se referir, verdadeiramente, *à própria casa do preso*, sua residência, como lá expresso e que, pela definição constitucional, *é o asilo inviolável de qualquer um*, independentemente de ser este seu domicílio ou não.

Estará aí, pois, senda aberta para se ingressar na casa de alguém enquanto se encontra em estabelecimento prisional, sem ordem judicial para tanto, a qualquer tempo e/ou sob quaisquer circunstâncias? Cremos que não, principalmente, se não houver necessidade de ali se colher alguma prova, ou para que nenhuma prova se perca, como a pericial, por ser o local da prática do delito investigado ou de que foi acusado o indivíduo, ou para a prática de qualquer outra medida judicial urgente.

Mesmo a busca e apreensão, acaso não observada tal regra constitucional, ter-se-á por abusiva, carecendo de ser realizada mediante os ditames legais e constitucionais, sob pena de nulidade.

Portanto, pelo simples fato de estar o seu possuidor e/ou proprietário preso, quando antes ali se encontrava residindo por força de seu direito de liberdade, seu estado prisional não possui força jurídica suficiente para, por si só, transformar o que outrora era seu lar agora em ambiente abandonado, pelo que ainda ali se faz incidir a garantia constitucional da inviolabilidade. Do contrário, o simples fato de encontrar-se a pessoa presa lhe reduziria a capacidade jurídica de administração de seus bens, representando uma *capitis diminutio*, contrário, pois, ao direito de personalidade que se deve preservar a toda e qualquer pessoa, ainda que presa.

A prisão cautelar, pois, como medida cautelar que é, tem apenas por princípio o da instrumentalidade. Visa, destarte, à preservação da própria prestação jurisdicional ou à garantia da satisfação da pretensão punitiva. Se a prisão domiciliar se coloca como um substituto do ergástulo cautelar, muito embora em essência deste não difira, mister que se constitua como meio adequado e idôneo a tanto, sem o que não há razão de ser.

E se há outros interesses que reivindicam a presença da pessoa do preso, como o de crianças e adolescentes que demandam daquele cuidado e atenção, por serem seus filhos ou estarem sob sua guarda ou poder, há que se sopesar o interesse maior que o próprio texto constitucional atribui a estes últimos com os que justificam a prisão cautelar, como veremos a seguir.

6.3. Os efeitos da prisão domiciliar sobre terceiros

Temos que, pelas muitas condições para a sua concessão, a submissão do preso cautelar à prisão domiciliar trará consequências para a vida de outras pessoas que àquele se vinculam e que, pelas condições pessoais que apresentam, se colocam sob seus cuidados, seja em razão da idade que possuem, seja por se encontrarem debilitadas.

Porém, em certas situações, se pode colocar em risco a esfera de direitos inalienáveis de tais pessoas que não são abrangidas diretamente pelo decreto prisional. A própria prisão domiciliar, com a possibilidade de ingresso no lar de agentes do Estado ante a necessidade de fiscalização de seu cumprimento, importa também em violação do domicílio dos outros.

Retornando à definição de domicílio dada pela lei civil, tem-se, por exemplo, que os menores e incapazes o tem como seu o de seus pais ou responsáveis, o que implica dizer que, por possuírem como casa a mesma onde se deva cumprir a prisão domiciliar, acabam por ter também como infringida a sua garantia à inviolabilidade, eis que não respondem a delito algum.

Diga-se o mesmo, e com muito maior razão, quando da hipótese da prisão domiciliar como execução penal, haja vista que é norma expressa do art. 5º, XLV da CRFB/88 que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Por coincidência, o domicílio dos menores ou incapazes é o mesmo *domicílio necessário* que o dos presos em geral, embora por razões jurídicas totalmente diversas destes últimos.

O que ocorre no caso do preso é que não cumpre esta pena, a princípio, por força de sua própria vontade, eis que a pena privativa de liberdade, modalidade de sanção penal, é medida restritiva *imposta* pelo Estado, decorrente de seu poder de *imperium*. O mesmo se diga em relação às modalidades de prisão provisória. Daí, ser o domicílio do preso *necessário*. Eis, pois, o questionamento: mas, poderia tal consequência jurídica, quando decorrente de uma pena criminal, ultrapassar a pessoa do condenado, de modo a alcançar pessoa diversa, ainda que filho seu ou não, menor sob sua guarda ou poder, sem se ferir o princípio constitucional da pessoalidade das penas, *ex vi* do art. 5º, XLV da CRFB/88¹¹?

Neste passo, a considerar, de um lado, que a lei civil determina que os incapazes terão como domicílio *necessariamente* o de seus pais, por outro, tal determinação não pode impor que estes sejam submetidos as mesmas consequências das penas criminais impostas a seus genitores.

Não se deve, pois, negar que um dos efeitos civis da prisão é a fixação do domicílio do preso no local onde a cumpre, com todas as consequências daí advindas, como ser vigiado, ser submetido à fiscalização de agentes do Estado, como revistas,

¹¹ "Art. 5º (...)

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

regime disciplinar, monitoramento eletrônico etc. Contudo, tais consequências devem-se observar em relação única e exclusivamente ao preso, a quem esteja submetido expressamente ao decreto prisional, seja ele provisório ou definitivo, e não a quem nem é investigado, denunciado, réu ou sentenciado em um processo criminal, como seus filhos.

Da mesma forma, veja-se a situação de quem for cônjuge ou companheiro do preso, pois, exigir do que não praticou o delito que se veja a todo tempo vigiado e submetido à fiscalização dos agentes estatais por força do decreto prisional, em sua própria casa, parece ser violador de uma série de garantias constitucionais que põem a salvo o terceiro de sofrer as consequências de uma pena de prisão, que deve encerrar caráter pessoal, ou de uma prisão cautelar, além da própria garantia da inviolabilidade de sua casa.

Ainda que a norma constitucional ponha a salvo o consentimento do morador para que se possa dar o ingresso em sua casa sem que se veja aí violação ao domicílio, não deveria se ter por extensível, neste caso, tal manifestação de vontade a quem não possui capacidade jurídica para tanto, como no caso dos menores, bem como a quem nem ao menos foi ou é parte no processo penal, como os cônjuges ou companheiros ou quaisquer outros que convivam com o preso na mesma casa em que se dará o cumprimento da prisão domiciliar seja lá a que título for.¹²

Aliás, em relação ao consentimento do próprio preso, conforme dito anteriormente, nos reportaremos a ele agora por chegar o momento oportuno para tanto.

Muito se poderia dizer a favor da prisão domiciliar em razão de suposto consentimento dado pelo próprio preso, eis que supriria ou seria este suficiente para contornar as dificuldades vistas até aqui, seja a prisão domiciliar cautelar, seja como execução de pena, haja vista que em geral é concedida por pleito ou pedido exposto feito pela defesa técnica, a quem os defendidos atribuem mandato para agir em seu nome.

Ocorre que toda manifestação de vontade para se ter como válida e, por conseguinte, fonte de obrigação e de direitos, deve se dar de forma livre, espontânea, sem submissão a qualquer tipo de coação ou ameaça.

Ora, é difícil crer que quem esteja na iminência de ser ou continuar a estar preso, seja cautelar, seja definitivamente, concorde *sempre* de forma absolutamente espontânea e livre com que o Estado transforme sua casa, outrora asilo inviolável, doravante, em seu cárcere¹³, ainda que se veja nisso um benefício em comparação à pena de prisão a ser cumprida em estabelecimento penal ou a recolhimento cautelar à cadeia pública, sendo observado no Resp nº 1.558.004 - RS (2015/0249614-2) que não há regulamentação a esse respeito, nem legal, nem jurisprudencial, ao contrário de sistemas judiciais alienígenas, como ocorre na Espanha, ainda quando se trate de prisão em flagrante.

¹² Importante trecho colhido de recentíssimo acórdão prolatado pelo STJ no Resp nº 1.558.004 - RS (2015/0249614-2).

¹³ Acórdão prolatado pelo STJ no Resp nº 1.558.004 - RS (2015/0249614-2).

Tem-se ainda a dizer que, em se tratando de cônjuge, se verifica uma horizontalidade na autoridade quanto ao consentimento para ingresso na casa, decorrente do regime de igualdade, *ex vi* do art. 226, § 5º da CRFB/88¹⁴, valendo registrar que a simples oposição de qualquer deles ao ingresso no lar conjugal, acaso violada, caracteriza o crime de violação de domicílio, já que se deve dar prevalência ao *ius prohibendi*, como registra a jurisprudência e a doutrina.¹⁵

Da mesma forma, registre-se que a jurisprudência e a doutrina também apontam para a possibilidade de se conferir o mesmo *ius prohibendi* aos filhos do dono ou possuidor da casa quanto aos aposentos que aqueles ocupem em relação a terceiros¹⁶. Ainda que permitidos estes últimos pelos pais a ingressarem no lar familiar, tendo em vista a limitação imposta pelo inciso XLV do art. 5º da CRFB/88, duvidoso, neste caso, se submeterem seus filhos ao mesmo regime prisional a que se submetem seus genitores em prisão domiciliar. Apenas em relação a seus pais é que os filhos não podem se opor, *em regime de liberdade*, a que ingressem nos aposentos que ocupem, assim como de terceiros por aqueles franqueado o ingresso, como empregados, familiares, operários ou quaisquer outros pelos mais variados motivos, sempre tendo por mira os direitos prevalentes dos menores, *ex vi* do art. 227 da CRFB/88, notadamente, de não serem submetidos a quaisquer atos de opressão ou violência, entre outros. A não ser assim, basear-se apenas no regime de subordinação em que se encontram os filhos menores em relação a seus pais para os submeter às ingerências de terceiros decorrentes do regime prisional destes últimos será reduzir à letra morta os direitos e garantias constitucionais que se põem a favor daqueles, pelo que entendemos que a conciliação do regime de prisão domiciliar com tais garantias se coloca, até agora, como bastante precária ou mesmo inviável.

Aqui, também, cabe assinalar que não se pode deixar de citar o disposto no inciso LXVI do art. 5º da CRFB/88, onde estabelecido está que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança*. Significa dizer que *a preferência é sempre do direito à liberdade*, ainda que provisória, sendo certo que quando se verificar alguma situação que justifique se pôr em liberdade alguém, ainda que no curso de um processo penal, em razão de algum interesse jurídico prevalente em face do próprio interesse estatal relativo ao cumprimento da lei penal, ou da garantia à instrução penal ou qualquer outro, melhor determinar-se a sua soltura, exigindo-lhe ou não fiança como contracautela, nos casos e na forma prevista na legislação, como no caso de se imporem demais medidas cautelares diversas do encarceramento, *ex vi* do art. 321 do CPP.

Destarte, no caso de se ter o interesse do menor, por exemplo, como prevalente, em razão da proteção que lhe confere a própria Constituição Federal, a teor do disposto no seu art. 227, a liberdade de quem por ele deve velar, como sua mãe ou seu pai, se

¹⁴ Regime de igualdade de JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal Anotado, pág. 411, 2ª edição ampliada e atualizada, 1991, Editora Saraiva.

¹⁵ "Conflito de autoridade horizontal. *melior est conditio prohibentis*." (Op. cit., nota 16, pág. 412)

¹⁶ "Dependência de subordinados. Neste sentido; JTACrimSP, 62:359." (Op. cit. nota 16, pág. 411)

coloca como bem mais adequada à consecução de tal objetivo do que a dita prisão domiciliar, ainda mais quando se verifica a citada norma do inciso LXVI do seu art. 5º, sem prejuízo de todas as demais garantias constitucionais até então comentadas.

Acrescente-se que a prevalência do direito da criança e do adolescente não é plenamente garantida somente por ter em casa seus genitores ou responsáveis, haja vista que situações extremamente variáveis podem se dar e que igualmente exigirão a presença destes em locais distantes ou fora da casa-prisão, de onde, por força do art. 317 do CPP, somente poderão estes últimos se ausentar por ordem judicial. O filho brigou no colégio, caiu na rua, foi assaltado, foi preso na delegacia, foi internado às pressas no hospital etc., não pode seu genitor ou responsável, sob pena de violação à prisão domiciliar, imediatamente ausentar-se da casa onde a cumpre para acudir a tais situações, senão com autorização judicial para tanto. A depender da situação que exija a presença *incontinenti* do preso, a tal *absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente*, prevista no art. 227 da CRFB/88, com toda certeza, não estará sendo observada pelo Estado com a determinação tão só da chamada prisão domiciliar, pois, até que seja autorizada a saída de casa do detento para atender ou socorrer seu filho, com urgência, de nada mais valerá.

Inclusive, dentro do próprio texto do art. 227 acima citado, tem-se importante regra quanto à proteção de crianças e adolescentes, atinente a pô-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nada mais violento ou opressivo para uma criança ou um adolescente que o submeter conjuntamente com o preso aos efeitos decorrentes da prisão domiciliar, seja esta cautelar ou não, sendo de se ressaltar que o direito correlato a tal ressalva coloca-se como *absoluta prioridade*, ao lado do direito à vida, à liberdade, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, entre outros, previstos no referido dispositivo constitucional.

Ora, como é intuitivo e lógico pensar, a vida, a liberdade, o lazer, a dignidade, o respeito do menor, criança ou adolescente, *enquanto prioridade absoluta*, não se contenta com restrições, principalmente, resultantes de decreto condenatório ou prisional que não lhe diga respeito, ainda que imposto a quem tem por obrigação e dever a sua guarda, o seu sustento, a sua vigilância e tudo o mais que decorra do *status familiae* ou representação de tais pessoas, salvante as limitações que sejam impostas pelo próprio texto constitucional.

Como se não bastasse, tem-se, até mesmo quando o menor deva cumprir alguma medida restritiva de liberdade, em razão de atos infracionais que pratique ou a que responda, que não lhe poderá ser exigido cumprir tal medida em estabelecimento prisional destinado a adultos. O que dizer, então, quando possui como casa a mesma em que alguém adulto esteja cumprindo prisão domiciliar, ainda que seu pai, sua mãe ou responsável, por prática ou indício da prática de um delito, tendo igualmente por

violada garantia constitucional afeta à inviolabilidade de domicílio, se nem ao menos delito ou ato infracional cometeu? Veja-se o que dispõe o art. 185 da Lei nº 8.069/90¹⁷.

Neste diapasão e pelo que foi visto até aqui, em virtude do feixe de relações jurídicas que decorrem de um mesmo fato, a existência da casa como asilo inviolável de quem a habita, se faz suscitar uma série de questões de ordem legal e constitucional que colocam a prisão domiciliar, seja em sua feição de prisão cautelar, seja como modalidade de execução penal, até aqui, em situação bastante crítica perante o ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Vejamos agora como se relaciona com outras garantias constitucionais igualmente invioláveis.

7. A proteção constitucional da vida privada como consectário lógico da inviolabilidade da casa enquanto garantia constitucional do indivíduo

A intimidade, a vida privada, assim como a honra e a imagem das pessoas, é considerada igualmente inviolável, a teor do art. 5º, X, da CRFB/88. Visa à garantia da privacidade. Dispõe a regra constitucional em análise que passível será de indenização o dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, se vislumbra uma dificuldade de ordem prática ao cumprimento da medida prisional, na medida em que difícil será muitas das vezes separá-la da violação ao direito de inviolabilidade da intimidade de terceiros, quando da ingerência de algum agente estatal na casa de alguém para, *v.g.*, proceder a uma revista ou para a verificação do cumprimento da própria prisão domiciliar, implicando isto violação de alguma esfera de interesses que devem estar a salvo desta atividade.

Daí, poderá resultar infração ao recato, ao pudor, ao sossego, ao segredo e tudo o mais que, dentro do que se possa imaginar relativo à intimidade, reconheça-se a alguém resguardar, ainda mais quando não abrangido pela medida judicial que supostamente se pode determinar como exceção à inviolabilidade da casa enquanto asilo do cidadão.

Da mesma forma, difícil será estabelecer o necessário limite em situações deste jaez para se dizer respeitada a garantia da inviolabilidade de sua casa, eis que o terceiro não há como se dizer obrigado às penas aplicadas ao preso domiciliar e àquele, por encontrar-se em sua casa, a princípio, deve-se garantir a inviolabilidade à intimidade.

Saber o exato limite do que pode fazer o agente público, em face do dever que possui de vigiar e fiscalizar quem se encontra em tal situação prisional pode se tornar uma tarefa bastante complexa e, quiçá, perigosa ao bom desempenho das funções daí

¹⁷ "Art. 185. A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.

§ 1º Inexistindo na comarca entidade com as características definidas no art. 123, o adolescente deverá ser imediatamente transferido para a localidade mais próxima.

§ 2º Sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de cinco dias, sob pena de responsabilidade." (grifos nossos)

decorrentes, bem como contraproducente, eis que deverá haver um limite à atuação estatal, sob pena de se gerarem situações violadoras à esfera de direitos de outrem¹⁸.

8. Da inviolabilidade dos sigilos de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas

Igualmente, outras garantias constitucionais, como as estabelecidas no art. 5º, XII, da CRFB/88, põem-se em risco ao se cumprir a prisão domiciliar. Fácil é constatar que à casa das pessoas é que, em geral, são enviadas correspondências e telegramas, assim como é no recinto de seu lar que recebem, por vezes, ligações telefônicas e onde possuem aparelhos como computadores, *laptops*, *tablets*, *smartphones* e toda sorte de parafernália de que modernamente se utiliza para a transmissão, recepção e guarda de dados e mensagens pessoais.

A necessidade de se submeter o preso à vigilância e à fiscalização constante por parte do Estado pode implicar a verificação do cumprimento ou não das medidas inerentes ao regime prisional domiciliar, devendo-se, para tanto, determinar a violação de tais dados, correspondências ou informações. Porém, quando pertencentes a terceiros que tenham por casa a mesma do preso, por não estarem aqueles submetidos ao mesmo decreto prisional imposto a este, dever-se-á observar a limitação imposta pelo texto constitucional.

Ora, da mesma forma que os maiores e capazes, os menores e incapazes são detentores das mesmas garantias constitucionais a que se refere a inviolabilidade acima descrita, assim como qualquer outra pessoa que coabite a residência de quem nela se encontra cumprindo prisão domiciliar.

Deste modo, a prisão domiciliar também se põe como ameaça a tal garantia, sendo que nem ao menos exceções a ela estabelecidas no art. 5º, XII, em relação às comunicações telefônicas, se aplica a quem não se encontra referido no decreto prisional.

Imaginar-se possível a quebra do sigilo telefônico de quem se encontre em casa cumprindo pena desde que se utilize de telefone compartilhado pela família, por exemplo, é algo que pode gerar constrangimento e violação a direitos de terceiros, pois ter-se-ão por violadas ligações efetuadas ou recebidas por outrem, diverso da pessoa do apenado ou cautelarmente preso, ainda que haja mandado judicial para tanto. Que dizer então quanto aos telefones particulares dos outros?

De se citar, especificamente à criança e ao adolescente, o que dispõe o art. 17 da Lei nº 8.069/90¹⁹.

Ou seja, espaços e objetos pessoais, assim como os demais interesses e bens materiais e imateriais, como imagem, identidade, autonomia, valores e ideias, que se

¹⁸ A propósito do tema, veja-se trecho do artigo intitulado *O direito fundamental à privacidade e à intimidade no cenário brasileiro na perspectiva de um direito à proteção de dados pessoais*.

¹⁹ “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.” (grifos nossos)

quer proteger ou por a salvo pertencentes a crianças e adolescentes e que podem estar compreendidos na casa onde se cumprirá a prisão domiciliar correm o risco de serem violados pelos agentes estatais.

Por outro lado, do ponto de vista prático, poder-se-á justamente em razão das limitações jurídicas impostas ao preso domiciliar, em virtude desta sua condição, valer-se este de interposta pessoa que com ele reside para justamente tentar contornar a limitação que lhe tenha sido imposta, notadamente, quando se constituir sua prisão domiciliar em cautelar, haja vista que a justificativa às medidas cautelares em matéria penal encontra fundamento na necessidade de se pôr a salvo a instrução criminal, a aplicação da lei penal ou a garantia da ordem pública ou econômica, na forma do disposto no art. 312 do CPP, por um juízo de periculosidade que se faz.

Portanto, diante das dificuldades e limitações impostas pela Constituição e pela legislação pertinente, buscar na prisão domiciliar a cautelaridade que se espera para pôr a salvo os interesses que a legislação processual penal preconiza, levando-se em consideração muitas das condicionantes previstas para que não se transforme aquela em arbítrio, não se mostra a medida judicial mais adequada a tanto.

Todavia, impedir que terceiros continuem a morar no mesmo local que sempre moraram, como os filhos menores do preso e pessoas sob seus cuidados, para efeitos de cumprimento da medida, sem que tal se imponha na legislação pertinente, bem como em face de outras garantias constitucionais, como o direito de propriedade e moradia, acaba por retirar a própria justificativa da prisão cautelar na maioria das hipóteses em que vem sendo concedida, constituindo-se em outro desafio que se põe à sua implementação.

9. Do direito de propriedade e de moradia

A análise da prisão domiciliar não poderia passar incólume ao direito de propriedade e de moradia que detenha o preso sobre o imóvel no qual se deverá cumprir.

Como se pode ver, o direito de propriedade é uma garantia constitucional fundamental do cidadão, pondo-a, pois, a salvo de ingerências ou arbítrio do Estado, ressalvadas as exceções previstas no próprio texto constitucional.

Tais exceções, contudo, são bastante específicas como o atendimento à função social, a desapropriação por necessidade e utilidade pública ou por interesse social e a requisição em caso de iminente perigo público (art. 5º, XXII a XXV, da CRFB/88).

Daí, revestir-se de importância saber a que título se dá a ocupação da casa por seu morador, acaso seu possuidor ou proprietário, quando nela preso, e como se dá a utilização de tal imóvel pelo Estado para cumprimento do mandado judicial relativo à prisão domiciliar.

Não nos parece que esteja a cumprir a propriedade, neste caso, sua função social, pois não se quer que o imóvel que se destina originariamente à moradia de

alguém se transforme em seu próprio cárcere, notadamente, quando é um dos direitos sociais previstos no art. 6º da CRFB/88.

Ora, o art. 6º menciona a moradia como um direito social, o que vai além do mero direito de propriedade, pois abrange também a posse, seja a título definitivo ou precário, cabendo ao Estado garantir-lhe proteção.

Conforme menciona o texto acima, a moradia é direito social, na forma do que dispõe a Constituição²⁰.

Assim, tendo em vista que a propriedade é um direito que deve ser respeitado pelo Estado, inclusive, para que cumpra a sua função social, nada mais justo que este coadune o seu interesse com o interesse jurídico inerente à finalidade primária de toda residência, qual seja, servir de moradia a alguém.

Contudo, a função social que deve ser observada em relação ao direito constitucional da propriedade se dá não em relação a seu proprietário ou possuidor, individualmente considerado, eis que se assim o fosse, não haveria como se constituir como verdadeiro interesse social, senão como mero interesse privado, o que difere daquele.

Desta forma, parece estranho que tendo como objetivo maior a casa garantir a moradia de alguém, enquanto realização de sua função social, não apenas, mas fundamentalmente como tal, se possa impor simultaneamente violação à sua inviolabilidade enquanto asilo, constituindo-a como ergástulo.

Se é moradia, não pode comportar limitação maior que a própria Constituição impôs, quando esta mesma determinou que tal direito se dará na forma do que determina, como se vê da parte final do seu artigo 6º, com o óbvio resguardo do disposto no seu art. 5º, XI.

Todavia, carece ainda de tratamento adequado o regime jurídico a que se submete a casa do preso quando nesta se cumpre sua prisão, pois está descrito no inciso XXV do art. 5º da CRFB/88 que poderá a autoridade usar de propriedade particular em caso de *perigo público iminente*, ressalvada a possibilidade de indenização pelo dano daí advindo.

Aqui, o que se está, em verdade, regulamentando não é o uso do direito de propriedade propriamente dito, pois esse é apenas o direito, o interesse jurídico que tem por objeto um bem da vida, concentrado na esfera jurídica de seu titular, senão o próprio bem objeto de tal direito *in casu* um bem imóvel.

Destarte, para que se dê constitucionalmente a possibilidade de requisitar, em geral, o bem de alguém para uso do Estado, incluídos aí os bens imóveis, necessária se faz a existência de um *iminente perigo público*. Estaria presente o tal iminente perigo público a justificar transformar a casa de alguém em sua própria prisão, ainda que cautelar? Para tanto, além do próprio *periculum in mora* que justifica a decretação da prisão preventiva de alguém que, pela nova redação do art. 318 do CPP, poderá

²⁰ Conforme se extrai de definição contida na obra Comentário Contextual à Constituição, de SILVA, José Afonso da, Malheiros Editores, 5ª edição, pág. 186.

ser convertida em prisão domiciliar, cremos que o constituinte tenha querido se referir como iminente perigo público a algo mais do que a simples necessidade de se garantir a instrução de um processo criminal, ou a aplicação da lei penal ou garantir a ordem pública ou econômica, pois se constitui tal prisão cautelar como mera instrumentalidade de uma atividade estatal específica: *a jurídico-processual-penal*. Da mesma forma, quando se tratar de prisão-pena.

Então, ao menos até aqui, parece que não seria pela exceção à garantia constitucional do direito de propriedade que se daria a prisão domiciliar como modalidade de requisição da casa justificada por iminente perigo público, seja como medida judicial cautelar, seja como sanção penal.

Ademais, a casa onde o preso cumprirá a prisão domiciliar não passa à propriedade do Estado, nem mesmo em razão do que vem disposto no inciso XXV do art. 5º da CRFB/88 ou por outra qualquer razão. Continua ela a pertencer ao preso ou a ser por este possuída e utilizada, seja lá a que título for, porém, como sua moradia, sua residência, sua casa, devendo, agora, nela se submeter à ingerência do Estado. Portanto, a que título se dá, neste caso, a utilização pelo Estado da casa do preso como presídio ou cadeia pública?

Legítima limitação do direito de propriedade, ao que parece, não se constitui. Requisição do imóvel que lhe serve de objeto, igualmente legítima, também não parece se configurar. Então, esta continua a ser uma questão jurídica intrigante sob o ponto de vista da utilização da casa do preso para cumprimento da ordem judicial de sua prisão, ao menos do ponto de vista do direito constitucional de propriedade e de moradia, até agora não devidamente respondida.

10. Da ordem judicial de prisão domiciliar

Neste passo, questão interessante relativa à exceção à inviolabilidade da casa enquanto asilo seria quanto ao mandado ou ordem judicial que a justifica.

É de se pressupor que toda ordem ou mandado judicial se dá em consonância com o que prevê a legislação pertinente, sob pena de se constituir a autoridade judicial como ser supremo que tudo pode, bastando qualquer ordem sua para que se descumpra toda e qualquer garantia legal ou constitucional.

O art. 5º, XI da CRFB/88 prevê como exceção à inviolabilidade da casa de alguém ordem judicial para cujo cumprimento, como outrora visto, deve-se observar o dia.

Ocorre que, no caso da prisão domiciliar, seja como modalidade de execução da prisão-pena, seja como modalidade de prisão cautelar, dever-se-á observar vigilância constante sobre aquele a ela submetido. E, portanto, como temos uma limitação temporal para cumprimento do decreto prisional (parte do dia), soa mais uma vez írrito colocar-se tal modalidade de prisão como execução de sanção penal ou medida cautelar restritiva de liberdade.

Mesmo o monitoramento eletrônico como modalidade de vigilância à distância, por seu caráter invasivo, é de duvidosa constitucionalidade, eis que o que se quer garantir com a inviolabilidade do domicílio de alguém não é apenas o respeito aos limites físicos da propriedade imobiliária que possui, mas, além destes, a própria intimidade e privacidade de quem a habita. Portanto, a proteção se dirige à pessoa e não a casa em si.

Assim, havendo um limite temporal preciso para que se dê o cumprimento da ordem judicial que se coloca como exceção à inviolabilidade da casa, poder-se-ia a todo tempo, em cumprimento a tal ordem, se violar a residência de alguém, seja por que motivo for, como para a fiscalização das condições impostas à prisão domiciliar ou para a verificação das condições do aparelho de monitoramento eletrônico ou mesmo para se certificar se não houve fuga? Achamos que não!

Por outro lado, limitar-se o decreto de prisão domiciliar à parte clara do dia não se coaduna com o que se espera de uma pena privativa de liberdade ou com a cautelar decorrente de uma medida prisional imposta no curso de um processo judicial ou de um inquérito penal. Se se chega à conclusão de que alguém carece recolher-se à prisão por sua liberdade representar risco à instrução criminal, à aplicação da lei penal ou à ordem pública ou econômica, havendo limites temporais para se dar o cumprimento integral a uma ordem judicial que se ponha como exceção à inviolabilidade da casa, não vemos como possa prosperar tal medida judicial como eficaz, útil e necessária à preservação dos interesses que a justificam, havendo interesses maiores que aos que visa a cautelar preservar quando determinado cumprir-se em ambiente diverso dos estabelecimentos prisionais.

Se mais importante, em determinadas hipóteses, é que se coloque o indivíduo em liberdade em razão da prevalência de outros interesses jurídicos, como os de crianças e adolescentes, filhos seus ou sob sua guarda ou proteção, em razão de assim terem sido erigidos pelo ordenamento jurídico como um todo, melhor que se coloque em liberdade, ainda que provisória, o até então preso.

A não ser assim, a busca e apreensão, que também é uma medida judicial para cujo cumprimento se exige por vezes o ingresso em casa alheia, poder-se-ia cumprir a qualquer tempo ou sob quaisquer circunstâncias, sendo certo que forte é a jurisprudência no sentido de não reconhecer validade a provas obtidas por meio de tal instrumento legal acaso descumprido o limite temporal para tanto.

Como se vê, em caso de mandado de prisão, não se o cumpre senão de dia, mesmo que se deva fazê-lo em casa de terceiro em que se haja homiziado quem lhe seja objeto. Aqui não se distingue em razão de que a que título se expediu o mandado de prisão, se decorrente de prisão cautelar ou de sentença definitiva. Basta o que dispõe o art. 293 do CPP²¹.

²¹ "Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão."

Contudo, quem se acha preso, seja cautelar, seja definitivamente, o é de dia e de noite, ou seja, o decreto prisional a ele inerente se faz necessário cumprir constantemente pelo período que a lei ou o decreto prisional fixar ou a situação que o justifique perdurar. Existe, pois, uma clara diferença entre o ato de apreensão e o de prisão, verificando-se aquele em momento certo e determinado, enquanto esta se traduz numa situação fática e jurídica oriunda daquele ato e que se protraí no tempo.

Por isso, ao se ter a prisão domiciliar como a que se cumpre na residência do preso, em razão da limitação temporal disposta no art. 5º, XI, da CRFB/88, põe-se séria dúvida quanto à sua constitucionalidade, haja vista não conter o texto constitucional correlato exceção ao cumprimento de decisões judiciais na casa de alguém, *senão durante o dia*. E como as decisões que determinam aquela prisão carecem de uma fiscalização eficaz por parte do aparelho estatal para certificar-se o seu fiel cumprimento, não há como, *senão* por violação do dito dispositivo constitucional, se proceder a tanto, eis que o art. 5º, XI, somente permite que *de dia* os agentes estatais possam ingressar na casa de alguém.

Veja-se que não mais vigem as exceções que havia em textos constitucionais pretéritos que previam que a legislação infraconstitucional podia criar outras exceções que não as expressamente contidas no dispositivo da inviolabilidade da casa.

Como se verificar, por exemplo, o cumprimento do recolhimento em período noturno, previsto no art. 319, V, do CPP, se o ingresso em casa alheia por determinação judicial não pode se dar *senão* de dia? Diverso, por exemplo, é tal recolhimento quando se dá em cadeia pública ou presídio, eis que aí não se trata da casa ou residência do preso, *senão* o local em que, conforme o determinado no texto constitucional, se cumprem as penas privativas de liberdade, de acordo com o sexo, a idade e a natureza do delito, bem como, respectivamente, as prisões provisórias, consistindo aquele em seu domicílio necessário, ou seja, imposto, na forma do que determina a lei civil.

Se a decisão judicial relativa à prisão domiciliar se dá levando em consideração um aspecto volitivo, pois definido é no art. 317 do CPP que prisão domiciliar é aquela que se cumpre na residência do preso, reconhecido é também que esta é a casa do indivíduo, ou seja, aquela que livremente escolhe para servir-lhe de abrigo, isto é, asilo inviolável, portanto, posto a salvo da ingerência estatal. Não pode, a princípio, o Estado subverter o conceito jurídico daquilo que antes forçosamente deve reconhecer como limitador de seu próprio poder para justamente ali o exercer, salvo, se em flagrante delito.

A não ser, então, que passará a ter o indivíduo responsabilidade que é própria do Estado, qual seja, de se pôr como carcereiro de si mesmo, ao menos, na parte do dia em que não é dado nem àquele fazê-lo na casa deste último, qual seja, *à noite*, porém, por ordem dele mesmo, o que, de novo, se coloca contrário ao art. 5º, XI, da CRFB/88, ainda que por um ideal benthaniano do exercício do poder estatal.²²

²² Cremos que aqui caiba fazer-se referência ao que Michel Foucault analisou acerca do panóptico de Bentham em sua obra *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

Pode parecer que com tal ordem haja a concessão de um benefício ao próprio preso por poder restar confinado em seu próprio lar, se pondo, na maior parte do tempo, sob sua própria autoridade. Mas, tal ideia se dá em contrariedade ao que visa a própria garantia constitucional da inviolabilidade preservar: *a liberdade*. Ora, se dado é ao Estado reconhecer que pode o indivíduo pôr-se fora de sua submissão, em sua casa, como expressão máxima do direito de liberdade e que este possui pelo simples fato de se constituir como seu cidadão, não há como, pois, obrigá-lo *sempre* o Estado a ali se submeter ao seu poder; a se sentir ali vigiado, ao menos, na parte do dia em que expressamente a Constituição o proíbe e, conseqüentemente, em que o liberta de tal incumbência.

Daí, a previsão no texto constitucional do cumprimento da pena em estabelecimento prisional adequado, na forma do seu art. 5º, inciso XLVIII, pois este não é o espaço físico que se destina ao exercício da liberdade de ninguém, senão onde se subsume ao poder estatal, sendo que a liberdade, ainda que provisória, é garantia constitucional contra tal poder, *ex vi* do art. 5º, LXVI da CRFB/88, mesmo mediante fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão, a teor do art. 321 do CPP, não havendo, destarte, sentido colocar-se como substituta da prisão cautelar uma *outra prisão*, agora, na residência do próprio preso, para que fique aí exposto, inclusive, a toda sorte de ameaça, eis que sob os olhares de todos, com o ingresso a todo momento de policiais, porém, que ali não permanecem para dar-lhe a proteção e vigiá-lo, ante o que a sua situação prisional exige, ficando, pois, submetido às neuras, psicoses e paranoias de estar posto sob a vigília de si mesmo por ordem do Estado. É isto um contrassenso, na medida em que, como visto, nem ao menos garante com integralidade interesses que se querem ter como prevalentes, como o de adolescentes e crianças, conforme acima abordado.

Portanto, não exige a Constituição apenas uma ordem judicial para que se permita o ingresso na casa de alguém, senão que tal ordem possa cumprir-se, nas condições estabelecidas na própria norma constitucional²³, observado o limite temporal para tanto.

11. A jurisprudência

Como se pode ver da jurisprudência recente no país, está sendo acolhida, principalmente como substituta da prisão cautelar, a prisão domiciliar em larga escala, notadamente, quando a postulante encontra-se grávida ou possui prole de até a idade de doze anos, não se verificando o mesmo vigor quando se trata de homem, na qualidade de pai, embora a estes se estenda o benefício em análogas e díspares situações, como na forma do art. 117 da LEP e do art. 318, III e VI do CPP.

²³ Muito a propósito, veja-se o entendimento acerca da reserva jurisdicional prevista em nossa Constituição, trecho de artigo de GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP, *op.cit.* pág. 06/07.

Quando assim concedida, verifica-se que, *em relação à mulher*, se a defere fazendo, muitas das vezes, alusão às *regras de Bangkok*, principalmente, em face da sua condição de mãe, além, para tanto, do que prevê a legislação interna.

Contudo, mister se faz uma análise mais aprofundada das regras contidas em tal documento, eis que muitas das vezes vinculam a atuação dos magistrados, principalmente, dos tribunais superiores como se imperativo fosse para a concessão da medida sob exame.

11.1 Da Carta de Bangkok

Logo no início dos considerandos, constata-se que um dos objetivos da referida Carta de Bangkok é a adoção de *medida alternativa* à prisão em situações que nela se especificam. Pois, tais *medidas alternativas à prisão* vêm especificadas ao final, da Regra 57 à Regra 65.

Ou seja, claro está como a água que em nenhum momento autorizam as regras de Bangkok a adoção, como *alternativa* à pena de prisão ou à prisão provisória, de *outra prisão*, ainda que em casa do detento, *senão medidas penais alternativas àquelas*. Alternância pressupõe possibilidade de mudança, de escolha de outra coisa ao que se alterna, de substituição. Substituir prisão em presídio ou cadeia por prisão em casa *continua sendo medida privativa de liberdade*, desta vez, de duvidosa constitucionalidade, como até aqui colocado.

Ora, se a ideia é a substituição da medida privativa de liberdade como forma alternativa à adoção da prisão, parece não se ter como determinar, com base em tal documento, a prisão na casa de ninguém.

Inclusive, veja-se que as tais medidas penais alternativas preconizadas pela dita convenção internacional devem ser preferencialmente executadas em estabelecimentos como *casas de albergado* e *organizações não governamentais ou de interesse comunitário*, como se vê do insculpido na Regra 59. Em nenhum momento, se menciona a prisão domiciliar como alternativa à prisão-pena ou à prisão cautelar.

Se necessário é que se mantenha presa a mulher, que o seja no estabelecimento prisional adequado, cabendo ao Estado a sua fiscalização, cumprindo com o dever que lhe compete como tal, o que também é previsto na Regra 59.

Aliás, ainda concernente à Regra 59 da Carta de Bangkok, atente-se para que, mesmo quando ali se reconhece a necessidade de se manter presa a mulher, o é temporariamente, não sendo mais admissível o cárcere contra a sua vontade, como se vê *in fine* daquela disposição convencional, porém, aqui não se trata da vontade relativa ao estabelecimento de domicílio, já que se está a regular na aludida Regra 59 uma medida temporária privativa de liberdade e que não deve prevalecer contra a sua vontade e, não, como uma medida alternativa a tal privação, porém, de análoga consequência prática.

Portanto, em geral, conforme consignado na dita regra, dever-se-á adotar medida alternativa, diversa, pois, da prisão, salvo quando temporária, em favor da proteção feminina e não contrária à vontade da mulher, mas que, neste último caso, deve, a princípio, se cumprir em estabelecimento prisional adequado.

Mas, insistindo no tema, neste caso, estaríamos diante de manifestação de vontade que justificaria, por si só, a prisão domiciliar, ainda que temporária, eis que prevista a regra acima citada, em se tratando de presa, com todo o consectário que uma medida de tal natureza implica, conforme acima já assinalado?

Primeiramente, em razão do já analisado até aqui, chega a ser uma *contraditio in terminis* a regra do art. 319, V, do CPP, como será mais adiante tratado, eis que prevê como alternativa à prisão o recolhimento noturno do preso em prisão domiciliar, pois em nada se mostra alternativo, senão, pela temporariedade do estado prisional, eis que substancialmente continua a ser medida de privação da liberdade, ainda que restrita à parte escura do dia, parte esta em que a própria Constituição Federal veda o cumprimento na casa de quem quer que seja de qualquer decisão judicial. Contudo, ainda que se queira, diante da norma da Regra 59 da Carta de Bangkok, se justificar a medida em comento, deve a manifestação de vontade da presa prevalecer para que se dê o cumprimento de sua prisão em casa, mesmo quando esta se coloca como seu abrigo inviolável, a teor do art. 5º, XI, da CRFB/88?

O problema que se coloca em admitir-se como suficiente a vontade, em especial, da mulher para que se recolha em sua própria casa para cumprimento de uma medida privativa de liberdade é que tal medida decorre de um ato prolatado pelo Estado, ao que se opõe a própria garantia constitucional em referência, haja vista que abrirá oportunidade à infringência de tantas outras garantias constitucionais, como acima mencionado.

O próprio § 2º do art. 5º da CRFB/88 determina que os direitos e garantias nela expressas não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados em que seja parte o Estado brasileiro. Ainda que assim disponha, tem-se que a recíproca não é verdadeira, qual seja, de que possa haver diminuição do conteúdo normativo de quaisquer garantias constitucionais em razão dos tratados que o Brasil firma. A relação, pois, em razão do mencionado dispositivo constitucional é sempre de soma e, não, de subtração.

Ainda que se preveja que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, reputam-se equivalentes às emendas constitucionais, na forma do § 3º do art. 5º da CRFB/88²⁴, temos que, como tais, devam obedecer às limitações próprias do poder geral de reforma, impostas pela Carta Magna

²⁴ “Art. 5º (...)”

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018) (Vide ADI 3392)“

ao poder constituinte derivado. E, sendo a garantia da inviolabilidade da casa enquanto asilo inviolável uma garantia individual do cidadão, não se submete esta à deliberação tendente a aboli-la, na forma do disciplinado no art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88.

Neste contexto, podemos dizer que, mesmo que haja o consentimento do morador como exceção expressa à inviolabilidade da casa, na forma do art. 5º, XI, da CRFB/88, *tal exceção visa à garantia do direito de liberdade do indivíduo*, sendo um contrassenso utilizá-la justamente para justificar ato estatal que visa ao contrário de tal interesse jurídico, *o cárcere*, quando a própria Constituição proíbe qualquer reforma que vise a abolir tal garantia como quando só preveja que tais garantias sejam ampliadas e não diminuídas por meio dos tratados internacionais que firme o Brasil.

Remanesce, pois, a pergunta: seria suficiente a manifestação de vontade do indivíduo para se ter como justificada, ao nível constitucional, a prisão domiciliar, com todas as consequências jurídicas advindas da custódia que encerra? Ao menos de uma perspectiva generalista, conforme se extrai da Regra 59 acima, parece-nos que não, em face da visão garantista que nos fornece a cláusula constitucional ora em comento e que ainda informa o Direito interno.

Convém, agora, fazermos uma análise do caso paradigmático - *HABEAS CORPUS* 134.734 SÃO PAULO - que, julgado no STF, optou pelo reconhecimento da aplicação da Carta de Bangkok.

Apesar de ser expressa a convenção de Bangkok acerca do compromisso de adoção pelos Estados signatários de *medida alternativa à prisão*, o voto condutor do acórdão acima citado, da lavra do ilustre Min. Celso de Mello, reputa de acordo com tal documento a previsão da prisão domiciliar em solo pátrio.

A crítica, portanto, a nosso ver pertinente se fazer aqui reside justamente no fato de que a legislação interna, a despeito do voto paradigmático considerar que se adequou o Brasil ao compromisso internacional por ele firmado, ao prever como alternativa à prisão cautelar a prisão domiciliar *data venia*, não se adéqua à tal convenção internacional, pois não se pode ter como alternativo a algo que se procura substituir o que lhe é ontologicamente análogo, pois prisão é da mesma forma, com a agravante de que agora estará o preso por sua conta e risco, cumprindo um decreto prisional em sua própria casa, de forma contrária ao que estabelece a própria ordem constitucional, eis que o Estado não estará mais custodiando o detento, na forma como estabelece a Magna Carta e a própria convenção em comento que, em sua Regra 59, estabelece que *“serão aplicadas medidas temporárias de privação da liberdade para proteger a uma mulher unicamente quando seja necessário e expressamente solicitado pela mulher interessada, sempre sob controle judicial ou outras autoridades competentes”* (grifos nossos), pois não há como a todo tempo fazer-lhe vigilância em sua própria casa, haja vista o limite temporal para que se cumpra nesta qualquer ordem judicial, a teor da regra do art. 5º, XI, da CRFB/88, não podendo tal dispositivo constitucional ser derogado por emenda constitucional ou pelo que lhe equivale, como um tratado que verse sobre direitos humanos.

Apesar de citadas expressamente as normas das Regras 57 e 58 da dita convenção no voto em exame, não se vê ali justificada a adoção de prisão domiciliar como sendo a medida alternativa que preconiza.

Ora, está ali com todas as letras disposto que devem ser dadas opções de *medidas alternativas à prisão*, seja ela preventiva ou prisão-pena, não se diferenciando a domiciliar das que sejam cumpridas em estabelecimento prisional, senão pelo local em que se cumprem.

Mas, se vai mais além. Malgrado toda a dificuldade acima posta em face da afetação dos interesses de crianças e adolescentes, para se ver como legítima a prisão domiciliar, conforme já abordado linhas acima, veja-se, na esteira do voto referido, o que neste se consigna, acerca da prevalência dos direitos constitucionais de crianças e adolescentes.

Apesar das conclusões em que vem vazado o voto condutor do eminente relator, não se têm como superados os principais obstáculos para se verem cumpridos como prioridade absoluta os direitos e interesses de crianças e adolescentes quando da concessão de prisão domiciliar a seus pais e/ou responsáveis, notadamente, quando se exige a concretização destes direitos pelo Estado brasileiro, como bem disse o ilustre ministro, pois o encarceramento “domiciliar” de quem por eles deve velar não se mostra, por si só, suficiente ao alcance e consecução de tal desiderato.

E a uma contradição, se nos permite, parece se ter chegado no voto acima, quanto a não se constituir a prisão domiciliar como direito subjetivo do preso. Apesar de não ser a prisão domiciliar direito subjetivo daquele, senão mera faculdade judicial, eis que deverão ser sopesadas condições pessoais suas, como sua personalidade e sua conduta social, simultaneamente se reconhece ser de *absoluta prioridade* os interesses de crianças e adolescentes, na forma do que estatui o art. 227 da CRFB/88.

Concluiu S. Exa., que “*é necessário que seja abolida esta discriminação* e que todo ‘menor’ seja tratado como criança – sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais” (grifos nossos). Ora, menor, ao rigor da lei civil brasileira, o é toda pessoa até os 17 anos, 11 meses e 29 dias.

Em sendo assim, por epítrope, seguindo-se na linha de raciocínio até então desenvolvida, se todo menor deve ser considerado criança para que se dê a devida proteção do Estado, cabendo a este, para o alcance de tal desiderato, conceder prisão domiciliar a seus pais, não há porque se limitar à idade de 12 anos incompletos dos filhos para que se conceda o gozo da referida “benesse” como o faz a legislação interna.

Se tais direitos para serem reconhecidos como de absoluta prioridade implicam um “*facere*” do Estado, como descrito no texto acima, consistente em colocar-se a pessoa presa em prisão domiciliar, como negar-se a tanto quando isto não recomenda a sua personalidade e/ou a sua conduta social? Nega-se, então, o Estado a reconhecer o direito a crianças e adolescentes que igualmente carecem do amparo de seus pais em razão de uma condição pessoal destes últimos, quando nem ao menos partes são

aqueles na relação jurídico-processual-penal, nada lhes dizendo respeito a conduta social ou a personalidade de seus pais, ao mesmo tempo em que reconhece o Estado-juiz serem aqueles direitos minoristas absolutamente prioritários? Relativiza o Estado aquilo que ele mesmo considera absoluto e prioritário?

Independentemente de como se caracterize a personalidade e a conduta social do agente, salvo quando tal conduta ou personalidade se mostra perniciosa aos interesses dos próprios menores, direito de crianças e adolescentes de terem juntos de si seus pais se materializam perante o ordenamento jurídico constitucional pelo simples fato de possuírem tal condição: *serem crianças e adolescentes*. Daí, porque se mostra, a princípio, a incompatibilidade da prisão domiciliar, principalmente, como benefício ou medida alternativa à prisão cautelar, inda mais em face não só do que a própria Constituição Federal determina, mas também ao que a tão decantada convenção internacional estabelece. E nesta também está prevista a necessidade de se manter presa a mãe, como se vê de sua Regra 61.

Ainda que aqui se mencione condenar, cremos que a Regra deva, por interpretação extensiva, ser observada também, e com muito maior razão, quando se tratar de prisão cautelar, haja vista o fundamento para a adoção de toda medida cautelar residir num risco ou perigo que se pretende evitado, o que, inclusive, já é reconhecido pela jurisprudência em virtude de levar em consideração a personalidade e a conduta do agente para a concessão da medida de prisão domiciliar como substituta da prisão preventiva.

Ora, a orientação que se extrai da regra acima se dá a *contrario sensu*, eis que se o histórico criminal ou a gravidade relativa à conduta criminal, bem como os antecedentes, não recomendam a adoção de medida alternativa à prisão, da mesma forma não poderá justificar a prisão domiciliar, que alternativa nem ao menos é, devendo-se encarcerar a mulher da forma tradicional, eis que é o próprio Estado que reconhece a necessidade de mantê-la presa, pelos motivos e considerações até então levantadas, ainda que em sua própria casa, como hoje se vem duvidosa e constitucionalmente adotando, concluindo-se, então, que continua, tanto no Direito Penal como no Processual Penal, a haver uma preocupação em se dar a devida resposta prisional quando do cometimento de um ilícito criminal ou durante o trâmite processual ou inquisitorial que visa a apurá-lo.

De outro giro, em acórdão, desta feita, oriundo do STJ, prolatado no *HABEAS CORPUS* N° 368.510-TO (2016/0222355-3), estabeleceu-se a concessão da prisão domiciliar com a previsão de uma série de condições que nos parece contrária ao texto constitucional. Como se vê do respectivo acórdão, somente é reconhecida a realização de medidas fiscalizatórias da cautelar em comento no período compreendido entre as 06:00h e as 18:00h, ou seja, durante a parte clara do dia, como não poderia deixar de ser, pois em sua casa o detido. Porém, a referida decisão o permite fazer a própria Polícia Judiciária, ainda que sem mandado judicial para tanto, o que remonta aos questionamentos acima feitos, notadamente, em face da norma constitucional expressa do art. 5º, XI, da CRFB/88.

Contudo, pela série de outras medidas impostas, como não pode haver, no imóvel em que a medida será cumprida, linha telefônica instalada, determinando-se o desligamento e retirada de todos os aparelhos de telefone existentes até o início do cumprimento, sendo proibido à ré, por qualquer meio ou através de qualquer pessoa, tais acessos, sendo, ainda, vedado a qualquer pessoa que ingresse no imóvel, sejam empregados, conviventes ou visitas, adentrar com algum dispositivo que permita acesso à telefonia ou internet, além do simples recolhimento à prisão em domicílio, como se vê do trecho do acórdão acima citado, como se ter por seguro o seu real cumprimento, eis que para sua verificação somente podem os agentes do Estado *legitimamente* ingressarem na residência do preso *de dia*, ainda que sem mandado, conforme o acima determinado e ao arripio da norma constitucional em comento? À noite, o que fará o preso não será do conhecimento do Estado, revelando-se, assim, absolutamente ineficaz a adoção da medida cautelar suscitada, qual seja, a própria prisão, pois não estará o preso sob a constante vigilância estatal, sendo ainda de se assinalar, conforme já acima mencionado, que se dá ao decreto prisional a possibilidade de limitar direitos de terceiros, conviventes do preso e que tenham a necessidade de ingressar na residência, eis que ali também residem, pondo-se séria dúvida quanto à constitucionalidade e eficácia de tal medida por todo o acima já suscitado.

E, se assim se verifica, voltando-se à Regra 59 da dita convenção de Bangkok, ainda que se deva dar o aprisionamento da mulher por força de pedido seu e necessário à sua própria segurança, lá está descrito que deva *sempre* o Estado por esta velar. Como fazê-lo *sempre* se limitado à parte do dia o ingresso de agentes na casa da presa? Para que, então, a decretação da prisão domiciliar? Melhor seria a concessão de liberdade provisória, como previsto no art. 5º, LXVI, da CRFB/88, onde se poderão, inclusive, impor outras medidas cautelares, diversas da prisão, na forma do art. 321 do CPP. Ou que se reconheça a necessidade de manter-se preso, da forma tradicional, quem por sua personalidade e conduta social revela-se perigoso, haja vista os prevalentes interesses decorrentes da situação processual em que se encontra, notadamente, em se tratando de prisão de modalidade cautelar, em face do risco que a justifica.

11.2. Da prisão domiciliar das pessoas relacionadas no art. 117 da LEP e no art. 318 do CPP

11.2.1. Da prisão domiciliar da grávida

Confere, também, tratamento especial à mulher grávida presa tanto o que dispõe o art. 117, IV, da LEP (prisão-pena), como o art. 318, IV, do CPP (prisão cautelar).

O STJ no *HABEAS CORPUS* Nº 362.700 - SP (2016/0183957-6) concedeu à paciente de *habeas corpus*, grávida e mãe de filhos menores, seguindo a sua jurisprudência, prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva.

Fácil é verificar quão difícil do ponto de vista lógico-racional é justificar a concessão da prisão domiciliar, em certos casos, em razão das circunstâncias em que vêm envoltos.

Como se verifica do acórdão citado, não deixa de reconhecer o Egrégio Tribunal que a regra é a liberdade, sendo imperioso que se decrete a prisão preventiva da agente durante o trâmite processual acaso presente o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, atentando para a gravidade da conduta em face da quantidade de drogas em poder da detenta no momento de sua prisão em flagrante, além de petrechos para a sua confecção e balança de precisão, prisão esta, inclusive, que se deu em sua residência. E, como se não bastasse, ainda possui como companheiro justamente pessoa presa por tráfico de drogas, além de sua própria mãe ser usuária de entorpecentes.

Aqui, pois, apesar do desfecho da decisão citada, a absoluta impropriedade, a nosso ver, da conversão da prisão preventiva em domiciliar.

Outra nota de destaque refere-se ao fato de que se reconhece no dito acórdão ser dever do juiz conceder a prisão domiciliar em caso de mulher grávida e com filho menor, não sendo mera faculdade do juiz, em face do estabelecido em leis de proteção da infância e adolescência, porém, sem deixar de observar a gravidade do delito praticado, como se vê do seguinte trecho:

Embora, ao final, tenha o Ministro Rogério Schietti afirmado que o suposto “dever” do juiz em determinar o cumprimento da prisão em regime domiciliar se previstas as condições objetivas em lei “acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão”, e que “importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa”, certo é que, feita a ressalva, estamos diante de caso em que a substituição da prisão preventiva se justifica. (grifos nossos)

Conforme visto em acórdão acima citado, de prolação do STF, de relatoria do eminente Min. Celso de Melo, pôs-se ressalva à concessão do substitutivo domiciliar em razão da personalidade e conduta do agente, malgrado dar grau de absolutismo à prisão domiciliar em face das normas protetivas da infância e adolescência.

Ademais, é de se ver que não se deixa de reconhecer no dito acórdão do STJ que o instituto da prisão domiciliar possui natureza de prisão provisória, o que também, em referência à crítica acima feita quando do comentário às regras de Bangkok, não pode ser encarado como verdadeira *alternativa* à medida prisional, como verdadeiramente pretende a dita convenção.

Há regras outras, de envergadura constitucional, que devem ser acatadas e que devem pôr a salvo, inclusive, o direito de crianças e adolescentes, como a que prevê

o direito ao aleitamento materno e que as presas têm como garantia decorrente do inciso L do art. 5º da CRFB/88.

De se citar trecho interessante de voto e debate havido no julgamento do HC 130152/SP, impetrado junto ao STF, em que se concedeu igual benefício²⁵.

Digna, pois, de nota a preocupação levantada pela Exma. Min. Cármen Lúcia em relação ao cumprimento de prisão domiciliar em casos de constatada gravidade do delito praticado, como tráfico de drogas, ainda mais quando presentes normas de envergadura constitucional de proteção à infância e à maternidade, eis que não devem ser indiscriminadamente considerados os casos que ensejam a concessão daquela modalidade prisional, fazendo, inclusive, alusão a I. Ministra ao ambiente familiar da detenta, submetida várias vezes ao jugo de seus companheiros, muitas das vezes também delinquentes, e à necessidade de cumprir-se a pena em local adequado, como deveria ser garantido pelo Estado, valendo, aqui, a advertência para que não se transforme em rotina a concessão do benefício, salvo toda a crítica até então feita em razão do art. 5º, XI, da CRFB/88.

Assim, inclinada a citada ministra para a adoção de medidas alternativas outras, como o recolhimento da presa a estabelecimento adequado, onde se presta a devida assistência à criança, com a participação da sociedade civil, com atividades laborais para as presas, mais adequado à consecução dos fins estabelecidos na Carta de Bangkok, citando, em suas observações, o Centro de Referência para mulheres grávidas existente em Belo Horizonte.

²⁵ *In verbis*:

“HC 130152 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 29/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016

Parte(s)

PACTE.(S): ORQUÍDEA PEDRO DE OLIVEIRA

IMPTÉ.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 332498 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. 3. Paciente lactante. Pleito de revogação da prisão cautelar e, subsidiariamente, de concessão da prisão domiciliar. Possibilidade. 4. Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor. 5. Segregação cautelar mantida com base na gravidade abstrata do crime. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal verificado. 6. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Não exaurimento da jurisdição e inobservância do princípio da colegialidade. 7. Ordem concedida de ofício, confirmando a liminar previamente deferida, para determinar a substituição da prisão preventiva domiciliar.

11.2.2. Da prisão domiciliar da mulher com filho de até seis anos de idade ou deficiente

Quanto à situação de condenada com filho menor de seis anos ou deficiente físico ou mental, somos de citar, a princípio, a jurisprudência do STJ a respeito, tanto por aplicação do art. 117, III, da LEP quanto por aplicação do art. 318, III, do CPP, como se vê do *HABEAS CORPUS* Nº 168.551 - RS (2010/0063559-7).

Deste modo, temos mais uma vez que o STJ leva em consideração *situação excepcional* em que o Estado não fornece meios necessários ao cumprimento do benefício a que faria jus o condenado, velando, neste caso, por suposto interesse do menor, que, como visto, tem necessidade de ter sua genitora por perto. Análogo entendimento se tem quando da concessão da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva no *HABEAS CORPUS* Nº 381.655 - AC (2016/0322419-0).

Aqui, o que se vê é que, da mesma forma que em outras decisões acima, não se reconhece a prisão domiciliar como um direito subjetivo da presa. Apesar de se reconhecer a gravidade do delito para efeitos de concessão da prisão domiciliar, para substancial corrente jurisprudencial, dada a excepcionalidade da situação que a justifica, coloca-se a proteção integral da criança e do adolescente como prioritária.

Em outra decisão a respeito, não se concede a prisão domiciliar, desta feita, à mãe lactante em razão de possuir o estabelecimento prisional acomodações adequadas para quem se encontra em tal situação - HC nº 365.633 - SP (2016/0205246-5).

Conforme se pode ver da fundamentação dada ao acórdão citado, forte corrente jurisprudencial existe que nega, em toda e qualquer situação, que se conceda o benefício da prisão domiciliar em razão tão somente de ser a mulher mãe de menor de seis anos de idade, dependente de seus cuidados, inda que se trate este de lactente, quando imperioso se faz o cárcere daquela em razão de fatos que demonstrem haver risco nesta concessão para a instrução criminal, à ordem pública ou econômica ou à aplicação da lei penal, atentando-se para a gravidade do delito praticado, a conduta e a personalidade da agente, pelo que corroborada a crítica acima por nós tecida acerca do cunho absolutista que se quer ver, em certos julgados, reconhecido aos direitos minoristas.

Observe-se que afirmado foi, inclusive, que não há direito subjetivo do preso em permanecer em prisão domiciliar, notadamente, quando cessadas as causas excepcionais para a sua concessão.

No que pertine à crítica até então feita do instituto da prisão domiciliar à luz da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, ao se reconhecer, em grau excepcionalíssimo, ser, em hipóteses como a ora tratada, de mãe com filho menor de seis anos de idade ou deficiente físico ou mental que careça de seus cuidados, *direito subjetivo do menor* a necessidade de ser socorrido, reconhece o Judiciário, de fato, que carece, nestes casos excepcionais, de que sua genitora se ponha em “liberdade” para que lhe preste os devidos cuidados em casa.

Desde que, pois, comprovado que não há outro meio de o Estado garantir a consecução da proteção a ser dada à criança ou ao adolescente, como a previsão em seu sistema prisional de dependências apropriadas à amamentação de lactentes, *v.g.*, ou a adoção de eficaz sistema de assistência social a menores, a prisão domiciliar se coloca como o remédio necessário ao alcance do que o Estado deveria dispor como garantidor, ao mesmo tempo, que deve velar pela aplicação da lei penal e pelo bom andamento processual penal.

Esta percepção é importante, a nosso ver, se ter, haja vista colocar o Poder Judiciário a prisão domiciliar como destinada à preservação, antes de tudo, de interesses minoristas dos filhos das presas que, contudo, não deveriam ser abrangidos pelos efeitos do decreto prisional destas. Não é a situação jurídica do menor constituída aqui em virtude do direito penal ou processual penal, eis que não é ele quem estará em regime de cumprimento de medida privativa de liberdade ou respondendo a qualquer delito, porém, na linha do decidido, quem deveria ser o maior beneficiário de tal regime prisional, devendo, igualmente, ter preservadas as demais garantias constitucionais como expressão dos direitos nelas consignados, como o direito de liberdade, intimidade, vida e saúde.

Portanto, o reconhecimento pelo STJ de que a prisão domiciliar não é predominantemente um direito subjetivo do preso é de importância maior que a simples distinção que aquela nos induz a princípio fazer entre cumprimento de prisão em presídio e cumprimento de prisão em casa. Quando menciona que tal direito não se coloca como indutor de uma situação prisional permanente, ainda quando duradoura a situação fática que a justifica, como a debilidade física ou mental de um filho, reacende-se em nós a centelha que inicialmente nos iluminou quanto às implicações que tal medida acarretaria, relacionadas às garantias constitucionais visadas, como da inviolabilidade do domicílio, da intimidade, da inviolabilidade de comunicações telefônicas, de dados, de correspondência, da moradia, da vida, da saúde etc. de terceiros.

A prioridade da proteção integral da criança e do adolescente não está, ou não deve estar, pois, a direcionar sempre e sempre a concessão de prisões desta natureza, como se pairasse soberana sobre todo e qualquer outro interesse jurídico-penal ou processual-penal, já que à situação prisional dos pais agregam-se outras tantas relações jurídicas que não podem ser desprezadas. O Estado encontra-se juridicamente vinculado a cada indivíduo que custodia em razão da prática delitiva e da consequente aplicação da pena a que este reste condenado, seja a prisão provisória, seja definitiva, sendo que a estas se prendem situações jurídicas definidas e que, de início, as justificam, exigindo a manutenção da ordem social a efetivação das medidas repressivas correlatas.

A prisão domiciliar, assim, ora considerada, se coloca num limbo, numa espécie de tentativa de conciliação que se pretende entre a reivindicada resposta repressiva ou cautelar, que exige o Direito Penal e o Processual Penal em dado momento e sob certas circunstâncias, e a necessidade de preservação de interesses jurídicos outros

afetos à proteção à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana, à maternidade, à proteção à infância e à juventude, à solidariedade e à assistência social, dependentes, em última análise, da própria situação prisional do detento. Deste modo, não há como se ter como permanente situação que se coloca, acima de tudo, como *excepcional*.

Assim, muito mais que se impor a concessão da prisão domiciliar, mesmo no caso de mães com filhos menores de 06 anos ou com deficiência física ou mental, cujos cuidados daquelas necessitem, deve-se ter critérios bastante específicos que, no caso a caso, se devem observar, sob pena de restar vulgarizada a atividade jurisdicional correlata.

11.2.3. Da prisão domiciliar do idoso

A prisão domiciliar, em se tratando de pessoa idosa, além de prevista no art. 318, I, do CPP, já era concedida com base no art. 117 da LEP.

Em verdade, o art. 117 da LEP prevê o benefício de cumprimento da pena em residência particular para maiores de 70 anos de idade, em gozo do regime aberto que, conforme estabelecido na legislação penal, deveria ser cumprido em casa de albergado, qual seja, estabelecimento penal diverso de penitenciárias ou presídios, no qual o preso apenas se recolhe à noite, sendo que a LEP menciona residência particular de forma genérica.

Contudo, o Estado nunca foi capaz de fornecer adequada e genericamente em todo o território nacional o estabelecimento penal acima mencionado, seja por questões orçamentárias, seja por incompetência político-administrativa de seus governantes, seja por descaso mesmo com a condução da política penitenciária.

Deste modo, fixou a jurisprudência pátria o entendimento de que, na ausência de tais estabelecimentos, atingida a idade de 70 anos e demandando o preso atendimento especial em razão de sua saúde e que não pode ser prestado no estabelecimento prisional onde se encontra recolhido, concedida lhe deve ser a prisão domiciliar, por interpretação do art. 117 da LEP, embora ali não se mencione expressamente a prisão domiciliar na forma como disciplinado no art. 317 do CPP ou dos artigos 146-B, IV e 146-C da própria lei de execução penal, apenas lá se referindo à residência de forma genérica.

Agora, se faz presente o art. 318, I, do CPP, colocando-se o maior de 80 anos como beneficiário da prisão domiciliar, substituta da prisão preventiva, portanto, de cunho cautelar, à semelhança dos outros casos acima tratados.

Além do critério da idade, cita a norma processual referida o preso debilitado, *ex vi* do art. 318, II, do CPP, como beneficiário também da prisão domiciliar, porém, não conjuntamente com o inciso I do mesmo artigo, onde se disciplina apenas a prisão domiciliar do idoso maior de 80 anos. Assim, cremos que as normas aqui devam ser interpretadas separadamente e sopesadas em razão de a prisão domiciliar, como visto até agora, sofrer severa crítica em face da norma do art. 5º, XI da CRFB/88 e a outras garantias constitucionais.

Todavia, a jurisprudência vem tratando tais situações, havendo acórdão do STJ - *HABEAS CORPUS* Nº 40.272 - MS (2004/0176236-0) – em que foi denegado o benefício, porém, o admitindo, em tese, para os que em regime semiaberto ou fechado, por ser medida excepcional. De outra volta, se verifica outro acórdão do STJ - *HABEAS CORPUS* Nº 17.429 - PR (2001/0083615-8) - desta feita, negando igual pedido de prisão domiciliar a réu idoso, por se entender restringir-se o benefício somente a quem esteja no gozo de regime aberto. Tem-se, pois, que a jurisprudência do STJ é claudicante.

O que sobreleva no presente estudo é considerar as limitações constitucionais para se dar o cumprimento da prisão na casa do preso, seja lá a que título for. Deste modo, mister observar, dentro do próprio ordenamento jurídico constitucional, o que excepcione o rigor da regra até então analisada, ou, até mesmo o que ela permite para que se possa, nestes casos, dar-se a medida prisional em comento.

Vem, pois, de se citar o disposto no art. 230, *caput*, e §1º da CRFB/88. Diante da norma em comento, haveria compatibilidade entre a jurisprudência dominante, que concede aos idosos de certa idade o direito à prisão domiciliar, e as limitações por nós até aqui expostas à concessão da mesma, se é o próprio texto constitucional que estatui a obrigação de amparo daqueles em seus próprios lares?

Situação, pois, bastante peculiar, na medida em que é a mesma Constituição que simultaneamente estabelece que as penas devem ser cumpridas em estabelecimento prisional adequado à idade e a obrigação de amparo que o Estado deve observar em relação aos idosos em seus próprios lares, preferencialmente.

Veja-se que a obrigação de amparo aos idosos, na forma como disposta no art. 230 da CRFB/88, não se apresenta como consectário do direito de liberdade, como a inviolabilidade da casa, na forma do estabelecido no art. 5º, XI, porém, como decorrente de verdadeiro direito social, que se concentra na pessoa de cada indivíduo que se enquadre naquele dispositivo constitucional. E, a prisão domiciliar, como forma de execução da pena, na forma do disposto no art. 117 da LEP, e, como substituta da prisão preventiva, na forma do art. 318, I do CPP, tem-se, respectivamente, para as idades de 70 e 80 anos.

Portanto, em se tratando de pessoa idosa, temos que o disposto especificamente no art. 230 da CRFB/88 aponta para que a prisão domiciliar, quando se verificarem todas as condições até agora consideradas, seja deferida como forma de se materializar a garantia ali disposta.

Retornando ao conceito de casa, até aqui desenvolvido, essencialmente como asilo, local de proteção, de abrigo, muito mais se caracteriza como tal nesta específica situação do preso idoso, eis que se está aqui a revelar um momento de fragilidade pessoal que se tem por insuperável, em face das circunstâncias em que se encontre o presídio em que foi recolhido, dado por um Estado mal gerido e mal administrado, que não consegue prover neste último os meios e recursos materiais e humanos para dar cumprimento ao que as leis e a própria Constituição Federal lhe obrigam fazer para as pessoas desta idade.

Curioso, aqui, que por mais que se tenha a prisão domiciliar em oposição ao direito de liberdade, eis que cárcere, o que se visa, antes de mais nada, a garantir, neste caso, é a assistência à saúde e vida de quem, pelas condições precárias em que se apresente, encontra-se numa posição de risco iminente, provocada pelo próprio Estado, na medida em que não garante condições de tratamento e amparo no estabelecimento carcerário pertinente.

Ademais, o próprio dispositivo constitucional inicialmente em comento (o art. 5º, XI, da CRFB/88) parece excetuar a hipótese quando ressalva ao princípio constitucional da inviolabilidade da casa a prestação de socorro. Cite-se, ainda, que a Constituição Federal veda a adoção de penas cruéis, entre outras, a teor do seu art. 5º, XLVII, alínea “e”. Na mesma linha principiológica do STJ, parece ir o STF.²⁶

Destarte, em se tratando de preso idoso, sua condição se sobreleva a ponto de determinar que cumpra em casa a prisão a que esteja submetido (vamos, por ora, chamar tal benefício de prisão), independentemente do regime jurídico de cumprimento de sua pena, acaso se encontre de tal forma debilitado e que o tratamento exigido não possa ser ministrado no estabelecimento prisional em que se encontre, pelo que impõe o princípio maior da dignidade da pessoa humana, situação, porém, que deve estar caracterizada como excepcionalíssima, na forma do já pacificado jurisprudencialmente.

Diga-se, assim, que como medida excepcional que é deva o benefício legitimar-se apenas e tão somente para permitir seja dado tratamento mais adequado ao idoso que se encontre acometido de mal que não tenha tratamento no local onde se veja inicialmente preso e seja imprescindível à preservação da sua vida ou não agravamento de suas condições de saúde, não bastando o acometimento por doença grave ou crônica, já que vários quadros patológicos não importam necessariamente em situação debilitante do paciente, pois controláveis por medicação ou mesmo por tratamento médico-ambulatorial passível de ser prestado em hospital penitenciário.

Cremos, também, seja importante verificar-se a personalidade do agente e sua conduta social, notadamente, em se tratando de prisão cautelar. Se, apesar de idoso, representar seu recolhimento em casa risco à instrução criminal, à aplicação da lei penal ou à ordem pública ou econômica, dada a sua conduta, independentemente do agravamento de sua doença ou do mal de que é portador, melhor que reste recolhido a estabelecimento prisional adequado, ficando, porém, o Estado responsável pela prestação neste ou em qualquer outro estabelecimento de saúde dos meios e recursos médicos necessários ao adequado tratamento do preso, *ex vi* do art. 5º, XLIX, da CRFB/88.

Esperemos, também, que tal concessão não sirva a governantes relapsos e administradores incompetentes para continuarem a não cumprir com os deveres e obrigações que a legislação exige para com o sistema prisional de nosso país.

²⁶ “EP 1 PrisDom-AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NA PRISÃO DOMICILIAR NA EXECUÇÃO PENA; HC 109745 / RJ - RIO DE JANEIRO; RHC 94358 / SC - SANTA CATARINA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS; HC 83358 / SP - SÃO PAULO.

11.2.4. Da prisão domiciliar do enfermo

O mesmo se diga de demais destinatários da norma do art. 117 da LEP, ainda que não idosos, como os gravemente enfermos, na forma de seu inciso II. Acaso o Estado também não proveja os meios adequados de tratamento e assistência a quem se encontre em tal delicada situação pessoal, justo que, pelas mesmas razões acima vistas, em caráter excepcionalíssimo, diga-se sempre, se conceda o benefício da prisão domiciliar, sob pena de se criar *discrimen* odioso por critérios que o próprio princípio da dignidade humana não comporta.

Aqui, justamente pela peculiaridade da condição de saúde de cada qual, se exige se compatibilize sua situação prisional com as exceções previstas na norma constitucional até então analisada (art. 5º, XI, da CRFB/88), se observado que se faz presente uma situação de risco social por que o preso passa nos presídios e cadeias públicas por conta de sua condição de enfermo e por uma realidade posta, a que cabe o Estado não apenas se opor, por representar violação à norma do art. 5º, XLVII, alínea “e”, da CRFB/88, como por lhe impor a ordem jurídica o dever de materializar princípios e direitos constitucionais como o do respeito à integridade física e psicológica do preso (art. 5º, XLIX), dando-se, repita-se, bem mais a prisão domiciliar, nestes casos, em decorrência do dever de assistência social que pelo poder de império.

O que se põe, contudo, como limitador à adoção da prisão domiciliar é a banalidade de sua concessão. Neste caso, cabe dizer que ao Estado resta *garantir segurança à população em geral*. Tanto que, na forma do art. 5º da CRFB/88, em seu *caput*, entre outros direitos ali assegurados, prevista é a *segurança*, assim como no art. 6º da Magna Carta²⁷, enquanto direito social, sendo, muito a propósito, a jurisprudência do STJ acerca do tema em questão²⁸, fazendo-se necessária a comprovação da gravidade da doença ou do estado de saúde que apresente o detento para a concessão da prisão domiciliar.

12. Da medida cautelar do inciso V do art. 319 do CPP

O art. 319, V, do CPP prevê como medida cautelar diversa da prisão preventiva e da prisão domiciliar o recolhimento domiciliar apenas no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.

Há outras medidas cautelares consignadas no art. 319 do CPP, nos seus incisos I, II, III, IV, VI, VII, VIII e IX, além do art. 320.

Portanto, não sendo o caso de determinar-se a prisão do acusado ou indiciado, possibilita-se à autoridade judiciária a decretação de outras medidas cautelares, o que pressupõe que haja riscos ao bom andamento do processo ou à aplicação da lei penal.

²⁷ Em obra já citada, veja-se o que vem disposto à pág. 187 pelo autor José Afonso da Silva acerca da segurança como direito social.

²⁸ “*AgInt no HABEAS CORPUS Nº 307.737 - MS (2014/0277588-9)*”

A medida, porém, que aqui nos interessa analisar é a descrita no inciso V do art. 319 do CPP. À semelhança da prisão domiciliar, tem-se que a cautelar ora tratada será medida restritiva ao direito ambulatorio. Neste caso, não se mostra presente qualquer condição especial para que se dê a sua concessão, como ser mãe ou pai, enfermo ou idoso, podendo qualquer um ser atingido pela medida em exame.

Em primeiro lugar, ainda que se chame a medida de outra cautelar, diversa da prisão, em verdade, não o é, pois reclusa restará, ainda que não todo tempo, a pessoa à noite. Além de todas as implicações que tal medida encerra, em face da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, cremos ser de difícil fiscalização o seu cumprimento pelo aparelho estatal, a começar pela própria definição de período de folga. Parece dever ser considerada esta parte do tempo em contraposição com o período destinado a atividades laborais ou estudantis. Portanto, a dificuldade de fiscalização decorre tanto da possibilidade de prestação excepcional de serviço noturno, como em face das horas *in itinere* e que podem avançar pelo horário da noite, assim como em face dos imprevistos, como tráfego lento, chuvas ou interrupções de toda ordem que possam se dar.

Afora tais inesperados acontecimentos, tem-se que a medida nem ao menos é respaldada por exceções que justifiquem o ingresso na casa das pessoas, a teor do que dispõe o art. 5º, XI, da CRFB/88.

Neste caso, vale o até aqui já declinado no início do presente artigo, sendo que nada há que justifique pôr-se a medida prisional em exame como excepcional à garantia constitucional até agora vista. Nem ao menos a autoridade judiciária poderá, sob pena de violação do texto constitucional, obrigar que se lhe abram as portas para que verifique se de fato recolhido se encontra em sua própria casa o recluso à noite.

Mesmo o monitoramento eletrônico, parece-nos de duvidosa constitucionalidade, ante o seu caráter invasivo. Não nos parece, pois, que o tempo destinado a que se cumpra a medida em comento lhe garante legitimidade perante ordenamento constitucional tão restritivo como o nosso, eis que o cumprimento da ordem judicial é restrito à parte do dia.

Contudo, recentemente, temos que a medida tem sido até mesmo deferida à revelia de qualquer pedido feito pela defesa, inclusive, para se contornar a impossibilidade da adoção da própria prisão preventiva de determinadas autoridades, como parlamentares, que possuem regramento próprio na Constituição Federal que impede o deferimento desta última, malgrado recente decisão prolatada pela 1ª turma do STF²⁹ em sentido contrário.

²⁹ AC 43327 do STF.

13. Da compatibilização das causas da prisão domiciliar nas hipóteses jurisprudencialmente analisadas em face do art. 5º, XI da CRFB/88 e das demais garantias constitucionais como forma de suspensão da pretensão jurídico-penal executória

Pelo até então analisado, em face do que preconiza a jurisprudência adotada pelos Tribunais Superiores para a prisão domiciliar, o entendimento adotado para a concessão desta última enseja críticas tanto favoráveis, como desfavoráveis, notadamente, em razão das inúmeras garantias constitucionais afetadas.

Como vimos, há outras garantias constitucionais que, dadas as situações jurídicas consideradas e os fatos urgentes e emergenciais que as determinam, colidem muitas vezes com a necessidade de se deferir a prisão domiciliar pleiteada.

Assim, sempre que houver sério risco à violação a direitos de terceiros, em face do convívio na mesma casa de pessoas outras cuja situação pessoal não esteja a demandar urgência na concessão da medida, deve-se evitar o seu deferimento.

Mesmo quando se trate de crianças ou adolescentes com alguma enfermidade ou deficiência, estando devidamente assistidos por pessoas idôneas e com capacidade para ministrar-lhes os meios e cuidados necessários, não há porque se deferir a medida.

Todavia, ainda que se faça absolutamente necessária a sua concessão, como forma de preservação de interesses prevalentes de menores, por não haver outros que por eles velem, assim como para garantir ao próprio preso a sua integridade física e psicológica, como no caso dos idosos e gravemente enfermos que não se possam tratar nos presídios em que se encontrem recolhidos, dado o seu caráter excepcional, a prisão domiciliar, mesmo nas causas que especificamente se mostre medida jurídica cabível, não se apresenta como adequada à execução da pretensão punitiva correlata.

A garantia constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88 subsiste mesmo quando o ingresso em casa alheia se dá por conta do consentimento de seu possuidor ou habitante, já que expressão máxima do direito de liberdade a que visa tal garantia constitucional resguardar.

Reconhecida a legitimidade do Estado para a atividade jurisdicional imprescindível à imposição de pena ou medida cautelar, não há mais que se dizer em regime de liberdade plena o cidadão que consente com a prisão em sua casa em substituição às prisões que lhe foram inicialmente impostas. Dessarte, parece que tal detenção *se caracteriza bem mais como verdadeira causa de suspensão da respectiva pretensão jurídica executória*, já que estabelecido pela Constituição Federal dever se fazer cumprir tal pretensão em estabelecimento prisional próprio, de acordo com o sexo, a idade e a gravidade do delito, sendo única exceção relativa à ordem de prisão a qualquer tempo na casa do detento, na forma da CRFB/88, a prisão em flagrante, pois até a ordem judicial somente se cumpre *na parte clara do dia*.

Assim, não há como o tempo do recolhimento domiciliar se caracterizar como detração penal, vez que não se pode ter a dita prisão domiciliar como decorrente do exercício da pretensão jurídica penal executória, senão como sua suspensão por

causa excepcional. Cessada a causa que a justificou, de retorno o condenado à sua situação prisional original.

Daí o limbo a que nos referimos linhas acima, em razão da tentativa de conciliação entre a necessidade de se fazer cumprir o ordenamento penal repressivo e processual instrumental e a inevitável prestação de assistência ao beneficiário da medida, sejam estes os próprios presos, sejam os seus filhos menores, a princípio, de até doze anos de idade, na forma do previsto na legislação em comento e o considerado pela jurisprudência.

Nesta ordem de ideias, em parte, já parece estar se firmando a posição jurisprudencial, ante o enunciado nº 43 do FONAJUC - Fórum Nacional de Juízes Criminais - conforme recentemente divulgado³⁰.

O reconhecimento da inadequação da prisão domiciliar para efeito de detração penal reforça o entendimento de que a medida não visa à satisfação da pretensão jurídico-penal executória correlata, o que vai ao encontro da crítica feita até então em nossa análise do instituto ora em comento, ante a impossibilidade de seu cumprimento em contrariedade às garantias constitucionais antes tratadas.

Portanto, o que melhor se compatibiliza com o recolhimento do condenado à sua própria residência, em face dos interesses prevalentes que se procura proteger e conciliar com a limitação ao seu direito ambulatorial, não é considerá-lo forma de exercício da execução da pretensão jurídica penal, mas mera *condição à suspensão de tal pretensão*, seja afeta à medida cautelar ou à pena.

A reforçar o entendimento de que não se presta tal recolhimento domiciliar à satisfação de tal pretensão, façamos uma análise do art. 42 do CP³¹

Ora, o art. 42 do CP é claro ao dispor que se computa na pena privativa de liberdade e na medida de segurança o tempo da prisão provisória, no Brasil e no estrangeiro, o tempo da prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. O artigo 41 mencionado no art. 42 refere-se apenas ao hospital de custódia ou outro estabelecimento adequado, nada se referindo à casa do condenado.

Em sendo assim, ao rigor do que trata o nosso ordenamento jurídico penal material, não há como o recolhimento à casa do preso ou do apenado se prestar ao exercício da pretensão punitiva estatal, ainda que com o consentimento deste último, haja vista que o art. 5º, XI, da CRFB/88 é bastante claro ao estabelecer que tal consentimento tem por base garantir o direito de liberdade, em consonância com o que dispõe o *caput* do art. 5º mencionado, não sendo ali, sua casa, pois, o local próprio para se cumprir qualquer medida restritiva de tal liberdade, por não ser o estabelecimento

³⁰ ENUNCIADO 43 DO FONAJUC - Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC):

“As medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, assim como o regime de prisão domiciliar, não atendem à previsão do art. 42 do Código Penal para efeito de detração. VOTO: APROVADO POR MAIORIA”

³¹ *“Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”*

adequado descrito no art. 41 do CP e nem o estabelecimento descrito no art. 5º, XLVIII, da CRFB/88. Subverter-se tal ordem jurídica não nos parece possível através de norma infraconstitucional, bem como passível de ser abolida por norma constitucional ou outra de equivalente envergadura, ainda que decorrente dos tratados que firme o Brasil, na forma do já acima abordado, bem como por norma infraconstitucional, ante o princípio de hierarquia vertical das normas jurídicas em geral.

Porém, ainda que o recolhimento do preso à sua casa se veja como necessário nas situações em que especifica a legislação infraconstitucional, para não se ter como infrator o Brasil do *ius cogens* oriundo de qualquer norma supraconstitucional a que tenha acordado aderir, melhor se adequaria ao direito interno passar a adotar o Judiciário, nas hipóteses em que se mostra a possibilidade de recolher-se o preso à sua residência, o entendimento de não se pôr o recolhimento domiciliar como alternativa ou modalidade de medida prisional, seja como pena privativa de liberdade imposta, seja como medida cautelar deferida, porém, como simples *condição à suspensão da própria pretensão jurídica executória* de uma ou outra, nas ditas situações legais para a sua concessão, compatibilizando-se a necessária observância dos direitos que se querem como prevalentes, como o de crianças e adolescentes ou os decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, com o também necessário cumprimento das próprias penas que vierem a ser impostas, pelo tempo que delas restar, ou das medidas cautelares de prisão preventiva, inclusive, para efeitos de não detração penal futura, sob pena de se ter aí uma porta aberta à impunidade, pelo descumprimento de outro direito constitucional de tão importante envergadura, inclusive, social, que é o *direito à segurança*.

A sociedade não pode, ainda que meritório resguardarem-se os interesses acima considerados, de terceiros ou dos próprios presos, se ver órfã, de uma hora para outra, de uma resposta estatal efetiva ao direito de segurança, tanto como expressão de direito e garantia fundamental do cidadão, como de direito social, a teor do art. 5º e 6º da CRFB/88.

Destarte, a vingar futuramente tal entendimento, demonstrado até agora jurisprudencialmente que o recolhimento domiciliar é reversível, isto é, que cessada a sua causa poderá o preso restabelecer a sua situação prisional anterior, mister que a suspensão da execução da pretensão penal executória decorrente das situações especificadas legalmente seja estabelecida apenas por um prazo razoável, antes da consecução do decurso do prazo prescricional, devendo, de qualquer modo, antes do implemento deste, retornar o preso ao regime prisional anterior, ainda que subsistente a situação fática que, a princípio, justificou a dita suspensão, tendo, neste caso, o Estado, através de seus serviços públicos assistenciais, que providenciar os meios necessários ao suprimento da demanda oriunda do atendimento especial devido aos filhos dos detentos e presas que não o tenham como prover, assim como dos próprios presos que necessitem dos cuidados especiais ditados por sua condição pessoal.

De se ressaltar, mais uma vez, que somente em relação aos idosos é que existe norma constitucional expressa no sentido de dar-lhes preferência de assistência *em*

seus lares, na forma do art. 230, § 1º da CRFB/88. Assim, verificando-se a necessidade de ser recolhido à sua casa para que se trate de mal que o acometa e que não pode ser tratado no estabelecimento prisional adequado é que se pode dizer que haja constitucionalmente exceção expressa que permite possa o Estado aí prestar-lhe a assistência necessária, sem infringência ao disposto no art. 5º, XI, referido. Porém, ainda aqui, cremos que a entrada em sua casa deve-se dar pelas autoridades para preservar-lhe apenas a própria integridade física e/ou psicológica, resguardando-se, no mais, o que visa a norma do art. 5º, XI, da CRFB/88 a proteger, havendo exceção apenas em razão do socorro, mencionado no dispositivo constitucional, a depender do estado de saúde do detento idoso.

Neste passo, por tudo o que se disse até aqui, cremos que a crítica que ora caiba se fazer quanto à forma pela qual a concessão do recolhimento domiciliar de presos está se procedendo, diz respeito à sua falta de regulamentação. Assim, ao se pôr o recolhimento domiciliar como forma de condição à suspensão da pretensão jurídico-penal executória, ideal que venha regulamentação mais amíuade para sua concessão, principalmente, quanto ao respeito ao direito de outras pessoas diversas do apenado ou em razão da qual se determina a ordem judicial respectiva, eis que alheio às relações jurídico-penais-processuais havidas entre o Estado e o recolhido. Enquanto, porém, tratada a medida como mera forma de execução prisional, acaba-se por afetar direitos que não guardam a mínima relação com a pretensão jurídica que lhe é correlata, correndo-se o risco, inclusive, de se submeterem pessoas diversas dos apenados às consequências das penas que foram somente a estes últimos impostas, em afronta ao art. 5º, XLV, da CRFB/88 (princípio da pessoalidade das penas).

Finalizando, a simples previsão da prisão domiciliar, da forma como estabelecida na Lei de Execução Penal ou no Código de Processo Penal, apenas com referência às situações que nelas se especificam para a sua concessão, não se mostra suficiente a dar a devida proteção que os direitos e interesses jurídicos de terceiros requerem, podendo haver na execução da medida, como já se disse insistentemente linhas acima, malferimento de direitos constitucionais de várias pessoas não afetadas pela situação criminal dos recolhidos, bem como não se mostrar adequada à satisfação da pretensão jurídica penal, seja ela cautelar, seja ela punitiva definitiva.

Bibliografia

ENUNCIADO 43 DO FONAJUC – FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES CRIMINAIS FONTE: <http://www.tjrj.jus.br> > fonajuc-of-circular.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Rio de Janeiro, Ed. Vozes, 2012.

GONÇALVES, Andrey Felipe Lacerda; BERTOTTI, Monique; MUNIZ, Veyzon Campos. *In*: artigo intitulado O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE NO CENÁRIO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DE UM DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 8/2015 | p. 597 - 614 | Ago. / 2015 DTR\2015\11488, colhido em Revista dos Tribunais *on line*, de pág. 04/06.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *In*: artigo intitulado ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. Fórum da Cidadania, em 24/11/1994, Revista dos Tribunais *on line*, reproduzida da Revista de Direito Constitucional e Internacional [vol. 11/1995] p. 5-15, Acr – jun./1995 DRT/195/152.

HC 1345.734-SP, HC 362.700-SP (2016/0183957-6), HC 168.551-RS (2010/0063559-7), HC 381.655-AC (2016/0322419-0), HC 40.272-MS (2001/017623-0) HC 17.429-PR, HC 365.633-SP (2016/0205246-0) AgInt no *HABEAS CORPUS* Nº 307.737. FONTE: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA NO SÍTIO ELETRÔNICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

HC 130.152-SP, PrisDom – AgR/DF Ag. REg. HC 109.745/RJ Na Prisão Domiciliar na Execução Penal, RHC 94.358/SC, HC 83.358-SP, AC 43327. FONTE: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA DO SÍTIO ELETRÔNICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. Ed. Saraiva, 2ª edição ampliada e atualizada, 1991.

RESP 1.558.004-RS (2015/0249614-2) FONTE: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA DO SÍTIO ELETRÔNICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 03/04/2007, segunda turma, DJ de 18/05/2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros Editores, 5ª edição.

TORNAGHI, Hélio. Prisão e liberdade. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Freitas Bastos, 1963, vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Ed. Saraiva, 14ª edição, vol. 03.

Lei Complementar nº 178/2021: alterações introduzidas no Regime de Recuperação Fiscal e no cômputo das despesas com aposentados e pensionistas

Emerson Garcia*

Sumário

I. Aspectos introdutórios. II. O art. 2º, § 1º, V, da Lei Complementar nº 159/2017 e o art. 15, § 2º, do Decreto Federal nº 10.681/2021. III. O art. 8º da Lei Complementar nº 159/2017. IV. O art. 20, § 7º, da Lei Complementar nº 101/2000. Epílogo.

I. Aspectos introdutórios

1. A Lei Complementar nº 159/2017 instituiu o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal, buscando estabelecer os balizamentos da ação integrada entre as estruturas de poder do respectivo ente federativo, sob supervisão da União, com o objetivo de corrigir os desvios que afetaram o equilíbrio das contas públicas.

2. Para que o Estado possa aderir ao Regime de Recuperação Fiscal, é necessária a elaboração de um Plano de Recuperação Fiscal, que deve identificar a situação de desequilíbrio financeiro e as medidas de ajuste direcionadas à sua superação. A estruturação do Plano, nos moldes originais da Lei Complementar nº 159/2017, já impunha severas restrições à autonomia de gestão do ente federativo aderente, o que buscava amparo em uma pseudovoluntariedade na adesão, ausente ao lembrarmos que ato dessa natureza está normalmente associado a um autêntico colapso financeiro. Essas restrições foram drasticamente ampliadas pela Lei Complementar nº 178/2021, que modificou a Lei Complementar nº 159/2017. Novas alterações foram introduzidas pela Lei Complementar nº 181, de 6 de maio de 2021. O novo regime, aquele moldado pela Lei Complementar nº 178/2021, veio a ser regulamentado pelo Decreto n. 10.681, de 20 de abril de 2021, embora não seja demais lembrar que o seu art. 50 dispõe que *“o Estado com Regime de Recuperação Fiscal que se encontrava vigente em 31 de agosto de 2020 e que estiver vigente na data de publicação deste Decreto obedecerá às regras estabelecidas no Decreto nº 9.109, de 27 de julho de 2017”*.

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

3. O Plano de Recuperação Fiscal pressupõe a solicitação de informações aos demais Poderes e órgãos autônomos, pelo Poder Executivo estadual, “segundo os prazos definidos pela Secretaria do Tesouro Nacional” (art. 4º, § 1º). Concluída a sua elaboração, o Chefe do Poder Executivo lhes “*dará ciência*” (art. 4º, § 3º, I). Ao aderir ao regime de recuperação fiscal, direcionado a todos os Poderes, aos órgãos, às entidades e aos fundos do Estado, opera-se o comprometimento de todos com as metas e compromissos fiscais veiculados na Lei Complementar nº 159/2017. Além de a própria estrutura sistêmica deste diploma normativo já ser suficiente para amparar a conclusão, o § 1º do art. 8º, verdadeiro centro nervoso das restrições existentes, dispõe que “*o Regime de Recuperação Fiscal impõe as restrições de que trata o caput deste artigo a todos os Poderes, aos órgãos, às entidades e aos fundos do Estado*”.

4. O Plano deve ser formado por leis ou atos normativos (*rectius*: regulamentos), que implementarão as medidas descritas no art. 2º da Lei Complementar nº 159/2017. Em apertada síntese, essas medidas acarretam (a) a alienação, a extinção ou a concessão de serviços de empresas públicas e sociedades de economia mista; (b) o nivelamento de benefícios e vantagens do regime jurídico dos servidores e do regime próprio de previdência aos congêneres da União; (c) a redução dos benefícios fiscais; (d) a contenção do crescimento das despesas primárias (*rectius*: despesas não financeiras) à variação do IPCA; (e) a realização de leilões de pagamento da dívida; (f) a centralização da gestão financeira da Administração direta e indireta no Poder Executivo; e (g) a instituição de regime de previdência complementar para os servidores públicos, que somente será obrigatório para aqueles que ingressaram no serviço público, até a sua instituição, caso assim optem. Essas medidas apresentam contornos estruturais e se mostram compatíveis com um plano de saneamento econômico-financeiro.

5. O prazo de vigência do Regime de Recuperação Fiscal foi inicialmente estabelecido em 36 (trinta e seis meses), prorrogável por igual período (redação original do art. 2º, § 2º), o que veio a ser ampliado para 9 (nove) exercícios financeiros. Esse aspecto torna-se particularmente relevante para se compreender o efeito a ser produzido pela implementação das restrições impostas pela lei.

6. Também merece destaque a figura do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal, órgão do Ministério da Economia (art. 4º-A, II, b), composto por técnicos (art. 6º, *caput*), que contará com um membro indicado pelo Estado (art. 4º, IV) e que deve se manifestar sobre o Plano (art. 5º, § 1º, III) e suas alterações (art. 5º, § 2º). Entre suas atribuições, tal qual referidas no art. 7º, está a de “*analisar e aprovar previamente a compensação prevista no inciso I do § 2º do art. 8º*”, preceito este direcionado às vedações afetas ao regime de pessoal. Até a Lei Complementar nº 178/2021, a compensação, enquanto ato de gestão e projeção da autonomia política do respectivo Estado, era analisada *a posteriori*. O Conselho é composto por três membros, sendo um do Estado em recuperação (art. 6º, § 1º), deliberando pela maioria simples de seus membros (art. 7º, § 4º), o que tende a consagrar a hegemonia do juízo de valor dos técnicos da União.

7. O não envio das informações solicitadas pelo Conselho de Supervisão, além daquelas a serem encaminhadas mensalmente, nos termos do art. 7º-D, e a não observância do art. 8º, inclusive com a aprovação de leis locais que dele destoem, ponto nevrálgico das restrições impostas aos servidores públicos, configuram inadimplência com as obrigações do Plano (art. 7º-B, I e IV). A inobservância do art. 8º não estará caracterizada se o Conselho de Supervisão concluir, *“nos termos do regulamento”, que “foram revogados leis ou atos vedados no art. 8º, ou foi suspensa a sua eficácia, no caso das inadimplências previstas no inciso IV”* (art. 7º-B, § 4º, II). Portanto, uma maioria formada por dois técnicos realizará juízos de valor que culminarão com consequências dessa magnitude, crescendo-se que sua avaliação será direcionada pelos critérios definidos em regulamento, não em lei. As consequências para o inadimplemento estão previstas no art. 7º-C, acarretando a vedação de contratação de operações de crédito; o afastamento da eficácia da cláusula que afaste a incidência das vedações do art. 8º, eventualmente inserida no Plano de Recuperação Fiscal; e a redução percentual, em caráter permanente, do desconto nos débitos para com a União e do valor das prestações de operações de crédito a serem pagas por este ente federativo em nome do Estado.

8. A partir dessa visão de ordem propedêutica da Lei Complementar nº 159/2017, cumpre analisar de maneira mais detida o seus arts. 2º, § 1º, V e 8º, bem como o § 7º do art. 20 da Lei Complementar nº 101/2000, ambos com a redação dada pela Lei Complementar nº 178/2021, que os alterou. A análise, embora apresente contornos objetivos, é diretamente influenciada pela situação jurídica do Estado do Rio de Janeiro, único, até o momento, a aderir ao Regime de Recuperação Fiscal, tanto ao modelo inicial, regido pelos contornos originários da Lei Complementar nº 159/2017, nele permanecendo pelo prazo de trinta e seis meses, como àquele regido pela Lei Complementar nº 178/2021, já que em junho de 2021 foi formulado o respectivo requerimento de adesão.

II. O art. 2º, § 1º, V, da Lei Complementar nº 159/2017 e o art. 15, § 2º, do Decreto Federal nº 10.681/2021

9. O Plano de Recuperação Fiscal, cuja elaboração é requisito imprescindível à adesão ao Regime de Recuperação Fiscal, deve ser integrado por padrões normativos que busquem implementar as medidas elencadas nos incisos do art. 2º da Lei Complementar nº 159/2017. Entre essas medidas está prevista, no inciso V do § 1º, *“a instituição de regras e mecanismos para limitar o crescimento anual das despesas primárias à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA)”*.

10. Despesas primárias, como é de sabença geral, são aquelas de natureza não financeira, realizadas para a manutenção das funções públicas e dos serviços públicos oferecidos à coletividade. Abrangem as despesas com pessoal, os encargos sociais, as transferências, as inversões e os investimentos. Não dizem respeito, portanto, ao pagamento de empréstimos e de financiamentos, enquadrados sob a epígrafe das despesas financeiras (v.g.: juros da dívida pública; programas governamentais

lastreados na concessão de subsídios etc.). Da diferença entre receita primária, obtida a partir da atividade fiscal, e despesa primária, obtém-se o resultado primário, daí decorrendo a possibilidade de termos superávit primário ou déficit primário.

11. O art. 15, § 2º, do Decreto Federal nº 10.681/2021, ao alegadamente “regulamentar” o art. 2º, § 1º, V, da Lei Complementar nº 159/2017, dispôs que “consideram-se como despesas primárias, para fins de definição da base de cálculo e de avaliação quanto ao cumprimento da medida de limitação de despesas previstas no inciso V do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 159, de 2017, os gastos necessários para prestação dos serviços públicos à sociedade, desconsiderados o pagamento dos passivos definidos em ato da Secretaria do Tesouro Nacional da Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia”. Ora, ao conferir plena liberdade decisória à Secretaria do Tesouro Nacional para definir que passivos podem ser, ou não, enquadrados sob a epígrafe das despesas primárias, o Decreto não só criou uma competência não prevista na lei complementar, como promoveu uma delegação legislativa que sequer o Poder Legislativo estaria habilitado a realizar.

12. A delegação legislativa afronta o disposto no art. 48, *caput*, da Constituição de 1988, que atribui ao Congresso Nacional a competência para legislar sobre as matérias de competência da União. O conceito de despesa pública é matéria afeta à lei complementar, conforme exige o art. 163, I, dizendo respeito às finanças públicas. O art. 15, § 2º, do Decreto Federal nº 10.681/2021 permite que o Secretário do Tesouro delimite o alcance de um instituto jurídico, *in casu*, com reflexos diretos no montante passível de ser gasto com os serviços públicos que podem ser prestados à população. O passivo a ser excluído alcançará apenas a dívida fundada (*rectius*: obrigações para amortização com prazo superior a doze meses) ou se estenderá à dívida flutuante (*rectius*: obrigações a serem saldadas em prazo inferior a doze meses)? Neste último caso, compreenderá os restos a pagar não liquidados ou apenas os liquidados? Essa matéria, à evidência, não deve ser situada na esfera de um regulamento de segunda ordem.

13. O art. 15, § 2º, do Decreto Federal nº 10.681/2021, longe de regulamentar o art. 2º, § 1º, V, da Lei Complementar nº 159/2017, inova na ordem jurídica, o que torna possível a sua submissão ao controle concentrado de constitucionalidade, não só por afrontar as competências próprias do Poder Legislativo, como por avançar em matéria afeta à lei complementar e ainda desbordar da *ratio essendi* do art. 84, IV, da Constituição de 1988, que confere ao Presidente da República competência para editar decretos visando à fiel execução das leis. O Supremo Tribunal Federal, aliás, há muito tem reconhecido que o decreto de contorno autônomo e abstrato pode ser impugnado via ação direta de inconstitucionalidade (STF, Pleno, ADI-MC nº 1.969/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 24/03/1999, DJ de 05/03/2004; e STF, Pleno, ADI-MC nº 2.155/PR, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 15/02/2001, DJ de 01/06/2001).

III. O art. 8º da Lei Complementar nº 159/2017

14. Os servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro, todos alcançados pelas vedações do art. 8º por um triênio, podem continuar a sê-lo por mais nove anos. A essa constatação, soma-se outra: a dívida do Estado do Rio de Janeiro, embora possa ter o seu crescimento contido, é insuscetível de ser paga, considerando a proporção que apresenta em relação à receita arrecadada. Com isso, surge a inevitável constatação de que novas adesões podem ocorrer no futuro. Esse quadro alcança proporções alarmantes em razão de três constatações fundamentais: (1ª) o endividamento do Estado do Rio de Janeiro está umbilicalmente conectado a decisões políticas equivocadas e à macrocriminalidade que se instalou no alto escalão do poder por mais de uma década; (2ª) os servidores públicos são vítimas, não algozes, ao que se soma a constatação de que sua atuação é imprescindível à satisfação dos interesses da coletividade; (3ª) a lógica privatista não se ajusta aos interesses do Estado, que não pode simplesmente estrangular financeiramente seus recursos humanos e, no limite, cerrar as portas. Eis o teor do Art. 8º da Lei Complementar nº 159/2017, *verbis*:

Art. 8º São vedados ao Estado durante a vigência do Regime de Recuperação Fiscal:

I – a concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros dos Poderes ou de órgãos, de servidores e empregados públicos e de militares, exceto aqueles provenientes de sentença judicial transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso X do *caput* do art. 37 da Constituição Federal;

II – a criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III – a alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV – a admissão ou a contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de: (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

a) cargos de chefia e de direção e assessoramento que não acarretem aumento de despesa; (Incluída pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

b) contratação temporária; e (Incluída pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

c) (VETADO); (Incluída pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

Redação anterior do inc. IV: "a admissão ou a contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacância de cargo efetivo ou vitalício".

V – a realização de concurso público, ressalvada a hipótese de reposição prevista na alínea “c” do inciso IV; (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

Redação anterior do inc. V: “a realização de concurso público, ressalvadas as hipóteses de reposição de vacância”.

VI – a criação, majoração, reajuste ou adequação de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios remuneratórios de qualquer natureza, inclusive indenizatória, em favor de membros dos Poderes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, de servidores e empregados públicos e de militares; (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

Redação anterior do inc. VI: “a criação ou a majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza em favor de membros dos Poderes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, de servidores e empregados públicos e de militares”.

VII – a criação de despesa obrigatória de caráter continuado;

VIII – a adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória; (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

Redação anterior do inc. VIII: “a adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação anual do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), ou de outro que vier a substituí-lo, ou da variação anual da receita corrente líquida apurada na forma do inciso IV do caput do art. 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, o que for menor”.

IX – a concessão, a prorrogação, a renovação ou a ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita, ressalvados os concedidos nos termos da alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal; (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

Redação anterior do inc. IX: “a concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita, ressalvados os concedidos nos termos da alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal”.

X – o empenho ou a contratação de despesas com publicidade e propaganda, exceto para as áreas de saúde, segurança, educação e outras de demonstrada utilidade pública; (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

Redação anterior do inc. X: "o empenho ou a contratação de despesas com publicidade e propaganda, exceto para as áreas de saúde, segurança, educação no trânsito e outras de demonstrada utilidade pública".

XI – a celebração de convênio, acordo, ajuste ou outros tipos de instrumentos que envolvam a transferência de recursos para outros entes federativos ou para organizações da sociedade civil, ressalvados:

- a) aqueles necessários para a efetiva recuperação fiscal;
- b) as renovações de instrumentos já vigentes no momento da adesão ao Regime de Recuperação Fiscal;
- c) aqueles decorrentes de parcerias com organizações sociais e que impliquem redução de despesa, comprovada pelo Conselho de Supervisão de que trata o art. 6º;
- d) aqueles destinados a serviços essenciais, a situações emergenciais, a atividades de assistência social relativas a ações voltadas para pessoas com deficiência, idosos e mulheres jovens em situação de risco e, suplementarmente, ao cumprimento de limites constitucionais;

XII – a contratação de operações de crédito e o recebimento ou a concessão de garantia, ressalvadas aquelas autorizadas no âmbito do Regime de Recuperação Fiscal, na forma estabelecida pelo art. 11.

XIII – a alteração de alíquotas ou bases de cálculo de tributos que implique redução da arrecadação; (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

XIV – a criação ou majoração de vinculação de receitas públicas de qualquer natureza; (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

XV – a propositura de ação judicial para discutir a dívida ou o contrato citados nos incisos I e II do art. 9º; (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

XVI – a vinculação de receitas de impostos em áreas diversas das previstas na Constituição Federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

§ 1º O Regime de Recuperação Fiscal impõe as restrições de que trata o *caput* deste artigo a todos os Poderes, aos órgãos, às entidades e aos fundos do Estado. (Renumerado do parágrafo único pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

Redação anterior do parágrafo único: “o Regime de Recuperação Fiscal impõe as restrições de que trata o *caput* deste artigo a todos os Poderes, aos órgãos, às entidades e aos fundos do Estado”.

§ 2º As vedações previstas neste artigo poderão ser: (Redação dada pela Lei Complementar nº 181, de 2021)

Redação anterior do § 2º: “as vedações previstas neste artigo, desde que expressamente previsto no Plano, poderão ser, a partir do quarto exercício de vigência do Regime: (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

I – objeto de compensação; ou (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

II – afastadas, desde que previsto expressamente no Plano de Recuperação Fiscal em vigor. (Redação dada pela Lei Complementar nº 181, de 2021)

Redação anterior do inc. II: “excepcionalmente ressalvadas”. (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

§ 3º A compensação prevista no inciso I do § 2º deste artigo, previamente aprovada pelo Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal, se dará por ações: (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

I – com impactos financeiros iguais ou superiores ao da vedação descumprida; e (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

II – adotadas no mesmo Poder ou no Tribunal de Contas, no Ministério Público e na Defensoria Pública. (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

§ 4º É vedada a compensação de aumento de despesa primária obrigatória de caráter continuado com receitas não recorrentes ou extraordinárias. (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

§ 5º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado. (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

§ 6º Ressalva-se do disposto neste artigo a violação com impacto financeiro considerado irrelevante, nos termos em que dispuser o Plano de Recuperação Fiscal.

§ 7º Ato do Ministro de Estado da Economia disciplinará a aplicação do disposto nos §§ 2º e 3º. (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

15. A respeito desse preceito, podem ser apresentadas observações direcionadas aos problemas a serem enfrentados na gestão administrativa, conforme a natureza da vedação estabelecida. Desde logo, observa-se que alguns preceitos são direcionados ao legislador, obstando a edição de leis implementando as medidas vedadas, enquanto outros são direcionados ao administrador, o que, em certas situações, resulta na vedação à aplicação de leis preexistentes.

15. 1. A concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros dos Poderes ou de órgãos, de servidores e empregados públicos e de militares, exceto aqueles provenientes de sentença judicial transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso X do caput do art. 37 da Constituição Federal;

15.1.1. O preceito, como se percebe, somente excepciona a sentença judicial transitada em julgado e a revisão geral anual, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, conforme copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Pleno, ADI nº 2.481/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 19/12/2001, DJ de 22/03/2002; e ADI nº 2.492-2, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 19/12/2001, DJ de 06/02/2002), expressamente assegurada pela ordem constitucional (CR/1988, 37, X). O direito à revisão, no entanto, tem sido mais simbólico que real, tamanha a raridade com que é realizada. Curiosamente, foi suprimida a possível existência de determinação legal anterior à adesão ao regime, no que se distanciou do símile do inc. I do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020, esta última afeta ao período em que estiver em vigor a calamidade pública decorrente da pandemia de covid, conforme previsto no art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000.

15.1.2. Direitos decorrentes de lei preexistente, ainda que os respectivos requisitos sejam preenchidos durante a vigência do regime de recuperação fiscal, não configuram a criação de despesa obrigatória de caráter continuado, vedada pelo inciso VII do art. 8º, já que tão somente implementam despesa já prevista na legislação de regência, não criando-a; e não resultam no reajuste de despesa obrigatória, o que atrairia a vedação do inciso VIII do art. 8º.

15.1.3. Acresça-se que a Administração Pública, por ser regida pela concepção de juridicidade, deve realizar um controle interno de caráter contínuo, anulando ou corrigindo atos ou omissões que se distanciem desse referencial. A partir dessa premissa, conclui-se que a correção de entendimento anterior, que afrontava a juridicidade, não é propriamente uma faculdade da Administração Pública, mas um dever, ainda que daí decorra algum reflexo na contraprestação estipencial paga aos agentes públicos. Nessa situação, o aumento, se for o caso, decorreria de determinação legal anterior.

15.2. A criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

15.2.1. O inc. II do art. 8º, a exemplo dos incisos I e III, não impedem a criação, o desmembramento ou a transformação de cargos ou estruturas orgânicas. A única exigência é a de que não haja aumento de despesa.

15.3. *A alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa.*

15.3.1. Em rigor lógico, trata-se de vedação direcionada ao legislador.

15.4. *A admissão ou a contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de: a) cargos de chefia e de direção e assessoramento que não acarretem aumento de despesa; b) contratação temporária; e c) (VETADO);*

15.4.1. O inciso IV do art. 8º, em sua primeira parte, veda a admissão de pessoal a qualquer título, o que inclui os cargos de provimento efetivo e os cargos em comissão, destinando-se os últimos, nos termos do art. 37, V, da Constituição de 1988, "às atribuições de direção, chefia e assessoramento". Em sua segunda parte, estabelece as exceções, permitindo apenas (a) as reposições dos cargos em comissão que não acarretem aumento de despesa; e (b) as contratações temporárias de que trata o art. 37, IX, da Constituição de 1988. Essa redação resultou das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 178/2021. A alínea "c", objeto de veto, permitia a admissão de pessoal na hipótese de "vacância de cargo efetivo ou vitalício", no que se alinhava ao inciso V, que permite a realização de concurso público com esse objetivo. Em razão do veto à alínea "c" do inc. IV, a exceção do inciso V foi esvaziada.

15.4.2. Lê-se, nas razões de veto, que:

A propositura legislativa indica, como exceção ao rol das vedações ao Estado durante a vigência do Regime de Recuperação Fiscal, a possibilidade de admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, salvo para reposição de cargos de chefia e direção e assessoramento que não acarretem aumento de despesa, contratação temporária, e vacância de cargo efetivo ou vitalício.

Entretanto, contraria interesse público ao desmembrar a possibilidade em alíneas, pois possibilita que sejam admitidas ou contratadas reposições de pessoal para o caso de vacância de cargo efetivo ou vitalício mesmo que acarretem aumento de despesa, tendo em vista que não foi definida a data base para calcular o estoque de vacâncias que deve ser repostas, abrindo margem para aquelas anteriores ao ingresso ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF), o que poderia aumentar as contratações no RRF, considerando cargos que foram vagos ao longo das últimas décadas, aumentando-se, assim, as despesas com pessoal, que correspondem à maior parte das despesas correntes dos Estados.

Ressalta-se que o veto não é impedimento absoluto para a contratação de pessoal para reposição de vacância de cargo efetivo ou vitalício, uma vez que o § 2º do mesmo artigo dispõe que as vedações, desde que expressamente previstas no plano, poderão ser excepcionalmente ressalvadas, a partir do 4º exercício de vigência, sendo que ato do Ministro de Estado da Economia disciplinará a aplicação do referido dispositivo.

15.4.3. Com a vênia possível, trata-se do absurdo inominado. A tese de que deveria ser definida “a data base para calcular o estoque de vacâncias que deve ser repostas”, de modo a evitar a reposição daquelas anteriores ao ingresso no Regime de Recuperação Fiscal, chega a ser inusitada. Como se os entes federativos tivessem estocados, há décadas, milhares de cargos de provimento efetivo vagos para que, com a criação futura do regime de recuperação fiscal, tivessem a oportunidade de provê-los, fugindo, em consequência, das amarras a serem impostas pela ordem jurídica. A análise possível é a relevância do cargo para a qualidade do serviço, não o momento da vacância.

15.4.4. O § 2º do art. 8º, em sua redação original, permitia, a partir do quarto ano de vigência do regime, a admissão de pessoal que fora vedada pelo inciso IV do art. 8º, desde que estivesse expressamente prevista no Plano de Recuperação Fiscal. Esse preceito foi alterado pela Lei Complementar nº 181/2021, sendo suprimido o limitador temporal. Mesmo assim, é curiosa a simplicidade com que se afirmou, nas razões de veto, que ato de auxiliar imediato do Chefe do Poder Executivo Federal irá disciplinar se e como funções e serviços públicos estaduais terão continuidade. Caso Sua Excelência, o Ministro da Economia, entenda que o melhor a fazer é fechar escolas, postos de saúde, fóruns, promotorias de justiça, batalhões e delegacias, consequência inevitável ante a falta de servidores, o que certamente trará grande economia para o Estado, somente restará à população fluminense sucumbir, se possível em silêncio ou, mesmo que grite, tal dificilmente será escutado na Esplanada dos Ministérios. É difícil imaginar exemplo mais eloquente de afronta ao princípio democrático (CRFB/1988, art. 1º, *caput*), à dignidade da pessoa humana (CRFB/1988, art. 1º, III) e à autonomia política dos entes federativos (art. 18, *caput*).

15.4.5. Um agente não eleito decidirá se serão, ou não, preenchidos os cargos públicos de provimento efetivo que se encontram vagos, com abstração das atribuições que devem exercer e dos interesses que devem atender, por mais prioritários que sejam, a exemplo daqueles afetos a crianças, adolescentes e jovens (CRFB/1988, art. 227, *caput*). A teoria das garantias institucionais, de larga aplicação no direito germânico, há muito identificou que a consagração de direitos fundamentais é simplesmente esvaziada caso não existam estruturas que os tornem operativos.

15.4.6. Também não é possível que, em uma federação, o auxiliar imediato do Presidente da República, discipline, da forma melhor lhe aprouver, como as vexatórias medidas a serem impostas aos servidores estaduais por quase uma década poderão ser

eventualmente compensadas ou mesmo afastadas, desde que previstas expressamente no Plano de Recuperação Fiscal, conforme autorizam os §§ 2º e 3º do art. 8º.

15.4.7. O § 7º do art. 8º (“*Ato do Ministro de Estado da Economia disciplinará a aplicação do disposto nos §§ 2º e 3º*”), além de padecer dos vícios já indicados, já que devidamente integrado aos dispositivos a que se refere, ainda caracteriza uma injurídica situação de delegação legislativa, o que afronta a *ratio essendi* do Poder Legislativo no Estado de Direito.

15.4.8. A delegação legislativa afronta o disposto no art. 48, *caput*, da Constituição de 1988, que atribui ao Congresso Nacional a competência para legislar sobre as matérias de competência da União, o que apresenta um alcance sensivelmente mais amplo que a competência do Ministro de Estado para expedir instruções para a execução das leis (CRFB/1988, art. 87, parágrafo único, II). Assim ocorre porque a Lei Complementar nº 178/2021 outorgou ao Ministro de Estado o poder de delimitar o alcance de institutos jurídicos, *in casu*, com reflexos diretos na definição do próprio montante final da dívida do Estado aderente para com a União. Afinal, uma vez descumpridas as “normas” editadas pelo Ministro, o Estado deixará de cumprir o art. 8º, sendo considerado inadimplente com as obrigações do Plano (art. 7º-B, IV). As consequências, por sua vez, estão previstas no art. 7º-C, entre elas o aumento percentual da dívida em caráter permanente (§§ 1º e 2º), além da aplicação de multa (§ 3º).

15.4.9. A proscricção da delegação legislativa levou a Constituição de 1988 a dispor, no art. 25 do ADCT, que todas as delegações dessa natureza estavam expressamente revogadas. A prevalecer a anômala sistemática hoje vigente, o Estado aderente, nos dias de hoje apenas o Estado do Rio de Janeiro, deixará de ter gestores e passará a ter um dono, Sua Excelência, o Ministro da Economia. Esse agente terá simplesmente o poder de viabilizar ou de sepultar governos, de criar o caos ou o bem-estar, sempre movido pelos interesses que lhe pareçam adequados, nobres ou não. Para tanto, bastará que permita ou vede, conforme o caso, o preenchimento dos cargos públicos de provimento efetivo. Uma sistemática como essa parece ser incompatível com qualquer arremedo de Estado Democrático de Direito.

15.4.10. Ainda é importante ressaltar que as exceções previstas no inciso IV do art. 8º somente permitem a *reposição*, o que significa dizer que, em se tratando de cargos em comissão ou de empregos temporários que jamais foram providos, de reposição não se poderá falar. O cargo público, ademais, pode ser criado originariamente pela lei ou, em certas situações, decorrer de transformação administrativa. Neste último caso, a ocupação do cargo anterior permite que se fale em reposição do cargo transformado. Mesmo que a vacância se estenda por longo lapso temporal, o só fato de o cargo já ter sido ocupado em dado momento de sua existência atrairá o conceito de reposição.

15.4.11. Ainda sob o prisma da reposição, é factível que a realidade é mais pródiga em nuances que a mais fértil imaginação humana. É possível que certas estruturas estatais de poder estejam passando por reestruturações internas, não raro transitando de uma situação de injuridicidade para outra de juridicidade, justamente no período indicado no *caput* do art. 8º. É o que se verifica, por exemplo, em relação

à ruptura com um passado de uso exacerbado de estagiários, de elevado número de servidores cedidos ou de grande quantidade de cargos comissionados. Em situações dessa natureza, caso a transição ocorra justamente no período indicado no *caput* do art. 8º, não parece minimamente plausível sustentar a necessidade de ser interrompida. Afinal, a consequência seria a manutenção da injuridicidade ou a própria interrupção da função ou serviço público desenvolvido, em franco prejuízo à coletividade. A ilicitude, aliás, termina por ser estimulada pelo veto da alínea “c” do inciso IV do art. 8º, já que, para evitar o colapso administrativo, a utilização de cargo em comissão passará a ser uma solução a ser considerada por muitos, ainda que a jusante da juridicidade.

15.4.12. Ainda é importante ressaltar que o inciso IV do art. 8º não estabelece qualquer vedação à cessão de servidores, com ônus para o órgão de origem ou mediante ressarcimento. Assim ocorre, em primeiro lugar, porque essa cessão não pode ser equiparada à admissão de pessoal, já que remanesce o vínculo funcional com o órgão de origem. Além disso, mesmo que a cessão se estenda por mais de um exercício, tendo caráter continuado, não caracteriza uma despesa obrigatória, já que não imposta por ato normativo, o que atrairia a vedação prevista no inciso VII do art. 8º.

15.5. A realização de concurso público, ressalvada a hipótese de reposição prevista na alínea “c” do inciso IV.

15.5.1. Com o veto à alínea “c” do inc. IV do art. 8º, a eficácia do inciso V foi prejudicada, já que não existe a norma cujo conteúdo deveria integrar.

15.6. A criação, majoração, reajuste ou adequação de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios remuneratórios de qualquer natureza, inclusive indenizatória, em favor de membros dos Poderes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, de servidores e empregados públicos e de militares.

15.6.1. Trata-se de desdobramento do inciso I do art. 8º. A relação entre ambos é de acessório e principal.

15.6.2. O que chama a atenção no preceito é a pretensa equiparação existente entre “benefícios remuneratórios” e “benefícios indenizatórios”: enquanto os primeiros estão ontologicamente direcionados ao acréscimo, os últimos visam à recomposição, a exemplo do que se verifica com diárias e ajudas de custo. Se a recomposição existe justamente para viabilizar o exercício da função, como imaginar que esta última continuará a ser regularmente exercida com a corrosão daquela, que simplesmente deixará de cumprir a sua funcionalidade. Caberá ao servidor público arcar com essas despesas, às suas expensas?

15.7. A criação de despesa obrigatória de caráter continuado.

15.7.1. Despesa obrigatória de caráter continuado, em conformidade com o art. 17, *caput*, da Lei Complementar nº 101/2000, é a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que estabeleça a obrigação legal de sua execução por período superior a dois exercícios financeiros.

15.8. A adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória.

15.8.1. Diversamente da redação anterior do preceito, que vedava o reajuste de despesa obrigatória em patamar superior ao IPCA, a atual veda qualquer espécie de reajuste. São despesas de caráter obrigatório, além daquelas afetas às despesas de pessoal e encargos sociais, as que não possam ser reduzidas *ad libitum* da autoridade máxima da respectiva estrutura de poder, a exemplo de benefícios de assistência social, desonerações e subsídios. Todas, invariavelmente, estarão congeladas por nove anos.

15.9. Não se ignora, é certo, que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, ao apreciar as ADIs nº 6.447, 6.450, 6.525 e 6.442 (rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual concluído em 12/03/2021), entendeu que a Lei Complementar nº 173/2020 passava ao largo do regime jurídico dos servidores públicos e dispunha apenas sobre finanças públicas, o que atrai a competência legislativa concorrente a que se refere o art. 24, I, da Constituição de 1988 e afasta o alegado vício de iniciativa. Sob o prisma dos vícios materiais, sustentou que a contenção de gastos decorrentes do aumento da despesa com pessoal, durante o período de pandemia, era consentânea com a ordem constitucional. Os incisos I a VIII do art. 8º da Lei Complementar nº 159/2017, conquanto mais rigorosos, são bem similares aos congêneres da Lei Complementar nº 173/2020. Essa constatação, no entanto, não parece pôr fim ao debate, principalmente ao lembrarmos que a compreensão da intensidade das restrições impostas à esfera jurídica alheia é diretamente influenciada pelo lapso temporal durante o qual irão perdurar. As normas de natureza financeira direcionadas ao combate à pandemia de covid-19 irão perdurar por menos de dois exercícios financeiros, enquanto aquelas afetas ao Regime de Recuperação Fiscal se estenderão por nove exercícios. Em desdobramento, será inevitável que redunde em danos intensos e viscerais àqueles que atuam no serviço público, que se verão alijados de diversos direitos por quase uma década, em evidente afronta aos princípios expressos do Estado de Direito (CRFB/1988, art. 1º, *caput*) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), além do princípio implícito da proporcionalidade. Não baste isto, a análise realizada pelo Supremo Tribunal Federal foi primordialmente direcionada às generalidades, não às especificidades de cada preceito de *per si*, em especial às do art. 8º.

15.10. As vedações a que se referem os incisos IX a XVI do art. 8º estão direcionadas a distintos aspectos da governança administrativa, financeira e tributária. Buscam assegurar a higidez da arrecadação e diminuir o comprometimento da receita, inclusive limitando o seu repasse a particulares. Além disso, é expressamente vedada, no inciso XV, “a propositura de ação judicial para discutir a dívida ou o contrato citados nos incisos I e II do art. 9º”.

15.11. O § 2º do art. 8º admite que as vedações veiculadas por esse preceito sejam afastadas em duas hipóteses, que são a existência de compensação ou a previsão expressa no Plano de Recuperação Fiscal. Sem prejuízo dos vícios de inconstitucionalidade que recaem sobre alguns dos comandos do art. 8º, há outro especificamente direcionado ao mecanismo da compensação. Ao tratar desta temática em particular, os §§ 3º a 7º estabeleceram os requisitos a serem observados para a compensação, que deve se dar por ações: (a) com impactos iguais ou superiores ao da vedação descumprida (inc. I do § 3º); (b) adotadas no mesmo Poder ou no Tribunal

de Contas, no Ministério Público e na Defensoria Pública (inc. II do § 3º); e (c) que não busquem contornar o aumento de despesa primária obrigatória de caráter continuado com receitas não recorrentes ou extraordinárias (§ 4º).

15.11.1. Com os olhos voltados aos requisitos exigidos para a compensação, constata-se que afronta a lógica e a razão a exigência prevista no inc. II do § 3º, no sentido da compartimentação das respectivas medidas no âmbito do Poder ou órgão autônomo que deu causa à sua adoção. A uma, quem adere ao Regime de Recuperação Fiscal é o ente federativo, a partir de Plano elaborado unilateralmente pelo Poder Executivo, não cada uma das estruturas de *per si*. A duas, a multa aplicada a uma estrutura, por inadimplência, conforme previsão do § 3º do art. 7º-C, reverte em amortização extraordinária do saldo devedor do Estado, logo, não há razão para que essas estruturas não possam adotar, no pleno exercício de sua autonomia administrativa e financeira, mecanismos de solidariedade entre elas. A três, a solidariedade interinstitucional é muito comum e se mostrou de extrema utilidade durante a pandemia, ocasião em que estruturas de poder, *sponte propria*, contingenciaram suas despesas, de modo a propiciar a abertura de créditos adicionais, suplementares ou especiais, em prol do Poder Executivo. A quatro, obstar a compensação interinstitucional, além de caminhar em norte contrário à harmonia entre as estruturas de poder, princípio estrutural consagrado no art. 2º da Constituição de 1988, afronta a autonomia política do Estado (art. 18, *caput*) e, em particular, a autonomia administrativa e financeira de cada estrutura que deseje anuir com a compensação em prol de outra, o que abrange os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 99, *caput*), bem como o Ministério Público (art. 127, § 2º), a Defensoria Pública (art. 134, § 2º) e o Tribunal de Contas (art. 167-A).

15.11.2. Apesar de os requisitos para a compensação terem sido estatuídos pela própria Lei Complementar nº 159/2017, o § 3º do art. 8º estabeleceu um anômalo “controle prévio” por parte do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal, tendo o § 4º acrescido que tal se daria conforme disciplinado em “*ato do Ministro de Estado da Economia*”. Ora, o “controle prévio” que se pretende realizar certamente faz boa figura em estruturas hierarquizadas, mas é de todo compatível com a sistemática constitucional afeta à separação dos poderes (art. 2º) e a própria concepção de autonomia política, cuja essência reside na liberdade de determinação do ente federado. Não há liberdade de determinação quando se exige prévia aprovação, por terceiros, do ato a ser praticado. O balizamento há de ser a lei e tão somente ela. Os terceiros, aqui, são a maioria de dois técnicos, em cumprimento às ordens do seu superior hierárquico, Sua Excelência, o Ministro da Economia. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de normas que exigiam a prévia aprovação de atos do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, isto apesar de o controle do primeiro ser uma das principais atividades desenvolvidas por este último. Foi o que ocorreu com (a) lei estadual que subordina atos do Executivo à aprovação da Assembleia Legislativa (STF, Pleno, ADI nº 676/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 01/07/1996, DJ de 29/11/1996); (b) a necessidade de aprovação, pelo

Legislativo, de licença ambiental concedida pelo Executivo (STF, Pleno, ADI-MC nº 3.252/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 06/04/2005, DJ de 23/10/2008 e Inf. nº 382); e (c) a prévia aprovação, pelo Legislativo, dos presidentes de todas as instituições da Administração Pública a serem nomeados pelo Executivo (STF, Pleno, ADI nº 1.642/MG, rel. Min. Eros Grau, j. em 03/04/2008, DJ de 19/09/2008).

15.11.3. Especificamente em relação à disciplina a ser estabelecida pelo Ministro da Economia com arrimo no § 7º do art. 8º, como já afirmamos, é patente a sua inconstitucionalidade, isto por se tratar de injurídica situação de delegação legislativa, o que afronta a *ratio essendi* do Poder Legislativo no Estado de Direito. É frontalmente dissonante do disposto no art. 48, *caput*, da Constituição de 1988, que atribui ao Congresso Nacional a competência para legislar sobre as matérias de competência da União, o que apresenta um alcance sensivelmente mais amplo que a competência do Ministro de Estado para expedir instruções para a execução das leis (CRFB/1988, art. 87, parágrafo único, II). O poder outorgado ao Ministro de Estado lhe permitirá delimitar o alcance de institutos jurídicos, *in casu*, com reflexos diretos na definição do próprio montante final da dívida do Estado aderente para com a União, além de trazer consigo um evidente vezo de discricionariedade, que certamente não se harmoniza com as feições de um federalismo de viés cooperativo. Vale lembrar que delegações dessa natureza, além de dissonantes da sistemática constitucional, foram expressamente proscritas pelo art. 25 do ADCT.

15.11.4. O vício de inconstitucionalidade do § 7º do art. 8º decorre do fato de simplesmente inexistirem balizamentos legais que justifiquem sua edição ou direcionem a sua existência. Vício similar não parece estar presente no § 5º do art. 9º, segundo o qual *"ato do Ministro de Estado da Economia poderá estabelecer a metodologia de cálculo e demais detalhamentos necessários à aplicação do disposto neste artigo"*. Neste último caso, o ato do Ministro da Economia tratará justamente da forma como serão calculadas e implementadas a redução extraordinária da dívida do Estado aderente para com a União, bem como a assunção, por este último ente federativo, de prestações de operações de crédito nas quais aquele figure como devedor. É evidente que a liberdade valorativa, aqui, é sensivelmente comprimida. O mesmo, aliás, se verifica em relação ao § 5º do art. 9º-A, de teor idêntico ao § 5º do art. 9º.

16. Reconhecidos os vícios de inconstitucionalidade do art. 8º, o mesmo há de ocorrer, por arrastamento, em relação aos preceitos que tratam da mesma temática, veiculados pelo Decreto Federal nº 10.681, de 20 de abril de 2021, que regulamentou o novo Regime de Recuperação Fiscal moldado pela Lei Complementar nº 178/2021.

IV. O art. 20, § 7º, da Lei Complementar nº 101/2000

17. O art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000 estabeleceu os limites máximos das despesas com pessoal em cada ente federativo. No âmbito dos Estados, esse limite foi fixado em 60% da receita corrente líquida. No inciso VI do § 1º do art. 19, com a redação dada pela Lei Complementar nº 178/2020, foram excluídas do cômputo

desse limite as despesas “com inativos e pensionistas, ainda que pagas por intermédio de unidade gestora única ou fundo previsto no art. 249 da Constituição Federal, quanto à parcela custeada por recursos provenientes: a) da arrecadação de contribuições dos segurados; b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição (rectius: a compensação entre os regimes previdenciários); c) de transferências destinadas a promover o equilíbrio atuarial do regime de previdência, na forma definida pelo órgão do Poder Executivo federal responsável pela orientação, pela supervisão e pelo acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos”. O §3º, no entanto, realça que, na verificação do atendimento desses limites, é vedada “a dedução da parcela custeada com recursos aportados para a cobertura do déficit financeiro dos regimes de previdência”. Portanto, somente a parte que sobejar será computada no limite global das despesas de pessoal.

18. O art. 20 da Lei Complementar nº 101/2000 dividiu entre as estruturas orgânicas ali referidas o limite de despesas com pessoal afeto ao respectivo ente federativo. O seu § 7º, por sua vez, acrescido pela Lei Complementar nº 178/2021, dispôs que “os Poderes e órgãos referidos neste artigo deverão apurar, de forma segregada para aplicação dos limites de que trata este artigo, a integralidade das despesas com pessoal dos respectivos servidores inativos e pensionistas, mesmo que o custeio dessas despesas esteja a cargo de outro Poder ou órgão”. Ainda que a menção à “integralidade das despesas” diga respeito, apenas, às despesas “computáveis”, na forma definida no inciso VI do § 1º do art. 19, o preceito simplesmente desconsidera todos os recursos já repassados, ao Poder Executivo, pelos demais Poderes e órgãos autônomos, para fazer face às despesas do respectivo regime próprio de previdência social. Afinal, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 41/2003, que inseriu um § 20 no art. 40 da Constituição de 1988, passou a ser vedada a existência de mais de um órgão ou unidade gestora desse regime em cada ente federativo, tratando-se de *munus* normalmente desincumbido por autarquia vinculada ao Poder Executivo. Se as receitas não são segregadas, como admitir que as despesas o sejam? Esse proceder terá o efeito inevitável de inviabilizar a própria continuidade de muitos serviços, já que as despesas com pessoal inativo, passarão a ser computadas, de modo distorcido, no limite existente.

19. Ora, ao “capitalizar” as receitas no Poder Executivo, e “socializar” as despesas no âmbito dos demais Poderes e órgãos autônomos, foi evidente a afronta à separação dos poderes consagrada no art. 2º da Constituição de 1988.

Epílogo

20. O Regime de Recuperação Fiscal, a exemplo das normas de responsabilidade fiscal, deve ser estruturado de modo a assegurar a gestão responsável e o equilíbrio nas finanças públicas. Medidas de reestruturação não devem ser insensíveis ao interesse da população na continuidade de funções e serviços públicos e muito menos indiferentes à existência dos inúmeros seres humanos que atuam no setor público, a grande maioria selecionada após regular aprovação em concurso público.

21. Ensinam as regras de experiência que os maiores males tendem a ser causados pelos aventureiros de plantão, justamente aqueles que ocupam o ápice do escalonamento hierárquico e tomam as decisões políticas fundamentais, não por aqueles que simplesmente trabalham em prol da coletividade. O que se afigura injusto é que sejam os últimos a suportar as consequências desses males.

A interface entre a seara penal e a improbidade administrativa

Fabrcio Rocha Bastos*

Sumrio

1. Introduo. 1.1. Existncia de um microsistema de combate à corrupo. 1.2. Natureza jurdica da Ao de Improbidade Administrativa. 1.3. Possibilidade jurdica da utilizao do acordo de colaborao premiada na seara da improbidade administrativa. 1.4. Aplicabilidade do regime jurdico da prescrio penal na seara da improbidade administrativa. 2. Concluso. Bibliografia.

Resumo

No presente artigo, abordo a interface entre o sistema penal brasileiro e a improbidade administrativa. Considerando que alguns delitos funcionais previstos no Cdigo Penal Brasileiro podem ser considerados como atos de corrupo e atos de improbidade administrativa, imprescindvel verificar se haver, realmente, a interface entre os sistemas e qual deve ser a sua abrangncia.

Abstract

This article discusses the interface between the Brazilian penal system and administrative misconduct. Considering that some functional offenses provided for in the Brazilian Penal Code can be considered as acts of corruption and acts of administrative misconduct, it is essential to verify if there really is the interface between the systems and what should be their scope.

Palavras-chave: Microsistema da Tutela Coletiva. Microsistema de combate à corrupo. Sistema Penal. Delitos funcionais. Improbidade administrativa. Interface.

Keywords: *Collective Guardianship microsystem - Anti-corruption microsystem - Criminal system - Functional offenses - Administrative misconduct - Interface.*

* Doutorando em Direito pela *Universit degli Studi Tor Vergata*, Roma. Mestre em Direito pela *Universit degli Studi Tor Vergata*, Roma. Especialista em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Promotor de Justia do Ministrio Pblico do Estado do Rio de Janeiro. Membro do *International Association of Prosecutors* (IAP). Membro do Frum Permanente de Processualistas Cveis (FPPC). Membro da Associao Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPRO). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Professor dos cursos de Pds Graduao da UCAM/RJ, IERB/RJ, CEPED/UERJ e EMERJ. Professor dos cursos preparatrios da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e FESMPMG.

1. Introduo

A existncia de dois sistemas punitivos que podem abarcar o mesmo fato em duas searas diversas sempre foi um dos grandes desafios em nosso ordenamento jurdico. Inmeras dificuldades se apresentam quando o fato poder, ainda que simultaneamente, gerar perseguo cvel e penal, pois sempre surgiro questionamentos basilares, tais como: a) imputabilidade; b) possibilidade de aplicao da regra do foro por prerrogativa de funo; c) potencial decises conflitantes.

Estes questionamentos, contudo, j foram deveras explorados pela doutrina, mas hodiernamente, mormente diante das alteraes legislativas em ambas searas, surgiram debates instigantes acerca da interface relativa s medidas extraprocessuais.

No que tange s seara da improbidade administrativa, sobreleva notar os seguintes: acordo de colaborao e de no perseguo e o regime prescricional.

No presente artigo, cingir-me-ei aos dois itens, mas fixando algumas premissas conceituais para que a ideia ventilada seja a mais clara possvel.

1.1. Existncia de um microsistema de combate s corrupo

A regulamentao legislativa para fins de combate s corrupo j existe h dcadas em nosso sistema jurdico.

O Decreto-Lei n 3.240/41 permitia a decretao do sequestro de bens de pessoas indicadas por crimes que acarretassem prejuzo ao errio.

A Lei n 3.164/1957, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, estabelecia, em seu art. 1, *“a possibilidade de sequestro e perda, em favor da Fazenda Pblica, dos bens adquiridos pelo servidor pblico, por influncia ou abuso de cargo ou funo pblica, sem prejuzo da eventual responsabilidade penal.”* A preocupao central da referida legislao era sancionar os servidores pblicos por atos de enriquecimento ilcito.

Posteriormente, a Lei n 3.502/1958, denominada Lei Bilac Pinto, pretendeu regular *“o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilcito, por influncia ou abuso do cargo ou funo”*. Em sentido semelhante s Lei n 3.164/57, o escopo principal da Lei n 3.502/1958 era punir os agentes pblicos por atos de enriquecimento ilcito.¹

Ressalte-se que as aludidas leis - Leis nos 3.164/1957 e 3.502/1958 cuidavam apenas do enriquecimento ilcito e foram revogadas expressamente pelo art. 25 da Lei n 8.429/1992.

Atualmente, podero ser utilizadas as normas da Lei n 1.079/50, Lei n 4.717/65, Decreto-Lei n 201/67, Lei n 7.347/85, Lei n 8.429/92, Lei Complementar n 135/2010 e a Lei n 12.846/13 como regras que serviro de orientao e soluo

¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpo; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa - direito material e processual*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

de eventuais omissões e, claro, com o objetivo de efetivar o princípio constitucional da moralidade administrativa².

No âmbito penal³, por outro lado, além do capítulo referente aos crimes contra a Administração Pública (arts. 312 ao 359-H, do Código Penal), foram criadas duas novidades importantes na seara das condutas relacionadas a atos de amplitude internacional: i) a Lei nº 10.467/2002 que passou a prever no Código Penal o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional (arts. 337-B ao 337-D, do Código Penal), mas a responsabilização fica adstrita somente às pessoas naturais e ii) a Lei nº 10.467/2002 modificou o art. 1º da Lei nº 9.613/98, criando o tipo penal de corrupção de funcionário público estrangeiro como crime antecedente para a lavagem de dinheiro.

Existem outros marcos legais de combate à corrupção, tais como: Lei nº 9.784/99; Lei nº 8.112/90; Lei nº 8.666/93; Lei nº 10.520/02; Lei Complementar nº 101/00; Lei nº 12.527/11; Lei nº 12.813/13.

A Lei Anticorrupção⁴ (Lei nº 12.846/2013) representa o cumprimento, por parte do Brasil, do compromisso internacional firmado a partir da assinatura de duas Convenções, são elas: a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais e a Convenção de Mérida.

Em ambos os diplomas internacionais, objetiva-se responsabilizar as pessoas jurídicas corruptoras com sanções nas esferas cível, administrativa e penal. Tais diplomas internacionais servem, inclusive, como suporte para a interpretação das normas legais nacionais.⁵

Com o advento da Lei Anticorrupção (LAC), as sociedades empresárias estão obrigadas a prevenir atos considerados lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, sob pena de sanções.

Nesse panorama, o princípio da moralidade administrativa ganhou “eficácia exógena⁶”, pois transcende o âmbito da Administração Pública para condicionar, também, a atuação de pessoas jurídicas que com ela se relacionam.

Diante da quantidade de regras jurídicas presentes em nosso sistema, forçoso reconhecer a existência do microsistema de tutela do patrimônio público ou sistema jurídico anticorrupção, formado primordialmente pela Lei de Improbidade Administrativa

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa - direito material e processual*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 321.

³ “Mas, as normas da Lei n. 12.846/13 não contém proibições expressas, pois adotam, em verdade, a mesma estrutura das normas penais” (DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção*. Belo Horizonte: Contracorrente, 2015, p. 19).

⁴ Há quem prefira a nomenclatura “Lei de Improbidade Empresarial”.

⁵ “Cremos, pois, que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é importante marco legal no conjunto de normas anticorrupção, que não pode deixar de ser levada em conta, inclusive, como suporte para a interpretação das normas legais nacionais” (PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção. Origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29).

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156.

e Lei Anticorrupção.⁷ O conjunto das normas legais que pretende combater a corrupção é multissetorial e agrega regras penais, administrativas, cíveis e políticas.⁸

O caráter poliédrico dos comportamentos de corrupção exige a necessidade de buscar uma coerência sistêmica da aplicação das regras previstas no microsistema de tutela do patrimônio público, com a possibilidade de complementar as regras já existentes.⁹ Ademais, os padrões éticos, a eficiência administrativa e o controle da gestão pública são características indissociáveis da gestão pública pós-moderna.¹⁰

Apesar de exigir, em algumas hipóteses, a presença de ente público e, até mesmo, de funcionário público, as regras do microsistema do combate à corrupção visam punir os atos praticados por particulares que tenham nítido interesse de beneficiar o agente econômico não vinculado ao Poder Público.

Logo, dois critérios são estabelecidos para sua aplicação: ofensa a interesse da Administração Pública e a prática de determinado ato no interesse ou em benefício, exclusivo ou não, da pessoa física ou jurídica de direito privado.

Destarte, as punições transcendem práticas estatais, alcançando principalmente comportamentos também privados, que representam condutas desonestas e ofensivas aos interesses públicos.

Impende salientar, por oportuno, que a Lei Anticorrupção, por exemplo, segue a tendência mundial de ampliação da jurisdição administrativa sobre a penal, permitindo a aplicação das sanções administrativas como mais efetivas do que as penais.¹¹

Ora, tal lei sanciona no âmbito administrativo as condutas de corrupção ativa empresarial. Trata-se, portanto, de um critério punitivo que prefere as sanções administrativas em detrimento das penais, mas não as afasta.¹²

Tal afirmação somente reforça a necessidade de verificar a real interface entre a seara penal e a seara da improbidade administrativa, mormente tendo como diretriz a possibilidade de aplicação das regras do microsistema do combate à corrupção.

⁷ “Pode-se afirmar, assim, ao menos no que tange aos mecanismos de prevenção e combate à corrupção no âmbito federal que, com a entrada em vigor da Lei Anticorrupção, ganhou contorno um microsistema jurídico dedicado a esse fim, antes objeto de legislação esparsa, geralmente setorial, como é o caso das normas acerca de licitações e das normas antitruste” (DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção*. 2ª edição. Belo Horizonte: Contracorrente, 2015, p. 70).

⁸ “De outra parte, é importante observar que o arcabouço jurídico brasileiro contempla hoje, um conjunto de normas legais que pretendem combater a corrupção, congregando normas penais, administrativas, civis e de conteúdo político” (PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção – origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17).

⁹ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção – origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17.

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa – direito material e processual*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 3.

¹¹ “Porém, ainda que ambas tratem do mesmo tema, a nova lei demonstra uma diferente vertente pela qual pretende enfrentar o problema da corrupção: enquanto a Lei n. 8.429 busca a responsabilização do agente público que efetuou ou favoreceu o ato ilegal, a nova Lei n. 12.846 atua na responsabilização da pessoa jurídica que solicitou a vantagem ilícita ou, de outra forma, foi beneficiada pelo ato improbo” (MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. *Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 37).

¹² BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2015, p. 27.

1.2. Natureza jurídica da Ação de Improbidade Administrativa

1.2.1. Da natureza jurídica das sanções decorrentes da prática do ato de improbidade administrativa

As sanções previstas nos arts. 12 da Lei nº 8.429/1992 e 37, § 4º da Constituição da República, não revelam natureza penal, mas estritamente civil. Nem cabe dar uma feição penal às infrações decorrentes da prática de ato de improbidade, pois a tipicidade aqui é aberta (tipos previstos em róis taxativos) e os elementos subjetivos (culpa e dolo) são valorados e narrados de forma diversa. Estruturalmente, portanto, são tipos com premissas e aplicabilidade completamente diversos.¹³

As sanções não possuem índole criminal, tanto que é expresso o dispositivo do art. 12 da Lei nº 8.429/1992 no tocante a ressaltar “independentemente das sanções penais”, enquanto o art. 37, § 4º da Constituição da República deixa em destaque “sem prejuízo da ação penal cabível”. Impende destacar, também, a redação do art. 52, parágrafo único da CR/88, no mesmo sentido. O STJ já decidiu neste mesmo sentido, fixando tese jurídica segunda a qual os agentes políticos municipais, por exemplo, se submetem aos ditames da LIA, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Dec. 201/1967, que pode ser aplicável aos demais agentes políticos, na forma dos arts. 927, III, 985, I e 1.040 do CPC/15.¹⁴

Pela regra, um funcionário público está sujeito a sofrer sanções penais capituladas no Código Penal; civis, consistentes em indenizações porventura cabíveis; administrativas, contempladas no estatuto jurídico próprio da função; e as acarretadas pela incidência nas improbidades administrativas da LIA, de modo geral mais graves que as anteriores. Especificamente quanto a estas últimas, predomina a natureza civil e eventualmente política, porquanto decorrem do seu reconhecimento e ressarcimento dos danos causados ao erário, a suspensão dos direitos políticos e a indisponibilidade dos bens.¹⁵ Apesar de não afastar a possibilidade de um ato de improbidade administrativa configurar, também, fato penalmente típico, importante indicar que, na ordem civil, são aplicáveis outras sanções.¹⁶ Por fim, vale mencionar, também, que o STJ já reconheceu a possibilidade do agente ser punido pelo justiça eleitoral, bem como por ato de improbidade administrativa, ainda que baseado nos mesmos fatos. O STJ entendeu

¹³ COMPARATO, Fabio Konder. Competência do Juízo de 1º Grau. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio et al. (orgs.). *Improbidade Administrativa, 10 Anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 126/127.

¹⁴ AgInt no AREsp 747.465/MG, Rel. Ministro OG Fernandes, 2ª T., j 06.04.2017, DJe 17.04.2017. EDcl no AgRg no REsp 1.216.168/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª T., DJe 4.10.2013; AgInt no AREsp 926.632/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T., DJe 23.11.2016; AgRg no AREsp 719.390/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª T., DJe 23.09.2016; AgRg no AREsp 426.418/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª T., DJe 6.03.2014; e AgRg no REsp 1181291/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11.11.2013.

¹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Ato de Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Altas, 2008.

¹⁶ (cf. Antonio José de Mattos Neto, *Responsabilidade Civil...*, Revista dos Tribunais, 752/38). (JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Proibidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2002). No mesmo sentido, na doutrina, vale mencionar COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública, ação popular*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

que a condenação pela Justiça Eleitoral ao pagamento de multa por infringência às disposições contidas na Lei nº 9.504/1997 não impede a imposição de nenhuma das sanções previstas na LIA, inclusive a multa civil, pelo ato de improbidade administrativa.¹⁷

1.2.2. Da natureza jurídica da ação de improbidade administrativa

Fixada a ideia da natureza cível das sanções decorrentes da prática da improbidade administrativa, é imprescindível ratificar a natureza cível da própria demanda.

Ora, o patrimônio público econômico (bens ou valores geridos por entidades de direito público interno e pelas extensões jurídico-privadas da Administração Pública) e o interesse no sentido de uma Administração proba são, à toda evidência, interesses transindividuais, ou seja, interesses representados por número indeterminado de pessoas ligadas por relações básicas fáticas. São, pois, interesses difusos (art. 81, parágrafo único, I, CDC).

Em sentido amplo, podem até ser considerados como interesse público. A moralidade administrativa e seus desvios, com consequências patrimoniais para o erário público, enquadram-se, portanto, na categoria dos interesses difusos, habilitando o Ministério Público, bem como os demais legitimados coletivos (art. 5º, Lei nº 7.347/1985 e art. 17, Lei nº 8.429/1992), a demandar em juízo. Conclui-se, portanto, ser a ação de improbidade administrativa uma garantia processual coletiva, que tem por escopo proteger o direito difuso à probidade administrativa.¹⁸

Identificados com o amplo espectro dessa conceituação legal, o direito à probidade administrativa e à proteção da *res publica* tem alocação, como não poderia deixar de ser, entre as funções institucionais do Ministério Público unidas no Texto Maior, tuteladas mediante Ação Civil Pública, conforme preconizado no art. 129, III, CR/88¹⁹. No mesmo sentido, podemos destacar o art. 25 da Lei Federal nº 8.625/1993.²⁰ Nada impede, pois, concluir que a ação civil prevista na Lei nº 8.429/1992 seja ação

¹⁷ AgRg no AREsp 606.352/SP, 2ª T., Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 15.12.2015.

¹⁸ MACÉDO, Marcus Paulo Queiroz. As três ações coletivas previstas na Lei nº 8.429/92: algumas breves anotações. In: MACEDO, Marcus Paulo Queiroz, MARTELETO FILHO, Wagner Marteleto (orgs.) *Temas avançados do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 256.

¹⁹ "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." Nas corretas palavras de Waldo Fazzio Júnior: "Esse mandamento maior, além de indicar a proteção do patrimônio público, identifica-o com outros interesses difusos e coletivos. Isso leva a duas conclusões: os bens jurídicos de que trata a Lei nº 8429/92 integram o elenco dos interesses difusos e coletivos e, corolariamente, o Ministério Público está autorizado a defendê-los em juízo por meio da ação civil pública. (...)" "Depois, não se pode restringir a ação civil de improbidade administrativa à imediatidade da restauração do tesouro público lesado. É um instrumento para se alcançar a afirmação superior dos direitos republicanos, sobretudo da preservação da probidade administrativa. É o corretivo-meio, o remédio processual absolutamente necessário para assegurar a inviolabilidade administrativa, no rumo ditado pelos princípios definidos no art. 37, caput, bem como no art. 129, III, ambos da Constituição Federal (Atos de Improbidade Administrativa – Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 301 e 302).

²⁰ "Promover o inquérito civil e a ação civil pública na forma da lei para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem."

civil pública, cabendo perfeitamente nos moldes estabelecidos pelo art. 1º, incisos IV e VIII da Lei nº 7347/1985²¹.

Ademais, basta uma mera leitura da súmula preambular da Lei nº 7.347/1985, quando resume o seu teor, para se depreender que o nome adotado é Ação Civil Pública para qualquer tipo de demanda que vise a proteger os interesses de que trata a lei²². Ora, se o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, em defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos, especificamente do patrimônio público; se, também, tem legitimação concorrente à ação cabível no âmbito da improbidade administrativa (art. 17 da Lei nº 8.429/1992); se a Lei de Improbidade Administrativa não especifica a natureza da ação que regula, limitando-se a definir-lhe o rito (comum – art. 318, CPC), inexistente razão, de matriz jurídica, a desaconselhar o entendimento que eleva a ação civil de improbidade administrativa ao nível de ação civil pública.

O STJ já se pronunciou a respeito, em diversos julgados, admitindo expressamente o emprego da expressão ação civil pública para designar a ação de conhecimento visando a reprimir os atos de improbidade administrativa.²³ Diante da reiteração de precedentes neste sentido, o STJ editou a súmula 329, exatamente no sentido do que aqui se sustenta.²⁴ Por fim, impende salientar que a doutrina, seguindo a mesma toada aqui sustentada, ratifica a natureza cível da demanda de improbidade administrativa, bem como, por conseguinte, a própria natureza das sanções decorrentes, conforme abordado no item anterior.²⁵

²¹ “as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (IV) – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (...) (VIII) ao patrimônio público e social”

²² “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.”

²³ Resp. 199.478/MG, 1ª Turma; Reclamação 591/SP, Corte Especial; Resp. 154.128/SC; Resp. 167.344/SP; Resp. 98.648/MG; Resp. 149.096; Resp. 226.863/GO; RMS 7750/SP; Resp. 469.366 e Resp. 67.148/SP.

²⁴ “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

²⁵ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 45 e 4. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves assim se manifestam: “*Entra pelos olhos, desta forma, que a incidência, ou não, das regras previstas na Lei de Ação Civil Pública, de sua técnica de tutela, independentemente do nome que se queira dar à ação e ao rito que se deseja imprimir, vai depender, fundamentalmente, da identificação, ou não, de um interesse coletivo ou difuso, objeto do referido diploma legal. Se considerarmos que a Lei nº 8429/92 compõe, ao lado de outros instrumentos constitucionais e infraconstitucionais, o amplo sistema de tutela do patrimônio público, interesses difusos, a possibilidade de manejo da ação civil pública na seara da improbidade, quer pelo Ministério Público, quer pelos demais legitimados, torna-se clara. Claríssima, de lege lata, em razão da regra contida no art. 129, III e § 1º, da Constituição Federal, o que, a nosso juízo, torna até desimportante a discussão sob o enfoque puramente dogmático. Equivocada, assim, data venia, a assertiva do descabimento da ação civil pública com vistas ao ressarcimento dos danos causados ao erário e à aplicação das sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92 em razão do suposto rito especial adotado pela Lei nº 7347/85. Equivocada, rogata venia, não só porque o rito da ação civil pública não é especial, como também, mesmo que especial fosse, ou venha a ser, porque a questão do procedimento, para fins de incidência da Lei, de sua técnica protetiva, como visto, é de nenhuma importância*” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 601/602). “*No sistema anterior, a tutela jurisdicional do patrimônio público somente era possível mediante ação popular, cuja legitimação ativa era e é do cidadão (CF 5º LXXIII). O autor (LAP 9º). A CF 129, III, conferiu legitimidade ao MP para instaurar Inquérito Civil e ajuizar ACP na defesa do patrimônio público e social melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público, que é uma espécie de direito difuso. O amplo conceito de patrimônio público é dado pela LAP 1º caput e § 1º*” (JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1018, nota 25, art. 1º, inciso IV, Lei nº 7347/8). “*A própria ação de improbidade administrativa, regida pela Lei nº 8429, de 02.06.92, enquadra-se como espécie de ação civil pública, seguindo o*

Ainda que se pretenda afastar a sua natureza de ação civil (pública), impende salientar que a atual ciência processual proscreve o sistema das ações típicas, de tradição romana, por intermédio do qual buscava-se aprisionar a veiculação das pretensões a determinados modelos, a determinados tipos de ação.

O Direito Processual se preocupa, nos dias atuais, com a efetividade dos mecanismos de tutela jurisdicional, com a celeridade da atuação interventiva e garantidora do Estado-Juiz, acolhendo a máxima de que o processo deve dar a quem tem um direito, individual ou coletivamente considerado, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele pode e deve obter. A bem da verdade, jamais afastando a natureza cível das demandas coletivas, vige o princípio da atipicidade das demandas coletivas em nosso ordenamento, denotando que o essencial é ser adequada e efetiva para a proteção integral da coletividade e não o *nomem iuris* da demanda.²⁶

mesmo procedimento, tendo como finalidade a defesa dos entes públicos contra os atos de enriquecimento ilícito, ou que causam prejuízos ao erário público, ou que ofendem certos valores e princípios morais da administração pública. (...) Sem dúvida, a ação de improbidade administrativa enquadra-se como ação civil pública, já que a defesa visada com a sua utilização tem em vista interesses transindividuais, de cunho difuso, como decorre especialmente do inciso III do art. 129 da Constituição Federal, o qual incumbe ao Ministério Público promover a ação para a tutela de uma gama de interesses públicos, nos quais se incluem os de defesa do patrimônio dos entes estatais. (...) Ora, se cominada a incumbência da tutela do patrimônio público e social através da ação civil pública, e procedendo-se à defesa mediante a ação de improbidade, resta silogisticamente correto concluir que a ação civil para tanto se enquadra como pública, com todas as prerrogativas e os instrumentos próprios da Lei nº 7.347 (RIZZARDO, Arnaldo. Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa. São Paulo: GZ, 2009, p. 300). “A Lei da Ação Civil Pública limitava, é certo, a defesa dos interesses tratados aos provimentos de natureza condenatória, de valor em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º), excluindo a possibilidade de se lançar mão de remédios de natureza declaratória ou constitutiva. Essa limitação, entretanto, foi suprimida pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que permitiu o recurso a todas as ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, com aplicação à Lei da Ação Civil Pública. Relativamente ao Ministério Público, deve-se considerar ainda que, com a entrada em vigor do texto constitucional, a legitimação do Ministério Público, para a defesa dos interesses elencados na Lei nº 7347/85, passou a decorrer da própria Constituição Federal permitindo a formulação de pedido de qualquer natureza. Conforme interpreta Hugo Nigro Mazzilli, “o art. 129, III, da Constituição da República, permite a propositura de qualquer ação civil pública pelo Ministério Público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, não limitando seu objeto a pedido condenatório” (SALLES, Carlos Alberto de. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 97 e Legitimidade para agir: Desenho Processual da Atuação do Ministério Público. In: Ministério Público – Instituição e Processo. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord.). São Paulo: IEDC/Atlas, 1997, p. 256-257). “Partindo de aceita conceituação doutrinária, a ação civil de que trata o art. 17 é pública porque, sendo a probidade administrativa interesse transindividual, indivisível e de titulares indeterminados, pertencendo à categoria dos difusos (cujos objetos são o patrimônio público e social e a moralidade administrativa), a ação que tende a protegê-lo, prevenindo e responsabilizando danos morais e patrimoniais, é a demanda molecular (a ação civil pública criada pela Lei Federal n. 7347/85, art. 1º, IV, com o objeto ampliado pelo art. 129, III, da CF) (...) Em suma, está consolidado na jurisprudência: a) a legitimidade ativa do Ministério Público e a adequação da via eleita (ação civil pública) para a imposição das sanções contra a improbidade administrativa e reparação de dano ao erário na defesa do patrimônio público, considerando a missão como tutela de interesse difuso consistente no direito a uma Administração Pública proba e honesta, que não se confunde com a representação judicial de entidades públicas e não é excluída pela ação popular; b) a inexistência de incompatibilidade de rito entre as Leis n. 7347/85 e 8.429/92; c) a reversão da indenização ao erário e não ao fundo do art. 13 da Lei n. 7.347/85, pela especialidade da Lei 8.429/92 ao estabelecer que a condenação ao ressarcimento do dano ao erário reverte diretamente ao patrimônio da pessoa jurídica pública que suportou o prejuízo, porque a reversão da condenação em dinheiro ao citado fundo é restrita aos casos de impossibilidade da recomposição dos danos” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. Probidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 399, 404 e 405).

²⁶ Esse princípio quebra o dogma do batismo das ações que há muito no processo individual. Pela ideia desse princípio não importa qual foi a ação proposta, importando se ela foi a mais adequada e efetiva à

À guisa de resumo, podemos trabalhar com duas teses: *1ª tese*: aplicação do foro por prerrogativa de função, com base nos seguintes fundamentos: a) a ACP por ato de improbidade possui nítido cunho penal; b) deve ser verificada a harmonia do sistema, porque as sanções de improbidade, notadamente a perda da função pública, poderiam ser aplicada por órgão jurisdicional inferior àquele que aplicaria a mesma sanção na seara penal; c) a aplicação da LIA ao agente público sujeito ao regime jurídico do crime de responsabilidade acarreta odioso *bis in idem*. *2ª tese*: inaplicável o foro por prerrogativa de função na seara da improbidade administrativa, com base nos seguintes fundamentos: a) a ACP por ato de improbidade administrativa é cível com a finalidade de aplicação de sanções cíveis; b) não existe no ordenamento constitucional regra que determine tal aplicação, mas somente para as ações penais; c) não há que se falar em *bis in idem* com a aplicação da LIA aos agentes públicos sujeitos ao regime jurídico do crime de responsabilidade, pois além da própria CR/88 afastar tal conclusão, os regimes jurídicos sancionatórios são diversos.

1.3. Possibilidade jurídica da utilização do acordo de colaboração premiada na seara da improbidade administrativa

O regime da consensualidade é plenamente aplicável aos fatos penalmente típicos praticados contra a Administração Pública, por meio do instituto da colaboração premiada que, aliás, prescinde da existência de uma ação penal pública em curso para a sua celebração (art. 4º da Lei nº 12.850/2013 - LAC). Os atos de improbidade administrativa podem ser derivados de fatos penalmente típicos quando lesivos à Administração Pública e a recíproca é plenamente verdadeira. Ao perceber tal relação, factível sustentar uma interpretação sistemática entre os dois regimes sancionatórios que permita uma interpenetração das normas²⁷.

Nada obstante, é plenamente possível a celebração de acordo de leniência para atos de corrupção prejudiciais à Administração Pública, conforme preconizam os arts. 16 e 17, LAC. As Leis Anticorrupção e de Improbidade Administrativa fazem parte de um mesmo microsistema, razão pela qual haverá o devido diálogo de fontes. Como podemos permitir a realização de acordos de leniência para atos de corrupção e não para os atos de improbidade administrativa? Afirmar a impossibilidade acarretaria uma perniciosa desarmonia no sistema. Merece destaque, também, que a realização de acordo de leniência não configurará pressuposto processual negativo para a ação civil pública por ato de improbidade administrativa (art. 30, LAC). Assim, qual seria a

proteção da coletividade. Art. 83 do CDC. Art. 5º, XXI e LXX da Constituição; art. 8º, III; art. 127, parte final; art. 129, III; art. 29-A; art. 15, V; art. 37, § 4º; art. 55, II e IV, §§ 2º e 3º; art. 14, § 10; art. 85, V; art. 208, IV c/c art. 5º da Lei nº 9.394; art. 211, § 2º da Constituição; Arts. 1º e 4º do DL 201/67; art. 9º da Lei nº 1.079; art. 1º LAPop; arts. 1º e 5º da LACP; art. 17 da LIA; arts. 21 e 22 da LMS; art. 1º da Lei nº 9868; art. 1º da Lei nº 9.882; art. 1º do Estatuto do Torcedor; art. 201 do ECA; art. 81 do Estatuto do Idoso; art. 12 da Lei nº 10.257; art. 30 da Lei nº 12.846; art. 1º da Lei nº 8.884; art. 1º da Lei nº 7.853; art. 1º da Lei nº 7.913; art. 14, § 1º da Lei nº 6.938; art. 2º-A da Lei nº 9.494.

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A&C. *Revista de Dir. Adm. Const.* Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475.

vantagem em celebrar acordo de leniência se o celebrante poderá ser demandado por improbidade? Admitir a aplicação do regime de consensualidade permitirá a efetividade dos acordos de leniência.²⁸

Há, entretanto, setor doutrinário²⁹ que sustenta a inaplicabilidade do instituto da colaboração premiada na seara da improbidade administrativa. Para esta tese doutrinária, o ordenamento jurídico impede a celebração de tal instituto com base nos seguintes fundamentos: a) vedação expressa para a realização de acordo, conciliação e transação, conforme preconiza o art. 17, § 1º, LIA, pois tal norma alcança o instituto da colaboração premiada; b) a independência relativa das instâncias civil, penal e administrativa (arts. 65, 66 e 386, I, IV e VI, CPP e 935, CC), que sugere que não haverá, ressalvados casos específicos, relação direta entre as esferas sancionatórias; c) as sanções da Lei de Improbidade Administrativa independem das demais civis, penais e administrativas previstas nas demais leis especiais (art. 12, LIA). Esta parece ser a tendência em nosso sistema jurídico, mormente diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido da inaplicabilidade da colaboração premiada na seara da improbidade administrativa³⁰.

²⁸ Em sentido diverso do que sustentamos no texto, GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 905.

²⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. Editora Saraiva, 2017, p. 915.

³⁰ 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 fática e probatória. Inadequação. Súmula 7/STJ. Divergência jurisprudencial. Descumprimento dos requisitos legais e regimentais. Delação premiada e acordo de leniência. Aplicação das Leis nos 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 nº 8.429/92. (...) 4.2. Embora o instituto tenha sido consolidado recentemente, com a promulgação da Lei nº 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 - entre as quais podemos citar os alegados arts. 13 a 15 da Lei nº 9.807/99, bem como o art. 35-B, da Lei nº 8.884/94 (vigente à época da interposição do recurso, revogado pelo art. 87, da Lei nº 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 nº 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 nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 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 nº 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 nº 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 nº 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

Esta mesma doutrina sustenta a possibilidade de reflexos dos acordos de colaboração premiada na seara da improbidade administrativa, mormente como elemento de formação da convicção do magistrado quando usado como prova emprestada (art. 372, CPC). Nada obstante, admite a possibilidade de celebração, na seara da improbidade administrativa, do acordo de leniência previsto no art. 16, LAC.³¹

Com o advento do art. 18, Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, que foi ratificado pela Lei nº 13.964/19 ao inserir o art. 28-A no CPP, há a permissão para a celebração de acordo de não persecução penal entre o MP e o autor do fato.

Não haveria, *a priori*, empecilho, pelos mesmos motivos acima expostos, para a celebração de acordo de não persecução cível, a par da vedação, então existente no art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92, mormente nos casos de pequena relevância, tais como acumulação irregular de cargos e lesão ao erário de pequena monta, desde que seja devidamente observada a atribuição funcional do membro e o princípio do Promotor Natural.

Em outros termos, será imperativa a previsão no rol de atribuições do órgão de execução do Ministério Público que celebra o acordo de não persecução penal a possibilidade de abranger a não persecução cível ou celebração, mediante ação conjunta com o órgão de execução com atribuição para a persecução na seara da improbidade.

Esta necessária observância ganha ainda mais relevância após a positivação, em nosso sistema jurídico, do acordo de não persecução cível que abrange a pretensão na seara da improbidade administrativa, conforme preconiza o art. 17, §1º, LIA, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19.

Para admitirmos a possibilidade de tal avença, que em nada difere, na essência, do acordo de leniência e de colaboração premiada, imprescindível a observância de todos os requisitos elencados na referida norma.

1.4. Aplicabilidade do regime jurídico da prescrição penal na seara da improbidade administrativa

A aplicabilidade do regime jurídico da prescrição penal na seara da improbidade administrativa é aceita, em modo geral, pela doutrina e jurisprudência.

Apesar desta aceitação tranquila, não há muita técnica na sua aplicabilidade, mormente quando relegam ao oblívio temas importantes tais como: i) início flexível da contagem do prazo prescricional na seara da improbidade administrativa; ii) causas interruptivas da prescrição.

recurso especial interposto por Durval Barbosa Rodrigues (REsp 1464287/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2º T., j. 10/03/2020, DJe 26/06/2020).

³¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 900.

Entretanto, dois temas foram objeto de algumas decisões importantes e serão adiante apresentados: i) unidade existencial do ato de improbidade; ii) ato de improbidade que configura infração penal.

1.4.1. Unidade existencial do ato de improbidade

Um dos grandes problemas, na contagem do prazo prescricional, é trazer a interpretação aplicável no direito penal para a seara da improbidade, para o caso de concurso de agentes (arts. 2º e 3º, LIA). Assim, quando há concurso de agentes, a contagem do prazo prescricional será realizada de forma isolada ou será aplicada a unidade existencial?

Existem duas teses para o tema: 1ª tese³²: a unidade existencial do ato de improbidade não redundaria necessariamente na unidade do lapso prescricional. Não significa que a contagem do prazo prescricional será a mesma. A premissa não é que não pode ter a mesma contagem, mas não necessariamente será utilizada a mesma contagem, pois a premissa das regras prescricionais do ato de improbidade administrativa é a condição funcional do agente público que praticou o ato. Em outros termos, a aplicação da unidade existencial deve ser casuística como, aliás, já foi reconhecida pela 1ª Turma do STJ.³³ O critério aplicável é a condição funcional dos agentes. Se a condição funcional dos agentes públicos for a mesma, aplica-se o mesmo lapso prescricional com a mesma forma de contagem. Se a condição for diversa, o lapso prescricional também será diverso. Assim, cada agente público estará sujeito ao lapso prescricional que se ajuste à sua condição funcional. Para quem defende esta tese, a unicidade do regime prescricional deverá prevalecer quando o ato de improbidade administrativa for praticado em conjunto entre o agente público e o terceiro particular.

Para uma 2ª tese³⁴: deverá ser aplicada a tese monolítica do regime prescricional, ou seja, por exemplo, se o agente público possuía vínculo precário, a contagem do prazo prescricional tem que estar diretamente atrelada àquele que o nomeou, como nos casos de cargos em comissão. Caso o agente público que possui vínculo efetivo pratique o ato de improbidade administrativa em conjunto com o agente público que exerce um cargo em comissão, para esta tese, a contagem do prazo prescricional será sempre a mesma. A premissa desta segunda tese é a de que a manutenção de qualquer um destes agentes vinculados à Administração Pública pode criar dificuldades para a correta apuração do fato e isso, por si só, torna impossível a contagem do prazo de forma autônoma. Assim, somente quando o último dos agentes envolvidos na prática do ato de improbidade administrativa cessar o seu vínculo, começará a contagem do prazo prescricional para o exercício judicial da pretensão. A 2ª Turma do STJ já adotou esta tese.³⁵

³² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Op. cit., p. 767.

³³ REsp 1.071.939/PR, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 02.04.2009, DJe 22.04.2009; Resp 1088247/PR.

³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*. Op. cit., p. 533.

³⁵ REsp 1.088.247/PR, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.03.2009, DJe 20.04.2009.

1.4.2. Ato de improbidade que configura infração penal

Ab initio, impende fixar que o ato de improbidade administrativa não afasta a possibilidade de punição no âmbito penal. Ademais, é plenamente possível que um único ato praticado pelo agente público seja infração penal e ato de improbidade administrativa. O art. 23, II, LIA, ao “regular” o prazo prescricional, remete à lei específica.

Para fins de resolução do tema, vale remeter a norma aos arts. 142, § 2º, Lei nº 8.112, e 244, parágrafo único, da LC 75/1993. Diante da combinação desses três artigos surge a tese da aplicabilidade do prazo prescricional previsto na legislação penal.

O STJ fixou este entendimento e determinou a aplicação do art. 109, CP,³⁶ observada a pena em concreto. O STJ fixou entendimento, também, no sentido da necessidade da apuração na seara penal, para fins de aplicação do prazo prescricional do Direito Penal.³⁷ Assim, caso exista inquérito policial em curso, pode ser aplicado o prazo prescricional na seara penal. Entretanto, há julgados, no âmbito do próprio STJ, no sentido da necessidade da existência de uma ação penal para tal fim.³⁸

Apesar de poder ser considerado um entendimento consolidado no STJ, a aplicação do prazo prescricional penal na seara da improbidade administrativa, na forma apresentada pelo STJ, pode gerar uma série de problemas de ordem prática: a) haverá a necessidade de aguardar a sentença condenatória na seara penal, para que seja aplicável o prazo prescricional penal com base na pena em concreto (art. 110, CP); b) as causas interruptivas da prescrição na seara cível e na seara penal são diversas, pois, a rigor, na seara cível somente há uma causa interruptiva (arts. 240, CPC; 202, I, CC; 174, parágrafo único, I, CTN e 8º, § 2º, LEF), enquanto que na seara penal existem diversas causas (art. 117, CP), então pode gerar um problema sério de prescrição; c) princípio da independência entre as instâncias (art. 52, parágrafo único, CR/88; art. 935, CC). Assim, se o agente público for absolvido na seara penal, não será, necessariamente, absolvido na seara da improbidade, salvo nos casos de reconhecimento da ausência do fato e ausência de autoria.

2. Conclusão

A existência de dois sistemas punitivos que podem abarcar o mesmo fato em duas searas diversas sempre foi um dos grandes desafios em nosso ordenamento jurídico. Inúmeras dificuldades se apresentam quando o fato poderá, ainda que simultaneamente, gerar persecução cível e penal, pois sempre surgirão questionamentos basilares, tais como: a) imputabilidade; b) possibilidade de aplicação da regra do foro por prerrogativa de função; c) potencial decisões conflitantes.

No presente artigo, apresentei a interface entre os dois sistemas punitivos derivados do direito penal e da improbidade administrativa, porém focado na natureza

³⁶ MS 12.414/DF, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 25.11.2009 (informativo 417).

³⁷ MS 15.462/DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 14/3/2011 (informativos 464 e 466). No mesmo sentido: MS 20.162/DF e Resp 1.433.635/RO.

³⁸ Resp 1.116.477/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 16/8/2012 (informativo 502).

jurídica da improbidade administrativa, o regime prescricional e a possibilidade de solução consensual.

Em nosso sistema jurídico, há alguns microsistemas e entre eles foi destacado o que busca o combate aos atos de corrupção. Enquanto a tipicidade penal é fechada, por exemplo, na seara da improbidade administrativa, como regra, é aberta.

Esta interface possibilita uma dupla punição sem, contudo, violação da regra do *ne bis in idem*.

Conclui-se, portanto, que os elementos e institutos dialogam entre si, apesar de pertencerem a searas diversas.

Bibliografia

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BASTOS, Fabrício Rocha. *Acordo de Não Persecução Cível*. Salvador: Liber, 2021.

_____. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: FOCO, 2ª ed., 2020.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2015, p. 27.

COMPARATO, Fabio Konder. Competência do Juízo de 1º Grau. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio et al. (orgs.). *Improbidade Administrativa, 10 Anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública, ação popular*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção*. Belo Horizonte: Contracorrente, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A&C. *Revista de Dir. Adm. Const.* Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Ato de Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Altas, 2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. As três ações coletivas previstas na lei nº 8.429/92: algumas breves anotações. In: MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz, MARTELETO FILHO, Wagner Marteleto (orgs.). *Temas avançados do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. *Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 37.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Probidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Probidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa - direito material e processual*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Manual do Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2018.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção. Origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. São Paulo: GZ, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 97.

_____. Legitimidade para agir: Desenho Processual da Atuação do Ministério Público. In: *Ministério Público – Instituição e Processo*. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord.). São Paulo: IEDC/Atlas, 1997.

Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição

José Marinho Paulo Junior*

Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto**

Sumário

1. Introdução. 2. Fundações Testamentárias e Partilha. 3. Fundações em comum no âmbito do inventário: possibilidade de aplicação analógica dos artigos 986 a 990 do Código Civil. 4. Conclusões.

Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, o termo a partir do qual a fundação instituída por testamento deve ser constituída. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Bevilacqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de aptidão de estatuto fundacional projetado. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de inventário judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de aprovação de estatuto e criação do ente fundacional no Direito brasileiro, a par de equacionar a responsabilidade por custos da atividade altruísta (coincidente com a da fundação projetada), iniciada ou não pelo instituidor ainda em vida. Conclui que a lógica sistemática impõe seja aguardada a partilha para, somente após, ser criada a fundação e iniciada sua atividade, hábil a partir dali a arcar com os custos operacionais, sem risco a herdeiros ou titulares de dívidas do espólio.

Abstract

This article aims to assess through bibliographic review the moment from which the foundation instituted by a will might be actually created. Clovis Bevilacqua's foundation-as-a-group-of-rights theory as a scientific reference, the research does not try to establish any criteria to a statute of this kind of entity. The study is justified by the need of comprehension of the enforceability of the approval of the statute (specially in a judicial procedure) and the

* Doutorando em Direito (UNESA). Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Mediação e Negociação pelo *Justice Institute of British Columbia* (Canadá). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Especialista em Defesa do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

creation of the foundation according to Brazilian Law, as well as assigning responsibility for the costs of the altruistic activity (identical to the one of the projected foundation), performed or not by the institutor in life. The article concludes that, on account of systematic logic, the creation of the foundation must wait the partition and that only afterwards the new entity starts its activities, paying for its costs without putting others (neither heirs nor creditors) at risk of insolvability.

Palavras-chave: Fundação de direito privado. Testamento. Constituição. Partilha. Marco temporal.

Keywords: Foundations. Will. Constitution. Partition. Time frame.

1. Introdução

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, o termo a partir do qual a fundação instituída por testamento deve ser constituída. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Bevilácqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de aptidão de estatuto fundacional projetado. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de inventário judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de aprovação de estatuto e criação do ente fundacional no Direito brasileiro, a par de equacionar a responsabilidade por custos da atividade altruísta (coincidente com a da fundação projetada), iniciada ou não pelo instituidor ainda em vida.

2. Fundações Testamentárias e Partilha

Prima facie, constata-se o tratamento sucinto (e algo precário) dado pelo Código Civil à matéria fundacional¹. É, pois, singela e lacunosa a base normativa a partir da qual se tece a presente análise².

De toda sorte, tal diploma normativo, embora com enormes vazios legais, claramente divisa “*instituição*” de “*constituição*” da fundação, aquela precedente a esta. Tal diferenciação, em se tratando de fundação por ato de vontade *post mortem*, ganha significativa relevância, na medida em que, mesmo cumprido o testamento, não está ainda formada a fundação, faltando-lhe meios financeiros para perseguir seus fins sociais. A constituição da fundação ocorrerá apenas (ressalvada a excepcional hipótese de autorização judicial incidental, *ex vi* do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil³) com a inscrição do estatuto junto ao Registro Civil de Pessoas

¹ Art. 62 Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: I – assistência social; II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – educação; IV – saúde; V – segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX – atividades religiosas; e X – (VETADO). Art. 63 Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante. Art. 64 Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial. Art. 65 Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz. Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público. Art. 66 Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. § 1º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. § 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público. Art. 67 Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma: I – seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação; II – não contrarie ou desvirtue o fim desta; III – seja aprovada pelo órgão do Ministério Público no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual ou no caso de o Ministério Público a denegar, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado. Art. 68 Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias. Art. 69 Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

² Disto não se extrai que não haja uma vasta e errática normatização do direito fundacional privado, Vide por todos *Vade Mecum de Direito Fundacional Privado* das Provedorias de Fundações da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (PAULO JUNIOR, José Marinho et al (org), 1ª edição, Rio de Janeiro: Câmara Brasileira do Livro, 2021, p. 1617, ISBN 978-65-00-28547-5, disponível em plataforma Kindle).

³ Assim dispõe o Código de Processo Civil: “Art. 647 Cumprido o disposto no art. 642, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, formulem o pedido de quinhão e, em seguida, preferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário. Parágrafo único. O juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos”.

Jurídicas⁴⁻⁵⁻⁶ o que, por sua vez, dar-se-á quando da partilha⁷⁻⁸, enfim aquinhoado o ente até ali tão apenas “projetado”.

Relembre-se aqui a lição de Masagão (1945)⁹ de que “a instituição da fundação [...] visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar esses bens e, pessoa jurídica, atribuindo-lhes fim especial a que, como pessoa, ficarão jungidos”, escorada nos ensinamentos de Clóvis Bevilácqua de que a fundação é uma universalidade de bens personalizada em atenção ao fim que lhe dá unidade.

Dallari (1995)¹⁰, em igual sentido, anota que fundação é a vinculação de um patrimônio a determinado fim, dando-lhe personalidade jurídica, isto é, um patrimônio personalizado – o que significa que “o patrimônio adquire a condição de pessoa, passando a ser sujeito de direitos, ao mesmo tempo em que pode assumir obrigações jurídicas”.

E uma pergunta angular: se não há bens, poderá haver fundação? Evidentemente que não. A fundação, enquanto universalidade de bens, tem nestes a sua essência e não pode nunca existir sem estes. Não por outra, Guasque (2008, p. 65) bem entrevê

⁴ Assim estabelece o Código Civil: “Art. 45 Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

⁵ Neste sentido, Grazzoli et al: “Resta evidente que o testamento não constitui a fundação; ele delibera, por um desejo do testador em ver constituída a entidade fundacional após a sua morte, destinando o patrimônio para tanto. A fundação é criada, em verdade, não obstante a disposição testamentária, no momento do registro da escritura pública no cartório de Registro de Pessoas Jurídicas. Nessa oportunidade, efetivamente, ela nasce para o mundo jurídico” (GRAZZIOLI, Airton et al. *Organizações da Sociedade Civil: Associações e Fundações – Constituição, funcionamento e remuneração de dirigentes*. São Paulo: EDUC, 2016, p. 76).

⁶ Sem se pretender aqui adentrar na análise de sistemas de reconhecimento de pessoas jurídicas, tenha-se por todos Ennecerus, Kipp e Wolff (1943, p. 457), para quem há três destes: o primeiro, da livre constituição corporativa, no qual o mero ato de associação é o suficiente para a criação da pessoa jurídica; o segundo, de autorização absoluta estatal, onde só existiriam juridicamente as pessoas jurídicas com e a partir do ato de autorização do Estado; por fim, incorporado em nosso ordenamento pátrio, o sistema de previsões legais, no qual, preenchidos critérios legais, estaria constituída a pessoa jurídica, sendo o registro um elemento do sistema de reconhecimento, cuja orientação precípua é a tutela dos interesses de terceiros e aparência da sociedade, conferindo não só a eficácia externa e vinculabilidade autônoma da pessoa jurídica, mas também a publicidade e informação necessárias à identificação do plano interno. (ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil: parte general*. Barcelona: Bosch casa editorial, 1943. v. 1.)

⁷ Assim dispõe o Código Civil: “Art. 2.015 Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz. [...] Art. 2.023 Julgada a partilha, fica o direito de cada um dos herdeiros circunscritos aos bens do seu quinhão”.

⁸ O Diploma Adjetivo é claro ao fixar a partilha, judicial ou extrajudicial, como marco essencial para translação dos bens: “Art. 654 Pago o imposto de transmissão a título de morte e juntada aos autos certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha. Parágrafo único. A existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido. Art. 655 Transitada em julgado a sentença mencionada no art. 654, receberá o herdeiro os bens que lhe tocarem e um formal de partilha, [...] Art. 657 A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966”.

⁹ MASAGÃO, Mário (1945). Fundações criadas por testamento. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 40, 70-76. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66040>. Consulta em: 17 ago. 2021.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. Fundações Públicas e Suas Limitações. *Revista Adusp*. São Paulo: jul. 1995, p. 16.

a fundação como “um fundo em ação”¹¹. E daí porque uma fundação sem bens deve ser extinta, na forma do artigo 69 do Código Civil.¹²

Tal *vexata quaestio* leva a fundamental premissa de criação de fundações por testamento: esta, se possível, somente ocorrerá diante da efetiva partilha e não antes (ao menos, como vista acima, em regra, ressalvada autorização judicial incidental, *ex vi* do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil¹³).

Nas palavras de Azevedo¹⁴, para se criar uma fundação não bastam “direitos eventuais” – o que justamente é, afinal, a previsão de sua dotação até que seja ultimada: um direito em potencial e nada mais, a despeito da redação ditada pelo artigo 1.923 do Código Civil¹⁵⁻¹⁶, que, em verdade, apenas se aplica a legatários, do que se distingue a fundação instituída – que não é legatária, nem herdeira, mas uma dotação (MASAGÃO, 1945)¹⁷.

Fosse diferente, haveria o absurdo de instituidor insolvente pretender formar uma fundação sem lhe garantir bens, sendo suficiente o desejo quiçá egoísta e mesquinho de ter para si mesmo algum legado pessoal. Tampouco se admite que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários¹⁸, uma vez que, em interpretação sistêmica do Diploma Material e à luz do primado de vedação ao enriquecimento sem causa, não se pode tolerar isto.

¹¹ GUASQUE, Luiz Fabião. *Manual das ONGs e das Fundações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 141.

¹² Art. 69 Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

¹³ Já acima transcrito.

¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁵ Art. 1.923 Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. § 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria. § 2º O legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial.

¹⁶ Rodrigues (2003) expõe: “[...] faz-se preciso recorrer à distinção entre posse direta e indireta. O legatário, no momento da morte do testador, adquire o domínio da coisa certa legada, bem como a posse indireta dela (CC, art. 1.923). A posse direta, entretanto, só será por ele adquirida no momento em que o herdeiro lhe entregar o objeto do legado (CC, art. 1.923, § 1º). Até esse momento, cabe-lhe o direito de reclamar a entrega daquilo que se tornou seu por força do testamento, e cuja propriedade resultou da morte do testador (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, v.7: Direito das Sucessões. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. RODRIGUES, 2003).

¹⁷ Neste mesmo sentido, Sergio De Andréa Ferreira in *As Fundações De Direito Privado Instituídas Pelo Poder Público No Brasil* (Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf. Consultado em: 05 out. 2021), para quem “[é] uma liberalidade, mas constitui categoria jurídica específica, diversa que é da doação, a cujo regime e restrições não está sujeita. Fala-se, aliás, no particular, em dotação ou atribuição de bens e não, em doação (217). O ato de instituição é formal, podendo ser *inter vivos* ou *mortis causa*. Exige o art. 24 do Código Civil que ele se exteriorize por escritura pública ou testamento. Pelo mesmo ato deve ser feita dotação especial de bens livres, especificando-se, obrigatoriamente, o fim a que se destina a fundação e, facultativamente, a maneira de administrá-la. Neste primeiro momento, temos o que SADY CARDOSO DE GUSMÃO (218) chama de fundação instituída ou imperfeita.” (p. 112).

¹⁸ Assim dispõe o Código Civil: “Art. 1.967 As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as

Noutras palavras, parece razoável interpretar-se o Código Civil no sentido de que a fundação instituída por testamento – e a é tão logo este é cumprido – somente vem a se formar SE E QUANDO, da partilha, houver bens suficientes para concretizar aquela última vontade. Tal exegese clareia, aliás, o sentido do artigo 63 do diploma na medida em que não se exige ali seja antes extinta a fundação (o que, estivesse criada, o disposto no artigo 69 seria de observância obrigatória).

Nestes termos, em hipóteses de instituição de fundação via testamentária, com o escopo de dirimir as eventuais dúvidas sobre os bens destinados à dotação patrimonial, salutar adotar a partilha em vida, em sua modalidade partilha-testamento, nos moldes delineados pelo artigo 2018¹⁹, preservados, por óbvio, a legítima dos herdeiros necessários²⁰, nos moldes determinados pelo Código Civil.

De igual forma, muito embora a aprovação pelo Ministério Público de estatuto da fundação projetada possa se dar a partir do cumprimento do testamento e mesmo lhe cumpra exigir judicialmente seja um lavrado (artigo 65), o dispositivo só ganha sentido diante de entidade a que se garanta patrimônio mínimo – o que se pontuará com a efetiva partilha, quando eventuais disposições testamentárias que excedam a legítima poderão ser expurgadas, conforme artigo 1.967²¹.

São inócuos os esforços ministerial e judicial de se estabelecer estatuto antes de tal etapa, eis que a fundação sequer poderá vir a ser formada. Daí porque o prazo ditado pelo parágrafo único de tal artigo somente passa a fluir a partir de tal marco. Caso o instituidor assine prazo precedente a este termo, padecerá de ineficácia sua vontade, que dependeria de anuência de todos os herdeiros e credores, com a chancela judicial, para ver antecipada a própria formação do ente projetado.

Fosse também aqui diferente, impor-se-ia injusto ônus ao espólio e, pior, aos titulares de créditos insolvidos por este último, havendo de custear lavratura de escritura e registro de estatuto – o que seria inadmissível. Bem pior, quem arcaria com os custos de manutenção gerencial ordinária ou de atividade deficitária fundacional até o final do inventário (ou, ao menos, até a partilha)? Como dito acima, não admite

disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente. [...] Art. 2.018 É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.”

¹⁹ Art. 2.018 É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

²⁰ Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. §1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

²¹ Art. 1.967 As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

o ordenamento jurídico pátrio que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários.

Tampouco se diga que o estatuto de fundação ainda sem patrimônio seria uma salvaguarda da vontade do instituidor para a hipótese singular de existência, mas também de insuficiência de bens. Para tanto, o Legislador cunhou o artigo 63, desde logo garantindo que, se de outra forma não dispuser o instituidor, serão incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante. Não há necessidade alguma de estatuto fundacional para tal fim.

Sobre a atuação parquetiana, assinale-se que não há necessidade, portanto, de procedimento administrativo ministerial para acompanhar a formação e a dotação da fundação testamentária em paralelo ao feito judicial ou extrajudicial.

Em havendo inventário judicial em curso, já cumprido o testamento, intervindo naquele a Curadoria de Sucessões e/ou a Provedoria de Fundações, a efetiva formação da fundação projetada será ali acompanhada, sendo certo que, ao se lhe garantir patrimônio mínimo, novo procedimento administrativo ministerial poderá ser instaurado para a nova etapa (de aprovação de estatuto, de dotação efetiva e de inscrição junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, com início de sua atividade). Lado outro, afora a duplicidade, é certo que a nova etapa alvitrada poderá levar DÉCADAS para ocorrer. Imagine-se, por exemplo, inventário suspenso por ação de investigação de paternidade *post mortem*. Não são incomuns feitos longevos. Aliás, em verdade, sequer poderá vir a ser formada a fundação instituída, caso não haja bens de que se lhe possa realmente dotar. Nada justifica dormite o presente em paralelo ao feito judicial em que já atua o *Parquet*, sem prejuízo, claro, de se acompanhar o feito por meio de pasta-espelho e de sua também inclusão em procedimento de acervo judicial.

Em se tratando de inventário extrajudicial, diante da brevidade da partilha, o procedimento administrativo a ser instaurado pela Provedoria será o de aprovação de estatuto, de dotação efetiva e de inscrição junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, com início de sua atividade.

Observe-se que a pessoa que exerce a inventariança pode ser nominada como presidente da fundação projetada. Disto, todavia, não se extrai o nascimento prematuro da fundação ainda em formação. Tal ocorrência excepcional, aliás, pode colocar tais papéis em conflito de interesse, devendo o inventariante manter estraneidade necessária em relação à fundação para lhe cobrar desvios e conter gastos desnecessários.

Aliás, a fiscalização da licitude de atos de inventariança, ainda quando espelhados em vontade de autor da herança em instituir e constituir uma fundação, compete, em regra e a princípio, à Curadoria de Órfãos e Sucessões (ou quem lhe faça as vezes em Comarca que não conte com órgão de execução especializado em tal matéria). Há,

todavia, em cada unidade do Ministério Público, descer-se à resolução estadual ou distrital que disponha sobre a matéria para bem se definir a Promotoria com atribuição²².

Da mesma forma, a projetada contrapartida em favor da presidente da fundação apenas e tão somente lhe será devida quando a fundação instituída vier a ser criada. A remuneração prevista em estatuto ou outro direito qualquer (como o de moradia em imóvel da fundação) somente será devida a esta a partir da constituição do ente fundacional. antes, jamais – o que, por óbvio, não impede que o espólio livremente convençione igual benesse em favor da inventariante para manutenção da atividade altruística até que tal ocorra. São, entretanto, situações jurídicas absolutamente distintas entre si.

3. Fundações em comum²³ no âmbito do inventário: possibilidade de aplicação analógica dos artigos 986 a 990 do Código Civil

Nos termos do artigo 114 da Lei de Registros Públicos²⁴ e assim como ocorre com as demais pessoas jurídicas de direito privado, é sabido que a existência legal da fundação se materializa com a inscrição de seus atos constitutivos no competente no Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Entretanto, em circunstâncias eventuais, o inventariante poderá, às custas do espólio (ainda que posteriormente equacionadas²⁵, mas sempre sob seu risco), pretender desempenhar de plano a atividade fundacional – o que dependerá de anuência (mesmo tácita) de herdeiros e credores, a par da chancela judicial, porquanto

²² De acordo com a Lei Complementar Estadual nº 106/2003, “Art. 19 - Compete ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça: I – aprovar: [...] c) proposta do Procurador-Geral de Justiça de criação ou extinção de órgãos de execução, bem como as de modificações da estruturação destes ou de suas atribuições; d) por maioria absoluta, proposta do Procurador-Geral de Justiça de exclusão, inclusão ou outra alteração nas atribuições das Promotorias de Justiça e Procuradorias de Justiça ou dos cargos que as integrem”. Noutros termos, a resolução editada pelo Órgão Especial definirá (ou acrescerá) a atribuição de cada órgão de execução. Poderá o colegiado, neste sentido, confiar à Curadoria de Sucessões ou à Provedoria de Fundações o múnus de atuar em processos judiciais em que se trate de fundações testamentárias. Não há, por assim dizer, necessariamente, vinculação automática da matéria a uma ou outra promotoria de justiça.

²³ Sem pretender esgotar as discussões doutrinárias sobre a identidade dos conceitos de sociedades “em comum”, “de fato” e “irregulares”, basta aqui relembrar, em apertada síntese, que as sociedades em comum seriam aquelas que possuem contrato escrito e que estão realizando atos preparatórios para o seu registro em órgão competente, ao passo que a sociedade de fato é aquela sem contrato escrito, que já exerce normalmente suas atividades e que não apresenta indícios de diligências para obtenção de seu registro. Ao fim e ao cabo, tais diferenciações não acarretam maiores efeitos práticos nas disposições previstas no Código Civil.

²⁴ Art. 114 No Registro Civil de Pessoas Jurídicas serão inscritos: I – os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública” (grifamos).

²⁵ Há fundas dúvidas sobre a responsabilidade de a fundação posteriormente criada arcar com tais gastos, feitos sob gestão de terceiros, ainda quando coincidentes as pessoas envolvidas e seus desideratos. Poder-se-ia registar extensivamente, nesta hipótese, o disposto pelo artigo 943 do Código Civil, que dispõe que o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança: a fundação regularmente constituída, ao perceber bens por testamento para sua constituição, responderia como se herdeiro fosse por dívidas (da fundação de fato) do espólio – mas na força da herança e não ilimitadamente. Por exemplo, se após constituída, obtivesse lucro formidável, mesmo assim não poderia ser responsabilizada por dívidas contraídas naquele tempo anterior para além da força dos bens a si destinados pelo testamento.

despesas haverão de ser arcadas e não (ao menos, por ora) pela fundação, que ainda não possui bem algum, nada garantindo que algum dia venha a ter ou que admita pagar por tais pretéritos custos.

Há situações (e não são incomuns) em que o inventariante continua a desempenhar a atividade caridosa que o instituidor em vida cumpria. Entretanto, não se trata, em verdade, de atividade fundacional, mas um simulacro de fundação pelo próprio espólio, que deve arcar com custos da empreitada. Bem pior, os herdeiros poderão ter seus patrimônios pessoais atingidos, na forma do artigo 990 do Código Civil^{26,27}, por interpretação analógica.

Nesses casos, advém uma questão digna de reflexão: a preterição da solenidade de registro da entidade fundacional afastaria seu dever de assumir responsabilidades pelos atos praticados em seu nome? Caso a resposta seja negativa, seria pertinente a aplicação analógica das disposições contidas nos artigos 986 a 990 do Código Civil, que dispõem acerca das sociedades não personificadas às fundações?

Não se pode olvidar que, há ali, *mutatis mutandis*, uma “fundação em comum”²⁸, para aqui se valer das lições já sólidas acerca de “sociedades em comum”, com as correlatas consequências de defeitos e incompletudes. Sem estranheza, Sacco (1995, p. 62)²⁹ identifica a sociedade de fato como fruto do caos.

No ponto que aqui mais interessa e consoante Santos-Pinto (2018)³⁰, o problema da imputação do vínculo societário (e condição de sócio) a pessoas que não explicitamente participam da sociedade foi suprido pela delimitação própria do problema e a aplicação dos instrumentos da teoria da aparência e da simulação.

Adrede, desde a decisão mais antiga da Excelsa Corte sobre sociedades de fato em 1956³¹, evoluiu a jurisprudência de seu estágio inicial, quando se negava a atribuição do vínculo societário a partes que não o expressamente desejassem, ao atual, em que se atribuem efeitos típicos das sociedades a sócios que não formalizaram sua união, como no Recurso Especial nº 43.070/1994 do Superior Tribunal de Justiça³², que afirma capacidade processual de sócio para requerer em seu nome bem em poder de outro sócio, sem que a sociedade em questão tenha se personificado.

²⁶ Art. 990 Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

²⁷ Ressalve-se entendimento divergente da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgado em que se afirmou que, mesmo que os herdeiros houvessem dado continuidade aos negócios do falecido, eles não poderiam ser responsabilizados pelas dívidas do *de cujus*, considerando a ausência de bens herdados. (Processo n.º 1003629-05.2019.8.26.0032 – Relator Desembargador Correa Lima).

²⁸ A possibilidade de reconhecimento de existência de fundações em comum, nas hipóteses acima destacadas, preserva a vontade do testador e valoriza a sua autonomia privada.

²⁹ SACCO, Rodolfo. Sulla società di fatto. *Rivista di diritto civile*, Pádova, v. XLI, n. 1, p. 59-70, jan./fev., 1995.

³⁰ SANTOS-PINTO, Rafael dos. Sociedade de fato e os defeitos e incompletudes do contrato societário. *De Facto Society And Incompleteness*. In: Social Contracts. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2018, vol. 10, n. 18, jan.-jun. p. 233 - 254.

³¹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL DE FEDERAL (STF) Recurso Extraordinário (RE) nº 31.402, 1956.

³² BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial (REsp) nº 43.070, 1994.

Ainda neste diapasão e voltando-se os olhos ao artigo 987 do Código Civil (que permite a terceiros provarem de qualquer modo a sociedade em comum, mas aos sócios só pela forma escrita), pareceria bastante, para fins de caracterização de fundação testamentária de fato o próprio testamento, ainda que manifestações seguintes do inventariante, com prestações de contas, por exemplo, excedam tal requisito legal para reconhecer em desfavor dos herdeiros atos “fundacionais” (de fato), com ônus deles decorrentes.

Importante mencionar um princípio basilar em direito societário que poderia ser transposto, com os devidos ajustes, para o tema em estudo: o princípio da preservação da empresa³³⁻³⁴, a intuitivamente inspirar o “princípio da preservação das fundações”. Nestes termos, admitir a existência de fundações em comum, ainda que em caráter excepcional, privilegia a preservação das atividades fundacionais e a consecução de seus objetivos, em reconhecimento de sua relevância intrínseca para a sociedade.

E nas fundações despersonalizadas, como nas sociedades despersonalizadas, “todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais” (na letra do artigo 990 do Código Civil), sendo certo que os credores destas sociedades podem atacar diretamente o patrimônio do sócio que contratou em nome desta, respeitado o caráter subsidiário da responsabilidade dos demais sócios. Não é por acaso que Maria Helena Diniz (2003) afirma que:

Há, na sociedade em comum, responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais [...] Isto é assim porque os credores da sociedade são credores dos sócios [...], podendo acionar qualquer deles pelo débito todo.³⁵

Daí porque, quando se trata de “fundação em comum” em sede de inventário judicial, as indicações para “cargos fundacionais”, se teoricamente irregulares, mas feitas prematuramente, somente encontrarão oposição da Provedoria em momento FUTURO, quando a fundação já constituída iniciar verdadeiramente sua atividade e estiver,

³³ COELHO, Fábio Ulhôa. *In: Curso de direito comercial: direito de empresa*, São Paulo, Saraiva: 2014, p. 79. Assim conceitua o princípio da preservação da empresa: “O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, ‘empresa’ é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (‘empresário’) nem com o lugar em que explorada (‘estabelecimento empresarial’). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento. E complementa: “O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito”.

³⁴ Inclusive, o Enunciado 615 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao dispor sobre a possibilidade das associações civis poderem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão, representa a adoção do princípio da preservação da pessoa jurídica, conferindo a viabilidade de sua manutenção, ainda que com roupagem distinta. (Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Consultado em: 06 out. 2021).

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

pois, submetida a vedações normativas. Se, por exemplo, parentes consanguíneos de até terceiro grau do inventariante integrarem “cargos” (irreais, fictícios) do ente ainda inexistente e que algum dia talvez se transforme em fundação, nada pode opor a Curadoria de Fundações.

Se não há dívida que não venha a ser honrada pelo espólio e se ninguém a isto se opõe (o que, enquanto herdeiro necessário, seria legítimo para defesa da integralidade de seu quinhão), é louvável. Em caso contrário, a remoção do inventariante é medida que se alvitra ou minimamente, para ressalva de responsabilização, seja impugnado o funcionamento da fundação em comum, na forma dos artigos 642 e 643 do Código de Processo Civil³⁶.

Relembre-se que, consoante ali disposto, antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis, que, se não impugnadas pelas partes, implicarão a separação de bens suficientes para o pagamento. Se, todavia, não houver a concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será o pedido remetido às vias ordinárias, com reserva, em poder do inventariante, de bens suficientes para pagar o credor, quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação. É dizer: na hipótese de silêncio complacente dos herdeiros e demais legatários sobre dívidas contraídas pela fundação de fato, habilita-se crédito em desfavor daquele que contraiu a dívida e, subsidiariamente, em relação aos demais herdeiros³⁷.

Não por outra, assente na jurisprudência pátria que quedam responsáveis o espólio e os sucessores do executado pelas dívidas fiscais contraídas após o falecimento do autor da titular do negócio a que se deu continuidade³⁸. E o mesmo haverá de

³⁶ Art. 642 Antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis. § 1º A petição, acompanhada de prova literal da dívida, será distribuída por dependência e atuada em apenso aos autos do processo de inventário. § 2º Concordando as partes com o pedido, o juiz, ao declarar habilitado o credor, mandará que se faça a separação de dinheiro ou, em sua falta, de bens suficientes para o pagamento. § 3º Separados os bens, tantos quantos forem necessários para o pagamento dos credores habilitados, o juiz mandará aliená-los, observando-se as disposições deste Código relativas à expropriação. § 4º Se o credor requerer que, em vez de dinheiro, lhe sejam adjudicados, para o seu pagamento, os bens já reservados, o juiz deferir-lhe-á o pedido, concordando todas as partes. § 5º Os donatários serão chamados a pronunciar-se sobre a aprovação das dívidas, sempre que haja possibilidade de resultar delas a redução das liberalidades. Art. 643 Não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será o pedido remetido às vias ordinárias. Parágrafo único. O juiz mandará, porém, reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para pagar o credor quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação.

³⁷ Emprego, por analogia, do artigo 990, já transcrito.

³⁸ Vide por todos o seguinte precedente: “AC 0025674-16.2014.404.9999 RS 0025674-16.2014.404.9999. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Julgamento 24 de Março de 2015 - D.E. 06/04/2015. Relator: CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA INDIVIDUAL. AJUIZAMENTO CONTRA DEVEDOR JÁ FALECIDO. CONTINUIDADE DOS NEGÓCIOS DA EMPRESA APÓS O FALECIMENTO DO TITULAR. EMPRESA DE FATO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INVENTÁRIO. AUSÊNCIA. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO. ART. 1.797 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Se, a época do ajuizamento da ação, o executado já havia falecido, a ação de execução deve ser proposta contra o espólio ou, nas hipóteses de ausência de abertura de inventário ou de encerramento deste, diretamente contra os sucessores do executado. 2. Ainda que ausente notícia de abertura de inventário, deve ser incluído no

se dar em relação às dívidas de outras naturezas contraídas pelo espólio por sua fundação de fato.

4. Conclusões

Em apertada síntese, conclui-se, portanto, que:

- A fundação instituída por testamento não é criada imediatamente após o cumprimento do testamento, mas apenas quando da partilha, após a qual a viabilidade financeira poderá ser realmente analisada;
- Nos casos de fundação instituída por testamento, a adoção da partilha testamentária, com fulcro no artigo 2.018, CC, respalda a afetação de bens livres por meio de dotação patrimonial pelo testador, eis que pressupõe o respeito à legítima dos herdeiros necessários;
- A fundação testamentária projetada não é legatária nem herdeira e, portanto, não se lhe garante posse (indireta ou direta, respectivamente) de bens legados ou herdados, quando do falecimento do testador, mas somente depois de efetivamente criada;
- É possível ser judicialmente autorizada, na forma do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil, a criação antecipada da fundação, cuja constituição dependerá ainda de ser levada a registro junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas seu estatuto, desde que previamente aprovado pelo MP;

Em não havendo expressa autorização judicial e mantida (ou iniciada precocemente) a atividade altruísta, em espelho ao da fundação projetada, cuidar-se-á de fundação em comum contra a qual deverão os herdeiros se opor expressamente, sob pena de seu patrimônio pessoal responder por dívidas contraídas para além da força da herança.

Em out. 2021

polo passivo, desde logo, o espólio do devedor, cuja representação recairá numa das pessoas elencadas no artigo 1.797 do Código Civil. 3. Os fatos geradores do crédito tributário são do período de 2009 a 2010, sendo que o falecimento do titular da firma individual ocorreu em 2008, portanto há fortes indícios que a empresa continuou em funcionamento. 4. Neste caso específico, com o falecimento do titular da firma individual e continuidade dos negócios da empresa, temos uma “empresa de fato”, assim, também deve ser incluído no polo passivo do feito executivo quem de “fato” está gerindo os negócios, devendo responder pelos débitos oriundos após o falecimento do titular da empresa. 5. Sentença reformada para normal prosseguimento do feito executivo.”

A função do Ministério Público na articulação intersetorial e seus impactos sobre a efetividade das Políticas Públicas aplicadas ao público infantojuvenil

The function of State Prosecution in intersectoral articulation and its impacts on the effectiveness of Public Policy aimed at the youth.

Luciana Nascimento Pereira*

Sumário

Introdução. 1. Considerações gerais sobre Gestão Pública. 1.1. As mazelas do Estado Social. 1.2. A eficiência como alternativa para a sustentabilidade da administração pública. 1.3. Economicidade: Consectário lógico do Princípio da Eficiência. 2. Intersetorialidade e Políticas Públicas. 2.1. O desafio dos municípios na implementação das políticas sociais. 2.2. A intersectorialidade como uma necessidade para a efetividade das políticas públicas. 2.3. Marcos legais da intersectorialidade para políticas públicas infantojuvenis. 2.4. A intersectorialidade é obrigatória? 3. A intersectorialidade e a tutela metaindividual de crianças e adolescentes pelo *Parquet*. 3.1. A atuação do Ministério Público na tutela coletiva de crianças e adolescentes. 3.2. A ausência de intersectorialidade sob o viés de uma tipologia dos litígios transindividuais. 3.3. A ausência de intersectorialidade como um problema estrutural. 3.4. Possibilidades de atuação das Promotorias de Infância e Juventude na tutela do direito metaindividual à articulação das políticas setoriais. 4. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo científico busca descrever os resultados de pesquisas bibliográficas, doutrinária e jurisprudencial, realizadas com o objetivo de identificar a importância da intersectorialidade na gestão das políticas públicas infantojuvenis e se há obrigatoriedade de sua implementação, como forma de contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Com tal desiderato, foi realizada análise doutrinária de alguns desafios enfrentados pelo gestor público a partir da instauração do Estado Social. Foram tecidas considerações sobre os

* Pós-graduanda em Direito da Infância e Juventude 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.

princípios da eficiência e economicidade e da relevância de seu cumprimento para a sustentabilidade da gestão pública. Em seguida, abordou-se a importância e as dificuldades dos municípios na execução das políticas públicas, sendo apontada a intersectorialidade como uma necessidade para maximizar a gestão dos recursos públicos. Foram verificados os marcos legais relativos às principais políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes, a partir dos quais identificou-se as opções legislativas pela intersectorialidade e a força dos comandos normativos que tratam do tema. Por fim, foram analisadas as possibilidades de atuação do Ministério Público na tutela transindividual de crianças e adolescentes, a partir da identificação da ausência de intersectorialidade como um litígio coletivo de difusão irradiada que também assume as feições de um problema estrutural.

Abstract

This paper seeks to describe the results of bibliographic, doctrinaire and case-law research intended to identify the importance of an intersectoral approach to youth public policy management and whether its implementation is mandatory, so as to contribute to the effectiveness of the fundamental rights of children and teenagers. In light of the above, a doctrinaire analysis of some challenges faced by public policy makers since the establishment of the Social State was done. Considerations were made regarding the principles of efficiency and cost-effectiveness and of the relevance of compliance to them to the sustainability of public management. Then, the importance of and difficulties faced by the municipalities in their executing public policy were approached, pointing to intersectoriality as a necessity to maximize management of public funds. The legal frameworks regarding the main public policy instruments aimed at children and teenagers were analyzed, from which were identified the legislative options for intersectoriality and the robustness of the normative commands that treat the subject at hand. Finally, the possibilities for action from state prosecution in the transindividual tutelage of children and teenagers, from identification of absence of intersectoriality as collective litigation of irradiated diffusion that also takes the shape of a structural problem.

Palavras-chave: Articulação intersectorial. Políticas públicas. Infância e juventude.

Key-words: *Intersectoral articulation. Public policy. Youth.*

Introdução

O exercício de qualquer atividade integrante da rede de atendimento a crianças e adolescentes no Brasil conduz à trágica experimentação da precariedade dos serviços a elas destinados.

As explicações para essa lamentável realidade estão direta e inseparavelmente ligadas às inúmeras razões de ordem econômica, política e social, que mantêm o país no grupo das nações em desenvolvimento e em posições desfavoráveis em praticamente todos os índices produzidos para mensurar a qualidade de vida das populações ao redor do mundo.

A atuação cotidiana em Promotorias de Infância e Juventude revela que as situações de vulnerabilidade social infantojuvenis demandam intervenção multissetorial, a qual, por sua vez, pressupõe uma atuação coordenada e articulada dos serviços.

Essa intervenção intersetorial, quando realizada, viabiliza o acesso das crianças e suas famílias às políticas públicas disponíveis, com consequente melhoria da eficiência no atendimento (ou, ao menos, o decréscimo da ineficiência), em contribuição para a almejada efetividade dos direitos fundamentais elencados no art. 227 da Constituição da República.

A presente pesquisa bibliográfica expositiva tem o objetivo de identificar os fundamentos jurídicos que embasam a intersetorialidade das políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes, com intuito de que, a partir das respostas encontradas, seja fomentado o debate sobre o tema e apresentadas alternativas para a atuação do Ministério Público nessa seara.

Levando-se em consideração que o município é o ente competente para disponibilização dos serviços, será abordada sua delicada posição, diante das inúmeras demandas do Estado Social, em um cenário de precariedade de recursos públicos, traçando um paralelo entre a necessária busca pela economicidade e a prática da intersetorialidade na gestão municipal.

A fim de que a atuação intersetorial não seja compreendida como um mero “conselho” ou regra moral, a pesquisa avança em direção à identificação dos marcos legais da intersetorialidade no ordenamento jurídico pátrio, com o objetivo de fundamentar a intervenção do Ministério Público nessa temática.

Em busca de alternativas que viabilizem a efetividade da tutela metaindividual que objetiva a implementação de políticas públicas, caso da presente pesquisa, serão expostas as abordagens mais modernas da doutrina e jurisprudência sobre essa questão, com análise e identificação da ausência de intersetorialidade no âmbito da nova classificação dos litígios coletivos, idealizada por Edilson Vitorelli, e sua qualificação como um problema estrutural, cuja defesa, em âmbito judicial e extrajudicial, possui nuances próprias.

A partir dos resultados alcançados serão apresentadas perspectivas de atuação das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude para implementação de uma prática de intersetorialidade pela gestão municipal.

1. Considerações gerais sobre Gestão Pública

Pretende-se aqui analisar alguns aspectos da gestão municipal das políticas públicas destinadas, ainda que não exclusivamente, à população infantojuvenil, buscando aferir a importância da atuação intersetorial e sua obrigatoriedade frente à ordem jurídica vigente.

Inicialmente, será realizada uma breve abordagem dos desafios impostos ao gestor público a partir da instauração do modelo social de Estado, com suas novas e diversas demandas, bem como em razão do expressivo aumento da população.

1.1. As mazelas do Estado Social

Em contraposição ao Estado Liberal, que preponderantemente se voltava à garantia do direito de propriedade, dos contratos e da segurança, o Estado Social, inaugurado, no Brasil, a partir do século XX, passou a exigir a prestação de inúmeros serviços públicos, revestidos de complexidade e que demandaram montante significativamente maior de recursos financeiros para o seu custeio.

Garantir aos cidadãos a oferta de serviços de saúde, educação, segurança, previdência, justiça, cultura, combate às desigualdades, redução da pobreza e cuidados com o meio ambiente, entre outros, com qualidade de gestão e efetividade de resultados, são fatores decisivos para a promoção do desenvolvimento social e econômico da sociedade, além de um compromisso com as futuras gerações¹.

A administração pública é uma estrutura do Estado, não dos governos². E, como tal, deveria constituir uma organização permanente e em constante aperfeiçoamento pelos gestores eleitos, com o objetivo de melhor executar seus programas de governo.

Não é o que se observa, contudo, na realidade da gestão pública brasileira, principalmente nos municípios, onde é frequente o excesso no número de servidores comissionados e o desvirtuamento das contratações temporárias, gerando alta rotatividade na ocupação dos cargos públicos. Aliada a isso, a baixa remuneração também contribui para o cenário de inconstância nos quadros da administração.

Essa realidade produz efeitos na (baixa) qualidade dos serviços prestados à sociedade, visto que, a cada mandato eletivo, se instaura uma “nova administração pública”, que toma as feições do gestor eleito e não guarda adequada conexão com a anterior. A solução de continuidade nos recursos humanos e na execução das políticas públicas, a toda evidência, se reflete no mau atendimento ao cidadão.

¹ OLIVEIRA, Ricardo de. *Gestão Pública: Democracia e Eficiência: uma visão prática e política*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 31.

² OLIVEIRA, Ricardo de. *Gestão Pública: Democracia e Eficiência: uma visão prática e política*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 32

1.2. A eficiência como alternativa para a sustentabilidade da administração pública

O modelo burocrático clássico de organização, idealizado por Max Weber e utilizado para a gestão do Estado liberal³ se tornou insuficiente para o atendimento de demandas sociais tão diversas de uma população em constante e extraordinário crescimento. Assim, no Estado social a eficiência passou a ser uma necessidade e, no Brasil, foi alçada a princípio constitucional da administração pública em 1998⁴.

Um dos objetivos da Emenda Constitucional nº 19, de 1998 foi “incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte.”⁵

De acordo com Daniela Mello, a nova postura revelou a adoção do modelo de “administração gerencial nos Estados modernos (*public management*), segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa”.⁶

Ricardo de Oliveira⁷ alerta para o fato de que os governos com visão de Estado, além de formularem políticas públicas voltadas à prestação de serviços eficientes e de qualidade, devem se ocupar da evolução da administração pública, promovendo políticas públicas de governança, voltadas ao desenvolvimento e aperfeiçoamento da capacidade de prestação dos serviços.

Ou seja, uma vez que a sociedade constitui o fundamento de validade do Estado, que a ela deve direcionar suas ações, o mecanizado cumprimento da legalidade estrita pelo gestor (burocrata) se torna insuficiente para a garantia dos direitos humanos e fundamentais do cidadão, impondo-se uma atuação focada no resultado e na

³ Idalberto Chiavenato elenca as seguintes características do modelo burocrático de organização idealizado por Max Weber: 1. Caráter legal das normas e regulamentos. 2. Caráter formal das comunicações. 3. Caráter racional e divisão de trabalho. 4. Impessoalidade nas relações. 5. Hierarquia de autoridade. 6. Rotinas e procedimentos padronizados. 7. Competência técnica e meritocracia. 8. Especialização da administração. 9. Profissionalização dos participantes. 10. Completa previsibilidade do funcionamento. CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração*. 7. ed. São Paulo: Campus. Elsevier, 2004, p. 262.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)] *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Art. 37, *caput* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

⁵ BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS INTERMINISTERIAL Nº 49, de 18 de agosto de 1996, dos Srs. Ministros de Estado de Justiça, da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, da Educação e do Desporto, da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento e Orçamento. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaoodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 08.set. 2021.

⁶ COELHO, Daniela Mello: *Administração Pública Gerencial e Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 132 *apud* FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.23.

⁷ OLIVEIRA, Ricardo de. *Gestão Pública: Democracia e Eficiência: uma visão prática e política*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

eficiência, que se apresenta como um dos sustentáculos da formulação dogmática de um direito fundamental à boa administração.⁸

Tais considerações revelam a necessidade de que a atuação do gestor público seja revestida de profissionalismo, como forma de legitimação do exercício da função pública lograda a partir de um processo democrático.

1.3. Economicidade: Consectário lógico do Princípio da Eficiência

A despeito de não elencado no rol do art. 37, *caput* da Constituição da República, o princípio da economicidade, ao contrário da eficiência, foi introduzido no art. 70 da Carta Magna pelo constituinte originário, consistindo em um dos fatores a serem considerados pelo Tribunal de Contas e pelo controle interno, na fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e, por simetria, dos demais entes da federação.

Assim preleciona Gustavo Binbenojm: “O princípio da economicidade, inobstante sua autonomia no texto constitucional, é abrangido pela ideia de eficiência. A economicidade corresponde a uma análise de otimização de custos para os melhores benefícios. A economicidade é, assim, uma das dimensões da eficiência”⁹.

Elida Graziane, por sua vez, destaca a necessidade de que a sociedade compreenda o “caráter limitado e contingente das escolhas democráticas feitas e executadas em seu nome, já que não é possível resolver tudo, de uma vez por todas, ao mesmo tempo e para todos”¹⁰.

Daí a necessidade de comprometimento do gestor com todas as medidas que possam favorecer a redução da despesa pública, sem prejuízo da eficiência dos serviços destinados à população.

Juarez de Freitas destaca, nesse sentido, a vedação absoluta ao desperdício de recursos públicos e de escolhas não comprometidas com a busca da otimização ou do melhor.¹¹

2. Intersetorialidade e Políticas Públicas

Pretende-se, neste tópico, analisar a importância da intersectorialidade para a administração pública, bem como se tal prática constitui, ou não, uma obrigação legal para o gestor.

⁸ Nesse sentido: CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA Thiago (coord.). *Princípios de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/anais_resumos_dir_admin.pdf. Acesso em: 24 out. 2021, p. 483-503.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 346.

¹⁰ PINTO, Élica Graziane. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. *Política Pública e Controle*. In: PINTO, Élica Graziane et al. *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 106.

¹¹ FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 75 *apud* DAVID, Tiago Bitencourt de. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre. N.67. set. 2010 – dez. 2010, p. 90.

Inicialmente, será realizada abordagem breve sobre o federalismo brasileiro, bem como acerca da descentralização política administrativa, com recorte no período pós-Constituição de 1988, procurando demonstrar o relevante papel desempenhado pelos municípios na implementação das políticas sociais e as principais dificuldades enfrentadas pelo referido ente.

Em seguida, será analisada a importância da intersetorialidade na gestão das políticas sociais e, por fim, serão explorados os marcos legais que a disciplinam para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

2.1. O desafio dos municípios na implementação das políticas sociais

A partir da Constituição da República de 1988, os municípios passaram a integrar a federação brasileira, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal.¹²

O Brasil adota o denominado federalismo moderno, que teve origem nos Estados Unidos da América, em 1787, e apresenta como principal característica assegurar a autonomia (política, administrativa e legislativa) das suas unidades constituintes.

Márcia Miranda Soares e José Ângelo Machado¹³ destacam algumas institucionalidades próprias do federalismo brasileiro na nova ordem constitucional: a) A descentralização fiscal, com aumento da participação dos Estados e, principalmente, dos municípios na distribuição das receitas públicas; b) Descentralização administrativa: com definição de competências à União, aos Estados, ao Distrito Federal e ao Municípios, que podem ser privativas ou concorrentes.

Relativamente à competência dos municípios, foco do presente estudo, sobreleva seu relevante papel na implementação das políticas sociais, destacando-se as destinadas ao público infantojuvenil, cuja municipalização é uma diretriz, por força de norma legal expressa.¹⁴

Kátia Maciel considera que:

Municipalizar o atendimento consiste em confirmar o poder de decisão – e, conseqüentemente, a responsabilidade – do Município e da comunidade na estruturação da política de atendimento local. Não significa, logicamente, exonerar os demais entes federativos de qualquer obrigação em relação ao setor infantojuvenil: à União e aos Estados compete a coordenação e a complementação da política de atendimento naquilo que ultrapassar as possibilidades dos Municípios.¹⁵

¹² Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 1º e 18.

¹³ SOARES, Márcia Miranda. MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e Políticas Públicas*. Brasília. Enap. 2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1330165/Federalismo_e_Políticas_Públicas.pdf. Acesso em: 14 set. 2021.

¹⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 88, inciso I.

¹⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 414.

Oportuno, portanto, avaliar suas reais condições para se desincumbirem desse *munus*, senão vejamos:

Os doutrinadores citados aduzem que o constituinte originário não se preocupou em compatibilizar a maior descentralização fiscal, com descentralização administrativa e responsabilização fiscal.

Assim, a indefinição das competências sobre políticas públicas para os entes subnacionais e a ausência de regras de responsabilização fiscal deram ensejo a um endividamento dos entes, com reflexo na estabilidade econômica do país.

Contudo, na segunda metade da década de 1990, reformas legislativas fortaleceram a autoridade fiscal da União, através de aumentos na carga tributária, aumentos na tributação exclusiva da União (contribuições sociais) e desvinculações de receitas nacionais (Desvinculação de Recursos da União – DRU).

Paralelamente a esse processo, houve maior responsabilização dos entes subnacionais pelas políticas sociais, com destaque para educação e saúde¹⁶ e foram adotadas medidas para corrigir a excessiva liberdade de gastos e endividamento dos entes subnacionais¹⁷.

Por fim, apontam como desafios para o federalismo brasileiro na nova ordem constitucional: aspectos pouco equitativos do federalismo fiscal, o papel dos estados na dinâmica federal tripartite e a capacidade dos municípios na implementação de políticas públicas.

Ao contrário da União e dos municípios, que possuem competências materiais e legislativas bem delineadas, a Constituição da República não definiu com precisão o papel dos estados na formulação e implementação das políticas públicas, visto que sua competência é remanescente, ou seja, restrita ao que não for expressa ou implicitamente conferido à União e aos municípios¹⁸.

Este seria, segundo Abrucio, um aspecto a dificultar a descentralização:

[s]obretudo no final da primeira década dos anos 2000, o principal problema para atingir uma melhor coordenação das políticas públicas descentralizadas não estaria mais na questão fiscal, e sim na indefinição das competências estaduais e na forte relação direta entre a União e os municípios.¹⁹

¹⁶ Através das Emendas Constitucionais 14/96, 53/06, e 29/00 e pela Lei Complementar 141/12.

¹⁷ Lei Complementar, nº 82, de 27 de março de 1995 (Lei Camata), Medida Provisória nº 1.514, de 1996. Lei nº 9.946, de 1997 e, por fim, a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

¹⁸ Consulte-se, nesse sentido, o disposto nos arts. 21 a 31 da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁹ ABRUCIO, Fernando Luiz *apud* MODESTO, Isadora de Souza. *A gestão do território no SUAS em Niterói: entre a descentralização político-administrativa e a centralidade do território*. 2020. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/23092/2/Isadora%20de%20Souza%20Modesto%20Pereira.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021, p.54

Esses argumentos têm o intuito de demonstrar as dimensões das competências municipais e de suas limitações para desempenhá-las, com evidente reflexo na efetividade dos direitos sociais.

2.2. A intersetorialidade como uma necessidade para a efetividade das políticas públicas

Num cenário de vasta demanda por serviços públicos, a serem prestados pelo município, e restrição de recursos para atendê-la, o talento do gestor municipal pode ser avaliado pela sua capacidade de equalizar o maior número de ações com o menor dispêndio financeiro, sem prejuízo da qualidade.

Nesse sentido, a integração e articulação de informações, ações e conhecimentos entre os diferentes setores da administração pública permite a otimização dos recursos (materiais e humanos), favorecendo a eficiência, sob a ótica da economicidade.

Assim considera Sueli do Nascimento:

O saber de determinada política setorial é importante, mas também expõe a necessidade de troca a fim de possibilitar a construção de novos saberes. Neste caso, a interdisciplinaridade ganha força quando os saberes técnicos conseguem sair da sua pasta de origem e cunhar possibilidades de construção de uma política inclusiva e articulada às reais necessidades da população.²⁰

A experiência no atendimento a crianças e adolescentes e conhecimento dos serviços a eles destinados revelou a imprescindibilidade de políticas públicas holísticas, em razão das múltiplas dimensões dos problemas sociais que os afetam.

Com incômoda frequência, constatamos que questões pontuais apresentadas pelo referido público constituem a ponta de um *iceberg* que tem em sua base uma infinidade de vulnerabilidades familiares, de onde se conclui pela inocuidade do atendimento exclusivamente setorial para efetiva solução de muitos dos problemas manifestados.

Por via de consequência, como será visto a seguir, os marcos legais referentes às garantias dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes recomendam o atendimento e promoção social da família, *locus* de proteção e cuidado, como forma de superação de suas fragilidades para que possam exercer a parentalidade responsável.

Contudo, o diálogo entre os diversos setores da administração pública parece ainda ser um desafio para a gestão, prevalecendo a fragmentariedade no trato dos problemas sociais.

²⁰ NASCIMENTO, Sueli do. Reflexões sobre a intersetorialidade entre as políticas públicas. *Revista Serviço Social & Sociedade*. São Paulo. n. 101. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/TDCqtLhDvRnRmDXhtTBHZK/?lang=pt>. Acesso em 19 set. 202, p. 117.

Na tese de doutorado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Isadora de Souza Modesto realizou pesquisa de campo com entrevistas a sujeitos que atuam junto à Secretaria de Assistência Social de Niterói, no período de abril de 2018 a junho de 2019.²¹

A percepção da intersetorialidade externada pela subsecretária de Assistência Social da referida cidade é reveladora da extensão do problema, principalmente pelo fato de que atua em um município considerado um dos 10 (dez) melhores lugares para se viver no Brasil²², com (intuitiva) organização administrativa superior à média dos demais:

A articulação de rede é quase inexistente, por conta de uma sobrecarga nos CRAS que não permitem um trabalho prévio. Essa questão da intersetorialidade, ela ainda não se consolidou. Tem razões objetivas de falta de carro, de falta de tempo, inclusive das outras políticas públicas, mas, além disso, tem a dificuldade das políticas de proteção conseguirem enxergar as famílias como famílias do território que precisam de proteção social de todas as políticas públicas.

Ou seja, a intersetorialidade ainda constitui um desafio, mas sua superação parece ser um imperativo para a eficiência do atendimento à população.

2.3. Marcos legais da intersetorialidade para políticas públicas infantojuvenis

A despeito de sua inobservância, como já mencionado, a intersetorialidade está presente nos principais atos normativos que regulam os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, ainda que sob denominações diversas, com idêntica semântica.

A assistência social, direito de cunho constitucional que tem entre seus objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência²³, está regulada na Lei nº 8742/93, denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

O referido diploma prevê, como diretriz para o enfrentamento da pobreza, a atuação integrada da assistência social com as políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais.²⁴

²¹ MODESTO, Isadora de Souza *A gestão do território no SUAS em Niterói: entre a descentralização político-administrativa e a centralidade do território*. 2020. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/23092/2/Isadora%20de%20Souza%20Modesto%20Pereira.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

²² CONHEÇA as 10 melhores cidades brasileiras para morar. *Estadão*. São Paulo. 16.abr.2000. Disponível em: <https://imoveis.estadao.com.br/noticias/conheca-as-10-melhores-cidades-brasileiras-para-morar/>. Acesso em: 20 set. 2021.

²³ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 203, inciso I.

²⁴ Lei nº 8742/93, art. 2º, parágrafo único.

A LOAS disciplina os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), conforme artigo 6º-C:

[q]ue constituem uma unidade pública municipal, de base territorial, localizada em áreas com maiores índices de vulnerabilidade e risco social, destinada à articulação dos serviços socioassistenciais no seu território de abrangência e à prestação de serviços, programas e projetos socioassistenciais de proteção social básica às famílias.²⁵

E, também, os Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), destinados à prestação de serviços a indivíduos e famílias que se encontram em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos ou contingência, que demandam intervenções especializadas da proteção social especial.²⁶

Ambos constituem unidades que possuem interface com as demais políticas públicas e articulam, coordenam e ofertam os serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social.²⁷

O Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias (Paefi), que integra a proteção social especial, consiste no apoio, orientação e acompanhamento a famílias e indivíduos em situação de ameaça ou violação de direitos, articulando os serviços socioassistenciais com as diversas políticas públicas e com órgãos do sistema de garantia de direitos.²⁸

A LOAS também instituiu o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, estabelecendo seu caráter intersetorial, o qual, no âmbito do SUAS, compreende transferências de renda, trabalho social com famílias e oferta de serviços socioeducativos para crianças e adolescentes que se encontrem em situação de trabalho.²⁹

A articulação entre as políticas de assistência social e saúde está expressamente prevista no art. 19, parágrafo único, do diploma legal em destaque, como uma diretriz do atendimento. E sua articulação com outras políticas setoriais constituirá critério para avaliação da gestão do SUAS, na esfera dos entes federativos, para o fim de recebimento de apoio financeiro pela União³⁰.

A Norma Operacional Básica do SUAS, aprovada pela Resolução nº 33, de 12/12/12, do Conselho Nacional de Assistência Social, que regulamenta a gestão do Sistema Único de Assistência Social no território nacional, ratificou e reforçou a necessidade da atuação intersetorial em diversos dispositivos, elencando-a como

²⁵ Lei nº 8742/93, art. 6º C, § 1º.

²⁶ Lei nº 8742/93, art. 6º C, § 2º.

²⁷ Lei nº 8742/93, art. 6º C, § 3º.

²⁸ Lei nº 8742/93, art. 24-B.

²⁹ Lei nº 8742/93, art. 24-C.

³⁰ Lei nº 8742/93, art. 12-A, inciso I.

princípio organizativo de todo o sistema, constituindo responsabilidade comum da União, estados, Distrito Federal e municípios.³¹

Ou seja, os atos normativos em comento não deixam dúvida de que a prestação da assistência social pressupõe a articulação de rede socioassistencial com as demais políticas setoriais.

No plano do direito fundamental à saúde, a Lei nº 8.080/90, que regula as ações e serviços de saúde e instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), prevê, em seu art. 12, a criação de “comissões intersetoriais de âmbito nacional”, que terão “a finalidade de articular políticas e programas de interesse para a saúde, cuja execução envolva áreas não compreendidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no capítulo que regula o direito fundamental à saúde, possui norma expressa referente à necessidade do atendimento em rede das crianças na faixa etária da primeira infância, com suspeita ou confirmação de violência de qualquer natureza, com objetivo de elaboração de um projeto terapêutico individualizado.³²

Independentemente da idade da criança e do adolescente, o Sistema Único de Saúde, conforme dispõe o art. 14 do estatuto, deverá promover programas preventivos de assistência médica e odontológica, sendo obrigatória a articulação com a Secretaria de Educação, na medida em que deverão ser realizadas campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

Em seu Título III, que disciplina medidas de prevenção à violação de direitos da criança e do adolescente, o estatuto preconiza a atuação articulada, nos três níveis da federação, para elaboração e execução de políticas públicas destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante à população infantojuvenil.

Entre as principais ações a serem realizadas pelos entes, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente:

[a] integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente,

bem como:

[a] promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas

³¹ NOB-SUAS, arts. 3º, inciso IV e 12, inciso XXV.

³² Lei nº 8069/90, art. 13, § 2º.

famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.³³

Em sua parte especial, quando trata das políticas de atendimento, a Lei elenca como suas diretrizes: “formação profissional com abrangência dos diversos direitos da criança e do adolescente que favoreça a intersetorialidade no atendimento da criança e do adolescente e seu desenvolvimento integral”³⁴.

A Lei nº 13.431/17, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, é digna de destaque, pela ênfase dada ao tema.

Dispõe o seu art. 14 que “as políticas implementadas nos sistemas de justiça, segurança pública, assistência social, educação e saúde deverão adotar ações articuladas, coordenadas e efetivas voltadas ao acolhimento e ao atendimento integral às vítimas de violência”.

A integração das políticas de atendimento ao referido público contou com regulamentação específica e minuciosa no Título IV da lei em análise.

O Decreto Presidencial nº 9.603, de 10/12/18, que regulamentou a Lei nº 13.431/17, foi mais além ao prever a obrigatoriedade de instituição do comitê de gestão colegiada da rede de cuidado e de proteção social das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, com a finalidade de articular, mobilizar, planejar, acompanhar e avaliar as ações da rede intersetorial, além de colaborar para a definição dos fluxos de atendimento e o aprimoramento da integração do referido comitê.

O mencionado órgão colegiado foi minuciosamente disciplinado no que toca aos seus objetivos e competências e representa o melhor exemplo de prática intersetorial identificado na pesquisa normativa.

2.4. A intersetorialidade é obrigatória?

Linhas atrás foram citadas normas que contemplam a intersetorialidade na execução de políticas públicas sociais.

As Leis nºs 8742/93; 8080/90; 8069/90 e 13.431/17 são classificadas como leis ordinárias, conforme previsto no art. 59, inciso III da Constituição da República.

O Decreto nº 9.603/18, que tem alicerce no disposto no art. 84, inciso IV da Carta Magna, possui natureza jurídica de ato normativo derivado³⁵. Embora não tenha criado direito novo, mas apenas explicitado a forma de execução da Lei Federal nº 13.431/17, a ela se assemelha em seu conteúdo e efeitos, visto que contém regras gerais e abstratas.

³³ Lei nº 8069/90, art. 70-A, incisos II e V.

³⁴ Lei nº 8069/90, art. 88, inciso IX.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021, p. 240.

A Norma Operacional Básica do SUAS, aprovada pela Resolução nº 33, de 12/12/12, do Conselho Nacional de Assistência Social, tem fundamento de validade no art. 7º, da Lei nº 8742/93, que dispõe sobre a obrigatoriedade de as ações de assistência social observarem as normas expedidas pelo referido Conselho.

Os arts. 17 e 18 do referido diploma legal, por sua vez, disciplinam a instituição, organização e competência do aludido órgão colegiado.

As regras citadas são existentes, válidas e eficazes. Conforme assinala Barroso³⁶, todas as normas jurídicas se revestem de uma característica própria ao Direito, que é a imperatividade, na medida em que “contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral”. Segundo o referido autor, o elemento que diferencia as chamadas normas cogentes das dispositivas reside no grau de intensidade desta característica pois, enquanto as primeiras obrigam (normas preceptivas) ou vedam (normas proibitivas) determinada conduta, independentemente da vontade dos destinatários, as últimas autorizam os interessados a disporem de forma diversa, mas preservam seu caráter de obrigatoriedade, em caso de omissão. Em linha de conclusão, adverte que “sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando.”

No caso sob análise, é fácil perceber que os preceitos legais que disciplinam a atuação articulada das políticas públicas setoriais não concedem margem de disponibilidade para o gestor público, pois não consta qualquer menção a essa alternativa nos respectivos diplomas legais.

Dessa forma, podemos considerar que o sistema jurídico pátrio estabelece, através de diversas normas cogentes, que disciplinam a prestação da assistência social, dos serviços de saúde e no atendimento a crianças e adolescentes, a obrigatoriedade de as políticas públicas serem executadas em caráter intersetorial. E, à exceção do comitê de gestão colegiada da rede de cuidado e de proteção social das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, antes mencionado, que constitui foro próprio e específico para o assunto mencionado em sua denominação, a forma de articulação das demais políticas deverá ser definida no âmbito de cada administração municipal, com base na discricionariedade do gestor.

Relativamente à discricionariedade administrativa, é oportuna a lição de Binenbojm, que a aponta como um dos paradigmas clássicos do direito administrativo, que estão em xeque na atualidade, em decorrência, sobretudo, da ideia de sua constitucionalização, com “adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública”.

O autor prossegue destacando que:

³⁶ BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 76-78.

[a] discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade³⁷.

Nessa toada, deve ser levado em conta que a implementação de uma rotina de intersetorialidade na gestão pública atende aos reclamos dos princípios da Eficiência e Economicidade, expostos acima, como forma de viabilizar melhor atendimento ao cidadão com menor dispêndio de recursos públicos.

Da mesma forma, a efetividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes recomenda seu atendimento global, viabilizado pela intersetorialidade das políticas a eles destinadas. Esta prática, por sua vez, vai ao encontro do Princípio Constitucional Prioridade Absoluta, materializado no art. 227 da Carta Magna.

Conforme assentado em outra passagem, estamos diante de um desafio a ser superado, uma vez que a articulação das políticas públicas setoriais ainda não se tornou realidade. Ou seja, as normas que a disciplinam ainda não possuem a característica da efetividade ou eficácia social. A inconcretude de tais regras, em decorrência da omissão do gestor público, deverá ensejar a consequente sanção jurídica³⁸ aliada a coação estatal.

A esse respeito, destaca-se a introdução do inciso XI, no art. 208, do ECA, pela Lei nº 13.431/17, já mencionada, prescrevendo a responsabilização do agente público por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referente ao não oferecimento ou oferta irregular de “políticas e programas integrados de atendimento à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência”³⁹.

3. A intersetorialidade e a tutela metaindividual de crianças e adolescentes pelo *Parquet*

Pretende-se neste ponto traçar um paralelo entre a atuação do Ministério Público na tutela transindividual infantojuvenil e a ausência de intersetorialidade como um litígio coletivo.

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25-26.

³⁸ Barroso assevera que as normas jurídicas “articulam-se usualmente na dualidade típica *preceito* e sanção, quer esta resulte diretamente da regra, quer deflúa do sistema em seu conjunto. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87.

³⁹ Lei nº 8069/90, art. 208, inciso XI.

Preliminarmente, será realizada uma abordagem sucinta acerca da atuação das Promotorias de Infância e Juventude no âmbito da tutela coletiva. Em seguida, a tutela coletiva, a partir do litígio coletivo, suas classificações e o enquadramento da ausência de intersetorialidade nesse cenário, com enfoque nos conflitos estruturais. Por fim, serão apontados caminhos para o fomento da articulação de políticas públicas, por parte das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude.

3.1. A atuação do Ministério Público na tutela coletiva de crianças e adolescentes

Abraçando as tendências da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e de diversos outros compromissos internacionais anteriormente firmados⁴⁰, a Carta Magna consagrou a denominada Doutrina da Proteção Integral, priorizando o direito à convivência familiar e reconhecendo a necessidade de proteção especial às crianças e aos adolescentes. Os referidos cidadãos são credores de todos os direitos fundamentais elencados no artigo 227 da CR, que devem ser garantidos pela família, pela sociedade e pelo Estado, cada qual em seu âmbito de atuação.

Tais direitos devem ser a eles garantidos, não apenas em caráter de prioridade, mas sim, de absoluta prioridade, de modo a não deixar qualquer dúvida sobre quem deve ser atendido em primeiro lugar. Como bem definiu Murillo José Digiácomo a prioridade absoluta é a “prioridade das prioridades”.⁴¹

Como instituição autônoma e essencial à defesa da ordem jurídica e do regime democrático⁴², são muitas as responsabilidades do Ministério Público, na luta pela efetividade do princípio da prioridade absoluta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente elenca, em seu art. 201, uma extensa gama de atribuições para o *Parquet*, incluindo no inciso VIII uma cláusula aberta, com tamanha amplitude que até dispensaria os demais incisos, não fosse evidente o intuito do legislador de ressaltar a relevância da atuação do Ministério Público, nessa seara, especificando, *numerus apertus* (conforme ressalta, expressamente, o parágrafo 2º do dispositivo), uma série de funções que lhe são atribuídas, na tutela infantojuvenil.

Com efeito, prevê o aludido dispositivo que incumbe ao Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”. Acrescenta o artigo 212 que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos nesta lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes”.

⁴⁰ Nesse sentido, podem ser citados os seguintes documentos internacionais: Declaração de Genebra, de 1924, Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), Regras de Beijing (Resolução 4033 da Assembleia Geral da ONU, de 29 de novembro de 1985), Diretrizes de Riad para a “prevenção da delinquência juvenil”, Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade, aprovada pela Assembleia Geral da ONU de 1990.

⁴¹ DIGIÁCOMO, Murillo José. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e o Princípio da Prioridade Absoluta à Criança e ao Adolescente*. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/conselhos_direitos_a_lrf-ea-revisado.pdf. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁴² Constituição da República Federativa do Brasil, art. 127.

Ou seja, o Ministério Público é o defensor da população infantojuvenil e pode adotar todas as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias ao exercício de seu *munus*. Por certo, não se olvida, que o art. 210 do estatuto atribui legitimidade concorrente aos entes federativos e a associações voltadas à defesa da criança e do adolescente para a tutela dos seus interesses difusos e coletivos.

Entretanto, se considerarmos que a inefetividade dos direitos fundamentais do referido público decorre de omissão do próprio ente federativo, bem como que a sociedade ainda exerce seu papel de forma incipiente, forçosa é a conclusão de que só resta o Promotor da Infância e da Juventude, a quem diuturnamente se recorre na busca de solução para os mais variados problemas relacionados aos cidadãos em desenvolvimento.

A relevância da função é diretamente proporcional ao variado número de demandas existentes no dia a dia de uma Promotoria de Justiça com atribuição para a tutela individual e coletiva de crianças e adolescentes.

Irregularidades de toda sorte nos serviços estatais que prestam atendimento nas áreas de saúde, educação e assistência social, ou, simplesmente, a não prestação de serviços básicos, são fatos que ensejam a adoção de medidas emergenciais e, muitas das vezes, paliativas, por parte do *Parquet*.

Sustenta-se, assim, que a implementação de uma política pública voltada à articulação intersetorial dos serviços existentes permitirá: a) a união de esforços e saberes para solução ou (ao menos) minimização dos efeitos decorrentes dos defeitos nos serviços; b) o diagnóstico da gestão pública, facilitando não apenas o seu planejamento, pelo gestor, como uma intervenção prospectiva do MP e não somente pontual e (muitas vezes) reativa.

3.2. A ausência de intersetorialidade sob o viés de uma tipologia dos litígios transindividuais

É por todos conhecida a classificação dos direitos ou interesses que desafiam a tutela coletiva, materializada na dicção do art. 81, parágrafo único da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)⁴³.

A partir da apurada insuficiência da referida classificação para refletir com precisão todos os litígios relacionados a esses direitos e diante da complexidade dos conflitos metaindividuais existentes, Edilson Vitorelli propõe a construção de uma

⁴³ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

nova tipologia que “revolucionou o estudo da tutela coletiva ao defender o abandono do eixo da tutela coletiva em torno da classificação abstrata dos direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), advogando que o novo eixo seja o estudo a partir do litígio coletivo empiricamente verificado”.⁴⁴

Vitorelli apresenta a nova classificação dos direitos coletivos em sentido amplo a partir da desconstrução do dogma da sua indivisibilidade e da constatação de sua intensa conflituosidade, que se revela na contraposição de interesses muitas vezes antagônicos, mas com semelhante relevância social, a merecerem tutela estatal, diante de um litígio.

A tipologia apresentada pelo referido autor traz como pressuposto a violação ao direito:

Os direitos transindividuais, enquanto íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não podem ser transacionados ou apreendidos individualmente nem usufruídos em cotas. Mas isso não significa que os litígios transindividuais necessariamente atinjam ou interessem, da mesma forma, todas as pessoas (...). O dogma da indivisibilidade visualizou os direitos transindividuais em situação de integridade, o que inviabilizou a percepção de que a intensidade com a qual os indivíduos são atingidos por sua lesão é variável. Essa variação é pressuposto da conceituação que se pretende elaborar, a qual enfocará os litígios transindividuais, de modo a ressaltar que o ponto de partida é sua lesão.⁴⁵

Com peculiar didática, Fabrício Bastos⁴⁶ sintetiza a conceituação das três categorias propostas por Vitorelli:

O litígio coletivo de difusão global é aquele em que a lesão ou ameaça de lesão “não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa, sendo baixo o grau de conflitualidade, já que os indivíduos são atingidos de modo uniforme pela lesão e praticamente não há interesse pessoal no conflito”
(...)

⁴⁴ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos Litígios aos Processos Coletivos Estruturais*: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 19.

⁴⁵ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos Litígios Transindividuais II: Litígios Globais, Locais e Irrradiados. REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro. n. 77, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf. Acesso em: 06 out. 2021.

⁴⁶ BASTOS, Fabrício. *Curso de Processo Coletivo*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 105-108.

Um exemplo deste tipo de conflito é a lesão ao meio ambiente causada por um vazamento de óleo em pequena quantidade no meio do oceano.

Litígio coletivo de difusão local é aquele em que a lesão ou ameaça de lesão atinge diretamente grupo de indivíduos que compartilhem de uma identidade própria comum ou de uma mesma perspectiva social. O titular do direito coletivo é o grupo diretamente atingido com a lesão. Neste litígio, a conflitualidade é média, pois a comunidade atingida tende a ser mais coesa a despeito da existência de divergências internas, e como o titular do direito é mais delimitado é maior a chance de solução para a autocomposição.

(...)

Os exemplos para demonstrar estes tipos de conflitos são: lesão ambiental ocorrida dentro de reserva indígena; direitos dos indígenas; direitos dos quilombolas; direitos derivados da igualdade de gênero e identidade racial; direitos de determinada categoria de trabalhadores e de empregadores e empreendedores etc.

(...)

No *litígio coletivo de difusão irradiada* a lesão ou ameaça de lesão atinge “diversas pessoas que não compõem uma comunidade, não tem a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas”.

Nesses casos, há alta conflitualidade e complexidade: múltiplos resultados para o litígio são possíveis.

(...)

Os exemplos para demonstrar este tipo de litígio são: construção de uma hidrelétrica; a proibição da queima de palha de cana de açúcar em regiões canavieiras; construção de um resort. (grifo nosso)

Conforme já tratado neste trabalho, a desarticulação das políticas públicas setoriais repercute no cotidiano de seus destinatários, suprimindo o gozo de direitos fundamentais pela população infantojuvenil, senão em sua plenitude (o que seria utópico frente aos inúmeros desafios de uma nação em desenvolvimento), mas, ao menos, em qualidade superior a que lhe é oferecida.

Esse desajuste, entretanto, produz efeitos em diversos outros setores da sociedade, podendo ser citados, a título de exemplo, outros grupos, também titulares

de direitos sociais, tais como idosos, pessoas com deficiência, famílias em condição de vulnerabilidade etc.

Além dos titulares dos direitos sociais, o problema da ausência de intersetorialidade atinge os servidores públicos que atuam em políticas públicas setoriais, os quais, em sua rotina de trabalho, atendem cidadãos que necessitam de vários serviços públicos prestados por áreas diferentes da mesma gestão e não são atendidos em suas necessidades globais por ausência de comunicação eficaz entre as diversas pastas. Não raro, o atendimento insuficiente torna o problema perene, gerando a reiterada busca pelo mesmo serviço, o qual passa a apresentar uma solução paliativa para o problema.

Também podem ser citados como potenciais lesados pela desarticulação da gestão pública as organizações sociais e outros integrantes da rede de atendimento à criança e ao adolescente que enfrentam, em seu cotidiano, a dificuldade de promoção social dos infantes e suas famílias em virtude da ausência de um atendimento holístico.

Tais afirmações têm lastro na experiência prática de atuação em Promotorias de Justiça de Infância e Juventude.

Com habitual frequência, ao nos debruçarmos sobre uma questão afeta a determinada criança, ouvimos (por exemplo) de um representante da área de educação, que o aluno que apresenta problemas na escola necessita de uma avaliação médica já solicitada ao responsável e ainda não realizada, sob alegação de ausência de vaga na rede de saúde. Não raro, um ofício ou um simples contato telefônico realizado pela Promotoria viabiliza o atendimento médico que permitirá o necessário cuidado em saúde, com reflexo positivo no desempenho escolar. Esse singelo exemplo pode ser replicado para as demais atividades setoriais, que costumeiramente noticiam carências de sua própria rede, as quais, após a promoção de um diálogo no âmbito da Promotoria de Justiça ou em uma audiência judicial, em muitas oportunidades, viabiliza o atendimento necessário ou permite uma solução alternativa, alcançada pelos próprios profissionais, a partir da mera oportunização do encontro.

Essa desarmonia entre os integrantes da rede de atendimento, acima descrita, a toda evidência, repercute na efetividade da atuação de cada qual, sejam os servidores da gestão municipal, sejam representantes de organizações sociais, sejam Conselheiros Tutelares, entre outros que sofrem diuturnamente os reflexos da atuação fragmentada da gestão pública.

É possível, então, concluir que estamos diante de um litígio que envolve lesão a direitos transindividuais que interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais. E, embora não se vislumbre alto grau de conflituosidade entre os referidos grupos, a solução proposta por cada qual intuitivamente será diferente diante dos diversos enfoques e pontos de vista existentes.

Tal ilação, por sua vez, admite a categorização do conflito sob exame, como um litígio coletivo de difusão irradiada ou litígio coletivo irradiado, pois,

inequivocamente, a “lesão afeta diferentes grupos, cada qual em um modo e intensidade, tendo natureza policêntrica”.⁴⁷

3.3. A ausência de intersetorialidade como um problema estrutural

A definição de problema estrutural é alcançada a partir da compreensão de processo estrutural que teve origem nos Estados Unidos, em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*.

Trata-se de reunião de quatro casos que contestavam a segregação escolar em diferentes Estados e foram reunidos pela Suprema Corte após decisões de improcedência nos Estados de origem e subsequente impugnação.

O tribunal entendeu que a segregação de crianças em escolas públicas, com base unicamente na raça, mesmo garantida a igualdade de instalações, privava o grupo minoritário de iguais oportunidades educacionais, uma vez que escolas segregadas seriam forçosamente desiguais.

Embora os recursos tenham sido providos pela Corte, restava decidir a forma de execução do julgado, haja vista os inúmeros fatores que envolviam a dessegregação das escolas de todo o país: a intuitiva resistência nos Estados de origem e, superada esta, a reorganização de todo o sistema educacional (adequação das condições físicas das escolas, reorganização do sistema de transporte escolar e de distribuição de pessoal, definição geográfica de distritos escolares, entre outros).

Antevendo a complexidade da tarefa, com o mérito já definido, a Corte prolatou nova decisão, deixando a cargo das administrações locais a implementação das medidas de dessegregação escolar e delegando aos respectivos juízos o acompanhamento da execução.

Diante do reconhecimento da complexidade da tarefa, foi fixado um período de transição para remoção gradual e sistemática dos obstáculos e os juízos locais foram orientados a utilizar medidas flexíveis, ajustáveis e aderentes às necessidades de cada caso para a criação de um sistema racialmente neutro.

“Ao invés de fixar um prazo para a completa dessegregação, a Corte utilizou uma fórmula aberta, que se tornou famosa: a decisão deveria ser cumprida *with all deliberate speed*.”⁴⁸

⁴⁷ CAMBI, Eduardo; WRUBEL, Virginia Telles Schiavo apud BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos Litígios aos Processos Coletivos Estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 19.

⁴⁸ Nesse sentido: VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: A Experiência Norte-Americana na Resolução de Litígios Policêntricos*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2019. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. Disponível em: <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=29282&idprograma=40001016017P3&anobase=2019&idtc=140>. Acesso em: 08 out. 2021, p. 32.

Nessa decisão, em que a Suprema Corte determinou a adoção de medidas flexíveis e diferidas no tempo para erradicar o sistema escolar dual baseado na cor da pele, encontram-se todas as características essenciais daquilo que se convencionou chamar *public interest litigation*: uma demanda multipolarizada; orientada para o futuro; formada por pretensões difusas; baseada em direitos fundamentais abstratos cujo conteúdo requer concreção; que visa à reforma global de uma instituição social; cuja implementação exige ações que se protraem no tempo; conduzida por juiz e partes em cooperação.⁴⁹

Desde então, “o modelo de decisão proferida no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* expandiu-se e foi adotado em outros casos, de modo que o Poder Judiciário dos Estados Unidos, por meio de suas decisões, passou a impor amplas reformas estruturais em determinadas instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidos determinados valores constitucionais”.⁵⁰

A nota marcante do *leading case* sucintamente descrito consiste na inefetividade do provimento jurisdicional acaso receba tratamento semelhante ao dos conflitos comuns, de caráter bipolarizado. Ou seja, é necessário o reconhecimento do estado de desconformidade e a busca de uma solução democrática que, de fato, atenda aos anseios sociais.

No Brasil, a experiência que merece realce (a despeito de várias outras), notadamente em razão do foco do presente estudo, diz respeito ao direito à creche e à pré-escola, em São Paulo, que foi apreciado na Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002. Descreve BARROS (2021, p. 37-39) que o litígio refletia um problema grave de ausência de oferta de vagas para a educação infantil na capital paulista.

O Tribunal de Justiça de São Paulo aplicou medida tipicamente estrutural mediante realização de audiência pública, com mobilização social e política para o problema, afastando o poder público da situação de inércia em que antes se encontrava. A partir da busca do consenso entre os envolvidos, foi celebrado um acordo que ensejou verdadeira alteração no funcionamento da gestão municipal da educação infantil pelo referido ente, com garantia de vagas na pré-escola e incremento

⁴⁹ VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: A Experiência Norte-Americana na Resolução de Litígios Policêntricos*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2019. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. Disponível em: <https://www.prppg.ufpr.br/signa/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=29282&idprograma=40001016017P3&anobase=2019&idtc=140>. Acesso em: 08 out. 2021, p. 33.

⁵⁰ DIDIER JR. Freddie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. n. 75, jan./mar. 2020. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 12 set. 2021, p.103.

da oferta de vagas em creches, exigindo uma intervenção continuada (prospectiva) para a solução do problema:

O litígio estrutural, na feliz definição de Vitorelli (2018, p. 348), é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura. O ponto-chave, portanto, dessa categoria de litígio é a falha estrutural no órgão ou a na instituição responsável.⁵¹

A partir das premissas apresentadas, concluímos que a ausência de intersetorialidade na gestão pública adere, não apenas ao conceito de litígio coletivo irradiado, como desenvolvido no item anterior, como também se subsume na definição de problema estrutural.

E o principal reflexo dessa constatação consiste no fato de que um título executivo judicial ou extrajudicial que imponha ao gestor público uma atuação intersetorial não alcançará a almejada efetividade sem a implementação de uma alteração estrutural na organização da administração pública, que envolve mudança de paradigmas, com reconstrução de rotinas de trabalho e renovação de mentalidades baseadas na concepção da ineficiência do atendimento setorizado, isoladamente considerado.

3.4. Possibilidades de atuação das Promotorias de Infância e Juventude na tutela do direito metaindividual à articulação das políticas setoriais

As pesquisas realizadas conduziram à identificação da desarticulação das políticas setoriais como um litígio coletivo de difusão irradiada que também assume as feições de um problema estrutural.

Como nota característica de sua difusão irradiada, evidencia-se a lesão a interesses de grupos distintos, de onde se conclui que a intervenção do Ministério Público poderá ocorrer com enfoque na tutela de direitos metaindividuais estranhos aos da população infantojuvenil, podendo ser citados os direitos difusos dos idosos, das pessoas com deficiência, entre outros.

Embora a articulação setorial da administração pública deva se dar nos três níveis da federação, devem ser analisadas as possibilidades de intervenção do *Parquet* com objetivo de fomentar a articulação intersetorial das políticas públicas desenvolvidas pela administração municipal e que sejam voltadas (ainda que não exclusivamente) para crianças e adolescentes, mantendo-se a fidelidade ao objeto da pesquisa.

⁵¹ Nesse sentido: BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos Litígios aos Processos Coletivos Estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 29-30.

Realizado o necessário recorte do propósito da abordagem, afigura-se prudente uma breve e prévia reflexão sobre os limites da intervenção ministerial, antes de nos dedicarmos às suas possibilidades.

Isto porque em matéria de políticas públicas o controle externo há de se pautar no princípio da separação dos poderes e no respeito ao mérito administrativo⁵².

A possibilidade de controle judicial de políticas públicas constitui tema pacificado na jurisprudência pátria sob o fundamento da omissão inconstitucional do ente público, com consequente transgressão da autoridade da lei magna e ofensa a direitos fundamentais.⁵³

Tais violações impõem a intervenção da instituição que tem a missão de defender tais direitos⁵⁴. Contudo, nesta defesa, não poderá o órgão de controle substituir-se ao administrador.

Dessa forma, inferimos que a intervenção do Ministério Público é legítima quando direcionada a compelir o gestor a implementar política pública que garanta a intersetorialidade, mas não para definir os seus contornos.

Em valorosa contribuição para o intrincado desafio da tutela coletiva diante de litígios estruturais, Marcus Aurélio de Freitas Barros publicou a obra *Dos Litígios aos Processos Coletivos Estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira*⁵⁵, na qual explora aspectos relacionados, não apenas ao processo judicial estrutural, como também à atuação extrajudicial que lhe precede.

Valendo-se das lições de nomes consagrados, como Edilson Vitorelli, Sérgio Cruz Arenhart, Fredie Didier Jr, Hermes Zanetti, entre tantos outros, Freitas Barros destaca a necessidade de uma intervenção dialógica, cooperativa e em busca de um consenso voltado à transformação social, o que reflete um modelo institucional denominado Ministério Público resolutivo, no qual a atuação demandista, embora necessária em situações pontuais, não deve assumir caráter preponderante.

Tal postura revela a busca do acesso à justiça através da desjudicialização, em consonância ao sistema multiportas de acesso à ordem jurídica justa, que se revela a partir de uma reinterpretção do art. 3º do Código de Processo Civil.⁵⁶

Para tanto, o referido autor discorre sobre técnicas que podem orientar a atuação dos Promotores de Justiça no caso concreto, tanto nos inquéritos civis quanto

⁵² "Resumidamente, afirma-se que o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. Seria um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021, p. 226.

⁵³ Nesse sentido: STF. ARE 745.745 MG, Relator: Min CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, Data da Publicação: DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014.

⁵⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 127.

⁵⁵ Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

⁵⁶ Nesse sentido: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A Ressignificação do Princípio do Acesso à Justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 254/2016, p. 17-44. Abr./2016. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagempgge/public/arquivos/Acesso_ressignificado_-_Dalla_e_Stancati_-_2018.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

nas ações civis públicas, as quais serão aqui sucintamente expostas e não dispensam a leitura do valoroso estudo realizado.

As estratégias são direcionadas à condução de procedimentos (inquéritos civis) ou processos (ações civis públicas) voltados ao enfrentamento de litígios estruturais, cuja solução pressupõe a implementação de políticas públicas, partindo-se da lógica da inefetividade do modelo tradicional de processo coletivo nessa seara, conforme descrito linhas atrás.

A primeira estratégia, denominada “mapeamento do conflito”, consiste no conhecimento do problema concreto e do contexto fático que o envolve, com identificação dos grupos sociais atingidos e do planejamento orçamentário do ente. Não se pode descurar, contudo, que muitas das políticas públicas a serem implementadas ou aperfeiçoadas contam com regulamentação legal, pelo que, é imprescindível que o agente fiscalizador conheça suas nuances para a adequada identificação das inconsistências a serem corrigidas.

A segunda técnica consiste no “diálogo institucional”, que abrange: a cooperação institucional entre os poderes, objetivando informações do gestor sobre as expectativas, o planejamento orçamentário, limitações existentes, entre outros e ampliando a comunicação para além das partes formais, com oitiva dos demais legitimados para a causa, em atuação coordenada e, internamente, entre os órgãos do sistema de justiça. Tudo em busca “de uma solução consensual ou compulsória mais rente à realidade e implementável”.⁵⁷

O “contraditório ampliado”, característica marcante dos processos estruturais, se reflete na efetiva participação dos grupos atingidos pelo litígio coletivo, além das partes formais, seja na fase de investigação, seja no bojo do processo judicial em trâmite. Como já mencionado nesta exposição, o conflito estrutural, dada a sua natureza policêntrica, atinge grupos diversos, que possuem interesses e visões possivelmente diferentes acerca do problema e das possibilidades de solução. Assim, a cognição ampliada permitirá a gestão dos interesses, na busca do tão almejado consenso e da legitimidade das decisões. Esta medida pode ser concretizada através da realização de audiências públicas, intervenção de *amicus curiae*⁵⁸ em âmbito processual, a realização de reuniões com a sociedade, consultas através da internet, pesquisas com os envolvidos, entre outros.

A técnica das “soluções flexíveis” tem por objetivo contornar a necessidade de adoção de medidas complexas, a serem adotadas por diversos órgãos em diferentes áreas, na busca de solução para problemas estruturais.

Preconiza-se, assim, a utilização de padrões decisórios abertos e flexíveis, com obrigações de fazer consistentes em elaboração de planos de superação, com prazos e recursos definidos e possibilidade de prolação de novas decisões pontuais

⁵⁷ Ressalta o referido autor que o diálogo institucional é corolário lógico dos princípios da colaboração e consensualidade, previstos, respectivamente, nos arts. 6º e 3º do CPC.

⁵⁸ Código de Processo Civil, art. 138.

no curso da execução. Seja pelo respeito à competência administrativa do gestor, seja pelo dinamismo dos problemas estruturais, cujas características se modificam com o passar do tempo e, por isso, exigem soluções que se adequem a essa realidade.

Nessa linha, a coisa julgada deve receber tratamento semelhante ao dos processos que envolvem políticas públicas, devendo “ser observada tão somente no que tange ao reconhecimento do direito pleiteado e não à sua forma de entrega. Sendo assim, em havendo outras formas ou oportunidades de se alcançar o resultado pretendido na demanda, a solução não deve ser descartada pelo julgador, independentemente de eventual trânsito em julgado.”⁶⁰

No âmbito extrajudicial esta medida pode se refletir na inserção de cláusulas de repactuação nos termos de ajustamento de conduta.

Por fim, sustenta-se a necessidade de “experimentalismo democrático na execução”, também denominado “retenção da jurisdição”, que consiste na possibilidade de prolação de novas decisões após o trânsito em julgado, diante da necessidade de acompanhamento da fase de cumprimento.

As decisões estruturais, como já dito, não constituem soluções prontas, mas sim um comando genérico voltado à reestruturação de um órgão. Intuitivo, desta forma, que ao longo da execução surjam novos problemas que ensejarão novas decisões, as quais devem ser prolatadas em um ambiente de negociação, sempre tendo como norte o paradigma da legitimidade e efetividade. Para tanto, sugere-se o planejamento estratégico da execução e sua divisão em fases.

As técnicas ora descritas encontram respaldo no PL nº 8058/2014⁵⁹, em trâmite na Câmara dos Deputados, que “institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”.

Assim, a tutela do direito transindividual de crianças e adolescentes à atuação intersetorial da rede de atendimento pode contemplar as seguintes medidas:

a) Preferencialmente em âmbito extrajudicial, a realização de diagnóstico do funcionamento da rede municipal de atendimento no que toca à atuação coordenada de seus diversos setores, ouvindo-se os representantes das diversas secretarias, bem como outros integrantes da rede, tais como Conselheiros de Direitos, Conselheiros Tutelares, representantes de organizações da sociedade civil, Juízo da Infância e Juventude, Defensoria Pública etc., com o intuito de colher informações sobre as dificuldades enfrentadas na rotina do atendimento ao público infantojuvenil. Essa intervenção deve estar pautada no conhecimento e na divulgação da normativa que disciplina a intersetorialidade;

b) A promoção de interlocução com representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, buscando propostas/alternativas para a reestruturação da gestão municipal, neste aspecto, com enfoque não apenas na obrigatoriedade da prática

⁵⁹ Texto original disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918. Acesso em: 16 out. 2021.

da intersetorialidade, mas, sobretudo, sob a ótica da economicidade e do incremento de eficiência aos serviços;

c) A colheita de informações com os mesmos atores descritos no item “a” sobre o formato e metodologia de uma atuação coordenada da rede de atendimento, que facilite o acesso de crianças, adolescentes e suas famílias aos serviços disponibilizados e viabilize o intercâmbio de dados para garantir a identificação de situações de violação de direitos e a necessária intervenção precoce;

d) A busca, no âmbito de um termo de ajustamento de conduta ou de uma decisão judicial, do reconhecimento da desconformidade estrutural e do compromisso com a elaboração de um plano de reestruturação que implemente uma rotina intersetorial na administração pública municipal;

e) O periódico acompanhamento da execução do plano de reestruturação para análise de seus resultados e identificação de falhas ou alterações na dinâmica de trabalho, viabilizando a pactuação de novas estratégias.

A atuação intersetorial a ser implementada em âmbito municipal pode se dar mediante a criação de um órgão independente, na estrutura administrativa do município, cuja competência seja promover a articulação das políticas setoriais ou, simplesmente, da implementação de uma rotina de articulação e troca de informações e saberes entre os diversos serviços.

Contudo, no tocante ao atendimento de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, relembremos que há lei específica determinando a instituição do comitê de gestão colegiada da rede de cuidado e de proteção social das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, cuja atuação é voltada, entre outras funções, para a articulação intersetorial na atenção ao referido público.

Nesse nicho específico, o grau de discricionariedade do gestor se restringe diante do delineamento legal da política pública que deve ser implementada.

4. Conclusão

O presente trabalho desenvolveu-se a partir de pesquisa bibliográfica, com análise normativa, doutrinária e jurisprudencial, objetivando identificar a importância da intersetorialidade na gestão das políticas públicas infantojuvenis e se há obrigatoriedade de sua implementação, como forma de contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Foi possível concluir que, entre os entes federativos, os municípios são os principais responsáveis pela implementação das políticas públicas infantojuvenis, seja em decorrência da configuração da federação brasileira, seja pela diretriz da municipalização do atendimento, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Considerando a imensa variedade de serviços exigíveis do poder público em um Estado Social, como o brasileiro, a gestão dos recursos com foco na economicidade e eficiência é medida que se impõe para a própria “sobrevivência” da administração pública.

Nesse contexto, verificou-se que a intersetorialidade das políticas públicas, mediante a integração e articulação de informações, ações e conhecimentos entre os diferentes setores da administração pública, permite a otimização de recursos (materiais e humanos) e favorece a eficiência, sob a ótica da economicidade.

Ademais, a atuação intersetorial está presente nos principais diplomas normativos do ordenamento jurídico pátrio que regulam o atendimento a crianças e adolescentes, através de normas cogentes. E, no tocante ao atendimento daquelas que são vítimas ou testemunhas de violência, a lei de regência prevê um órgão especificamente voltado para tal finalidade.

Avançando para a análise da atuação do Ministério Público, que assume protagonismo na defesa dos direitos metaindividuais de crianças e adolescentes, depreendeu-se que sua intervenção na seara da atuação intersetorial favorece a melhoria no atendimento desta população e facilita a realização de um diagnóstico da gestão pública, abrindo caminho para uma intervenção prospectiva.

Analizando-se a nova classificação dos direitos coletivos idealizada por Edilson Vitorelli, a carência da atuação coordenada dos serviços públicos foi identificada como um litígio coletivo de difusão irradiada, pois envolve lesão a direitos transindividuais que interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais, tendo natureza policêntrica.

Somada a tais características, a ausência/deficiência da intersetorialidade atinge o funcionamento de uma estrutura burocrática que necessita de reestruturação em sua organização, o que também a qualifica como um problema estrutural.

A desconformidade da atuação coordenada dos serviços públicos municipais, tomada como um problema ou litígio estrutural, enseja a intervenção do Ministério Público, especialmente das Promotorias de Infância e Juventude, na medida em que viola direitos transindividuais de crianças e adolescentes.

A intervenção do Ministério Público, seja no âmbito extrajudicial ou judicial, deve pautar-se no diálogo, cooperação e busca de um consenso voltado à transformação social, afastando-se, tanto quanto possível, da tradicional postura demandista.

A busca de solução dos problemas estruturais recomenda o diagnóstico do conflito, o diálogo institucional, o contraditório ampliado, com efetiva participação dos grupos atingidos, permitindo a gestão dos diversos interesses e a legitimidade das decisões.

Estas, por sua vez, devem ser abertas e flexíveis, definindo obrigações de fazer consistentes na elaboração de planos de superação, viabilizando a prolação de novas decisões ou repactuação de avenças no curso da execução ou cumprimento dos acordos, em razão do dinamismo dos problemas estruturais, cujas características se modificam com o passar do tempo.

É fundamental, contudo, que não se perca de vista que o objetivo da atuação, embora focado em uma transformação social, não tem a pretensão de resolver os graves problemas que acometem as crianças brasileiras, mas sim o de produzir um incremento de eficiência nos serviços existentes, tendo sempre como norte a busca da redução de danos.

Referências

- ALMEIDA, Marcelo Pereira de; DEUS, Fernando Barroso de. Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas necessárias para um processo judicial adequado. In: *Revista de Processo (RePro)*, vol. 289, São Paulo: RT, p. 269-287, março 2019.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos Litígios aos Processos Coletivos Estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BASTOS, Fabrício. *Curso de Processo Coletivo*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.
- BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. [Constituição (1988)] *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998*. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS INTERMINISTERIAL Nº 49, de 18 de agosto de 1996, dos Srs. Ministros de Estado de Justiça, da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, da Educação e do Desporto, da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento e Orçamento. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 08 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 18 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm. Acesso em: 15 set. 2021.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração*. 7. ed. São Paulo: Campus. Elsevier, 2004.
- COELHO, Daniela Mello. *Administração Pública Gerencial e Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CONHEÇA as 10 melhores cidades brasileiras para morar. *Estadão*. São Paulo. 16 abr. 2000. Disponível em: <https://imoveis.estadao.com.br/noticias/conheca-as-10-melhores-cidades-brasileiras-para-morar/>. Acesso em: 20 set. 2021.
- CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA, Thiago (coord.). *Princípios de direito administrativo*. Belo

Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/analais_resumos_dir_admin.pdf. Acesso em: 24 out. 2021.

DAVID, Tiago Bitencourt de. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre. N.67. set 2010 – dez 2010. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1303929957.pdf. Acesso em: 24.out.2021.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021.

DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 75, jan./mar. 2020. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e o Princípio da Prioridade Absoluta à Criança e ao Adolescente*. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/conselhos_direitos/a_lrf-eca-revisado.pdf. Acesso em: 20 jun. 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MODESTO, Isadora de Souza. *A gestão do território no SUAS em Niterói: entre a descentralização político-administrativa e a centralidade do território*. 2020. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/23092/2/Isadora%20de%20Souza%20Modesto%20Pereira.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

NASCIMENTO, Sueli do. Reflexões sobre a intersetorialidade entre as políticas públicas. *Revista Serviço Social & Sociedade*. São Paulo. n. 101. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/TDCqLhVdVnRmDXhtTBHZK/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Ricardo de. *Gestão Pública: Democracia e Eficiência: uma visão prática e política*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A Ressignificação do Princípio do Acesso à Justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 254/2016, p. 17-44. Abr./2016. DTR/2016/19686. Disponível em: <https://>

sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Acesso_ressignificado_-_Dalla_e_Stancati_-_2018.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

PINTO, Élda Graziane. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. *Política Pública e Controle*. In: PINTO, Élda Graziane et al. *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e Políticas Públicas*. Brasília. Enap. 2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1330165/Federalismo_e_Politiclas_Publicas.pdf. Acesso em: 14 set. 2021.

VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: A Experiência Norte-Americana na Resolução de Litígios Policêntricos*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2019. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. Disponível em: <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/trabalhoConclusaoWS?i dpessoal=29282&idprograma=40001016017P3&anobase=2019&idtc=140>. Acesso em: 08 out. 2021.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos Litígios Transindividuais II: Litígios Globais, Locais e Irrradiados. *REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO*. Rio de Janeiro. n. 77, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf. Acesso em: 06 out. 2021.

Levando a sério o impacto do gasto tributário e dos benefícios fiscais: o princípio constitucional da anterioridade obrigatória das estimativas de impacto orçamentário-financeiro no contexto da transparência, do planejamento e da responsabilidade fiscal

Marco Antonio Santos Reis*

Sumário

1. Introdução. 2. Breves linhas sobre renúncia de receita, gasto tributário e benefícios fiscais. 2.1. Gasto tributário e renúncia de receita. 2.2. Breve noção sobre benefícios fiscais. 3. O art. 113 do ADCT: a obrigatoriedade prévia das estimativas de impacto orçamentário-financeiro. 4. Conclusões.

Resumo

O presente estudo defende a existência do princípio constitucional da obrigatoriedade de prévia realização de estimativas de impacto orçamentário-financeiro no caso de concessões de benefícios fiscais (benefícios creditícios, financeiros e tributários). No contexto da concessão de benefícios fiscais e do chamado gasto tributário, este escrito tem o objetivo de também esclarecer o papel fundamental que a realização de tais estimativas desempenha na orientação e implementação de políticas públicas à luz da transparência e da responsabilidade fiscal. Por fim, o artigo enuncia proposições a respeito das estimativas de impacto sob o ponto de vista de sua aplicação prática em termos financeiros e orçamentários.

Zusammenfassung

Die vorliegende Studie verteidigt die Existenz des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der zwingenden vorherigen Ausarbeitung von haushaltsfinanziellen Folgenabschätzungen bei Steuervergünstigungen (Kredit-, Finanz- und Steuervergünstigungen). Im Zusammenhang mit der Gewährung von Steuervergünstigungen und dem sogenannten Steueraufwand zielt dieses Papier auch darauf ab, die grundlegende Rolle zu verdeutlichen, die solche Schätzungen bei der politischen Orientierung und Umsetzung öffentlicher Maßnahmen im Hinblick auf Transparenz und finanzpolitische Verantwortung spielen. Schließlich werden in dem Artikel Vorschläge zu Folgenabschätzungen unter dem

* Mestre em Direito pela UERJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Gesichtspunkt ihrer praktischen Anwendung in finanzieller und haushaltspolitischer Hinsicht dargelegt.

Palavras-chave: Benefícios fiscais. Gasto tributário. Renúncia de receita. Estimativas de impacto orçamentário-financeiro.

Stichwörter: *Steuervergünstigungen. Steueraufwand. Einnahmenverzicht. finanziell-haushaltspolitische Auswirkung.*

1. Introdução

Como acentuava Kirchhof, o insigne professor de Heidelberg e ex-membro do Tribunal Constitucional Federal Alemão, “o direito determina, e o dinheiro possibilita o agir financeiro-estatal” (“*Das Recht bestimmt, das Geld ermöglicht finanzstaatliches Handeln*”)¹. Para além disto é preciso ter em conta que “as obrigações financeiras do Estado dependem de sua capacidade financeira”².

O orçamento, enquanto lei mais importante em termos práticos, logo depois da Constituição, é a reserva e o lastro da implementação dos direitos fundamentais. Não por outro motivo, a cidadania fiscal, enquanto exercício de controle de toda a sociedade civil sobre os rumos do dinheiro público, enquanto recursos alocados, distribuídos, renunciados e aplicados em um contexto de atendimento às demandas dos cidadãos, está intimamente ligada ao princípio democrático e republicano: na medida em que os direitos dependem de recursos, o princípio democrático exige que as questões orçamentárias integrem as discussões e debates políticos, assim como a gestão da coisa pública, necessariamente, não prescinde de responsabilidade fiscal.

O presente escrito busca sublinhar a relevância de um dos princípios³ fundamentais de responsabilidade fiscal no contexto da renúncia de receita decorrente da concessão de benefícios fiscais, notadamente, os benefícios tributários. Este princípio se encontra positivado no artigo 113, do ADCT, e poderia ser chamado de princípio anterioridade obrigatória das estimativas de impacto orçamentário-financeiro na concessão de incentivos ou benefícios fiscais.

¹ KIRCHHOF, Paul. Gegewartsfrage an das Grundgesetz. Juristenzeitung 44 (10), p. 455.

² ISENSEE, Josef. Handbuchs des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 3. Auflage. Band V. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p.68: “Finanzleistungen des Staates hängen von seiner finanziellen Leistungsfähigkeit ab.”

³ Sem aprofundar a extensa discussão a respeito da teoria dos princípios, registre-se, apenas, a posição aqui acolhida no sentido defendido por Alexy, de classificar e compreender os princípios como “mandados de otimização” e como mandados de otimização esses princípios requerem sua implementação na medida do possível. Juntos, eles ordenam a realização aproximada de um ideal jurídico, ou seja, o ideal do Estado constitucional democrático e social” (Cf. ALEXY, Robert. Begriff und Geltung des Rechts. 5. Auflage. Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 2011, p. 2011. No original: “*Als Optimierungsgebote verlangen diese Prinzipien ihre möglichst weitgehende Realisierung. Gemeinsam ordern sie die approximative Realisierung eines rechtlichen Ideals nämlich des Ideals des demokratischen und sozialen Rechtsstaats*”).

Em síntese, o estudo pretende demonstrar a relevância fundamental, no contexto dos benefícios fiscais e da renúncia de receita, da realização prévia e adequada das estimativas de impacto orçamentário-financeiro e suas interlocuções com outros princípios de responsabilidade fiscal e de direito financeiro à luz da integração planejada e eficiente do gasto tributário ao processo orçamentário.

2. Breves linhas sobre renúncia de receita, gasto tributário e benefícios fiscais

2.1. Gasto tributário e renúncia de receita

A doutrina do chamado gasto tributário (“*tax expenditure*”) remonta ao notável estudo da década de setenta levado a cabo pelo emérito professor da faculdade de Harvard, Stanley S. Surrey, ao tempo da introdução de profundas modificações no sistema tributário americano, ante a crescente e desordenada concessão de incentivos fiscais e gastos públicos.

Como esclarece CATÃO:

O conceito de “*tax expenditure*” foi produzido, sob uma perspectiva de ajuste orçamentário, vis a vis inevitabilidade de se tornarem mais efetivas as despesas públicas, e manter-se a taxa de investimento de uma sociedade em contínuo processo de crescimento. Dentro desse panorama, apresentavam-se três hipóteses, tornando-se primordial identificar sob determinada situação qual delas possuiria um resultado mais efetivo: gastos diretos realizados pelo próprio Estado, subsídios ou subvenções discriminadas na lei de orçamento ou incentivos fiscais concedidos com o fim de estimular o setor privado em determinadas atividades e empreendimentos⁴.

Nas palavras do próprio Surrey, criador da teoria, o conceito de “*tax expenditure*” fundamenta-se em dois alicerces ou elementos. Embora seu texto se concentre no imposto de renda, o próprio autor, em seu trabalho de referência com McDaniel, salienta que a análise da teoria do gasto tributário (*tax expenditure*) se aplica a qualquer outro tipo de imposto:

Esse artigo foca no imposto de renda e, portanto, discute a estrutura normal desse tipo de tributo. Porém, a análise é apropriada a qualquer imposto de base ampla que se destine a ter uma aplicação geral, como um imposto sobre consumo (tal qual um imposto sobre vendas no varejo, ou um imposto sobre o valor agregado ou um

⁴ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 216-217.

imposto progressivo sobre despesas), um imposto sobre a morte, sobre a propriedade ou sobre a riqueza.⁵

E os autores prosseguem:

De fato, uma vez que a presença do gasto tributário é focada em um sistema tributário, existe uma consciência geral de que, a não ser que se preste atenção a aqueles gastos tributários, um país não tem nem sua política fiscal-tributária e nem seu orçamento sob total controle. Essa consciência, por seu turno, abre novas facetas do conceito de gasto/despesa tributária, e conduz a novas ideias nas formas como o conceito afeta a substância da política fiscal e dos processos políticos por meio dos quais tal política é formulada. O objetivo deste artigo é descrever os atuais desenvolvimentos e questões emergentes concernentes ao conceito de gasto tributário.

Essencialmente, o conceito de gasto tributário, enquanto aplicado a um imposto sobre a renda, considera que tal tributo é composto de dois elementos distintos. O primeiro elemento contém as provisões estruturais para a aplicação do imposto de renda. Essas provisões estruturais incluem a definição do lucro líquido, o uso anual de períodos contábeis, a determinação das entidades submetidas ao imposto e o cronograma de níveis de tarifa e isenções. Essas provisões compõem aspectos do aumento da receita do tributo. O segundo elemento consiste nas preferências especiais encontradas em todo sistema de tributo sobre a renda. Essas preferências, frequentemente chamadas de incentivos ou subsídios fiscais, são desvios da estrutura tributária normal, projetada para favorecer uma indústria particular, atividade ou classe de pessoas em particular. Subsídios fiscais estão presentes de várias formas, tais como isenções permanentes de renda, deduções, diferimentos de obrigações tributárias, créditos presumidos, ou alíquotas especiais. Qualquer que seja sua forma, esses desvios da estrutura normativa do imposto de renda representam, essencialmente, gasto governamental para as atividades ou grupos por meio do sistema tributário, e não através de doações diretas, empréstimos ou outras formas de assistência governamental.

⁵ SURREY, Stanley S.; MCDANIEL, Paul R. *The Tax Expenditure Concept: Current Developments and Emerging Issues*, 20 B.C.L. Rev. 225 (1979), p. 229, nota de rodapé n. 9. Trecho original (tradução livre): "This paper focuses on the income tax and hence discusses the normal structure of such a tax. But the analysis is appropriate to any broad based tax intended to have a general application, as a consumption tax (such as a retail sales tax or a value added tax, or a progressive expenditure tax), a death tax, a general property tax, or a wealth tax".

Posto de forma diferente, sempre que o governo decide favorecer uma atividade ou grupo através de assistência monetária, ele pode escolher, entre uma ampla gama de métodos, a forma de entregar essa assistência. A assistência direta pode tomar a forma de uma doação governamental ou subsídio, um empréstimo, talvez, a uma taxa de juros especial, ou um empréstimo privado garantido pelo governo: ao invés de assistência direta, o governo pode trabalhar dentro do sistema tributário de renda para reduzir o imposto devido por uma atividade ou grupo favorecidos. Exemplos dessa assistência indireta do governo são créditos de investimento, deduções especiais de depreciação, deduções para formas especiais de consumo ou alíquotas baixas de imposto para certas atividades. Essas reduções tributárias, na verdade assistência monetária provida pelo governo, representam despesa tributária. A maioria das despesas tributárias são rapidamente reconhecíveis, uma vez que são tratadas pelos seus adeptos como incentivos fiscais ou como alívios de dificuldades, e elas não são solicitadas conforme necessário para corrigir a estrutura do imposto de renda em si.⁶

A doutrina do “*tax expenditure*”, longe de ser uma mera formulação teórica, foi paulatinamente acolhida nas legislações mundo afora e, inclusive, no Brasil, encontrando eco nos estudos do ilustre e saudoso professor da UERJ, Dr. Ricardo

⁶ SURREY, Stanley S.; MCDANIEL, Paul R. *The Tax Expenditure Concept: Current Developments And Emerging Issues*, 20 B.C.L. Rev. 225 (1979), p. 227 et seq. Trecho no original (tradução nossa livre): “Indeed, once the presence of tax expenditures in a tax system is focused upon, there is a general awareness that unless attention is paid to those tax expenditures, a country has neither its tax policy nor its budget policy under full control. This awareness in turn opens up new facets of the concept of tax expenditures, and leads to new insights in the ways the concept affects the substance of fiscal policy and the political processes by which such policy is formulated. The purpose of this article is to describe current developments and emerging issues concerning the tax expenditure concept. Essentially, the tax expenditure concept, as applied to an income tax, regards such a tax as composed of two distinct elements. The first element contains the structural provisions necessary for implementation of a normal income tax. These structural provisions include the definition of net income; the specification of accounting periods; the determination of the entities subject to tax; and the specification of the rate schedule and exemption levels. These provisions compose the revenue raising aspects of the tax. The second element consists of the special preferences found in every income tax system. These special preferences, often called tax incentives or tax subsidies, are departures from the normal tax structure, designed to favor a particular industry, activity, or class of persons. Tax subsidies partake of many forms, such as permanent exclusions from income, deductions, deferrals of tax liabilities, credits against tax, or special rates. Whatever their form, these departures from the ‘normative’ income tax structure essentially represent government spending for the favored activities or groups through the tax system rather than through direct grants, loans, or other forms of government assistance. Put differently, whenever government decides to favor an activity or group through monetary assistance, it may elect from a wide range of methods in delivering that assistance. Direct assistance may take the form of a government grant or subsidy, a government loan, perhaps at a special interest rate, or a private loan guaranteed by the government: Instead of direct assistance, the government may work within the income tax system to reduce the tax otherwise owed by a favored activity or group. Examples of this indirect government assistance are investment credits, special depreciation deductions, deductions for special forms of consumption, or low rates of tax for certain activities. These tax reductions, in effect monetary assistance provided by the government, represent tax expenditures. Most tax expenditures are readily recognizable since they are usually treated by their supporters as tax incentives or as hardship relief, and they are not urged as necessary to correct defects in the income tax structure itself”.

Lobo Torres, o qual salienta com maestria, dentro do contexto ontológico-relacional entre receita e despesa, a natureza de privilégio fiscal, não raro odioso, que carrega a noção de gasto tributário:

Desmistifica-se nos últimos anos o mecanismo dos privilégios e das desagravações fiscais. Percebe-se hoje que são todos eles *convertíveis* entre si, o que permite que se lhes desvende a concessão injustificada, ainda que camuflada sob diferentes rótulos. A própria legislação ordinária brasileira emprega indistintamente os termos “incentivo”, “estímulo” e “prêmio”, que têm a mesma extensão dos privilégios e não possuem significado jurídico claro.

Os privilégios tributários, que operam na vertente da receita, estão em simetria e podem ser convertidos em privilégios financeiros, a gravar a despesa pública. A diferença entre eles é apenas jurídico-formal. A verdade é que a receita e a despesa são entes de relação, existindo cada qual em função do outro, donde resulta que tanto faz diminuir-se a receita, pela isenção ou dedução, como aumentar-se a despesa, pela restituição, que a mesma consequência financeira será obtida.

Atento à conversibilidade dos privilégios fiscais e financeiros, o intérprete pode detectar com maior segurança as concessões odiosas. Porque a manipulação dos diversos incentivos tem sempre o objetivo político de encobrir os nomes dos beneficiários, excluindo-os do orçamento, para atender a certas conveniências políticas e evitar o controle do eleitor. (...)

De modo que se torna realmente importante desmascarar os diversos privilégios, a fim de que se identifiquem os odiosos. O trabalho dos americanos de Stanley S. Surrey e Paul R. McDaniel, ao denominar de “gasto tributário” (*tax expenditure*) o incentivo sediado na receita e equipará-lo ao verdadeiro gasto representado na despesa (subvenção), contribuiu decisivamente para clarear o assunto, repercutindo sobre a doutrina, a legislação e a jurisprudência de diversos países e fazendo com que o próprio orçamento dos Estados Unidos, após 1975, passasse a conter uma análise especial intitulada “*Tax Expenditure*”, que motivou o art. 165, § 6º, da CF.⁷

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Responsabilidade Fiscal, renúncia de receitas e guerra fiscal no ICMS. In: SCAFF, Fernando Facury.; CONTI, José Maurício. *Lei de Responsabilidade Fiscal – 10 anos de vigência – Questões atuais*. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 13 et seq.

A mesma compreensão se verifica na lição de Alexandre Coutinho da Silveira e Fernando Facury Scaff, que atentam para a concordância entre a teoria do gasto tributário e a ordem jurídica brasileira, notadamente, à luz da LRF:

Embora existam diferenças conceituais e de tratamento legal entre incentivos fiscais e financeiros, devem ambos ser considerados gasto/despesa – seja ele gasto público ou tributário. A identidade de feitos econômicos entre o dispêndio e a não arrecadação recomenda que os temas, para fins de responsabilidade fiscal e de controle das contas públicas, sejam considerados de forma igual, especialmente quando percebido que a utilização dos incentivos fiscais apenas visa mascarar e tornar mais opaca a relação entre Estado e o particular.

É essa, ao que parece, a moderna compreensão do tema pelo ordenamento jurídico brasileiro. A Lei de Responsabilidade Fiscal – criticada por sua suposta invasão na esfera dos entes políticos subnacionais, mas principalmente louvada pelos diversos mecanismos de imposição de uma gestão fiscal séria e equilibrada – afirma que “constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação” (art. 11). Também a Constituição Federal prevê (art. 165, § 6º) que o “projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

O art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal – dispositivo central, naquela norma, do tema em debate – traz sérias limitações e requisitos à instalação de renúncias fiscais, especialmente exigindo (i) que estejam referidas na Lei Orçamentária Anual, integrando a estimativa de (não) receita e observando as metas fiscais; ou (ii) que sejam acompanhadas de medidas de compensação do Erário, de maneira que os cofres públicos não saiam perdendo. (...) Eis, então, que se faz necessária a análise do tema sob a perspectiva do gasto tributário (*tax expenditure*), que obriga o operador a considerar cada unidade de moeda renunciada no âmbito da receita como uma unidade gasta no âmbito da despesa. E que implicaria de imediato essa mudança de visão? Principalmente, maior transparência e controle. A despesa pública é notadamente acompanhada de maior formalidade. Basta recordar que toda e qualquer despesa, antes da efetivação (pagamento), deve ser precedida de uma previsão orçamentária, além dos necessários empenho e liquidação. Sem

falar no processo licitatório, quando exigido. A despesa, no mais, estará discriminada nas Prestações de Contas, nos Relatórios e nos Balanços ao final do exercício, quando poderá ser escrutinizada pelos órgãos de controle e, especialmente, pela sociedade civil. A renúncia de receita não conta com tal transparência. Apesar dos dispositivos suprarreferidos e dos factuais avanços recentes nesse campo, ainda se trata de uma publicidade incipiente.⁸

Também na doutrina de Ivo César Barreto de Carvalho, nota-se o forte acolhimento da ideia do gasto tributário na doutrina brasileira:

A distinção entre incentivos fiscais e incentivos financeiros é meramente de natureza jurídico-formal. A concessão de incentivos fiscais atua no campo da receita pública, enquanto os incentivos financeiros se aplicam no âmbito da despesa pública; em ambos os casos, as medidas têm por objetivo a diminuição dos custos do contribuinte e a redução dos recursos oriundos dos cofres públicos⁹.

Na lição primorosa de Elcio Fiori Henriques:

[u]ma vez sendo instituído um benefício fiscal, o qual gera uma perda de arrecadação para o Estado, cria-se imediatamente um “gasto virtual”, chamado de renúncia de receita ou gasto tributário, que corresponde à despesa pública que existiria caso o contribuinte tivesse efetuado o recolhimento integral do tributo e, posteriormente, o Estado houvesse efetuado uma transferência de recursos para o mesmo na proporção do valor renunciado pelo benefício fiscal. (...) o gasto tributário corresponde ao enunciado, estimativo ou limitativo, de natureza estritamente orçamentária, dos valores que deixaram de ser arrecadados pelo Estado em função de benefícios fiscais.¹⁰

Portanto, a despeito de a expressão “gasto tributário” não constar expressamente na lei, pode-se entendê-la como autêntica despesa oblíqua, um tanto quanto invisibilizada, mas efetiva e existente, que é consequência direta da

⁸ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da; SCAFF, Fernando Facury. Incentivos Fiscais na Federação Brasileira. In: *Regime Jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros/ICET, 2015, p. 34 et seq.

⁹ CARVALHO, Ivo César Barreto de. Regime Jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Regime Jurídico dos incentivos fiscais*. Malheiros/ICET, p. 258

¹⁰ HENRIQUES, Elcio Fiori. *Os Benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário – o gasto tributário no direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.53-54.

implementação de um benefício fiscal-tributário, pois, na prática, o gasto tributário significa o não ingresso de recursos que, à luz do sistema ou regramento normal de incidência tributária, deveriam se manifestar como receita tributária.

Embora parte da doutrina indique que gasto tributária e renúncia fiscal sejam sinônimos, preferimos afirmar essa relação de identidade apenas nos casos de benefícios tributários, sendo a expressão “renúncia de receita” mais ampla, uma vez que também abrange outros tipos de benefícios fiscais não tributários, como benefícios creditícios e financeiros.

2.2. Breve noção sobre benefícios fiscais

O tema dos benefícios ou incentivos fiscais é mais complexo do que a realidade costuma revelar e, para além de debates acadêmicos sobre sua natureza jurídica e delineamentos, assume relevância crucial para a ordem econômica e o equilíbrio fiscal de um país.

É que os chamados benefícios fiscais se inserem no contexto da chamada extrafiscalidade e, conforme se repete com alguma frequência, embora sem tanta comprovação, encerram função indutora na ordem econômica, uma vez que, em tese, seriam instrumentos capazes de corrigir distorções econômicas e de promover a redução das desigualdades sociais ou regionais.

Neste ponto é de crucial relevância não tomar o discurso político por verdade e verificar, de maneira rigorosa, se os benefícios fiscais têm, realmente, o condão de realizar tudo o que costumeiramente se lhes atribui¹¹.

Posto isto, o que se deve entender por benefícios fiscais? Na esteira da lição de Georg Jochum, em obra de fôlego sobre o tema, salienta-se que para muitos os benefícios fiscais são uma forma de subvenção, entendimento este fortemente arraigado na literatura alemã:

O benefício fiscal é uma forma de desoneração que se diferencia da geral apenas quanto ao tipo de vantagem financeira. Este deve ter uma vantagem fiscal. Na medida em que se busca uma finalidade de orientação com benefício fiscal, trata-se de uma subvenção. Isto

¹¹ Embora tal ponto não seja o escopo do presente estudo, a concessão de um benefício fiscal a um determinado particular ou grupo de empresas, o Estado está gerando uma intervenção na economia, oportunizando vantagens comparativas mercadológicas, geralmente, manifestadas por isenções ou alívios fiscais, que significam perda de arrecadação e, ao mesmo tempo, maior possibilidade de alavancagem dos negócios do particular premiado com o benefício. Não por outra razão, as condições e contrapartidas de um benefício devem ser rigorosamente fiscalizadas, sob pena de se tornar um mero instrumento de distorção da livre e leal concorrência e de favorecimento de alguns em detrimento de outros. Noutros termos, o favor fiscal não pode se confundir com favor político.

significa que os incentivos fiscais podem, mas não necessariamente precisam ser, subvenções.¹²

De modo analítico e universalmente, JOCHUM enuncia que:

Benefícios fiscais e privilégios são, portanto, idênticos em seu significado fundamental. O Estado oferece a um beneficiário uma vantagem financeira que, em uma outra situação comparável, não poderia lhe ser oferecida. Com base neste entendimento, pode-se determinar os seguintes elementos para a caracterização de um benefício.

Um benefício existe se:

1. Um concedente ou favorecedor, via de regra o Estado ou uma agência governamental, concede
2. a um beneficiário,
3. uma vantagem,
4. para uma determinada finalidade.¹³

É de se registrar que a conceituação acima é centrada na ideia de finalidade. Conforme apresenta Elcio Fiori Henriques em seu primoroso estudo sobre os benefícios fiscais, três são os critérios discutidos pela literatura especializada para identificar um benefício fiscal: o critério finalístico, o critério pragmático e o critério jurídico-formal¹⁴.

Desta forma, para a perspectiva finalística, a essência dos benefícios fiscais estaria na noção de extrafiscalidade, ou seja, a perseguição de certos objetivos ou finalidades, posição que submete a existência de benefícios fiscais à identificação de uma finalidade a ser realizada quando da elaboração da norma tributária de desoneração ou de exceção.

¹² Jochum, G. *Die Steuervergünstigung*. Vergünstigungen und vergleichbare Subventionsleistungen im deutschen und europäischen Steuer-, Finanz- und Abgabenrecht. Berlin: Lit-Verlagen, 2006, p. 51 et seq. *Die Steuervergünstigung ist eine Form der Vergünstigung, die sich von der allgemeinen nur im Hinblick auf die Art des finanziellen Vorteils unterscheidet. Dieser muss in steuerlicher Vorteil sein. Soweit mit der Steuervergünstigung ein Lenkungszweck verfolgt wird handelt es sich um eine Subvention. Dies bedeutet, dass Steuervergünstigungen Subventionen sein können, aber nicht notwendigerweise sein müssen.*

¹³ JOCHUM, G. *Die Steuervergünstigung*...p. 35. Trecho no original: "Steuervergünstigungen und Vergünstigungen sind daher hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Bedeutung identisch. Der Staat verschafft einen Begünstigten einen finanziellen Vorteil, den ein anderer in vergleichbarer Situation nicht erhält. Geht man von diesem Verständnis aus, so lassen sich für die Vergünstigung folgende Merkmale bestimmen. Eine Vergünstigung liegt vor, wenn

1. Ein Begünstigender, regelmäßig der Staat oder eine staatliche Stelle,
2. einem Begünstigten
3. einen Vorteil
4. zu einem bestimmten Zweck gewährt."

¹⁴ HENRIQUES, E.F. Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário. O gasto tributário no direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 64 et seq.

Conforme aponta a doutrina, por um lado é extremamente dificultoso e até mesmo indesejável que a identificação de um benefício fique na dependência de se acessar a vontade do legislador. Já sob um viés objetivo, argumenta-se que a identificação da norma instituidora de um benefício deveria centrar-se na resposta à indagação de se ela respeita o princípio da capacidade contributiva, o que também não é tarefa da qual é fácil se desincumbir.

Os denominados benefícios financeiros (também chamadas subvenções financeiras) são os gastos ou dispêndios efetivos levados a cabo por intermédio das equalizações de juros e preços (ou seja, a cobertura ou provisionamento da diferença entre os encargos associados aos custos de captação e operação e os custos do risco da concessão de crédito em que incorrem o Ente Público e os custos ou encargos associados com o desenvolvimento dos projetos e finalidades do beneficiário), bem como a assunção das dívidas decorrentes de saldos de obrigações de responsabilidade do tesouro municipal, estadual ou federal cujos valores constam do orçamento do ente federativo concedente.

Por seu turno, os chamados benefícios creditícios (ou subsídios implícitos) são os gastos ou dispêndios derivados diretamente de programas públicos oficiais de concessão de crédito, os quais são implementados por meio de fundos ou programas, à taxa de juros geralmente inferior ao custo de captação do Ente Público. Também aqui é preciso atentar para a diferença entre o custo de captação do Governo Federal e a taxa de juros efetivamente praticada pelo respectivo programa de crédito. Neste caso, não se verifica propriamente a concessão do benefício quando da transferência do recurso ao fundo ou programa, mas o benefício resultará da diferença entre a taxa de juros prevista e vinculada ao programa e aquela com a qual o Ente Público em questão se financia.

Em termos práticos e, notadamente, no contexto de uma gestão fiscal responsável e, ao mesmo tempo, capaz de concretizar os direitos fundamentais prometidos pelo Constituinte por meio da implementação eficiente e satisfatória dos serviços públicos, faz-se imperioso lembrar que o benefício fiscal, desimportante sua espécie, necessariamente cria ou traz uma vantagem econômica para o particular.

É dizer, o benefício fiscal, por essência, sempre significará uma distorção nas condições de livre e leal concorrência. Essa distorção à livre e leal concorrência só parece ser tolerável ou justificar-se na medida em que as contrapartidas exigíveis do particular sejam, já desde uma perspectiva *ex ante*, e ao longo de todo o processo de aplicação concreta do benefício, não apenas fiscalizadas com rigor (pois se trata de gasto público indireto), mas também efetivamente vantajosas para a coletividade.

Noutras palavras: um benefício fiscal que já, desde uma perspectiva *ex ante*, revela vantajosidades apenas para o particular ou vantagens duvidosas, incertas para a coletividade, não merece ser acolhido pelo Poder Público. E ainda que a estruturação do benefício se justifique de uma perspectiva *ex ante*, também deve se justificar ao longo de todo o processo de fiscalização concreta e rigorosa: se por qualquer razão as contrapartidas ou condições estabelecidas forem descumpridas ou interrompidas

com prejuízo à receita e à coletividade, o benefício deve ser extinto ou, no mínimo, as condições de aplicabilidade e vigência do benefício devem ser repactuadas de forma a preservar os interesses da coletividade.

Neste sentido, é relevante pontuar que o gasto tributário como efeito da concessão e fruição de um benefício fiscal importa transferência indireta de recursos do Estado para o particular: os recursos que ingressariam no erário em condições normais de tributação deixam de ser pagos pelo particular, que os mantém em seu patrimônio. E é nesse ponto que reside o grande ponto cego da costumeira argumentação politicamente enviesada de que benefícios fiscais sempre serão fundamentais para o progresso econômico da coletividade: acaso não houvesse o benefício fiscal, os recursos advindos da tributação também teriam algum destino ligado ao bem estar social, seja na implementação de serviços públicos, que não raro implicam contratações e, portanto, movimentação de valores que serão fatalmente utilizados por indivíduos (o médico contratado, a obra a ser realizada, a folha de pagamento etc.). Por esta razão, é imperativa uma análise rigorosa a respeito das reais vantagens que o benefício que se pretende conceder pode trazer.

A ausência de uma normativa constitucional ou legal mais clara e rigorosa, válida nacionalmente, tem gerado muitas situações de evidente prejuízo à receita e à coletividade, na medida em que, na prática, frequentemente não há qualquer fiscalização sobre o cumprimento de contrapartidas e condições legais de utilização do benefício, isto quando tais fiscalizações não se transformam em algo meramente protocolar.

O Estado do Rio de Janeiro recentemente produziu a Lei nº 8.445/19, a qual traz alguns aspectos importantes no tocante a benefícios fiscais, embora ainda se ressinta de buscar um tratamento mais rigoroso. Cite-se, neste particular, os artigos 1º e 2º do diploma, os quais estipulam não só que as concessões de benefícios fiscais deverão estar acompanhadas de metas fiscais orçamentárias anuais de desempenho a serem alcançadas ao longo do período de vigência do incentivo fiscal, além de exigir que as metas fiscais orçamentárias sejam fixadas, tendo como base, de modo exemplificativo, alguns indicadores como o incremento na arrecadação estadual, a geração de novos postos de empregos diretos e indiretos, a regularidade tributária (inclusive como pré-requisito de enquadramento), a sustentabilidade ambiental, o investimento em modernização tecnológica e a competitividade do setor em relação a outros Estados.

Cumpra-se asseverar que a matéria não é de pouca importância. A Lei Ordinária nº 8.137/90, ao menos no tocante aos benefícios tributários, estipula em seu inciso IV, art. 2º, que é crime “deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento”. Saliente-se que, uma vez lavrado auto de infração com a constituição definitiva de crédito tributário correspondente, tal conduta, por parte dos administradores das empresas envolvidas, bem como terceiros que a ela aderem, pode se amoldar

perfeitamente a algum dos tipos penais materiais previstos no art.1º do mesmo diploma legal, considerando a perfectibilização da lesão ao erário¹⁵.

A prática de fraudes no contexto de benefícios fiscais também, conforme o caso, pode atrair a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes públicos incumbidos da concessão e fiscalização de benefícios fiscais, desde que presente a conduta especificamente dolosa de prejudicar o erário, a qual se comprova com a consciência e vontade de, dolosamente, concorrer para um agir ilícito na arrecadação de tributos (inciso X, do art. 10, da Lei nº 8.429/92). Neste contexto, faz-se imperioso recordar que o art. 3º e seus incisos, da Lei nº 8.137/90, também preveem hipóteses delituosas que podem se amoldar à conduta de agentes públicos envolvidos, dolosamente, no desvirtuamento da concessão, manutenção, fiscalização ou cancelamento ilegais de benefícios fiscais.

Por fim, mas de modo não menos relevante, é de se salientar a possibilidade de aplicação da Lei nº 12.846/13 às hipóteses de fraudes em benefícios fiscais. Isto porque, na medida em que comumente os benefícios são materializados por meio de termos de acordo de regime especial de tributação, autênticos contratos fiscais-administrativos, a depender das circunstâncias do caso concreto, está autorizada a aplicação do art. 5º do referido diploma legal para responsabilizar as empresas envolvidas e favorecidas pela concessão de benefícios, seja por manipulação ou fraude do equilíbrio financeiro-econômico decorrente desses contratos (alínea 'g', inciso IV, do art. 5º), seja pela conduta de dificultar investigações ou fiscalizações desses benefícios (inciso V, do art. 5º), seja por meio de corrupção ativa ou financiamento de atos ilícitos contidos na referida lei (incisos I e II, do art. 5º).

3. O art. 113 do ADCT: a obrigatoriedade prévia das estimativas de impacto orçamentário-financeiro

O disposto no art. 113 do ADCT insere no texto constitucional, de modo mais enfático, a ideia de responsabilidade fiscal sob o ponto de vista do planejamento fiscal: "Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro".

A despeito de algumas vozes sustentarem se tratar de norma federal, isto é, válida apenas para a União, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir no sentido de que se trata de norma aplicável a todos os entes federativos.

Tal norma constitucional determina três obrigações ou corolários: (i) a de que a cogitação política da concessão de benefícios fiscais, tributários e creditícios deve ter como primeiro ato a realização de estimativas de impacto orçamentário-financeiro;

¹⁵ Isto porque, com a constituição definitiva do crédito tributário, perfectibiliza-se o resultado típico de lesão ao erário e a aplicação em desacordo com as normas de regência do benefício, verificados os demais requisitos para a configuração do delito, também importam inserção de elementos equívocos ou inexatos na escrituração fiscal, à luz do inciso II, do art. 1º, da Lei 8.137/90.

(ii) a de que essas estimativas devem ser claras, de maior completude e precisão possíveis e (iii) devem permear todo o curso das proposições legislativas a respeito.

É de se ressaltar que a presente norma se aplica não só a União, mas também a todos os entes subnacionais por um princípio de simetria. Tal posição é de uma clareza meridiana, seja em decorrência da concretização e especialização do princípio constitucional da isonomia em matéria fiscal, seja em função do princípio da simetria, seja em virtude do princípio da eficiência, reitor da Administração Pública.

A isonomia não permite tratamento fiscal diferenciado para os entes federativos, permitindo-se, para uns, menor rigor para a concessão de benefícios e, para outros, maior grau de exigência. A simetria, por seu turno, exige o máximo de harmonização e coerência, dentro da medida do possível, entre as normas de organização aplicáveis aos entes federativos. O princípio da eficiência, por sua vez, conforme se verá adiante, exige que os recursos públicos, ainda que sob a perspectiva de gasto tributário, não sejam desperdiçados ou injustificados. A legitimidade e vantajosidade de um benefício só podem ser demonstradas após um estudo ou estimativa de seu impacto, de modo que todo e qualquer exercício de futurologia por parte da Administração Pública está vedado.

Vale ressaltar que a compreensão de que a norma subjacente ao disposto no art. 113, do ADCT da Constituição da República de 1988, é a posição atual do Supremo Tribunal Federal¹⁶. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por seu turno, em dezembro de 2020, finalizou o julgamento da ADI 6.074/RR, movida pelo Governador de Roraima, em se questionava a lei estadual que isenta pessoas portadoras de doenças graves do pagamento do IPVA. Alegou-se que a Lei Estadual nº 1.293/2018 afrontava o conteúdo do artigo 113 do ADCT, que exige que a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deve ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro, e o artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da isonomia tributária e veda o

¹⁶ Na ADI 5816, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Plenário julgou inconstitucional Lei de Rondônia que proibia a cobrança do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – de igrejas e templos religiosos de qualquer título. Considerou-se configurada a afronta ao art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, *aplicável a todos os entes federativos*: “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DE IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CRENÇA. ICMS. TRIBUTAÇÃO INDIRETA. GUERRA FISCAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL E ANÁLISE DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO. ART. 113 DO ADCT (REDAÇÃO DA EC 95/2016). EXTENSÃO A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A imunidade de templos não afasta a incidência de tributos sobre operações em que as entidades imunes figurem como contribuintes de fato. Precedentes. 2. A norma estadual, ao pretender ampliar o alcance da imunidade prevista na Constituição, veiculou benefício fiscal em matéria de ICMS, providência que, embora não viole o art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF – à luz do precedente da CORTE que afastou a caracterização de guerra fiscal nessa hipótese (ADI 3421, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2010, DJ de 58/5/2010) –, exige a apresentação da estimativa de impacto orçamentário e financeiro no curso do processo legislativo para a sua aprovação. 3. A *Emenda Constitucional 95/2016, por meio da nova redação do art. 113 do ADCT, estabeleceu requisito adicional para a validade formal de leis que criem despesa ou concedam benefícios fiscais, requisitos esse que, por expressar medida indispensável para o equilíbrio da atividade financeira do Estado, dirige-se a todos os níveis federativos*. 4. Medida cautelar confirmada e Ação Direta julgada procedente”. (ADI 5816, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 25-11-2019 PUBLIC 26-11-2019, destaqueei).

tratamento desigual entre contribuintes. A posição largamente majoritária foi no sentido de que era inconstitucional a lei de Roraima, uma vez que o regramento de exceção conferidor de benefício tributário gerou renúncia de receitas, resultando em um impacto orçamentário-financeiro. Salientou-se que não se verificou a realização de preexistente estimativa do impacto financeiro e orçamentário para instruir a proposição legislativa respectiva, nos termos do artigo 113, do ADCT¹⁷.

O disposto no art.113 do ADCT é compreendido, de maneira mais profunda, à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal em alguns de seus dispositivos, notadamente, pelo conteúdo do art.14, da Lei Complementar nº 101/2000.

A chamada estimativa de impacto orçamentário-financeiro possui natureza de requisito geral para a concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios fiscais do qual decorram renúncia de receita, consoante dispõe o art. 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Da Renúncia de Receita

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita *deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro* no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita,

¹⁷ O Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos (9 x 2), julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 1.293/2018. Leia-se a seguir trecho do voto da relatora Ministra Rosa Weber: “Nessa linha de raciocínio jurídico, considerando que a lei impugnada foi editada em 2018, quando já vigente o comando do art. 113 do ADCT, era indispensável a sua observância durante o processo legislativo, mediante a séria apreciação da estimativa do impacto orçamentário pela Assembleia Legislativa em momento anterior à votação da lei. Ao não cumprir a norma constitucional, o legislador de Roraima criou lei sem a prévia deliberação sobre o custo-benefício da isenção para o Estado. A renúncia de receita engendrada implicou o exercício negativo de uma competência tributária, sem o necessário exame na arena e na ocasião apropriadas. Inexistiu debate sobre as consequências da norma a ser criada, como assinalado pelo constituinte derivado. Por envolver a concessão de benefício fiscal e o tratamento especial a contribuintes, deveria, o processo legislativo que originou a Lei nº 1.293/2018 de Roraima, ter seguido à risca o procedimento constitucional obrigatório fixado pelo art. 113 do ADCT. Com esses fundamentos, entendo que, ao suprimir a formalização de tal mecanismo de diagnóstico financeiro do processo legislativo, foi descumprido o art. 113 do ADCT. O legislador do Estado de Roraima produziu, em razão da omissão quanto à estimativa do impacto orçamentário e financeiro, ato normativo eivado de inconstitucionalidade formal”.

proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Tal estimativa existe como uma decorrência imediata e inescapável do princípio da responsabilidade fiscal: na medida em que se concede ou amplia benefício ou incentivo tributário que cause uma renúncia de receita, a concessão deste benefício equivale a um gasto tributário (*tax expenditure*), o que significa efetivamente o exercício de um poder de desoneração estatal.

A renúncia de receita não pode se processar de qualquer maneira. A condição mais fundamental para que ela se opere é, em primeiro lugar, saber se ela de fato é vantajosa, se os projetos que pretendem receber benefícios fiscais são realmente confiáveis, ou se são aventuras incautas, duvidosas e que assumem riscos que a coletividade não deve e não pode suportar.

Na esteira da lição lapidar do Ministro do Tribunal de Contas da União, Dr. Weder de Oliveira:

A LRF não admite compensação com estimativas de potenciais retornos econômico-financeiros atribuíveis à concessão do benefício tributário. Mas tais retornos, quando passíveis de estimação confiável, podem ser considerados na estimativa de impacto orçamentário e financeiro. (...) A estimativa deve ser acompanhada da devida e detalhada memória de cálculo. O art. 12 da LRF, mencionado em seu art. 14, exige que as previsões de receita estejam acompanhadas da metodologia de cálculo e das premissas utilizadas. (...) A estimativa de impacto orçamentário-financeiro assume relevantíssima função nas decisões orçamentárias e normativas. É nesse ponto que a dicotomia “estimativa estática/estimativa dinâmica” assume importância. (...) Nas estimativas estáticas (ou convencionais) procura-se avaliar as prováveis mudanças no comportamento dos contribuintes cujos efeitos *possam ser confiavelmente estimados* (...). Estimativas dinâmicas são assim caracterizadas por considerarem efeitos macroeconômicos, como aumento do PIB, geração de empregos e aumento dos investimentos.¹⁸

O autor prossegue procedendo à distinção entre estimativa de renúncia de receita e a estimativa de impacto orçamentário-financeiro:

¹⁸ In: *Curso de Responsabilidade Fiscal. Direito, Orçamento e Finanças Públicas*, volume 1. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 892 et seq.

Considerando as possibilidades de realização de estimativas convencionais e dinâmicas, a estimativa de renúncia de receita é intrinsecamente convencional: trata-se de estimar a perda potencial de receita pela incidência das normas de exceção comparativamente à situação tributária anterior, de inexistência do benefício. *A estimativa do impacto orçamentário e financeiro é diferente. Pode resultar da combinação da estimativa de renúncia de receita com a estimativa de potenciais efeitos positivos dos benefícios econômicos derivados dos benefícios fiscais concedidos e com prováveis despesas necessárias à viabilização de certos programas de benefícios.*¹⁹

Neste particular, cumpre citar o disposto no art. 12, da LRF, o qual determina o seguinte:

Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, *considerarão os efeitos das alterações na legislação*, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de *qualquer outro fator relevante* e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas.

Com base na interpretação sistemática da LRF, assim conclui o Ministro do TCU:

*[n]ão se admitem estimativas inconsistentes ou não respaldadas em estudos técnicos, especialmente se conduzidas para demonstrar a não existência de impacto orçamentário e financeiro e, portanto, a desnecessidade de realizar compensações. Pode-se firmar essa posição com respaldo na leitura sistemática da lei e, especificamente no inciso I de seu art. 14, combinado com o art. 12. De acordo com o inciso I, a consideração da renúncia na estimativa de receita da lei orçamentária deve se dar na forma do art. 12. Esse artigo demanda que as previsões de receita (e as estimativas de renúncia) observem as normas técnicas e legais.*²⁰

¹⁹ Ibidem, p. 893

²⁰ Ibidem, p. 897-898.

Postas essas considerações, em resumo, pode-se elencar os seguintes enunciados ou regras decorrentes do instituto das estimativas de impacto orçamentário-financeiro:

As estimativas de impacto orçamentário-financeiro devem ser prévias ao início de debates legislativos, devem preceder a elaboração do Projeto de Lei, pois são pressupostos lógicos de possibilidade e viabilidade da concessão de benefícios fiscais, o que decorre do princípio da transparência, da responsabilidade fiscal, da legalidade, do princípio democrático e do princípio da eficiência.

II. As estimativas de impacto orçamentário-financeiro devem, portanto, ser baseadas em informações e dados confiáveis e fundadas em metodologia técnica e cientificamente consagrados.

III. As estimativas de impacto orçamentário-financeiro devem explicitar claramente as premissas técnicas e políticas em que a proposição legislativa se baseia.

IV. As estimativas de impacto orçamentário-financeiro devem estar acompanhadas da devida e detalhada memória de cálculo.

V. As estimativas de impacto orçamentário-financeiro devem explicitar com clareza e maior detalhamento possível a metodologia aplicada, as premissas escolhidas e os resultados, como decorrência dos incisos do art. 4º, Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/11.

VI. As estimativas de impacto orçamentário-financeiro devem demonstrar com clareza e maior aproximação possível o efeito, inclusive regionalizado, da concessão do benefício em questão na arrecadação (renúncia de receita).

VII. As estimativas devem indicar o impacto orçamentário-financeiro no exercício que o benefício entrar em vigor e nos dois subsequentes, como decorrência do art. 14 da LRF.

VIII. As estimativas devem demonstrar com clareza se as medidas foram consideradas nas metas de resultados fiscais previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

IX. As estimativas e estudos de impacto orçamentário-financeiro devem conter, as manifestações dos representantes dos órgãos competentes para tratar de cada questão, reduzindo-as a termo nas respectivas Atas de Reunião.

X. As estimativas de impacto devem aferir e explicitar as normas técnicas e legais, considerar os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante macroeconômico, como decorrência do art. 12 da LRF.

XI. As estimativas de impacto devem verificar e explicitar a quantidade de empresas que atuam no setor beneficiado, apontando as consequências do benefício para a livre concorrência, em especial no que se refere às empresas de menor porte.

XII. As estimativas de impacto orçamentário-financeiro devem ser consideradas e estar em alinhamento com o disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias, uma vez que a lei instituidora do benefício é uma alteração na legislação tributária (decorrência do art. 165, §5º da Constituição da República de 1988).

XIII. As estimativas de impacto orçamentário-financeiro de cada concessão de benefício fiscal devem estar integradas e alinhadas ao Projeto de Lei Orçamentária Anual em virtude do que dispõe o art. 165, §6º da Constituição da República de 1988, ou seja, as estimativas de impacto são essenciais para que a LOA se faça acompanhar do demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

XIV. Mesmo nos chamados benefícios fiscais de custo zero ou sem alegada renúncia de receita, a realização de estimativas prévias de impacto é essencial para verificar, no caso concreto, se efetivamente não há renúncia de receita. Antes da realização dos estudos, simplesmente, não há como garantir com certeza ou grande probabilidade e segurança a ausência de impactos.

A realização prévia e adequada das estimativas de impacto orçamentário-financeiro constitui autêntico requisito para a concessão de benefícios tributários, financeiros ou creditícios que acarretem renúncia de receita. Trata-se de um requisito de índole formal e material ao mesmo tempo e que se insere claramente em uma dimensão particular do princípio da eficiência, notadamente, na disposição recentemente acrescida ao texto constitucional no parágrafo 16º, do art. 37, segundo a qual “os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei”.

4. Conclusões

De todo o exposto acima, pode-se sumarizar o seguinte a respeito do objeto do presente estudo:

O princípio da anterioridade obrigatória das estimativas de impacto orçamentário-financeiro é um requisito formal e objetivo de apreciação da legalidade da concessão de benefícios fiscais.

II. Referido princípio se entrelaça e é decorrência da exigência constitucional de eficiência, transparência e responsabilidade fiscal.

III. Benefícios fiscais são instrumentos de indução da economia, representando autêntico gasto tributário (quando benefícios tributários) e transferência indireta de recursos para o particular.

IV. As estimativas de impacto orçamentário-financeiro são essenciais não só para se verificar a renúncia de receita ou perda de arrecadação de maneira pontual, mas também de maneira integrada ao orçamento como um todo e à continuidade da execução fiscal-orçamentária.

V. Sem a realização de estimativas de impacto quando da concessão de benefícios fiscais, o Estado se torna cego quanto à eficiência da gestão da coisa pública.

VI. As estimativas de impacto orçamentário-financeiro têm envergadura de princípio constitucional, previsto no art. 113, do DCT: o princípio da anterioridade

obrigatória da realização de estimativas de impacto orçamentário-financeiro quando da concessão de benefícios fiscais (tributários, financeiros e creditícios).

VII. Esta norma-princípio encerra eficácia não só federal, mas nacional, isto é, abrange todos os entes federativos. Tal alcance decorre não só do princípio da isonomia, mas também dos princípios da eficiência e da simetria.

VIII. As estimativas de impacto orçamentário-financeiro devem ser prévias à concessão de benefícios ou incentivos fiscais; aplicam-se aos benefícios tributários, financeiros e creditícios; devem indicar o impacto orçamentário-financeiro no exercício que o benefício entrar em vigor e nos dois subsequentes, como decorrência do art. 14 da LRF; devem demonstrar com clareza e maior aproximação possível o efeito, inclusive regionalizado, da concessão do benefício em questão na arrecadação; devem ser claras, detalhadas ao máximo, explícitas em suas premissas e consequências; devem explicitar a metodologia de cálculo aplicada; devem estar em alinhamento com o disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias, uma vez que a lei instituidora do benefício é uma alteração na legislação tributária (decorrência do art. 165, §5º da Constituição da República de 1988); devem estar integradas e alinhadas ao Projeto de Lei Orçamentária Anual em virtude do que dispõe o art. 165, §6º da Constituição da República de 1988, ou seja, as estimativas de impacto são essenciais para que a LOA se faça acompanhar do demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

As medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e o convívio familiar paterno-filial

Regiane Cristina Dias Pinto*

Sumário

1. Introdução. 2. A proteção da família. 3. O direito à convivência familiar da prole com a figura paterna. 4. Direito fundamental à convivência familiar e medidas protetivas de urgência. 5. A proteção do direito à convivência familiar paterno-filial nas varas de família. 6. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo tem como escopo analisar a aplicação das Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha e as consequências no exercício do direito à convivência familiar da criança e do adolescente. Nesse sentido, a pesquisa buscou analisar em que medida o direito fundamental à convivência familiar dos filhos com ambos os pais na família bilateral vem sendo violado, quando os sistemas judiciário e policial têm como foco a proteção da mulher, mas quanto à prole, não observam os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança. Por fim, foram sugeridas ferramentas disponíveis para prevenir e combater a violação do direito ao convívio dos filhos com os pais.

Abstract

This article aims to analyze the application of the Protective Measures of Urgency of the Maria da Penha Law (Brazilian domestic violence law) and the consequences in the assignment of the right to family life for children and adolescents. In this sense, the research sought to analyze to what extent the fundamental right to family coexistence of children with both parents in the bilateral family has been violated, when the judicial and police systems focus on the protection of women, however as for the offspring, they do not observe the principles of full protection and the best interests of the child. Lastly, available tools were suggested to prevent and combat violations of children's right to coexistence with their parents.

Palavras-chave: Medidas protetivas de urgência. Convivência familiar. Criança. Adolescente.

* Especialista em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Keywords: *Urgent protective measures. Family life. Children, Adolescents.*

1. Introdução

A Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha (LMP) foi editada na perspectiva de concretização do princípio constitucional da isonomia (CF Art. 5º e 226) entre homens e mulheres com o fito de proteger a mulher da desigualdade de gênero¹ (Art. 5º) que vinha sendo aferida, entre outros, no próprio quadro de violência doméstica. A Lei tem como escopo a prevenção, proteção, assistência e punição da violência contra a mulher, no ambiente das relações privadas.

Não raro, a criança e o adolescente partilham do ambiente de violência doméstica recebendo o impacto das escolhas dos adultos que são parte nas ações que correm na jurisdição penal. Partindo do fundamento da constitucional doutrina da proteção integral (CF Art. 227), incumbe aos operadores do direito o olhar à violência doméstica sob o ponto de vista da criança e do adolescente, sem olvidar da lente do princípio do melhor interesse da criança. As medidas judiciais para a proteção da mulher interferem na vida dos filhos e é preciso que se traga à balança da justiça a proteção do público infantojuvenil, com a medida da prioridade absoluta.

A pesquisa busca trazer luz à sensível questão do direito à convivência parental de crianças e adolescentes com pais que estão sendo investigados ou processados por violência doméstica intrafamiliar. Do impacto das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha às ações que visam a regulamentar a convivência (guarda e visitação), quais as ferramentas legais e judiciais disponíveis à proteção da garantia de convivência familiar da criança, diante do quadro de crise, sofrimento, ausência de diálogo e afastamento geográfico familiar gerado pela violência.

2. A proteção da família

“A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”, dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos (XVI 3). A Constituição Brasileira de 1988, no artigo 226 afirma que: *“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”*²

É notório que o Estado caminha na construção das políticas públicas de proteção à família. O iter evolutivo conta com a consideração (ITABORAÍ, 2005) da proteção

¹ O Brasil é signatário de todos os tratados internacionais que objetivam reduzir e combater a violência de gênero, entre eles: Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), Convenção Americana de Direitos Humanos (1992), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994), além de ser membro da Organização dos Estados Americanos – OEA.

² Os seguintes marcos normativos também devem ser considerados no regime jurídico de proteção à família: as Declarações sobre os Direitos da Criança (1924/1959), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), o Pacto de São José da Costa Rica (1969), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966, ratificados em 1992).

dos vínculos familiares, da igualdade social da família, do respeito à diversidade cultural, da superação da estratificação social como parâmetro de direitos, do foco nas vulnerabilidades dentro do núcleo familiar e da punição e combate às formas de violência doméstica.

A missão constitucional de proteção da família é incontestável, mas considerada a interdisciplinaridade científica da questão, é possível afirmar que o direito ainda desbrava a trilha do saber-fazer, permanecendo na busca da concretização da proteção.

O principal desafio na prestação jurisdicional tem sido a fragmentação da intervenção e ausência de integração com escopo de proteção da família. Dessa forma, é possível observar que o sistema jurídico brasileiro apresenta farto material sobre subsistemas componentes do sistema familiar, como crianças e adolescentes (Lei 8.069/1990), idosos (Lei 10.741/2003), pessoas com deficiência (Lei 13.146/2015), mulheres vítimas de violência (Lei 11.340/2006), parentes vítima de alienação (Lei 12.318/2010), sem citar as demais positivamente sobre casamento, divórcio, guarda, tutela, adoção, regime de convivência, regime de bens e alimentos, entre outros. Contudo, ainda não há arcabouço legislativo sobre a família que discuta políticas públicas voltadas para a preservação e proteção integral³.

A única normativa que pode ser mencionada, dentro do cenário regravativo de proteção familiar é infralegal e originada no Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) em conjunto com o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), denominada: Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária⁴. Devido à posição de ato normativo, não concorre com a incidência das leis e não é comum que seja observado para fins de tutela jurisdicional em si, embora o local apropriado para a sua observância seja regendo as políticas do sistema de justiça, no núcleo decisório da formulação estratégica dos Tribunais, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Civil e demais atores do Sistema de Garantias de Direitos de Crianças e Adolescentes (CONANDA, 2006, Res. 113, Art. 1º)⁵.

³ Em tramitação desde 2013 o PL 6583/13. O projeto de lei discutido na Câmara estabelece diretrizes de políticas públicas voltadas para a entidade familiar, definida como o núcleo formado a partir da união entre indivíduos, por meio de casamento, união estável ou comunidade formada pelos pais e seus descendentes. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/468769-relator-de-comissao-especial-apresentara-parecer-para-o-estatuto-da-familia/>. Acesso em 27/07/2021.

⁴ CONANDA e CNAS (2005) *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária*. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em 27/07/2021.

⁵ Art. 1º O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal. CONANDA. (2006) Resolução 113 de 19 de abril de 2006. *Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/old/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucoes-1>. Acesso em 27/07/2021.

O Plano Nacional de Convivência familiar (CONANDA e CNAS, 2006, p. 15) acentua que: “A legislação brasileira vigente reconhece e preconiza a família, enquanto estrutura vital, lugar essencial à humanização e à socialização da criança e do adolescente, espaço ideal e privilegiado para o desenvolvimento integral dos indivíduos”.

A promoção, a proteção e a defesa do direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária envolvem o esforço de toda a sociedade e o compromisso com uma mudança cultural que atinge as relações familiares, as relações comunitárias e as relações do Estado com a sociedade.

A família precisa ser considerada em sua integralidade de forma que a intervenção estatal possa aquilatar o impacto familiar das ações isoladas. A esse respeito, vale ressaltar que a teoria sistêmica⁶, muito utilizada na psicologia para a intervenção clínica com famílias, empresta expertise à compreensão e ao desenvolvimento das políticas públicas e da própria aplicação do direito quando o assunto é intervenção na família.

Sob a perspectiva da visão sistêmica⁷, afirmam Gomes, Bolze, Bueno e Crepaldi (2014) que:

[o]s sistemas devem ser vistos como estruturas organizadas hierarquicamente que precisam ser analisadas em sua totalidade: desde os aspectos macro, como a ordem social, passando por níveis intermediários, como as culturas das comunidades locais, até atingir um nível mais proximal (ou de microanálise), como as escolas e a família.

⁶ Sobre a leitura sistêmica da família, leciona Costa (2010) que: “as Escolas que receberam maior influência imediata dos conceitos da Cibernética e da Teoria Geral dos Sistemas foram as pioneiras na construção do contexto clínico do atendimento a famílias com a observação direta das interações familiares. Também preservaram o conceito básico de que a família é um sistema vivo e aberto, em constante mudança. Em termos conceituais, além dessa premissa, esses teóricos enfocam a família como um grupo delimitado por fronteiras, organizado em subsistemas menores e inserido em sistemas maiores, com função autorreguladora que busca manter a homeostase que, por sua vez, tem uma função interpessoal no surgimento de um sintoma, o qual é visto como um regulador homeostático (Bloch & Rambo, 1995/1998). A terapia é voltada para observação e ação, visando conhecer e atuar na homeostase. (...) A leitura sistêmica da família ressalta mais o conjunto e menos as partes. Alguns temas sociais, como atenção às relações de gênero, vieram valorizar essas partes e os indivíduos com posição social diferentes dentro do todo. O papel da mulher, o patriarcado, os condicionamentos sociais da maternidade/paternidade passaram a receber estudos particularizados. Com esse avanço, foram trazidos para a leitura das relações familiares temas como a submissão da mulher, a vitimização de mulheres e crianças e a responsabilidade social e ética decorrentes dessas observações, bem como a questão do poder diferenciado entre homens e mulheres, entre adultos e crianças e/ou adolescentes numa sociedade machista.” (Saffioti, 1997). COSTA, L. F. (2010) *A perspectiva sistêmica para a Clínica da Família*, fascículo 10, Psic.: Teor. e Pesq. Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília, Distrito Federal, Brasília.

⁷ Sobre a visão sistêmica, ensinam ainda os autores: “O Pensamento Sistêmico passa a ser o substrato de propostas de intervenção para a clínica de família. Dessen (2010) ressalta a relevante contribuição da Teoria Sistêmica da família, a partir da segunda metade do século XX, visto que trouxe um novo olhar para o contexto familiar. A adoção da Perspectiva Sistêmica implica entender a família como um sistema complexo, composto por vários subsistemas que se influenciam mutuamente, tais como o conjugal e o parental.” (Kreppner, 2000). GOMES, L. B., BOLZE, S. D. A., BUENO, R. K, & CREPALDI, M. A. (2014) *As origens do pensamento sistêmico: das partes para o todo*, DOMUS - Centro de Terapia de Casal e Família, Pensando fam. vol.18 no.2 Porto Alegre.

Os mencionados autores demonstram ainda que a perspectiva sistêmica implica entender a família como um sistema complexo, composto por vários subsistemas que se influenciam mutuamente, tais como o conjugal e o parental. A compreensão da família como sistema permite que o operador do direito insira no escopo de sua atuação a integralidade da questão, abrindo o olhar ao conflito exposto para posicionar a intervenção judicial o mais benéfica possível ao sistema familiar.

As relações familiares implicam reciprocidade e interdependência. Há um contexto intrafamiliar, relativo às pessoas envolvidas e à história construída em comum e um contexto extra, condizente aos traços culturais subjacentes. Por isso, a intervenção jurisdicional na família é tão delicada e produz uma cadeia de efeitos que precisam ser considerados.

A Lei Maria da Penha foi criada para combater a violência contra a mulher, contudo a dita finalidade não pode servir de antolho a impedir que sejam colocados na balança todos os interesses e direitos envolvidos. O conflito em pesquisa no presente trabalho se resume à violência doméstica no seio de uma família com prole. Neste contexto, buscar-se-á trazer elementos de equilíbrio do direito da mulher de estar à salvo de violência e ameaça, do paterno-parental de convivência com os filhos e da prole à convivência familiar paterna.

3. O direito à convivência familiar da prole com a figura paterna

A Declaração Universal de Direitos da Criança reconhece que o grupamento familiar é o sistema natural para desenvolvimento sadio de um indivíduo, onde o acolhimento, a compreensão e o amor aparecem como elementos essenciais para tanto. Para a criança, o direito fundamental à convivência familiar é basililar e goza de especial proteção do Estado, seja no cenário internacional (Princípio 6º, da Declaração Universal de Direitos da Criança⁸), no constitucional (CF Art. 227) e no infraconstitucional (ECA Art. 4º).

Independente do conceito sociocultural ou jurídico de família, que envolve, atualmente, bastante debate doutrinário, fato é que a criança tem o direito à convivência familiar e comunitária e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece (Art. 19) que toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária.

Ao examinar o direito à convivência familiar da criança e do adolescente e sua previsão em todos os níveis normativos, não resta dúvidas sobre o dever jurídico de

⁸ Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

impedir a violação de tal direito. Este compromisso recai sobre as famílias, a sociedade e o Estado⁹, cabendo a todos o dever de, sem sombra de dúvidas, decidir com o filtro da imposição normativa.

O legislador, como dito, tem empreendido esforços em atualizar a positivação do direito à convivência familiar, dentro da compreensão de que, em famílias bilaterais, isso significa, convivência com ambos os genitores. A Lei 12.010 de 2009, em sua sistemática, alterou vários dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, pondo ênfase à necessidade de implementação de políticas públicas específicas destinadas à orientação, apoio e promoção social da família de origem da criança ou adolescente (MACIEL, 2009) e estabelecendo como princípio que rege a aplicação das medidas específicas de proteção, o princípio da prevalência da família de origem, ou quando impossível a inserção em família substituta. Aponta (MACIEL, 2009) que a preservação da família natural é prioritária e reconhecidamente fundamental para a vida da criança.

Nos casos em que o núcleo familiar vivencia situação de violência doméstica, ainda prevalece o dever dos genitores, mesmo atravessando o conflituoso fim da conjugalidade, de assegurar o direito dos filhos à convivência parental, sem misturar os institutos. É de suma importância (BRITO, 2001) que se busque assegurar a continuidade da função exercida pelos pais, garantindo-se a continuidade dos vínculos paterno e materno. Contudo, a prática demonstra que a família tem sido a sede primária da violação¹⁰.

Dentro da concepção do direito fundamental à convivência familiar da criança, quanto aos deveres da família, é possível afirmar que é dever de cada genitor prover e não embarçar o convívio da prole com o outro, constituindo esta atitude, quer por ação ou omissão, abuso do poder familiar¹¹. Observa Brunetto (2010) que quando o guardião priva a prole de conviver com o genitor visitante, por motivo de vingança, egoísmo, medo, interferindo ainda na vida dos filhos com a finalidade de romper os vínculos não só paternos (alienação parental), mas com os demais familiares, pratica

⁹ 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. Lei Federal nº 8.069/1990, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16/07/1990.

¹⁰ Afirma Brito (2001) que: "A partir da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), a questão do interesse da criança em conservar relações pessoais com ambos os pais passa a ser reconhecido como um direito, conforme disposto no artigo 9. Torna-se importante manter a continuidade da função exercida pelos pais, garantindo-se o vínculo da criança com a linhagem paterna e materna. Como define a Convenção, cabe ao Estado a garantia de manutenção da coparentalidade, independente da preservação ou não do vínculo conjugal. Atualmente o entendimento é de que a obrigação de educação e cuidado dos filhos é decorrente do vínculo de filiação e não do casamento". BRITO, L. M. T. (2001) *Impasses a condição da guarda e da visitação - o palco da discórdia*, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/211.pdf. Acesso em 27.07.2021.

¹¹ Brunetto (2010) esclarece em sua obra: "A identificação do abuso de direito ocorre de forma objetiva: ultrapassados os limites dispostos pela lei, passa a incidir em abuso de direito. Nas relações familiares o limite legal violado é o da boa-fé objetiva, visto que se trata de uma norma que exige comportamento leal, correto e de cooperação entre as partes envolvidas." BRUNETTO, A. (2010) *Contornos jurídicos do abuso do direito de guarda e de visitação no âmbito familiar*. 107 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Soledade, Rio Grande do Sul.

abuso do poder familiar. A mesma lógica se aplica ao genitor visitante, quando negligencia totalmente o dever de convívio e os laços afetivos ou quando extrapola esse direito, deixando de devolver a criança à residência.

Nos conflitos levados à jurisdição das Varas de Família, o que se vê são ex-cônjuges com relações odiosas, nubladas pelos ressentimentos da relação finda, que perdem a sensibilidade para identificar o direito da criança e sua dissociação da relação conjugal rompida. Vê-se que a criança, muitas vezes, vira o “pomo da discórdia” (BRITO, 2001) e segue sendo objetificada como instrumento de vingança, negociação e ameaça.

A Lei (Código Civil, Art. 1584 §2º) determina que cabe aos genitores, primordialmente, estabelecer, diante do fim da conjugalidade, qual deverá ser o regime de convivência mais apropriado com a prole. Segundo Maria Berenice Dias (2017, p. 547) a vontade dos pais é o critério legal norteador da fixação da residência e do regime de visitação, cabendo aos juízes orientá-los e esclarecê-los. Contudo, é imperioso atentar para o momento de absoluta fragilidade emocional que se encontram os cônjuges e para o risco de violação do direito infantojuvenil, razão pela qual o juiz de direito, decidirá em lugar dos genitores, quando estes não estiverem aptos a fazê-lo.

A tutela jurisdicional, buscada quando os genitores não conseguem resolver por si só o regime de convivência, entrega ao juiz da causa o dever de dizer o direito. Ocorre que segundo a última pesquisa coletada pelo IBGE¹² o número de divórcios realizados em 2002 foi de 128.862, sendo que 6.401 guardas foram conferidas aos pais, 116.726 foram conferidas às mães. A diferença é alarmante!

Nas palavra de Maria Berenice Dias (2017, p. 545), esta realidade, já contabilizada pelas estatísticas e testemunhada pelos profissionais da área há décadas, foi o que levou os homens a se unirem em associações e organizações não governamentais de defesa de direitos, acabando o movimento por influenciar nas modificações legislativas da Guarda Compartilhada (Lei 11.698/08), Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/10), Lei da Igualdade Parental (Lei 13.058/14) e nas modificações inseridas no ECA (art. 42, parágrafo 5º) todas sinalizando a preferência no compartilhamento da guarda em lugar do exercício unilateral, e portanto, avançando na positivação do direito à convivência paterno-filial, como integrante do direito fundamental à convivência familiar.

As citadas modificações legislativas objetivam acolher a mudança de compreensão do papel paterno bem como conferir proteção integral à criança, de forma a diminuir o isolamento paternal da convivência, o que a dinâmica da guarda unilateral como regra legal somente incentivava.

De fato, verifica-se uma mudança no papel paterno e na compreensão do direito filial de se relacionar. O conceito de paternidade tem se modificado (SOUZA & BENETTI, 2009), refletindo as alterações no contexto socioeconômico e cultural. A

¹² PESQUISA Estatísticas de Registro Civil. 2002 IBGE. Sidra. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/719#resultado>. Acesso em 27.07.2021.

família sofreu transformações e o papel paternal migrou do rígido modelo patriarcal, centrado na figura masculina, até os novos e atuais formatos de família. Bem observam os autores que a paternidade tem evoluído para uma participação ativa que inclui envolvimento e afeto.

Se o número de guardas unilaterais conferidas às mulheres continua sendo tão grande, a consequência é que o número de homens que demandam a regulamentação da convivência ou regramento da visitação é igualmente aumentado, visto que, se a prole reside com um caberá ao outro conviver ou visitar.

Vale acrescentar que tem havido, por parte da doutrina, apontamentos sobre a expressão “direito à visitação” (DIAS, 2017, p. 557), posto que o ato de visitar parece traduzir a superficialidade de um vínculo, enquanto a utilização dos termos convivência ou relacionamento parecem expressar a realidade que se deve formar com extinção da conjugalidade, aonde ambos os pais deverão desempenhar o poder familiar em um regime de convívio a ser por eles formatado (CC 1584 § 2º) ou subsidiariamente pela justiça, sempre considerado o melhor interesse da criança. O Código Civil dispõe sobre o assunto ao definir que:

Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe (CC 1.584 § 3º).

4. Direito fundamental à convivência familiar e medidas protetivas de urgência

O Atlas da Violência pelo IPEA em 2020 constatou que em 2018, 4.519 mulheres foram assassinadas no Brasil, o que representa uma taxa de 4,3 homicídios para cada 100 mil habitantes do sexo feminino. “Seguindo a tendência de redução da taxa geral de homicídios no país, a taxa de homicídios contra mulheres apresentou uma queda de 9,3% entre 2017 e 2018.” (IPEA, 2020, p. 34). Há evidências internacionais e nacionais, que apontam para o quadro de que em mais de 90% dos casos, os perpetradores são conhecidos familiares da vítima (CERQUEIRA, 2014), configurando situações de conflito privados associados às questões de gênero.

Os números mostram que a Lei Maria da Penha (LMP) tem mudado a realidade da violência doméstica no país, trazendo mecanismos imprescindíveis para a proteção da mulher, bem como trazendo visibilidade para a violência de gênero, agora mais reconhecida, estatisticamente identificada e combatida com ferramentas jurídicas mais eficazes¹³, entre elas, destacam-se as Medidas Protetivas de Urgência (MPU).

¹³ “A LMP modificou o tratamento do Estado em relação aos casos envolvendo violência doméstica, basicamente, por meio de três canais, pois: i) aumentou o custo da pena para o agressor; ii) aumentou

As Medidas Protetivas de Urgência¹⁴ (PIRES, 2011) são mecanismos efetivos criados pela Lei Maria da Penha, que não são penas, não interferem de forma total na liberdade do ofensor e ao mesmo tempo tutelam com eficiência bens jurídicos de titularidade da mulher. Na prática, a vítima pode não desejar o processamento criminal de seu ofensor, mas simplesmente o deferimento de medidas protetivas, as quais lhe conferem segurança em face de violência ou ameaça, principalmente porque a desobediência de tais medidas, além de constituir crime, poderá ocasionar a prisão preventiva (CPP, art. 313, III) do ofensor.

No rol, não exaustivo, previsto no artigo 22 da LMP, constam as seguintes medidas: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios; VI - comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII - acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

o empoderamento e as condições de segurança para que a vítima pudesse denunciar; e iii) aperfeiçoou os mecanismos jurisdicionais, possibilitando que o sistema de justiça criminal atendesse de forma mais efetiva os casos envolvendo violência doméstica". CERQUEIRA, D., MATOS, M., MARTINS, A. P. A. & JUNIOR, J. P., (2015), *Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha*, p. 10, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, Rio de Janeiro, Brasil.

¹⁴ Quanto à natureza jurídica das Medidas Protetivas de Urgência, ensinam Pires (2011): "parte da literatura especializada é omissa a respeito da natureza jurídica das medidas protetivas, a exemplo de Souza (2009, p. 109-145) e Nucci (2010, p. 1275-1280), sendo que a R. Minist. Públ. Dist. Fed. Territ., Brasília, v.1, n. 5, p. 121-168, 2011 A Opção Legislativa pela Política Criminal Extrapenal e a Natureza Jurídica... 129 parte majoritária compreende as medidas protetivas do art. 22, I, II e III, da Lei como cautelares processuais penais, a exemplo de Cavalcanti (2007, p. 191), Cunha e Pinto (2011, p. 124-125) e Nilo Batista (2009, p. 17), as quais seriam "aplicáveis unicamente para assegurar os meios e fins do processo em que se busca ou se irá buscar a realização da pretensão punitiva" (KARAM, 2006, p. 06-07). Já as cautelares do art. 22, IV e V, da Lei teriam natureza cível, havendo a necessidade, por exemplo, de se ajuizar a ação principal no prazo de 30 dias, sob pena de ineficácia da medida protetiva (CPC, arts. 806 a 808). Todavia, há também autores, a exemplo de Lavorenti (2009, p. 264) e Dias (2010, p. 108-109 e 114-115), que tendem a admitir uma espécie de caráter satisfativo (não cautelar) às medidas protetivas, de sorte que tais medidas não demandariam ação concomitante ou posterior, seja cível ou penal, para manutenção de sua eficácia, ficando ao prudente arbitrio do juiz a fixação do período de vigência da medida e a sua revogação por posterior decisão judicial. Didier Jr. e Oliveira (2008) veem as medidas protetivas como modalidade de tutela jurisdicional diferenciada que se aproxima das medidas provisionais satisfativas constantes do art. 888 do CPC, mas que não teriam conteúdo cautelar e prescindiriam do ajuizamento de uma demanda principal. Larrauri (2008, p. 187-188) também entrevê o equívoco da legislação espanhola ao vincular a existência das medidas protetivas ao processo penal ao invés de concebê-las no âmbito cível em um procedimento autônomo e independente, como ocorre em muitos países." PIREs, A. A. (2011), *A Opção Legislativa pela Política Criminal Extrapenal e a Natureza Jurídica das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha*, v.1, n. 5, p. 129, R. Minist. Públ. Dist. Fed. Territ., Brasília.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁵ já pacificou o entendimento de que embora a LMP tenha natureza essencialmente criminal, as medidas protetivas possuem natureza jurídica híbrida, sendo que as previstas nos incisos, I, II e III do artigo 22 têm natureza criminal, e as demais natureza cível. O que se verifica é que as Medidas Protetivas previstas nos incisos II e III (Art. 22), embora de natureza penal, geram impacto na convivência familiar devido ao afastamento geográfico e ainda que tutelem bem jurídico da mulher, por via transversa, podem ocasionar a violação de direito fundamental da prole.

Na hipótese em que pesam contra o agressor as mencionadas medidas, este, impossibilitado de se aproximar da casa ou da mulher vítima, naturalmente se vê limitado para o convívio com os filhos. A vítima, por sua vez, com receio da violência e da ameaça, se estiver em posse dos filhos, certamente estará fragilizada para negociar formas de visitação, podendo ainda ter dificuldade de encontrar rede de apoio pessoal para gerir os arranjos de entrega dos filhos à convivência do genitor. Neste ponto em que as relações estão no ápice da dissonância, a intervenção judicial no conflito pode colocar limite na violência, mas também pode incitá-la e gerar reações ainda mais violentas. Infelizmente, os filhos, se já não tiverem sido alvo de ameaça e violência específicas durante a coabitação dos genitores, têm grande probabilidade de neste momento, terem seus direitos violados, ao serem envolvidos na crise de conjugalidade por abuso da autoridade parental tanto por parte do agressor quanto da mulher. Nada além da comum e notória reverberação do conflito conjugal na vida dos filhos¹⁶.

Já a MPU de “restrição e suspensão de visitas aos dependentes menores” (de natureza cível) prevista no inciso IV, do artigo 22 da Lei 11.340/2006 acaba tendo menor aplicação. A medida aparece em menor número primeiramente porque nem sempre os envolvidos têm prole e quando têm, a situação de violência ou ameaça pode parecer, inicialmente, restrita à relação conjugal. Há outro fator importante a se considerar: o trabalho das Delegacias Policiais na coleta das informações da violência se mostra perfunctório, com foco integral na descrição da violência ou da ameaça em si, mas muitas vezes deixando de adicionar as circunstâncias pretéritas, o histórico amplo da situação, o estado geral emocional do agressor, informações

¹⁵ Sobre o tema segue importante trecho do acórdão: “Nesse contexto, embora a Lei nº 11.340/06 tenha outorgado ao Juizado Especial de Violência Doméstica competência para apreciação de questões de natureza cível e criminal decorrentes de violência doméstica, não estabeleceu a competência recursal sobre as decisões dali derivadas. Tal omissão legislativa vem sendo debatida pela doutrina e analisada pela jurisprudência por meio da compreensão no sentido de que a competência recursal é firmada pela natureza da medida protetiva impugnada, com observância do princípio da especialização. Ou seja, para medidas protetivas que ostentem natureza cível, firma-se a competência da Turma Cível para conhecimento e julgamento do recurso manejado e, para medidas protetivas de natureza penal, a competência da Turma Criminal para apreciação da insurgência recursal.” Acórdão 1256663, 07208908320198070000, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 10/6/2020, publicado no PJe: 29/6/2020.

¹⁶ Sobre a reverberação do conflito na vida dos filhos, os autores Hameister, Barbosa e Wagner (2015), lecionam que: “Enfatiza-se que táticas destrutivas conjugais estão associadas a táticas destrutivas parentais. Esse resultado remete ao efeito *spillover*, no sentido de que a tensão das interações conflitivas do casal reverbera ou extravasa, atingindo a forma como os pais lidam com a criança, em situação de conflito ou desacordo e vice-versa.” HAMEISTER, B. R., BARBOSA, P. V. & WAGNER, A. (2015). *Conjugalidade e parentalidade: Uma revisão sistemática do efeito spillover*. Arquivos Brasileiros de Psicologia, 67, 140-155.

sobre dependência química e o envolvimento ou a participação da prole nos fatos levados à lume. É possível concluir que o trabalho inquisitorial já deixa indícios de que a situação da prole não recebe satisfatória atenção, embora esteja intimamente ligada à crise doméstica. Por fim, como a LMP no Artigo 22, inciso IV, sugere que antes da medida ser deferida, seja precedida de estudo técnico multidisciplinar, apoio técnico do qual grande parte dos juizados criminais não dispõe, os juízes acabam, por cautela, remetendo a questão para discussão nas varas de família, salvo casos em que a violência aos infantes possa ser de plano comprovada¹⁷.

A defasagem de varas especializadas, bem como a falta de equipes multidisciplinares para atuar, compromete a amplitude da intervenção estatal. Por isso, diante da ausência de monitoramento¹⁸ dos casos em que foi deferida medida protetiva de afastamento do agressor, há incidência de fragilização e até perda dos vínculos paternos. Em muitos casos, a situação pode perdurar por anos, sem que seja levada a conhecimento da justiça e uma vez submetida à apreciação do poder judiciário, abrir-se-á diante da jurisdição uma missão assaz difícil, promover a restauração de vínculos paternos-filiais.

É preciso cuidado para que o direito da mulher não se sobreponha naturalmente ao direito de convivência familiar dos filhos com o pai (BRITO & CARDOSO, 2015, p. 532). Observa-se que os cônjuges apresentam dificuldade de separar os problemas de conjugalidade das relações de parentalidade, apresentando natural resistência a propiciar o convívio depois da dissolução da sociedade conjugal. Nas escutas técnicas ou judiciais, é comum a alegação de que o convívio foi obstado pela vigência de medida protetiva de afastamento do agressor, ainda que não tenha sido incluída qualquer restrição para a convivência parental. Quando os filhos permanecem privados da convivência paterna por longos períodos, o vínculo resta fragilizado e o prejuízo ao desenvolvimento é provável, mas a violação do direito à convivência é certa e não admite reposição. Seja por resistência da mulher, seja por desistência do genitor, que pode negligenciar o direito-dever à convivência, o interesse da criança parece estar no limbo do esquecimento.

¹⁷ O Relatório do Conselho Nacional de Justiça em parceria com o IPEA, ao discorrer sobre a política de monitoramento dos casos de violência doméstica, afirma que: “A LMP prevê que os JVDPM podem contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29). Embora sua constituição não seja obrigatória, este tipo de atendimento é sobremaneira importante no atendimento e orientação às partes envolvidas nos casos de VDFM, além de fornecer subsídios, mediante laudos ou declaração em audiências, ao/à juiz/a, ao Ministério Público e à Defensoria Pública (art. 30). (...) Em uma unidade, a ausência de equipe multidisciplinar faz com que os pedidos de restrição de visita dos agressores aos filhos acabem sendo indeferidos, em função da impossibilidade de avaliação psicossocial sobre a questão, conforme alegaram os atores jurídicos. O juiz afirmou que, diante da ausência da equipe, cabe às partes trazer provas, indicando que indefere todos os pedidos sem esses elementos.” CNJ e IPEA. (2019) *Relatório: O Poder Judiciário no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*, p. 34-35, Distrito Federal, Brasília.

¹⁸ O Relatório do Conselho Nacional de Justiça em parceria com o IPEA demonstrou que: “Diferentes mecanismos de monitoramento de medidas protetivas de urgência foram encontrados nas unidades pesquisadas, embora nem todas contem com algum desses instrumentos; e, mesmo onde eles são empregados nem todos os casos são acompanhados de perto.” CNJ e IPEA. (2019) *Relatório: O Poder Judiciário no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*, p. 55, Distrito Federal, Brasília.

Maria Lúcia Karan (2006, p. 7) ressalta os perigos da violação de direito fundamental, afirmando que no afã de proteger a mulher, a Lei nº 11.340/2006 viola o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar, inclusive porque, não prevê a oitiva prévia dos envolvidos. Nas palavras da autora:

A restrição ou suspensão de visitas a filhos viola o direito à convivência familiar, assegurado pela Constituição Federal brasileira (*caput* do artigo 227) e pela Convenção sobre os Direitos da Criança (§ 3º do artigo 9º), este expressamente enunciando o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos. Ao pretender suprimir tal direito, a Lei nº 11.340/2006 ainda desconsidera a vontade da criança ou do adolescente. Preocupando-se apenas com a audição de “equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar”, viola regras vindas nos §§ 1º e 2º do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que asseguram à criança, que for capaz de formar seus próprios pontos de vista o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre todas as matérias que lhe forem atinentes, levando-se devidamente em conta suas opiniões em função de sua idade e maturidade, para esse fim, devendo lhe ser dada oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito. (KARAN, 2006, p.7)

5. A proteção do direito à convivência familiar paterno-filial nas varas de família

O instituto da guarda nas Varas de Família surge inserido num conceito amplo de regulamentação de convivência familiar (DIAS, 2017, p.547) que se faz necessária depois da separação de fato ou de direito dos pais, pois na vigência da sociedade conjugal o exercício é implicitamente conjunto. Embora haja fragmentação do convívio, os genitores permanecem em pleno exercício da autoridade parental. O Código Civil (Art. 1583, §§ 1º e 2º) preceitua que a guarda será unilateral ou compartilhada, sendo que nesta deverá haver responsabilização conjunta e exercício equilibrado do convívio, enquanto naquela, os momentos de convívio devem ser estabelecidos para aquele com quem o filho não reside.

As ações típicas de regulamentação de convivência familiar demandam ao judiciário a definição da guarda e a regulamentação da convivência ou direito de visitação. É praxe forense que as petições contenham requerimento de tutela antecipada de urgência, que deverá ser concedida, segundo preceitua o Código de Processo Civil, Artigo 300, “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Nos casos em que a demanda submetida à juízo tenha histórico de registro de ocorrência, ação judicial ou medida protetiva de urgência deferida no sistema

penal de violência doméstica, a avaliação judicial precisa nortear a atuação buscando as ferramentas legais e judiciais disponíveis à proteção da garantia de convivência familiar da criança.

O operador do direito, seja magistrado, advogado, defensor público ou promotor, deverá trabalhar pela obtenção do maior número de informações disponíveis, valendo-se do dever de cooperação judiciária (SILVA, 2020), instrumento instituído pelos arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil (regulamentado pela resolução 350 de 2020, do Conselho Nacional de Justiça) como ferramenta, hábil a impedir a ocorrência de violência institucional, prevenindo a revitimização dos envolvidos¹⁹.

Com o fito de observar a proteção integral da criança e do adolescente, os operadores devem compartilhar ativamente do maior número de informações disponíveis, compartilhando provas, determinando colheita de elementos em conjunto e compartilhamento de estudos técnicos multidisciplinares. Afirma Fernando Salzer e Silva que:

O que o procedimento da cooperação judiciária busca evitar é a revitimização desnecessária, a que ocorre quando se tem presente alguma destas situações: a) a realização de ato prescindível; b) a repetição injustificada de ação útil; c) procedimento conduzido por pessoas ou equipes desqualificadas, sem capacitação; d) atos realizados em locais e/ou ambientes inadequados. (SILVA, 2020, p. 4)

Entrementes, a qualificação do primeiro atendimento da mulher vítima também pode ser utilizada para a melhoria do enfoque na proteção da criança. A Lei 14.149/2021, tornou obrigatório o uso do Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado pela Polícia Civil, Ministério Público, Poder Judiciário ou outra instituição que vier a prestar o primeiro atendimento da vítima, estabelecendo que a implementação do formulário:

[t]em por objetivo identificar os fatores que indicam o risco de a mulher vir a sofrer qualquer forma de violência no âmbito das relações domésticas, para subsidiar a atuação dos órgãos de segurança pública, do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos órgãos e das entidades da rede de proteção na gestão do risco identificado (Art. 2º, §1º).

¹⁹ Leciona Silva (2020) que: “O atual Código de Processo Civil (CPC), Lei Federal nº 13.105/2015, inovando em relação ao Diploma anterior, traz em seu bojo um Capítulo, compreendendo os artigos 672, 683 e 694, regulando a cooperação judiciária nacional, desdobramento do princípio processual da cooperação, estampado no art. 6º do referido *Codex*. (...) Ousamos dizer que a cooperação judiciária nacional se revela como importante ferramenta, entre outros, para auxiliar o Estado na concretização de seu dever constitucional de criar mecanismos para coibir a violência familiar (art. 226, §8º7, Constituição).” SILVA, F. S., (2021) *A Cooperação Judiciária Nacional Como Instrumento de Prevenção e Combate às Violências Familiar e Institucional, Praticadas Contra Crianças e Adolescentes*, IBDFAM, v. 45 p. 103-116, (maio/jun.) Belo Horizonte.

O Formulário Nacional de Avaliação de Risco possui campos que trazem ao procedimento inicial subsídios para conhecimento das circunstâncias do caso concreto, mas que também esclarecem a situação da existência de prole e o seu nível de envolvimento no conflito. O Formulário deverá conter, entre outras, as seguintes informações devidamente respondidas: Você tem filhos? Qual a faixa etária de seus filhos? O (A) agressor(a) já ameaçou ou agrediu seus filhos, outros familiares, amigos, colegas de trabalho, pessoas desconhecidas ou animais? Algum de seus filhos é pessoa com deficiência? Estão vivendo algum conflito com relação à guarda dos filhos, visitas ou pagamento de pensão pelo agressor? Seu(s) filho(s) já presenciaram ato(s) de violência do(a) agressor(a) contra você? Você sofreu algum tipo de violência durante a gravidez ou nos três meses posteriores ao parto?

A busca qualificada da informação desde o primeiro atendimento certamente permitirá a atuação mais eficaz dos operadores do sistema. Polícia Civil, Ministério Público, Defensoria Pública e Rede de Serviços de Apoio poderão trabalhar com maior assertividade decisória. Visualiza-se ainda outra utilidade para esta ferramenta: compartilhamento de informações com as Varas de Família, permitindo subsídios para a avaliação de requerimentos liminares de regulamentação da convivência paterna.

A partir da implementação do formulário, as Varas de Família poderão ter acesso à informação unilateral, oferecida pela mulher vítima, sobre o envolvimento da prole na situação de violência, útil neste caso, principalmente, nos requerimentos de tutela antecipada de urgência para visitação, sem oitiva da parte contrária, requerida pelo indigitado pai agressor. Contudo, o compartilhamento do documento é válido também como elemento de prova para as demais fases procedimentais, bem como para o trabalho da equipe multidisciplinar.

As respostas inseridas no formulário devem demandar também à autoridade policial a análise da incidência do artigo 232 da Lei nº 8.069/90 (ECA), que criminaliza a conduta de “submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento”, quando houver descrição da prática de violência na presença da prole. De igual forma, a autoridade policial deve permanecer atenta à necessidade de encaminhamento do caso ao acompanhamento do Conselho Tutelar, quando presentes indícios de violação de direitos, para monitoramento, acompanhamento e aplicação das medidas protetivas cabíveis (neste caso, as medidas de proteção da criança estabelecidas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente) avaliando ainda a necessidade de representação ao Ministério Público para providências.

Vale lembrar que a convivência é direito dos filhos, de forma que cabe ao detentor da guarda promover a convivência parental e ao outro a obrigação de visitar para conviver. A violação em ambos os sentidos é descumprimento de obrigação legal, que não só demanda reparação indenizável, como também desafia a representação por infração administrativa prevista no artigo 249 do ECA: “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda”. O procedimento para aplicação da multa prevista no mencionado artigo é

da competência das Varas da Infância e Juventude e tem sua regulamentação prevista nos artigos 195 a 197 do referido Estatuto.

Nas Varas de Família, a existência de histórico de violência doméstica por si só, causa um alerta à convivência do filho com o pai agressor, mesmo que a ameaça ou a violência tenham se dado unicamente entre os genitores, sem envolvimento mais profundo da criança. A questão é que a sombra da violência em si, se apresenta como uma característica da personalidade do genitor, pondo na berlinda a capacidade de exercício da autoridade parental. Tal prejulgamento não pode precipitar a atuação dos profissionais, que devem se esmerar para compreender a dinâmica da família e o contexto dos acontecimentos, sempre tendo em mente a preservação do direito fundamental infantojuvenil à convivência com o genitor.

A princípio não há qualquer impedimento jurídico ao pai, envolvido em procedimento de violência doméstica contra mulher, para o exercício da guarda, visitação ou demais direitos e deveres da autoridade parental. Já no caso de a violência se estender à prole, a decisão dependerá da gravidade, sendo viável, em casos de menor gravidade, a suspensão da convivência ou o exercício de maneira assistida. Nesse caso, deve-se atentar que a suspensão do convívio familiar sempre deverá se guiar pelo princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente. A jurisdição de família deve pautar-se tendo em vista o princípio do melhor interesse infantojuvenil, devendo valer-se da interdisciplinaridade para formulação de seu juízo de convicção.

Neste aspecto, as equipes multidisciplinares desempenham papel ímpar.

Para os casos em que o tipo de violência noticiada vier a colocar em dúvida a capacidade de exercício da paternidade, deverão as partes pugnar para que o estudo técnico multidisciplinar seja feito com urgência. O quanto antes possível, o estudo deverá subsidiar o procedimento a fim de regulamentar o convívio. Esclareça-se que a declaração judicial de que o convívio paterno-filial deve ser restrito, suspenso ou impedido só poderá se dar diante da suspeita ou comprovação de fato grave e para proteção da criança ou do adolescente. A convivência familiar é inerente à autoridade parental e esta só pode ser limitada por determinação legal ou judicial (Código Civil, artigos 1635 e 1638).

Cabe aos juízos de família buscar identificar, nas hipóteses submetidas à jurisdição, os contornos do vínculo de afeto entre pais e filhos. O tipo de vínculo é prontamente identificado em um estudo multidisciplinar e o resultado da pesquisa deve subsidiar as decisões judiciais proferidas no caso. Para conferir proteção integral à criança, não basta decidir por uma regulamentação de praxe, no conhecido modelo quinzenal de convivência, pois a decisão não alcançará eficácia e efetividade na reaproximação (BRAZIL, 2010). É preciso atuar caso a caso na avaliação do vínculo e na necessidade de prevenir a fragilização ou perda, bem como determinar diligências que auxiliem no resgate do afeto. Glícia Brazil (2010) aponta três variáveis que interferem no vínculo paterno e que podem interromper o processo de afastamento parental. Para a autora: *i.* a decisão judicial precisa ser adequada ao caso concreto, utilizando, caso aplicável, medidas de coerção para determinar a reaproximação assistida entre

pais e filhos, com acompanhamento psicológico paralelo; *ii.* o trabalho precisa ser interdisciplinar entre Juízo, Ministério Público, Advogados e Equipe Técnica, ressaltando o dever dos advogados em realizar um trabalho ético em prol da criança, junto com a legítima representação das partes; *iii.* e a equipe técnica precisa ter um método de trabalho eficaz.²⁰

O direito não fornece aos magistrados ferramenta jurídica para obrigar os pais a amarem os filhos, mas há mecanismos jurídicos coercitivos para disciplinar o exercício do poder parental. Nesse sentido, a depender do caso concreto, poderá o magistrado, valendo-se do poder geral de cautela (CPC, Art. 297) determinar a fixação de multa²¹ para o descumprimento da obrigação de convívio, com a finalidade de coibir a negligência e impulsionar a reaproximação afetiva almejada.

Por fim, há de se considerar as limitações da jurisdição, derivadas da falta de estruturação para proteger a criança em seu direito fundamental à convivência familiar. É sabido que “a sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado, principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos” (DIAS, 2017, p.75). Por isso, oportuno mencionar o quanto a utilização das técnicas de mediação pode contribuir para o alcance da efetividade almejada na reconstrução dos laços rompidos. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2017, p.76): “A mediação não é um meio substitutivo da via judicial. Estabelece uma complementariedade que qualifica as decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente eficazes²²”.

6. Conclusão

O presente artigo se propôs a analisar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha na prevenção e punição da violência praticada contra a mulher e o impacto das

²⁰ BRAZIL, G. B. M. (2010) *A reconstrução dos vínculos afetivos pelo Judiciário*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Editora Magister, vol. 13, dez./jan. p. 47-59, Belo Horizonte, Minas Gerais.

²¹ Rolf Madaleno elucida a utilização das astreintes nas Varas de Família após a reforma do Código de Processo Civil: “Na sistemática anterior às últimas reformas processuais, a pena pecuniária só era aventada no pressuposto de descumprimento da sentença ou da decisão homologatória de acordo que prevísse expressa cominação de multa, e a sua utilização no Direito de Família era tímida e nada profícua. Revista a estrutura processual de aplicação das astreintes, e municiado o decisor de técnica modernas de construção de vontade, atuando sobre a mente, o bolso e até sobre o corpo do devedor, com apoio no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, as sanções cominatórias revelaram-se um instrumento a serviço da maior excelência e efetividade do processo familista, disponibilizando às partes e ao juiz mecanismo processual capaz de vencer desavenças afetivas, que debitam de um lento processo, e na contumaz desobediência ao comando judicial, o imensurável custo financeiro e psicológico da irreversível ruptura de um amor (2002)”. MADALENO, R. in DILL, M. A., CALDERAN, T. B. (2010) *Responsabilidade e penalidades aplicáveis aos pais pelo descumprimento dos deveres intrínsecos ao poder familiar*, p. 147, Revista Direito em Debate. Ano XIX nº 33, jan.-jun. 2010 / nº 34, jul.-dez.

²² Maria Berenice Dias (2017) alerta que “o Código de Processo Civil (3º ao consagrar a arbitragem, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual para desafogar a justiça. Tanto o juiz pode determinar de ofício, como o Ministério Público, os advogados e os defensores podem, a qualquer tempo, requerer o uso de tais meios conciliatórios. Os tribunais devem criar centros de solução consensual de conflitos, para realização de audiências de conciliação e mediação (CPC 165 a 175). Como é utilizado o verbo futuro: “criarão”, trata-se de imposição cogente.” DIAS, M. B. (2017) *Manual de Direito das Famílias*, p. 76, 12ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

medidas que tutelam os interesses da vítima, causam na vida dos filhos, quando estes integram o contexto da violência.

A partir da perspectiva de que a família goza de especial proteção do Estado, verificou-se que a violência doméstica transpassa a questão do gênero e atinge frontalmente a família, cujos integrantes vivem em relação de reciprocidade formando um sistema de interdependência onde as partes reverberam no todo. Por conseguinte, quando a violência é identificada em famílias com prole, o sistema de justiça tem trabalhado com as medidas de proteção à mulher, mas não tem pautado sua atuação na proteção ao público infantojuvenil, notadamente quanto à preservação do convívio e prevenção da perda do vínculo paterno-filial, gerando violação ao direito fundamental à convivência familiar.

Por fim, a pesquisa apontou ferramentas que podem ser utilizadas para prevenir a ocorrência da violação.

No âmbito da família, os deveres inerentes à autoridade familiar impõem aos pais a obrigação de promover e de não criar embaraços ao convívio parental, podendo a atuação que prejudica a prole gerar demanda indenizatória por abuso do exercício da autoridade parental (CC, Art. 187), representação por descumprimento de poder familiar (ECA, Art. 249), bem como ser alvo de medida coercitiva dentro do poder-dever geral de cautela (CPC, Art. 297) cabível aos juízes.

Nas Delegacias de Polícia, desde o início do procedimento inquisitorial, cumpre à autoridade policial, ao receber a notícia do ato de violência doméstica, perquirir sobre a situação da prole, registrando eventual tipificação penal dos crimes cometidos contra o público infantojuvenil, identificando a necessidade de encaminhamento do caso à atuação do Conselho Tutelar e às Promotorias de Justiça de Infância e da Juventude quando o caso demandar atuação, de plano, do Promotor de Justiça.

Nas Varas de Violência Doméstica, a visão da proteção integral à criança deve deixar os operadores em alerta aos casos em que os infantes integram o contexto da violência, para em regime de cooperação judiciária, ao defender os direitos de titularidade da vítima, não descuidar dos interesses da prole. No mesmo sentido, no que pertine às Varas de Família, é igualmente essencial que o trabalho de cooperação judiciária viabilize o compartilhamento de provas, com atenção ao *Formulário Nacional de Avaliação de Risco*, além de compartilhamento ou realização conjunta de estudos multidisciplinares e outros atos que previnam revitimização da criança.

O trabalho das Varas de Família nas demandas de regulamentação de convivência familiar, fulcrado no melhor interesse da criança, deve caminhar a favor do vínculo afetivo, utilizando-se de estudos técnicos em regime de urgência nos casos em que o vínculo pareça fragilizado ou rompido e de técnicas de mediação para suplementação das decisões regulamentadoras de convívio. Por fim, é importante que os juízes tenham em mente que para a efetividade da convivência, muitas vezes será preciso atuar com decisões que contenham elementos coercitivos da reaproximação, em paralelo às determinações de acompanhamento psicológico, além da utilização

de alternativas como visitação assistida e reaproximação afetiva acompanhada por equipe multidisciplinar judicial.

De um lado, importa festejar o trabalho de combate à violência contra a mulher, pois a proteção da mulher na perspectiva de gênero é bem jurídico de imensurável valor a ser tutelado. De outro, não podemos descuidar da proteção do direito à convivência familiar infantojuvenil em sua dimensão de prioridade absoluta constitucional.

*“Eu moro com a minha mãe
Mas meu pai vem me visitar
Eu moro na rua não tenho ninguém
Eu moro em qualquer lugar
Já morei em tanta casa que nem me lembro mais
Eu moro com meus pais”*

*“É preciso amar as pessoas
Como se não houvesse amanhã
Porque se você parar pra pensar
Na verdade, não há”²³*

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa de Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27/07/2021.

BRASIL. *Lei Federal nº 8.069/1990, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16/07/1990, retificado no DOU de 27/09/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27/07/2021.

BRASIL. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11/01/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 27/07/2021.

BRASIL. *Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados

²³ LEGIÃO Urbana. Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/legiao-urbana/>. Acesso em: 27-07-2021. “Pais e filhos”. In: Rádio Vagalume FM. Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/legiao-urbana/pais-e-filhos.html>. Acesso em: 27/07/2021.

de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08/08/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 27/07/2021.

BRASIL. *Lei Federal nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27.8.2010, retificado no DOU de 31.8.2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 27/07/2021.

BRASIL. *Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17/03/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27/07/2021.

BRASIL. *Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29/06/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 27/07/2021.

BRASIL. *Lei Federal nº 14.149, de 05 de maio de 2021*. Institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06/05/2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14149.htm. Acesso em: 27/07/2021.

BRASIL. IBGE. *Pesquisa Estatísticas de Registro Civil*. (2002). Sidra: Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/719#resultado>. Acesso em 27/07/2021.

BRAZIL, G. B. M. (2010). A reconstrução dos vínculos afetivos pelo Judiciário. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Editora Magister, vol. 13, dez./jan. p. 47-59, Belo Horizonte, Minas Gerais.

BRITO, L. M. T & CARDOSO, F. S. (2015). *Possíveis impasses da Lei Maria da Penha à convivência parental*. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, v. 15, n. 2, p. 529-546, 2015, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.

BRITO, L. M. T., (2001). *Impasses a condição da guarda e da visitação - o palco da discórdia*, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/211.pdf. Acesso em: 27.07.2021.

BRUNETTO, A. (2010). *Contornos jurídicos do abuso do direito de guarda e de visitação no âmbito familiar*. 107 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Soledade, Rio Grande do Sul.

CAVALCANTE, L. I. C., SILVA, S. S. C. & MAGALHÃES, C. M. C. Institucionalização e reinserção familiar de crianças e adolescentes, *Revista Mal-estar E Subjetividade*, vol. X, núm. 4, diciembre, 2010, p. 1147-1172 Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Brasil.

CERQUEIRA, D., MATOS, M., MARTINS, A. P. A. & JUNIOR, J. P., (2015). *Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha*. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p.10, Rio de Janeiro, Brasil.

CONANDA e CNAS (2006). *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária*. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em 27/07/2021.

CONANDA (2006). *Resolução 113 de 19 de abril de 2006*. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/old/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente/conanda/resolucoes/resolucoes-1>. Acesso em 27/07/2021.

COSTA, L. F. (2010). *A perspectiva sistêmica para a Clínica da Família*, fascículo 10, Psic.: Teor. e Pesq. Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília, Distrito Federal, Brasília, Brasil.

CNJ e IPEA (2019). *Relatório: O Poder Judiciário no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*, p. 34-35, Distrito Federal, Brasília.

DIAS, M. B. (2017). *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

GOMES, L. B., BOLZE, S. D. A., BUENO, R. K., & CREPALDI, M. A. (2014). *As origens do pensamento sistêmico: das partes para o todo*, DOMUS - Centro de Terapia de Casal e Família, Pensando fam. vol.18, nº. 2, Porto Alegre, Brasil.

IPEA (2020). *Atlas da Violência*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em 27/07/2021.

ITABORAÍ, N. R. (2005). *A proteção social da família brasileira contemporânea: reflexões sobre a dimensão simbólica das políticas públicas*, p.16. Disponível em: <http://files.viverjunto.webnode.com.br/200000042-1572a166d0/familia.pdf>. Acesso em 27/07/2021.

KARAN, M. L. (2006). *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim do IBCCRIM, 14 (168), 6-7. Brasil.

MACIEL, K. R. F. L. (2009). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Ed Lumen Juris. 4ª Ed, p.77, Rio de Janeiro, Brasil.

MADALENO, R. in DILL, M. A., CALDERAN, T. B. (2010). *Responsabilidade e penalidades aplicáveis aos pais pelo descumprimento dos deveres intrínsecos ao poder familiar*, p. 147, Revista Direito em Debate. Ano XIX nº 33, jan.-jun. 2010 / nº 34, jul.-dez.

PIRES, A. A. (2011). *A Opção Legislativa pela Política Criminal Extrapenal e a Natureza Jurídica das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha*, v.1, n. 5, p. 121-168, R. Minist. Públ. Dist. Fed. Territ., Brasília.

PORTO, P. R. F. (2014). *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06 análise crítica e sistêmica*, p. 24, Livraria do Advogado Editora Ltda. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.

RIOFITIS, T. (2008). Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a “violência conjugal” e a “violência intrafamiliar”. *Revista Katál*, 11 (2), 225-236, Brasil.

SILVA, F. S. (2021). *A cooperação judiciária nacional como instrumento de prevenção e combate às violências familiar e institucional praticadas contra crianças e adolescentes*, IBDFAM, v. 45 p. 103-116, (maio/jun.), Belo Horizonte.

Teoria da Norma Jurídica

Theory of the Legal Rule

Reis Friede*

Sumário

1. Introdução. 2. Estrutura da Norma Jurídica. 3. Características da Norma Jurídica. 4. Classificação da Norma Jurídica. 5. Validade da Norma Jurídica. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo discorre sobre o conceito, a estrutura, as características, a classificação e a validade das normas jurídicas.

Abstract

The current article deals about the concept, the structure, the characteristics, the classification and the validity of the legal rules.

Palavras-chave: Norma jurídica.

Keywords: *Legal rule.*

1. Introdução

BOBBIO, lembrado por SGARBI (2007, p. 114), afirma que a “nossa vida se desenvolve em um mundo de *normas*”; não obstante acreditarmos na liberdade humana, encontramos-nos, na realidade, “envoltos em uma rede muito espessa de *regras* de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações”. Consoante anota LIMA (1983, p. 39), “normas há de várias espécies, religiosas, morais, costumeiras, porém jurídicas são aquelas dotadas de poder coercitivo compulsoriamente organizado”.

O trecho extraído de SGARBI indica que os autores, de um modo geral, a exemplo de NADER (2017, p. 83) e REALE (2002, p. 93), não fazem distinção entre as

* Mestre e Doutor em Direito. Desembargador Federal. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

expressões norma jurídica e regra jurídica, diferenciando tão somente os termos direito, lei e norma jurídica.

Os vocábulos direito, lei e norma jurídica, sem embargo da confusão terminológica existente na doutrina, são, em sua perfeita tradução, inconfundíveis. Em uma análise superficial, seria lícito admitir que os três termos basilares da Ciência Jurídica guardam uma inerente relação de abrangência, permitindo concluir, em síntese, que o *direito* engloba a *lei* e esta, por sua vez, a norma jurídica. Tendo em vista que o Direito pátrio, por razões históricas (a origem romano-germânica do nosso sistema), se expressa, sobretudo, através da lei (em seu sentido amplo, enquanto norma jurídica escrita), sendo decorrente de produção estatal (de cunho predominantemente legislativo), pode-se deduzir que, embora o Direito transcenda à exclusiva existência da figura legal, é exatamente a partir da interpretação levada a efeito sobre ela de que se extrai a norma jurídica.

De fato, a vida social encontra-se impregnada por normas. Cada passo do ser humano é disciplinado por regras de várias tonalidades. Pela manhã, ao dividirmos o elevador com outras pessoas, uma norma de trato social impõe o quase que automático “bom dia”. Na missa matinal, o fiel, ao comungar, o faz em tom respeitoso e em obediência à liturgia religiosa, geralmente estabelecida através de normas religiosas. Ao utilizarmos as instalações do clube ou do condomínio, deparamo-nos, igualmente, com convenções a serem observadas, notadamente as pertinentes à boa educação e higiene, por exemplo. Durante a condução de automóveis, inúmeras regras de cunho jurídico disciplinam o trânsito de veículos e pedestres. Enfim, seja no ambiente social, na igreja, no clube, no condomínio, no tráfego de veículos ou em muitos outros momentos do cotidiano, há regramentos a serem seguidos, de modo que o fundamento das normas encontra-se justamente na exigência da natureza humana de viver em sociedade (DINIZ, 2000, p. 328).

Não obstante, muitos estudiosos ainda demonstram alguma dificuldade em entender que o escopo último de atuação do Direito, de um modo geral, e da norma jurídica, em particular, é exatamente o de servir como sinérgico mecanismo de projeção comportamental ou, em outras palavras, como uma espécie de “ponte” entre o mundo do ser (ou seja, a realidade como ela se apresenta no mundo fático) e o mundo do dever-ser (isto é, a realidade projetada, segundo os ideais e valores de uma dada sociedade), razão pela qual se afirma que a norma jurídica constitui-se em uma realidade cultural. Neste sentido, o Direito sempre projeta a realidade para mantê-la como tal, reestruturá-la ou transformá-la, segundo os critérios e concepções impostos pela classe dominante, ainda que, sob a ótica do desejável, tais concepções devessem ser oriundas do conjunto homogêneo de toda a sociedade.

Desta feita, o Direito, operando por meio de normas jurídicas, procura disciplinar o comportamento humano, conduzindo-o a uma direção, sempre com o intuito de alcançar uma determinada finalidade. Não é à toa que DEL VECCHIO afirmava ser a norma jurídica a *coluna vertebral* da sociedade, do que se extrai a importância de seu estudo, justamente por se tratar de elemento essencial do Direito Positivo.

Segundo uma definição apresentada por LIMA (1983), a norma jurídica pode ser objetivamente definida como uma “norma imperativa, bilateral e coercitiva, emanada pelo órgão competente, destinada a dirigir a conduta dos indivíduos ou estabelecer a ordem de convivência social, cuja inobservância acarretará a aplicação da sanção pelos órgãos do poder público”. PAUPÉRIO (citado por SECCO, 1988, p. 43) considera que a norma jurídica consiste na própria expressão da ordem jurídica, que se traduz através de “normas, que têm sempre a forma imperativa e que se podem decompor em ordens ou proibições”, caracterizando, pois, “regras que impõem o comportamento adequado à consecução da ordem e da segurança na sociedade”.

De fato, considerando que o Direito tem como fim específico disciplinar condutas humanas em sociedade, impondo-se naturalmente como princípio básico da vida do gênero humano em coletividade, é fato incontestado que ele necessita de (e efetivamente possui) diversas expressões, tendo como um de seus ideais a realização da justiça, considerada necessariamente em sua acepção mais ampla.

Por efeito consequente, a norma jurídica deve ser entendida, sob o ponto de vista restritivo, como a expressão formal do Direito, tendo como tarefa fundamental prever, bem como orientar os próprios modos de conduta interessantes ao convívio social, disciplinando, em todos os casos, a atuação humana na sociedade, e associando a denominada ordem jurídica com a própria normatividade.

Até mesmo porque, conforme adverte LIMA (1983, p. 38), “não pode a sociedade humana subsistir sem regras disciplinadoras do sistema social, nas quais se baseie o equilíbrio de sua posição”, sobretudo se considerarmos que a “convivência coletiva acarreta conflitos cuja superação se torna cotidianamente indispensável”. Não é por outra razão que inúmeros autores, como WILHELMUS LUIJPEN (1922-1980), insistem em afirmar, de maneira categórica, que a disciplina jurídica é essencialmente normativa, possuindo o propósito histórico de conciliar o individual com o social, conduzindo-nos à inafastável conclusão de que a existência envolve necessariamente a coexistência e esta, por seu turno, abrange obrigatoriamente a normatividade.

Por via conclusiva, a única verdade possível, determinante e fundamental passa a ser exatamente aquela que situa o Direito como uma ordem essencialmente normativa, com um sentido próprio de existência obrigatoriamente desvinculado de qualquer outro regente, excetuando-se, é claro, os valores axiológicos considerados fundamentais: a justiça, englobando, obrigatoriamente, apenas o justo formal, mas sempre objetivando o justo material, e a segurança, na qualidade de imperativo da ordem social, garantida, em última análise, pela própria normatividade, entre outros, como o bem comum.

Com efeito, é possível, sinteticamente, definir a norma jurídica como sendo uma proposição normativa inserida em uma ordem jurídica, avalizada pelo poder público (Direito Interno) ou pelas organizações internacionais (Direito Internacional), podendo disciplinar condutas ou atos, como pode não as ter por objeto, providas ou não de sanção, cuja finalidade é garantir a ordem e a paz social.

2. Estrutura da Norma Jurídica

BATALHA (2000, p. 308) destaca a existência de quatro diferentes posições fundamentais a respeito da estrutura da norma jurídica: *a)* a solução tradicional da *unitariedade* da norma jurídica, equivalendo a sanção à prestação; *b)* a proposta de HANS KELSEN, pela qual a norma jurídica constitui-se em um juízo hipotético, desmembrado em norma primária e secundária; *c)* a formulação de COSSIO, para quem a norma jurídica traduz-se em um juízo disjuntivo, abrangendo a perinorma e a endonorma; e *d)* a perspectiva de MAYNEZ, segundo a qual a norma jurídica envolve duas normas paralelas (a atributiva e a preceptiva), cada qual com seus conceitos lógico-jurídicos e respectivos correlatos ontológico-jurídicos.

Acrescente-se, nesse rol, a teoria elaborada por HART, na obra *O Conceito de Direito* (1961), para quem o Direito comporta dois tipos de normas, não sendo correto afirmar a existência apenas de normas com conteúdo sancionador. Para HART, as normas do Direito podem ser classificadas em: *a)* normas primárias (aquelas que estabelecem comportamentos a serem adotados pelos indivíduos, independentemente do seu querer, como a norma insculpida no art. 14, § 1º, I, da CF, que impõe a obrigatoriedade do voto para os maiores de dezoito anos) e *b)* normas secundárias, as quais, por sua vez, classificam-se em normas de reconhecimento (destinadas a “identificar as normas primárias, possibilitando a verificação de sua validade e, por conseguinte, se elas podem ou não ser consideradas pertencentes a dado sistema ou ordenamento”), normas de modificação (que regulam o “processo de transformação das normas primárias”, sua ab-rogação ou derrogação) e normas de julgamento (aquelas que “disciplinam a aplicação das normas primárias”) (REALE, 2002, p. 98).

Na sua *Teoria Pura do Direito*, KELSEN, citado por NADER (2017, p. 84), concebe o esquema lógico da norma jurídica em duas partes: *a)* norma primária (que define o dever jurídico diante de uma determinada situação fática) e *b)* norma secundária (que estabelece a sanção aplicável para o caso de eventual violação do respectivo dever jurídico).

REALE (2002, p. 95), discorrendo sobre a aludida concepção kelseniana, entende que as “regras que dispõem sobre a organização dos Poderes do Estado, as que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos”. Para REALE, tais regras são caracterizadas por apresentarem uma “*obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas consequências*”, razão pela qual, segundo o festejado jusfilósofo brasileiro, “*não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, não há que falar em hipoteticidade*”.

Assim, na ótica realeana, “o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional *enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*” (REALE, 2002, p. 95).

Sem embargo da existência de alguma controvérsia a respeito do tema, parte dos estudiosos da teoria normativa do Direito continua a defender a posição clássica segundo a qual a norma jurídica possui sempre uma estrutura externa e uma estrutura interna, além de um conteúdo próprio e particular. A estrutura externa, segundo esta perspectiva, corresponde exatamente ao revestimento da norma jurídica, que pode se apresentar em forma de lei (norma jurídica escrita, que tem origem na autoridade) ou de costume jurídico (norma jurídica não escrita, que surge de forma difusa na sociedade). A estrutura interna, por seu turno, encontra-se intimamente associada, por partes, à denominada endonorma (juízo que impõe uma prestação) e à chamada perinorma (juízo que impõe uma sanção). Em comparação com o modelo de KELSEN, a endonorma corresponde à norma primária, enquanto que a perinorma concerne à norma secundária. Tal juízo disjuntivo pertinente à estrutura da norma jurídica foi proposto por COSSIO, formulação teórica assim retratada e cotejada (esquemáticamente) em relação à perspectiva de KELSEN:

Dado A , deve ser P , ou dado $\bar{n}P$, deve ser S . A *endonorma* corresponde ao juízo que impõe uma prestação (P) ao sujeito que se encontra em determinada situação (A) e equipara-se à *norma primária* de KELSEN. Exemplo: o indivíduo que assume uma dívida (A), deve efetuar o pagamento na época própria (P). A *perinorma* impõe uma sanção (S) ao infrator, isto é, ao sujeito que não efetuou a prestação a que estava obrigado (\bar{n}). Corresponde à *norma secundária* de KELSEN. Exemplo: o devedor que não efetuou o pagamento na época própria deverá pagar multa e juros.

CARLOS COSSIO não concordou com o reduzido significado atribuído por KELSEN anteriormente à norma secundária, que prescrevia a conduta obrigatória, lícita. Enquanto a norma primária e a secundária se justapõem, a endonorma e a perinorma estão unidas pela conjunção *ou*. (NADER, 2017, p. 85)

3. Características da Norma Jurídica

Malgrado a existência de divergência a respeito das características basilares que efetivamente marcam a norma jurídica, a doutrina, de um modo geral, apresenta as seguintes: imperatividade, heterogeneidade, bilateralidade, generalidade, estabilidade, permanência e publicidade, explicadas adiante.

a) Imperatividade

A fim de alcançar determinado objetivo, a norma jurídica emite um comando normativo, ou seja, prescreve como os indivíduos, os governantes e o próprio Estado devem se conduzir na vida comunitária. Enfim, a norma jurídica impõe um dever,

que deve ser cumprido por todos. Neste sentido, explica HERMES LIMA (1983, p. 37) que o “Direito expressa-se através de normas que tomam a forma de imperativos”.

b) Heterogeneidade

Significa dizer que a norma jurídica deve ser observada por todos, ainda que os respectivos destinatários discordem de seu comando. Desta feita, a observância da norma jurídica independe da vontade daqueles aos quais ela se destina.

c) Bilateralidade

Por bilateralidade entende-se a correspondência existente entre as duas partes interligadas pela norma jurídica. Significa dizer, pois, que o Direito existe sempre vinculando duas ou mais pessoas, atribuindo um poder a uma parte e, da mesma forma, impondo um dever à outra: “a norma jurídica é bilateral, pois, em seu mecanismo, alguém dispõe, os demais obedecem” (LIMA, 1983, p. 37).

d) Generalidade

A norma jurídica é dirigida, indistintamente, a todos que se ajustarem à hipótese por ela disciplinada, e não a alguém em particular. É preceito de ordem geral, que obriga a todos os que estiverem em igual situação jurídica, referindo-se, desta feita, não a casos concretamente considerados, mas a um rol de situações indefinidas. A propósito, leciona LIMA (1983, p. 37) que a “forma exterior na qual o Direito se apresenta é a de dispositivos jurídicos, isto é, regras abstratas que, visando um escopo prático, disciplinam determinado conteúdo ou situação de fato, e lhe estabelecem as consequências jurídicas”.

DINIZ (2001, p. 6-7), analisando o atributo da generalidade inerente às normas jurídicas, afirma que a “norma procede por abstração, fixando tipos, referindo-se a uma série de casos indefinidos e não a casos concretos”, sendo que tal “abstração de normas, em virtude de seu processo generalizante, implica seu afastamento da realidade, surgindo um antagonismo entre normas jurídicas e fatos”. Não obstante, esclarece a ilustre professora que esta “oposição não é um hiato insanável”, uma vez que os “fatos individuais apresentam o geral determinado no conceito abstrato”, vale dizer, ostentam uma “nota de tipicidade que permite sejam enquadrados nos conceitos normativos”, do que se depreende que a “norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do magistrado, que é o intermediário entre a norma e a vida ou o instrumento pelo qual a norma abstrata se transforma numa disposição concreta, regendo determinada situação individual”.

Ainda segundo DINIZ (2001, p. 7), “a norma de Direito é um modelo funcional que contém, em si, o fato, pois, sendo um tipo geral oposto à individualidade concreta, pode ser adaptada a esta última”; destarte, o tipo contido no preceito normativo

apresenta dupla função, ou seja, “é meio de designação dos elementos da hipótese de fato e forma de apreensão e exposição de relações jurídicas”.

No mesmo sentido, leciona LIMA (1983, p. 38) que a “estrutura lógica da norma jurídica consta de uma previsão e de um dispositivo relativamente a mesma previsão”, sendo que a “norma prevê, de modo geral e abstrato, hipóteses de fato, devidamente classificadas por tipo, a que imprime valorização jurídica”.

e) Estabilidade

Tal atributo reside no fato de que a norma jurídica é editada, em regra, pelo Estado (em forma de lei). Ademais, quando a norma jurídica é excepcionalmente produzida (de modo difuso) pela sociedade, dando origem ao costume jurídico, é o ente estatal que a chancela.

f) Permanência

Segundo dispõe o art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Nota-se, portanto, que a norma jurídica não se esgota pela sua observância ou pelo seu descumprimento, vigendo até que sobrevenha eventual alteração ou até mesmo revogação (cessação da vigência da norma).

g) Publicidade

A característica da publicidade é de fundamental importância, mormente se considerarmos que a norma jurídica, para ser fielmente observada, precisa ser oficialmente publicada, conforme preceituam, inclusive, o art. 1º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”), complementado pelo parágrafo 1º (“nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada”) e pelo parágrafo 3º (“se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação”), ambos do mesmo artigo.

Cabe ressaltar que, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, estabelecendo, pois, uma autêntica ficção legal, pela qual se presume que a lei, uma vez publicada, é do conhecimento de todos, presunção que objetiva conferir primazia ao interesse social diante do interesse individual.

4. Classificação da Norma Jurídica

As normas jurídicas podem ser classificadas sob vários aspectos, não havendo uniformidade quanto ao tratamento do assunto vertente. Não obstante, a doutrina, de um modo geral, alude às seguintes categorias:

a) Quanto à natureza das disposições

Quanto à natureza das disposições, a norma jurídica classifica-se em *normas jurídicas substantivas* (ou *materiais*) e *normas jurídicas adjetivas* (ou *processuais*).

Normas jurídicas substantivas (ou materiais) são aquelas que criam, declaram e definem direitos, deveres e relações jurídicas.

Como exemplos, as normas que integram o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) e o Código Civil (Lei nº 10.406/02).

As normas jurídicas adjetivas (ou processuais), por sua vez, regulam o procedimento e o processo aplicáveis para fazer cumprir as normas jurídicas substantivas. Por exemplo, aquelas previstas no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) e no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

b) Quanto à obrigatoriedade

No que se refere à obrigatoriedade, a norma classifica-se em *normas jurídicas imperativas* (ou de *ordem pública*) e *normas jurídicas dispositivas* (ou de *ordem privada*).

As normas jurídicas imperativas (ou de ordem pública) são aquelas que, tendo em vista o fim social que objetivam alcançar, não podem ser modificadas por convenção dos particulares, sendo também denominadas de normas cogentes. É exatamente o que acontece, por exemplo, com as regras jurídicas que estabelecem impedimentos para o casamento, as quais não podem ser modificadas pelos nubentes. Assim, se os irmãos X e Y desejarem contrair matrimônio, não poderão fazê-lo, notadamente diante do impedimento previsto na norma cogente contida no art. 1.521, IV, do Código Civil.

Em contraste com as anteriores, as normas jurídicas dispositivas (ou de ordem privada) admitem que os particulares convençionem por ato de vontade. O art. 1.639, *caput*, do Código Civil, por exemplo, permite aos nubentes, antes da celebração do casamento, convençionar, quanto aos bens, o que lhes aprouver.

c) Quanto à origem

Em relação à classificação em epígrafe, as normas jurídicas, ante o sistema de repartição de competências previsto na Constituição Federal, e conforme o ente que as tenha produzido, podem ser federais, estaduais, distritais e municipais.

d) Quanto à sistematização

No que se refere à sistematização, as normas jurídicas podem ser catalogadas em normas constitucionais, codificadas, esparsas (ou extravagantes) e consolidadas.

Normas constitucionais são aquelas estabelecidas pelo Poder Constituinte (Originário ou Derivado, conforme o caso) e que fundamentam a validade das demais normas jurídicas integrantes do sistema normativo.

Como exemplo, cite-se o art. 19 da CF, segundo o qual “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II – recusar fé aos documentos públicos; III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

Normas codificadas são aquelas que se encontram incorporadas a códigos tematicamente organizados e sistematizados (em livros, partes, títulos, capítulos, seções e subseções), cujo conteúdo versa sobre determinado ramo do Direito.

O fenômeno da codificação, que, conforme cediço alhures, remonta ao início do século XIX, notadamente quando da edição do Código Civil da França (Código Napoleônico, 1804), guarda profunda relação com o caráter sistêmico inerente ao Direito, indicando, pois, a necessidade de se prover sistematização a determinadas matérias jurídicas, tais como o Direito Tributário, razão pela qual a Lei nº 5.172/66 instituiu o Código Tributário Nacional.

Interessante notar que o art. 59 da CF, ao dispor sobre o chamado processo legislativo (que compreende a elaboração das denominadas espécies normativas primárias, a saber: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), reconhece expressamente a importância de se sistematizar a legislação nacional, tanto que o parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional determinou que lei complementar disciplinasse a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, regra que ensejou a edição da Lei Complementar nº 95/98.

Normas esparsas (ou extravagantes) são aquelas editadas de modo isolado e que tratam de específica matéria jurídica, não estando, portanto, codificadas. Como exemplo, a Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98), cujo conteúdo abarca um amplo leque de normas jurídicas (de natureza penal, administrativa, civil etc.) relativas à preservação do meio ambiente.

As normas consolidadas, por seu turno, são fruto da reunião de várias leis esparsas disciplinadoras da mesma matéria, sendo a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-Lei nº 5.452/43) um típico exemplo a ser apresentado.

e) Quanto à sanção

Quanto à sanção, a norma jurídica classifica-se em mais que perfeitas, perfeitas, menos que perfeitas e imperfeitas, explicadas a seguir.

Normas mais que perfeitas são aquelas que determinam a nulidade do ato jurídico praticado com violação ao conteúdo normativo, bem como a restauração do *status quo* anterior, além de cominar uma sanção correspondente. No caso, é possível invocar, como exemplo, a norma contida no art. 1.521, VI, do Código Civil, a qual estabelece que as pessoas casadas não podem constituir novo matrimônio durante a vigência do casamento. Assim, a violação da citada norma acarreta não só a nulidade do segundo casamento (art. 1.548, II, do Código Civil), bem como a responsabilização penal do bigamo (art. 235, *caput*, do Código Penal).

Normas perfeitas são as que estabelecem a nulidade ou anulabilidade do ato jurídico praticado com violação ao comando da norma, não havendo, porém, sanção a ser aplicada em decorrência de tal ofensa normativa. Por exemplo, o art. 1.647, I, do Código Civil, segundo o qual, ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis.

Normas menos que perfeitas são aquelas que não ensejam a nulidade ou anulabilidade do ato praticado com violação ao conteúdo normativo, mas estabelecem uma sanção para o infrator da norma. A propósito, o art. 1.523, I, do Código Civil estabelece que o (a) viúvo (a) que tiver filhos do cônjuge falecido não pode se casar enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, sendo que eventual transgressão da mencionada norma não implica nulidade do novo casamento, impondo-se, todavia, a adoção do regime de separação de bens (art. 1.641, I, do Código Civil).

As normas imperfeitas são aquelas que não acarretam a nulidade ou anulabilidade do ato jurídico, bem como não estabelecem qualquer sanção para o caso de descumprimento do conteúdo normativo. O art. 611, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual o processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de dois meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos doze meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar estes prazos, de ofício ou a requerimento de parte, cujo descumprimento não acarretará qualquer nulidade ou sanção.

f) Quanto à vigência

Em relação à vigência, as normas jurídicas podem ser de vigência indeterminada e de vigência determinada, classificação acolhida, inclusive, pelo art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

As normas de vigência indeterminada, como a própria denominação sugere, são as que vigoram por tempo indeterminado, isto é, não fazem qualquer referência

ao prazo de vigência, sendo, portanto, a regra geral, tal como acontece com a Lei nº 9.455/97, que define e pune o crime de tortura. No caso, não é possível afirmar, de antemão, quando a norma em questão perderá o vigor.

Normas de vigência determinada, ao reverso, são aquelas que vigoram por tempo determinado, ou seja, estabelecem previamente o respectivo prazo de vigência, configurando, assim, uma exceção à regra anterior. Na presente hipótese, é possível afirmar quando a norma perderá a vigência. É o caso, por exemplo, das normas contidas nos arts. 30 a 36 da Lei nº 12.663/12, que dispôs sobre as medidas relativas à Copa das Confederações (FIFA – 2013) e à Copa do Mundo (FIFA – 2014), entre outras providências, cujo Capítulo VIII estabeleceu diversos tipos penais pertinentes à época daqueles eventos, delitos que só existiram até o dia 31 de dezembro de 2014, conforme previsão do art. 36 da mesma lei.

g) Quanto à aplicabilidade

No que se refere à aplicabilidade, as normas podem ser autoaplicáveis, normas dependentes de complementação e normas dependentes de regulamentação.

Normas autoaplicáveis são aquelas que vigoram de imediato, independentemente da edição de qualquer norma posterior. Por exemplo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.649/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julgamento em 15.09.2015) é firme no sentido de que o art. 236, *caput* (“os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”), e seu parágrafo 3º (“o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”), ambos da Constituição de 1988, são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, mesmo antes do advento da Lei nº 8.935/94.

Da mesma forma, entendeu o Superior Tribunal de Justiça ser “autoaplicável o disposto no art. 46 da Lei nº 8.541/92, o qual dispõe que ‘o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário” (STJ, Terceira Turma, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 246.938/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgamento em 11.05.2015).

Em contraste, as normas em epígrafe são aquelas que necessitam de complementação a ser estabelecida por outra norma. A título de exemplo, o art. 7º, inciso XI, da Constituição estabelece ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. Em consequência, editou-se a Lei nº 10.101/00, que tratou de complementar o citado dispositivo constitucional.

Do mesmo modo, a jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido de que o art. 201, § 4º, com a redação dada pela EC nº 20/98 (“é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”), e o art. 202 (“o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”), ambos da Constituição, não são autoaplicáveis, pois necessitam de integração legislativa que só foi implementada com a edição da Lei nº 8.212/91 e da Lei nº 8.213/91 (STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Agravo Regimental nº 485.742/MG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 26.08.2014).

Por fim, as normas dependentes de regulamentação demandam a edição de um decreto regulamentador por parte do Chefe do Poder Executivo, de modo a esmiuçar e detalhar a fiel aplicação da lei, consoante previsão estabelecida no art. 84, IV, da Lei Maior. Por exemplo, a norma contida no art. 17, *caput*, V, da Lei nº 8.629/93, que dispõe sobre os créditos de instalação no programa de reforma agrária, dispositivo regulamentado pelo Decreto nº 9.066/17.

h) Quanto à fonte

Como visto em outra ocasião, a doutrina alude à existência de dois grandes sistemas jurídicos: *a)* o denominado sistema romano-germânico (ou sistema do *civil law*), do qual o Direito brasileiro é um típico exemplo, figurando a lei escrita como a principal fonte, *b)* e o sistema anglo-saxão (ou sistema da *common law*), no qual os precedentes judiciais adquirem *status* fundamental, sendo reconhecida e aceita a sua força vinculante. Conforme explica REALE (2002, p. 97-98), a expressão *common law* designa a “experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição”, caracterizada exatamente por “não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais”, configurando, desta feita, um “Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas”.

Assim, de acordo com a presente classificação, as normas jurídicas podem ser escritas (produzidas pelo Estado) ou não escritas (costumeiras ou consuetudinárias, isto é, produzidas difusamente pela sociedade).

i) Quanto ao sistema jurídico

Quanto ao sistema jurídico, as normas jurídicas podem ser nacionais ou estrangeiras. Normas nacionais são aquelas que vigoram no Brasil. Como exemplo, o Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/40). Ao contrário, as normas estrangeiras,

por seu turno, não vigoram no Brasil: o Código Penal alemão (*Das Strafgesetzbuch – StGB*), por exemplo.

j) Quanto à incidência territorial

Quanto à incidência territorial, as normas jurídicas podem ser comuns ou locais.

Normas comuns são aquelas que possuem incidência sobre todo o território nacional. O Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº 9.503/97, por exemplo.

Normas locais são aquelas que possuem incidência apenas sobre uma parte (Estados-Membros, Distrito Federal ou Municípios) do território nacional. Por exemplo, a Lei nº 7.530/17, que institui pisos salariais no âmbito do Estado do Rio de Janeiro para as categorias profissionais nela mencionadas.

l) Quanto ao âmbito material de aplicação

Em relação ao âmbito material de aplicação, as normas jurídicas podem ser de Direito Público ou de Direito Privado.

5. Validade da Norma Jurídica

REALE, analisando a questão inerente à vigência (obrigatoriedade sob o prisma formal), eficácia (efetiva correspondência social ao conteúdo normativo) e fundamento da norma jurídica sob a perspectiva de sua *Teoria Tridimensional do Direito*, explica:

A necessária complementariedade das pesquisas do filósofo, do sociólogo e do jurista revela-se, de maneira bem marcante, quando se estuda o problema da *validade do direito*, questão que, no dizer colorido de MAX ERNST MAYER, esvoaça como um pássaro assustado, por todos os quadrantes do pensamento jurídico.

Para empregarmos uma expressão popular, densa de significado, a primeira impressão que nos dá a lei é a de algo feito “para valer”, isto é, de uma ordem ou comando emanado de uma autoridade superior. Basta, porém, imaginar uma pessoa na situação concreta de destinatário do chamado “comando legal” para perceber-se quão complexo é o problema da validade do direito. Há, em primeiro lugar, uma pergunta quanto à obrigatoriedade da norma jurídica para todos, em geral, e para determinada pessoa em particular, o que se desdobra em uma série de outras perguntas sobre a competência do órgão que elaborou o modelo jurídico, a sua estrutura e o seu alcance. Além desse plano de caráter formal, surge outro grupo de questões, quanto à conversão efetiva da regra de direito em momento de vida social, isto é, no tocante às condições

do real cumprimento dos preceitos por parte dos consorciados; e, finalmente, há uma terceira ordem de dificuldades, que consiste na indagação dos títulos éticos dos imperativos jurídicos, na justiça ou injustiça do comportamento exigido, ou seja, de sua *legitimidade*.

Eis aí, numa percepção sumária e elementar, os três fios com que é tecido o discurso da validade do direito, em termos de *vigência* ou de obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos; de *eficácia* ou da efetiva correspondência social ao seu conteúdo; e de *fundamento*, ou dos valores capazes de legitimá-los numa sociedade de homens livres.

Enunciada desse modo a questão, parecem transparentes os nexos que ligam entre si os três problemas numa estrutura tridimensional, mas, por um complexo de motivos, uns de natureza histórica, outros dependentes das inclinações intelectuais dos investigadores, nem sempre prevalece a compreensão unitária dos fatores que compõem a realidade jurídica: não raro orientam-se os espíritos no sentido do primado ou da exclusividade de uma das perspectivas acima discriminadas, surgindo, assim, *soluções unilaterais* ou *setorizadas*.

(REALE, 2001, p. 14-15)

Da mesma forma, DINIZ (2001, p. 48), reconhecendo que os termos validade, vigência, eficácia e fundamento, por serem conceitos interligados, geram grande confusão terminológica, estabelece que “a *validade constitucional*, intimamente relacionada com a eficácia constitucional, indica que a disposição normativa é conforme às prescrições constitucionais; assim, nesse sentido, válida é a norma que respeita um comando superior, ou seja, o preceito constitucional”. Ainda segundo a autora, a “*validade formal*, ou técnico-jurídica (vigência em sentido amplo), de uma norma significa que ela foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais”. Por conseguinte, “a norma formalmente válida é a promulgada por um ato legítimo da autoridade, de acordo com o trâmite ou processo normativamente estabelecido, que lhe é superior, não tendo sido ela revogada”.

Ademais, esclarece DINIZ que “*vigência* (sentido lato) não configura um atributo próprio da norma jurídica, pois ela não é válida em si por depender de sua relação com as demais normas jurídicas”:

Poder-se-ia, estudando a lição de KELSEN, vislumbrar na validade das normas uma relação internormativa. Assim, uma norma só será válida se se fundar em norma superior, reveladora da competência do órgão emissor e do processo para sua elaboração.

Terminada a fase constitutiva do processo de produção normativa, a norma já é válida; no período que vai de sua publicação até sua revogação, ou até o prazo estabelecido para sua validade, diz-se que a norma é vigente. O âmbito temporal de validade constituiu o período durante o qual a norma tem vigência (sentido estrito). [...].

A vigência (sentido estrito) poderá coincidir com a validade formal, mas nem sempre, pois nada obsta que uma norma válida, cujo processo de produção já se aperfeiçoou, tenha sua vigência postergada. Realmente, dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro], em seu art. 1º, que a norma entra em vigor, a um só tempo, em todo o país, quarenta e cinco dias após sua publicação. Embora válida, a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente. [...].

O conceito de vigência, em sentido estrito, está relacionado com o de eficácia, uma vez que da existência (vigência) da norma depende a produção de seus efeitos. (DINIZ, 2001, p. 49-50)

Outrossim, para DINIZ, a “*validade fática* de uma norma significa que ela é efetiva, ou seja, quando ocorrem o comportamento, que ela configura (hipótese de incidência), e a consequência jurídica (sanção), que ela prevê”:

A norma de validade fática expressa, portanto, a atividade do aparelho sancionador do Estado. Tal se dá porque toda norma jurídica caracteriza-se por ser imperativo-autorizante, isto é, acompanhada da autorização do emprego da coação (aplicação da sanção) pelo órgão competente. Por razões didáticas poder-se-á identificar validade fática com eficácia, mas teoricamente não há identidade entre esses dois conceitos. A validade fática indica a efetividade normativa pela atuação coercitiva do Poder Público, em caso de violação de norma.

A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.

A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma poderão ajustar, ou não, seu comportamento, em maior ou

menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se poderão cumprir, ou não, os comandos jurídicos, se poderão aplicá-los ou não. Casos há em que o órgão competente emite normas, que por violentarem a consciência coletiva, não são observadas nem aplicadas, só logrando, por isso, ser cumpridas de modo compulsório, a não ser quando caírem em desuso; conseqüentemente, têm vigência, mas não possuem eficácia (eficácia social). [...]. (DINIZ, 2001, p. 50-51)

Por fim, para a autora, a validade ética (ou fundamento axiológico) do Direito objetiva implantar uma ordem justa na vida social:

A justiça, que compendia a todos os valores jurídicos, é a *ratio juris*, ou seja, a razão de ser ou fundamento da norma, ante a impossibilidade de se conceber uma norma jurídica desvinculada dos fins que legitimam a sua vigência e eficácia. Pode-se dizer que a ideia de justiça contida na norma, além de ser um valor, é ideológica, por assentar-se na concepção do mundo que emerge das relações concretas do social, já que não pode, indubitavelmente, subsistir desconectada da história. Deveras, uma norma jurídica não pode ser, em si mesma, justa ou injusta, por depender do ângulo histórico sob o qual se a considera, pois o que pode parecer legítimo a uma civilização em determinada época pode ser ilegítimo em outra. Ante o exposto, poder-se-á concluir que na norma haveria uma relação necessária entre vigência, eficácia e fundamento. (DINIZ, 2001, p. 52)

Conforme se depreende a partir das lições de REALE e DINIZ, resta conclusivo que a validade da norma jurídica pode ser analisada sob diversos aspectos.

Em relação à denominada validade formal (ou vigência em sentido amplo), a norma jurídica é vista sob a ótica do preenchimento de seus requisitos de validade: em primeiro lugar, é necessário que a norma seja elaborada pelo órgão pertinente, no âmbito de sua competência (*ratione materiae*) e em obediência ao rito (constitucional e regimental) estabelecido para sua produção. A título de exemplo quanto a tais aspectos formais, cabe citar que a aprovação de uma lei complementar requer a denominada maioria absoluta (metade mais um dos membros da Casa Legislativa), conforme previsto no art. 69 da Lei Magna. Destarte, consoante explica DINIZ (2000, p. 385), formalmente válida será “a norma se emanada do poder competente com obediência aos trâmites legais”.

Adverte DINIZ (2001, p. 48-52) que a vigência (em sentido estrito) poderá coincidir com a validade formal, embora nada obste “que uma norma válida, cujo processo de produção já se aperfeiçoou, tenha sua vigência postergada”, exatamente conforme dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujo art. 1º, *caput*,

assevera “que a norma entra em vigor, a um só tempo, em todo o país, quarenta e cinco dias após sua publicação”, o que significa dizer que, embora válida, “a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente”.

DINIZ (2000, p. 393) explica que “o problema da eficácia da norma jurídica diz respeito à questão de se saber se os seus destinatários ajustam ou não seu comportamento, em maior ou menor grau, às prescrições normativas, isto é, se cumprem ou não os comandos jurídicos, se os aplicam ou não”.

VENOSA (2006, p. 106), no mesmo sentido, afirma que “na eficácia, a norma é observada em instância de validade social”. Assim, “quando a norma é efetivamente observada pelo grupo, diz-se que possui eficácia”.

Soa evidente, portanto, que a norma jurídica deve ser dotada de eficácia, ou seja, deve possuir a possibilidade de ser obedecida, produzindo, então, o efeito esperado sobre a sociedade. Não obstante, forçoso reconhecer que há normas cujo conteúdo normativo não é observado pelos indivíduos. Neste caso, fala-se em ineficácia normativa. De fato, várias razões podem ocasionar a perda de eficácia de uma norma jurídica, fazendo com que ela deixe de ser aplicada em virtude das mudanças operadas na sociedade ao longo do tempo, cujos valores sofrem constante alteração. Da mesma forma, não terá eficácia a norma que impõe determinado comportamento impossível de ser adotado pelo corpo social.

DINIZ (2000, p. 395) alude, ainda, à denominada validade ética (ou fundamento axiológico), isto é, “a norma jurídica deve corresponder aos ideais e aos sentimentos de justiça”, razão pela qual o “sentido da norma é ser ela um instrumento de realização de determinado valor: a justiça”.

Referências bibliográficas

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Nova Introdução ao Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BRASIL. STF. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.649/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 15 set. 2015.

_____. STF. Agravo Regimental no Agravo Regimental nº 485.742/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 26 ago. 2014.

_____. STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 246.938/RS, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgamento em 11 maio 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 27ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 39ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito, Situação Atual*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito, Primeiras Lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

Lei nº 14.155/2021 dos crimes cibernéticos

Sauvei Lai*
Pedro Borges Mourão**

Sumário

1. Introdução. 2. Invasão de dispositivo informático do art. 154-A do CP. 3. Furto do art. 155. 4. Estelionato do art. 171. 5. Causa especial de aumento de pena: idoso e vulnerável. 6. Causa especial de aumento de pena: servidor em território estrangeiro. 7. Relevância do resultado gravoso. 8. Competência territorial do estelionato plurilocal. 9. Outras condutas não tipificadas. 10. Conclusão.

1. Introdução

Em abril de 1965, o então presidente da Intel, Gordon Moore, previu que a capacidade de processamento de informação iria dobrar a cada 18 meses sem aumento de custo. A profecia, com alguns ajustes, vem se revelando verdadeira. Neste cenário de transformação digital exponencial, o legislativo é chamado para atualizar o conjunto normativo, editando leis que sejam capazes de tutelar de forma eficiente condutas penalmente relevantes que migraram massivamente para o meio virtual, especialmente durante a pandemia da COVID-19, quando as pessoas passaram a trabalhar de casa e a utilizar serviços de internet com maior intensidade e frequência.

Nesta esteira, é boa a notícia da sanção e da publicação da Lei 14.155/2021, que altera o Código Penal (CP) para tornar mais graves as penas dos crimes de violação

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro desde 1999. Professor (licenciado) de Direito Processual Penal da EMERJ e da AMPERJ. Membro do grupo de trabalho da sub-relatoria da revisão do CPP na Câmara dos Deputados em 2019. Representante da CONAMP junto à Câmara dos Deputados na discussão do novo CPP em 2021. Coautor do anteprojeto da Lei n. 4.939/2020 sobre Diretrizes do Direito da Tecnologia da Informação e outros assuntos. Examinador do concurso para Delegado de Polícia da PCERJ. Ex-Defensor Público/RJ em 1998.

** Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro desde 2003. Coautor do anteprojeto da Lei n. 4.939/2020 sobre Diretrizes do Direito da Tecnologia da Informação e outros assuntos. Menção Honrosa Prêmio Inovare 2010 Categoria Ministério Público – Programa de Identificação de Vítimas (PIV – MPRJ). Subcoordenador do Centro Integrado de Apuração Criminal 2011-2013. Prêmio Inovare 2011 Categoria Ministério Público – Programa de Resolução Operacional de Homicídios. Prêmios Gestão de Excelência Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro 2010 e 2011 – Programa de Identificação de Vítimas (PIV) e Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos (PLID) respectivamente. Menção Honrosa Prêmio Conselho Nacional do Ministério Público 2012 – Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos. Secretário de Tecnologia da Informação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro 2013-2014. Usuário Tableau avançado – Treinamento Path Data Governance Innovation 2013. Coordenador de Análises, Diagnósticos e Georreferenciamento do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP em Mapas) 2018-2019. Gerador de conteúdo para a 1ª Edição do Curso de Ciência de Dados para membros e servidores do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Realização da Pontifícia Universidade Católica - RJ – 2019. Professor IERBB/MPRJ e Academia de Forense Digital.

de dispositivo informático, de furto e de estelionato (arts. 154-A, 155 e 171), previstos originalmente no texto de 1941, se cometidos de forma eletrônica ou pela internet, além de modificar a competência de certas modalidades de estelionato no art. 70, § 4º do Código de Processo Penal (CPP).

Deveras, o emprego dos meios eletrônicos e das técnicas de engenharia social aumentaram, de modo também exponencial, a lesividade destes delitos. Em vez de causarem prejuízo a alguns, as condutas agora podem atingir milhões de pessoas. Entretanto, soluções que visam a adequar tipicidades concebidas na primeira metade do século XX correm graves riscos de nato-obsoloscência diante do contexto do atual estado da tecnologia (e sua constante evolução), como analisaremos a seguir.

2. Invasão de dispositivo informático do art. 154-A do CP

O primeiro destaque que se percebe é a mudança das elementares “Invadir dispositivo informático alheio” para “Invadir dispositivo informático *de uso* alheio” (grifo nosso), além da exclusão da necessidade de “violação indevida de mecanismo de segurança” para a devida tipificação. Portanto, ainda que o dispositivo seja de propriedade do autor do fato, mas emprestado para o colega de trabalho (ou namorada), aquele comete crime ao acessá-lo sem autorização do usuário, mesmo que não haja o emprego de técnicas para ultrapassar barreiras de proteção, como senhas, antivírus, *firewall* e estratégias de verificação em dois fatores.

Assim, a mera “dedução” das credenciais de acesso (senhas óbvias ou muito comuns), sem emprego de estratégias de força bruta, tipificará a conduta. Entretanto, remanescer-se o especial fim de agir da redação original, isto é, “de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”.

Em complemento, não se pode perder de vista a natureza sistêmica e distributiva da rede pela qual se usa o dispositivo informático invadido, a fim de prevenir equívocos, de modo que, numa invasão remota do servidor de backup de mensagens eletrônicas (recebidas e originadas do dispositivo eletrônico da vítima), não haverá acesso direto ao aparelho dela, mas aos servidores de backup, que são contratualmente disponibilizados ao usuário do serviço pelo provedor de aplicação, para que ele utilize e armazene seus dados digitais. Se o autor do fato consegue as credenciais necessárias para acessar os dados hospedados no servidor de backup do usuário, praticará a conduta típica em questão, eis que, sem autorização, poderá coletar ilicitamente os dados que estão em dispositivo informático do provedor, mesmo sem invadir o dispositivo pessoal da vítima.

Nota-se, outrossim, a clara exasperação da pena do *caput*, que era de 3 meses a 1 ano de detenção, passando a ser de 1 a 4 anos de reclusão e, conseqüentemente, deixando de ser mera infração de menor potencial ofensivo da competência do Juizado Especial Criminal com a possibilidade das medidas despenalizadoras da composição de danos civis e da transação penal (art. 74 e 76 da Lei 9.099/95), apesar de admitir

ainda outros benefícios, a exemplo da suspensão condicional do processo (art. 89) e do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). No entanto, a mudança da natureza da pena de detenção para reclusão permite doravante o cumprimento da sanção em regime prisional inicialmente fechado do art. 33, § 2º do CP (se reincidente ou se houver causa de aumento de pena ou qualificadora), além do uso de interceptação telefônica, objetivando investigar tal crime (art. 2º, III da Lei 9.296/96), sem embargo de ser, na prática, inútil, sendo mais eficientes as modernas técnicas de interceptação telemática por infecção de dispositivo.

Ademais, a lei manteve o texto primitivo da causa de aumento de pena do § 2º e da qualificadora do § 2º, limitando-se a agravar os parâmetros sancionais: de 1/6 a 1/3 para 1/3 a 2/3, no primeiro caso; de 6 meses a 2 anos para 2 anos a 5 anos, no segundo, porém deixa de adotar expressamente o princípio da subsidiariedade, ao eliminar a parte final do preceito secundário da norma “se a conduta não constitui crime mais grave”, que constava na redação original, mas que não muda tanto na prática, quando o juiz aplicará ou não o princípio da consunção, dependendo das circunstâncias do caso concreto. De qualquer forma, extrapolando o patamar de 4 anos da pena máxima, viabiliza-se eventualmente a decretação da prisão preventiva, de acordo com a condição do art. 313, I do CPP.

3. Furto do art. 155

Concebeu-se uma nova qualificadora no § 4º-B, quando o “furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer *outro meio fraudulento análogo*” (grifo nosso), diminuindo-se a vigilância da vítima para facilitar a subtração de bens ou valores sem a percepção dela, através do emprego de programa malicioso, como ocorre com a infecção da máquina-alvo por *Vírus, Worms, Bots e Trojans*, códigos cuja nocividade se dirige a explorar as capacidades e as informações que o dispositivo ostenta, na maioria das vezes sem que o usuário perceba.

Outro meio fraudulento análogo ao programa malicioso acontece na hipótese de instalação física e ilegítima de *hardwares*¹ *sniffers*, que são instrumentos eletrônicos que “farejam” pacotes de dados, coletando-os e os enviando para o autor do fato para posterior utilização ilícita, embora os criminosos prefiram o *sniffer software*.

¹ Os *sniffers* podem ser *hardware* ou *software*, sendo estes últimos mais próximos de códigos maliciosos quando empregados de modo ilegítimo.

4. Estelionato do art. 171

Por sua vez, o novel § 2º-A estabelece sanção mais grave “se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo”.

É válido rememorar que no estelionato existe uma participação ativa e consentida da vítima ou de terceiro, ainda que enganado pela fraude, que entrega suas informações para propiciar um desfalque patrimonial, a exemplo do fornecimento do código de verificação do *Whatsapp* ao criminoso, permitindo que ele “clone” a conta da vítima e peça dinheiro aos seus contatos. Ironicamente, essa regra jurídica, ao contrário do art. 155, o § 4º-B não reivindica o uso de dispositivo eletrônico ou informático, mas sim de “redes sociais, contatos *telefônicos* ou envio de correio eletrônico fraudulento” (grifo nosso), que pressupõe aqueles, por óbvio.

As fraudes eletrônicas mais conhecidas consistem na conjugação de técnicas de engenharia social e de infecção por códigos maliciosos (*malware*), tais como o *Phishing* (mensagens com conteúdo enganoso que estimulam o acesso a páginas maliciosas simuladas que coletam dados pessoais), o *Vishing* (criminoso que explora a confiança da vítima, fazendo-a crer que a ligação telefônica é autêntica e segura, a fim de induzi-la a praticar ações por ele demandadas), o *Man-in-the-middle* (criminoso que se coloca artificialmente entre duas partes que estão em comunicação e, interceptando seu conteúdo, finge ser uma delas para obter dados úteis ao seu intento) e o *Sim Swap* (criminoso que compra um *chip* “em branco”, explora os protocolos de autenticação da operadora e, assim, ao clonar o número, obtém acesso às mensagens, senhas e até contas de aplicativos da vítima).

Deste modo, considerando o emprego massivo de inventivas técnicas de engenharia social e de outras estratégias de fraudes, como o desvio de URL (*typosquatting*), para invasão de dispositivos informáticos e/ou coleta de dados pessoais, poderá ocorrer dificuldade de se enquadrar suas variedades nas clássicas distinções entre furto mediante fraude e estelionato, ocasionando certa confusão típica (com margem para amplos debates), ao se ter previsões de causa de aumento no § 2º do art. 154-A em razão de prejuízo econômico, quando já é também cominada outra causa de aumento no § 4º-B do art. 155, quando o furto mediante fraude é cometido por meio eletrônico, sem prejuízo da hipótese de fraude eletrônica do § 2º A do art. 171, ao expressar “qualquer outro meio fraudulento”.

5. Causa especial de aumento de pena: idoso e vulnerável

É de se observar que o § 4º-C, II do art. 155 e o § 4º do art. 171 introduzem causa especial de aumento de pena de 1/3 ao dobro quando esses crimes são praticados contra idoso ou qualquer outro vulnerável, podendo resultar, teoricamente, em até 16 anos no caso de furto qualificado e majorado, sanção superior a do tipo derivado do roubo do art. 157, § 2º.

Quanto à condição de idoso, trata-se de norma penal em branco, cujo preceito é incompleto, genérico ou indeterminado, dependendo da complementação de outras normas. No caso, o conceito de idoso (igual ou superior a 60 anos) se acha no art. 1º da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Salvo melhor juízo, essa única qualidade de idoso não justifica o agravamento da sanção, fazendo presumir que todos sejam desinformados no campo da tecnologia. Imaginemos que Bill Gates (65 anos) fosse brasileiro e, numa noite mal dormida, ficasse desatento e acessasse uma URL adulterada (*Typosquatting*), simulando o sítio eletrônico da sua instituição financeira. Em seguida, digitasse seus dados bancários, entregando o acesso à sua conta ao *hacker*.

De outra sorte, a vulnerabilidade genérica descrita no dispositivo peca, a nosso ver, pela violação ao princípio da legalidade estrita do Direito Penal (art. 5º, XXXIX da CR), que reclama uma melhor especificação, a exemplo do art. 217-A, *caput* e § 1º do CP e do art. 313, III do CPP, que poderiam ter sido apontados expressamente pelo legislador, não obstante o raciocínio apadrinhado pelo relator do Projeto de Lei 4.554/2020 que resultou na Lei 14.155/2021, o Senador Rodrigo Cunha, *ipsis litteris*:

O conceito será preenchido, no caso concreto, pelo juiz criminal, tendo por referência o art. 217-A do próprio Código Penal, *caput* e parágrafo primeiro (menores de 14 anos e aqueles que enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência).²

No plano ideal, o recomendável seria proteger o vulnerável tecnológico, situação a ser provada pela acusação no caso concreto (art. 156 do CPP), isto é, aquele que, independentemente da idade, gênero ou condição física, simplesmente não detém conhecimento tecnológico, sendo facilmente ludibriado, como a vítima semianalfabeta.

6. Causa especial de aumento de pena: servidor em território estrangeiro

O § 4º-C, I do art. 155 e o § 4º-B do art. 171 majoram a pena de 1/3 a 2/3 no cenário de utilização de servidor³ mantido fora do território nacional, como na hipótese de um *hacker* que roteia sua conexão a partir do Brasil para que ela aparente advir de um servidor localizado nas Ilhas Seychelles, visando a dificultar a identificação do seu terminal e de si próprio e, no final, armazena os dados obtidos em um servidor instalado em um país com baixo nível de rastreamento de conexões.

Haverá dificuldade de interpretação dessas normas. Diante do caráter naturalmente transnacional do roteamento das comunicações eletrônicas e do crescente armazenamento e processamento de dados distribuídos em nuvem, bem

² <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908668&ts=1622176912862&disposition=inline>

³ A expressão parece ter sido usada em sentido amplo, isto é, qualquer sistema computacional, físico ou virtual, composto por *hardware* e *software*, dedicado a atender solicitações e prestar serviços para outros dispositivos.

Sabe-se das dificuldades oriundas da inevitável cooperação jurídica internacional para se desvendar o crime nesses casos, porém, aumentá-la até 2/3 seria proporcional, ao invés de simplesmente considerar como circunstância judicial do art. 59 do CP, a fim de exasperá-la na primeira fase da fixação da pena?

Outra circunstância que se deve conjecturar é quando uma organização criminosa brasileira desenvolve ações a partir da utilização ilegítima de um servidor instalado no estrangeiro para disparar ataques de *Phishing*, por exemplo, mirando dispositivos localizados em solo brasileiro. Como o Brasil é signatário da Convenção de Palermo de 2000 (Dec. 5.015/04), atrai-se a competência da Justiça Federal (art. 109, V da CR/88).

7. Relevância do resultado gravoso

As majorantes do § 4º-C do art. 155 e §§ 2º-B e § 4º do art. 171 fazem referência à expressão “considerada a relevância do resultado gravoso”, que servirá de critério para a dosagem da fração do aumento de pena (1/3 a 2/3) a ser infligida pelo Juízo. Em outras palavras, à medida que se causa maior prejuízo econômico à vítima, mais se deve se aproximar do patamar máximo fracional na 3ª fase do cálculo da sanção, como se desprende do próprio parecer do relator do PL 4.554/2020 que resultou na Lei 14.155/2021, o Senador Rodrigo Cunha, *in verbis*: “(...) a elevação de pena se justificará diante da relevância do resultado gravoso, como exemplo, quando gera graves prejuízos para a sobrevivência da vítima. Ademais, a elevação não deve se dar de forma estanque, mas em um patamar flexível”.⁵

8. Competência territorial do estelionato plurilocal

Inseriu-se o § 4º no art. 70 do CPP, mudando a competência de algumas situações de estelionato plurilocal (conduta e resultado em comarcas distintas), “quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo *local do domicílio da vítima*, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção” (grifo nosso).

No primeiro cenário (fraude via emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado), pode haver, de certo modo, incompatibilidade com a jurisprudência da súmula n. 521 do STF: “O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado”, pois normalmente a agência bancária da vítima (banco sacado) se situa na mesma cidade onde mora, mas, às vezes, se localiza em comarca diversa, onde ela morou anteriormente ou onde trabalha, prevalecendo

⁵ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908668&ts=1622176912862&disposition=inline>

daqui em diante a nova regra processual, ou seja, do local do domicílio daquela, independente do endereço da sua agência.

No segundo contexto (mediante transferência de valores), superou-se o posicionamento esposto pelo STJ no cenário de depósito e de transferência de valores (CC 169.053/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, julgado em 11/12/2019), *in textus*: “Se o crime de estelionato só se consuma com a efetiva obtenção da vantagem indevida pelo agente ativo, é certo que só há falar em consumação, nas hipóteses de transferência e depósito, quando o valor efetivamente ingressa na conta bancária do beneficiário do crime”. (grifo nosso)

9. Outras condutas não tipificadas

A legislação em comento, ao meramente ampliar as consequências de tipicidades previstas no ano de 1941, data da edição do atual CP, deixou de trazer para a sociedade as garantias necessárias diante de condutas que são, a nosso ver, essencialmente distintas e praticadas em um meio específico. Tais fatores exigem a consideração de novas técnicas e meios insidiosos inimagináveis no passado, bem como a visão de que novos bens jurídicos devem ser observados nos delitos cibernéticos.

De fato, a nova lei fraqueja ao não prever, como se faz no PL 4.939/2020 de autoria do Dep. Hugo Leal e sob a coordenação dos autores deste artigo jurídico, crimes cibernéticos praticados em detrimento de serviços de infraestrutura, como os que visam à sabotagem, à destruição ou à causação de danos a dados, a dispositivos eletrônicos ou a sistemas informáticos sem que haja necessariamente a intenção de obter vantagem patrimonial.

No Brasil, por ocasião da Copa do Mundo de 2014, houve um ataque deliberado aos sítios de internet de instituições nacionais, onde estavam hospedados diversos serviços públicos essenciais para a população. A ação se utilizou de uma técnica de “afogamento” de servidores (conhecida como ataques DDoS), enviando-se a partir de computadores infectados pedidos de acessos superiores às capacidades dos servidores, que mantinham as páginas de internet funcionando. O resultado foi que os serviços providos por diversas instituições públicas, como Ministérios Públicos, Tribunais de Justiça e páginas governamentais ficaram indisponíveis.

Atente-se que a finalidade da conduta não era adulterar ou destruir dados, elementares do art. 154-A, mas sabotar serviços públicos visando fins políticos e/ou ideológicos.

No Brasil estamos em uma situação particularmente sensível. Segundo relatório de inteligência da *Check Point Software*, no início de abril deste ano os números de organizações brasileiras atacadas por códigos maliciosos que sequestram dados essenciais (criptação de dados por *ransomware*) superaram a média global. De fato, reiteradas têm sido as notícias de ataques a instituições essenciais à democracia brasileira, como Tribunais de Justiça, Suprema Corte e Superior Tribunal de Justiça. Já

o *ransomware Darkside* causou estragos na Copel, Eletrobrás e Grupo Moura, segundo informações amplamente divulgadas na mídia.

10. Conclusão

Por derradeiro, infere-se que a evolução legislativa necessária para proteção social em um cenário delitivo 4.0 reclamará a introdução de visões inovadoras, além dos correspectivos meios de investigação adequados, não se revelando o melhor caminho a adaptação de regras legais da primeira metade do século passado já superadas pela transformação digital.

Rio de Janeiro, 31 de maio de 2021.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico

onsino

mcccc

Breves considerações sobre a reforma constitucional tributária e o contribuinte¹

Ives Gandra*

Neste breve artigo teço algumas considerações sobre a tão desejada reforma tributária para o Brasil, com rápidas referências às reformas constitucionais em trânsito no Congresso Nacional.

No momento, não vejo possível discussão de uma reforma abrangente. A economia está semiparalisada e as empresas teriam dificuldade em adaptar-se às novas regras, com menos pessoas, lucro e atividade. Acresce-se que a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 45 pressupõe, em até dez anos, a convivência do regime atual com o novo, o que vale dizer que se complicará o sistema atual, pois, além de adaptação da empresa para o novo regime, terá de se manter o velho nos tributos indiretos com redução gradativa de alíquotas do velho correspondente ao aumento das alíquotas do novo.

Dessa forma, teremos para as empresas um aumento do serviço burocrático, com dois regimes simultâneos, para que não houvesse perda de receita das entidades federativas.

A PEC 110 do Senado trilha caminho idêntico. Leva uma vantagem sobre a PEC 45, pois respeita mais o pacto federativo — há menor centralização tributária na União —, mas também altera o sistema.

As duas implicam mudança constitucional de monta.

O senador Major Olímpio apresentou substitutivo que, a meu ver, é melhor que as duas propostas anteriores, pois não muda os nomes dos tributos, embora compacte impostos, reduzindo o número de incidências.

O STF levou mais de 20 anos para definir um conceito de operação, outro de mercadoria, outro de circulação, outro de serviços para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)!!!

A mudança de nomenclatura provocará, certamente, novas discussões conceituais na Suprema Corte.

Preferiria, neste momento de pandemia, alterações apenas infraconstitucionais, a saber:

¹ Texto originalmente publicado na *Revista Consultor Jurídico*, em 10 de setembro de 2021.

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (ROM) e da PUC-PR e RS. Catedrático da Universidade do Minho (POR). Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Professor Emérito das universidades Mackenzie, Unip, Unifio, Unifmu, do CIEE-SP, das escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (Eceme) e Superior de Guerra (ESG). Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio (SP).

a) Simplificação da legislação do Programa de Integração Social/Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (PIS/Cofins);

b) Simplificação da legislação do ICMS, em nível de lei complementar, pois a Lei Complementar 160 foi insuficiente e com discussão de constitucionalidade ainda pendente no STF;

c) Redução das obrigações acessórias, hoje fonte de constantes atritos, em face do excesso de imposições e confiscatórias multas;

d) Redução do peso das multas nas infrações que, em face de uma legislação caótica, muitas vezes ocorrem por força;

e) Da complexidade da legislação;

f) Do bônus de eficiência para agentes fiscais e procuradores que buscam mais atuar e executar que orientar;

g) Da necessidade de geração de receita para sustentar a burocracia esclerosada e repleta de privilégios do Brasil. A média da OCDE para a mão de obra oficial é de 9,2% do Produto Interno Bruto (PIB). No Brasil é de 13,6%!!! E a média do custo do Poder Judiciário no mundo fica, nos países desenvolvidos, abaixo de 0,20. No Brasil é de 1,34% do PIB!!!

Lembro que as duas reformas apresentadas pelo governo, como já nos manifestamos no Conselho Superior de Direito da Fecomercio e no Congresso da Academia Internacional de Direito e Economia (PIS-Cofins e Imposto de Renda), são corretas na percepção que o melhor seria uma reforma infraconstitucional e ruins na sua conformação, que gerarão mais problemas que soluções.

Lembro, ainda, algo importante para uma reforma tributária, ou seja, que a justiça social se faz com o enriquecimento do país, e não com seu empobrecimento. Com o fortalecimento dos contribuintes, e não com seu enfraquecimento. A meu ver, o grande problema do Brasil, que se percebeu agora na pandemia com mais clareza, é que a classe dos burocratas dos três poderes não sofre qualquer redução em seus vencimentos e privilégios, enquanto o povo sofre a amargura de 14 milhões de desempregados. Vimos, recentemente, estados e dezenas de importantes municípios reajustarem subsídios e penduricalhos, apesar de proibidos pelo auxílio recebido da União, que tinha o não reajuste como contrapartida.

Somos, hoje, escravos da gleba dos senhores feudais (burocratas, políticos e concursados, nomeados e amigos do rei dos três poderes), que tornaram o obstáculo maior para que o Brasil saia da crise.

Uma reforma tributária real implicaria, necessariamente, um diálogo maior entre Fisco e contribuinte.

Nas décadas de 50 e 60, Fisco e contribuinte dialogavam. Havia uma revista intitulada *Fisco e Contribuinte* e os agentes fiscais do Imposto de Renda criaram um Centro de Estudos da Fiscalização do Tributo, onde grandes mestres do Direito Tributário, ao lado de agentes fiscais, discutiam o melhor sistema tributário para a

nação. Participei de não poucas palestras e grupos de trabalhos do Cefir, que manteve uma revista modelo em torno de duas décadas e da qual também participei, em inúmeros números, com artigos. Chegaram os agentes fiscais a darem-me o título de presidente de honra da entidade.

À época, o contribuinte era um parceiro da Administração Pública, com ela contribuindo, e não apenas um produtor de tributos destinados, de forma substancial, ou seja, bem mais de um terço para alimentar subsídios e penduricalhos dos donos do poder.

Na visão do contribuinte, a melhor reforma tributária é uma reforma administrativa, que reduza o tamanho do Estado, não só através de privatizações, mas, fundamentalmente, através da redução do esclerosado quadro burocrático, que se multiplicou pelas obrigações exageradas impostas sobre o cidadão e pela politização do Poder Judiciário, que passou a intervir diretamente no processo político, agindo, segundo alguns de seus brilhantes magistrados, na correção dos rumos do Executivo e na omissão do Legislativo. Com isso o Brasil tem 80 milhões de processos judiciais para 213 milhões de habitantes!!!

Não haverá reforma tributária sem reforma administrativa e não haverá redução da carga tributária sem redução da carga burocrática.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico



Indigu
ilul
asilairo

Ruy Barbosa

Civis Bevilacqua

Reflexos do *absurdo camusiano* no mundo em que vivemos

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Pandemia e desigualdade social. 2. Democracia e direitos humanos como distopias. 3. Reflexão final: o *absurdo* seria apenas uma forma subjetiva de encarar a realidade? O posicionamento de Comte-Spomville. Referências bibliográficas.

Resumo

O propósito deste artigo é refletir sobre o conceito de *absurdo* na visão de Albert Camus com relação à sociedade.

Resumé

Le propos de cet article est de réfléchir sur le concept de l'absurde, chez Albert Camus par rapport à la société.

Palavras-chave: Camus. *Absurdo*. Pandemia. Desigualdade social.

Mots clefs: Camus. *Absurde*. *Pandemie*. *Inégalité sociale*.

1. Pandemia e desigualdade social

O sentimento que aflige a humanidade consciente, nesses momentos conturbados que atravessamos, é o de profunda angústia diante do *absurdo* que se abateu, mais uma vez, na realidade que compartilhamos. Na verdade, nada é novo na face da terra. O que se torna “novo” é a experiência que cada um de nós passou a vivenciar de algo conhecido apenas na memória coletiva, registrada em livros e jornais do passado. A pandemia propiciou aos espíritos mais lúcidos o despertar autêntico de uma consciência universal que, nessas breves reflexões, terá como conteúdo filosófico central o *absurdo*. E o foco desse *absurdo* reside justamente na desigualdade social que reina nesse mundo robotizado, desmascarando e transformando, em rótulos descartáveis, expressões como democracia e direitos humanos. Albert Camus, grande filósofo existencialista francês, escreveu um livro profético (para os dias de hoje),

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RIO.

intitulado “A Peste”, de onde se destaca, v.g., o seguinte texto que já demonstra a desigualdade de tratamento ofertado a indivíduos de classes sociais diversas:

Havia, porém, outros motivos de inquietação, em consequência das dificuldades de abastecimento que cresciam com o tempo. A especulação interviera e oferecia, a preços fabulosos, os gêneros de primeira necessidade que faltavam no mercado habitual. As famílias pobres viam-se, assim, numa situação muito difícil, enquanto às ricas não faltava praticamente nada. Enquanto a peste, pela imparcialidade eficaz com que exercia seu ministério, deveria ter reforçado a igualdade entre os nossos concidadãos pelo jogo normal dos egoísmos, ao contrário, tornava mais acentuado no coração dos homens o sentimento da injustiça. Restava, é bem verdade, a igualdade irrepreensível da morte, mas essa ninguém queria. Os pobres que passavam fome pensavam, com mais nostalgia ainda, nas cidades e nos campos vizinhos, onde a vida era livre e o pão não era caro. (op. cit. p. 222)

No entanto, o que ficou mais à mostra nessa atrocidade pandêmica – que também não tem poupado a vida de privilegiados – é a desigualdade social existente, principalmente nos países mais afetados pela pobreza e pela insensibilidade de governantes despreparados para os cargos políticos a que concorreram e para os quais foram eleitos com a votação ingênua de uma parcela enorme de oprimidos. Victor Hugo, na sua grandiosa obra “Os Miseráveis”, deixa entrever o risco calculado dos “donos do poder”, expressão muito bem cunhada pelo grande jurista brasileiro Raymundo Faoro:

As opiniões avançadas tinham duplos fundamentos. Um princípio de mistério ameaçava a “ordem estabelecida”, a qual era suspeita e dissimulada. Sinal do mais alto grau revolucionário. O pensamento oculto do poder encontra nas valas o pensamento oculto do povo. A incubação das insurreições dá a réplica à premeditação dos golpes de estado. (op. cit. p. 690)

Dando um primeiro fecho a essa narrativa inicial, lançamos a seguinte indagação: Como se pode conciliar democracia, direitos humanos e desigualdade social? Eis a grande hipocrisia de nossos dias. A *desigualdade social* é tão marcante e desumana que joga por terra qualquer ideia de democracia que possa ser entendida como decorrente de uma soberania popular insculpida na Constituição de um país. E, obviamente, os direitos humanos se tornam, cada vez mais, esmolos que representantes políticos empoderados e enriquecidos oferecem aos miseráveis em troca de voto.

2. Democracia e direitos humanos como distopias

A quem favorece, portanto, essa realidade macabra? A pouquíssimas famílias abastadas e inescrupulosas que “comandam” a humanidade. Essas famílias transcendem as fronteiras da nacionalidade e habitam o Olimpo porque não deixam de ser deuses pagãos governando o destino de seus semelhantes (semelhantes?). Para algumas delas, a chegada ao Olimpo se deu lá no passado distante, com a apropriação de terras, com o confisco de bens e com a escravidão. Para outras famílias, com o chamado “trabalho duro”, ocultando, na verdade, a esperteza, a malícia, a vocação para o comércio ilícito e para investimentos financeiros fraudulentos... Abaixo da linha de pobreza, encontram-se os miseráveis, cada vez em maior número, contando cada vez mais com a não solidariedade dos outros porque solidariedade é, para muita gente, pieguismo barato. Em termos econômicos, a miséria se traduz como dado estatístico que precisa ser “melhorado”. Por força dessa miserabilidade, criam-se, em termos de segurança pública e de justiça social, mais delegacias, tribunais e penitenciárias, aumentando-se o número de policiais e de funcionários das mais diversas especialidades e hierarquias administrativas. Na esfera penal, predominam os processos e as condenações de pobres, principalmente nos crimes contra o patrimônio; na área cível, os feitos são instaurados no afã de mitigar o sofrimento causado por injustiças que pairam sobre os desvalidos nas diversas áreas dos direitos constitucionais fundamentais.

Ainda nesta trilha nefasta do *absurdo*, determinadas seitas religiosas se especializaram na lavagem cerebral de seguidores fanatizados pelo fundamentalismo. Atendo-se ao Cristianismo, por exemplo, a vida de Jesus tem sido interpretada de forma distorcida, afastando-se, os falsos “pregadores”, das lições contidas nos Evangelhos e que deixam às claras a opção de Cristo pelo pobre e a sua revolta contra o farisaísmo abastado de sua época. Oportuno que se traga à colação a seguinte passagem do Evangelho de São Marcos, mais precisamente os versículos 15 a 19 do capítulo 11:

Chegam a Jerusalém. Entrando no Templo, Jesus pôs-se a expulsar os que vendiam e compravam no Templo; derrubou as mesas dos cambistas e os assentos dos vendedores de pombas, e não permitia a ninguém atravessar o Templo carregando seja lá o que fosse. E ensinava e lhes dizia: “Não está escrito: Minha casa será chamada casa de oração para todas as nações? Vós, porém, fizestes dela uma caverna de bandidos”. Os sumos sacerdotes e os escribas souberam disso e procuravam como o fariam perecer. Pois eles o temiam, porque a multidão era tocada por seu ensinamento. Ao chegar a noite, Jesus e seus discípulos saíram da cidade.

Numa exegese honesta, pode-se afirmar que nesse pequeno trecho está contido o cerne do pensamento cristão e o viés profético da pregação daquele judeu iluminado. Estamos submetidos ao império do dinheiro que não poupa

sequer os templos e que transforma seitas religiosas em arautos políticos visando interesses eleitorais, no cenário político de muitas nações. E se a contaminação se torna possível nos lugares reservados à oração, o que se poderia esperar das demais áreas de operosidade humana? Nesse versículo supracitado está revelado, também, o “mistério” do assassinato de Jesus. Dinheiro não combina com amor incondicional. As grandes misérias da humanidade estão, sem dúvida alguma, associadas ao “dinheiro”. O que o Mestre mostrava, de forma clara, é que o caminho da espiritualidade não passava pelo cultivo de bens materiais e que a felicidade humana podia ser alcançada de modo muito simples, através de uma vida centrada no Bem.

Num salto gigantesco até os dias de hoje, creio que já chegamos ao apocalipse. O fenômeno da *globalização tecnológica* impregnou a humanidade, através de uma sutil e imperceptível “lavagem cerebral”. Computadores, celulares, *tablets* e complexos *softwares* surgem no mercado a cada dia, sempre mais sofisticados. Apesar de os benefícios evidentes e inegáveis que legam à sociedade, apresentam, por outro lado, o potencial de “escravizarem” o indivíduo, concedendo-lhe papel secundário de mero receptor e transmissor de mensagens (incluindo as devastadoras *fake news*) e de discursos dos mais variados matizes. Interessante recordar que a televisão brasileira, anos atrás, chamou a atenção para a questão da “clonagem” numa novela que teve altos piques de audiência. Mas a clonagem tinha um cunho mais biológico do que propriamente tecnológico. O “clone” era uma espécie de aborto da natureza, um ser igual-diferente que representava a cópia de um outro. Entretanto, a “clonagem” acabou se tornando eletrônica e muito mais perniciosa porque atinge diretamente a mente, tornando, assim, despicienda a imitação corpórea do clonado. Energias cruzam imperceptíveis o vazio do universo e adentram cérebros que, na grande maioria das conexões, aceitam-nas sem pestanejar, seguindo as diretrizes baixadas. Esses *downloads* fantasmagóricos não deixam de acrescentar à humanidade uma fatia considerável de *absurdos*. Curioso observar que essa clonagem eletrônica parece encobrir, ainda que aparentemente, o fenômeno da *desigualdade social* já que, pelo menos no que diz respeito a celulares, um enorme percentual de pessoas dispõe de um aparelho.

Falando em *desigualdade social*, interessante trazer a lume o pensamento rousseauiano acerca do tema:

Em Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens – obra escrita para um concurso proposto pela Academia de Dijon –, Rousseau buscou localizar as fontes da desigualdade social existente entre os homens na passagem hipotética ocorrida do “estado de natureza” para a “sociedade civil”. Nesse momento, os seres humanos teriam perdido a sua condição natural de liberdade, passando a viver em um mundo civilizado, em função da criação da propriedade privada. Assim, diferentemente do pensamento liberal, a propriedade privada é observada como estando na base dos males existentes na vida social

– uma tese responsável pela fundação do pensamento democrático moderno e que viria a ser recuperada regularmente pelos críticos da nova ordem capitalista. (op. cit. p. 42)

A *desigualdade social* implica obviamente a impossibilidade de atuação de uma ordem jurídica que disponha, de forma detalhada, as diversas espécies de direitos fundamentais dos quais qualquer cidadão possa, naturalmente, usufruir sem a necessidade de estar sempre recorrendo à Justiça em busca de sua materialização. Temos em nosso país uma Constituição que recebeu o título de “Constituição Cidadã” justamente pela listagem exaustiva de direitos essenciais à vida de cada brasileiro. Infelizmente, a realidade aponta para o desrespeito afrontoso a garantias mínimas de sobrevivência humana como acesso pleno à saúde, à educação, à moradia, ao saneamento básico e à própria liberdade de expressão, afetando, nessa última hipótese, o sagrado direito de escolher livremente o seu representante político, por ter sido vítima, *v.g.*, da denominada “captação ilícita de sufrágio”. Como bem sublinhado pelo ilustre jurista Emerson Garcia:

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 à 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. (op. cit. p. 126)

E, sem o respeito aos *direitos humanos*, a democracia se torna uma utopia, Na esteira desse raciocínio, pode-se vislumbrar e existência de um processo absurdo de democratização da miséria que iguala, no patamar da quase escravidão, seres humanos descartáveis que existem tão somente para a execução das tarefas mais pesadas no âmbito da infraestrutura social:

Entre tais minorias e maiorias excluídas de fato das promessas dos direitos humanos, podem ser facilmente encontrados os negros, as mulheres, os homossexuais, os “loucos”, além dos trabalhadores

pobres das incontáveis periferias do mundo. E não obstante suas condições específicas de exclusão social, não foram poucos os exemplos nacionais em que, senão a totalidade, pelo menos a maioria desses grupos encontrava-se, até a segunda metade do século XX, unida na condição de deserdados até mesmo pela igualdade jurídico-formal. Resumidamente, todos seriam iguais perante a lei, com a exceção de tais grupos. (op. cit. p. 149)

3. Reflexão final: o absurdo seria apenas uma forma subjetiva de encarar a realidade? O posicionamento de Comte-Spomville

Quando resolvi escrever este pequeno artigo, estava convencido de que poderia batizá-lo com o título de “era do absurdo” ou outra expressão semelhante, como se a minha perplexidade diante da injusta realidade que hoje vivenciamos estivesse delimitada por um período histórico determinado; mais especificamente, o que estamos testemunhando nos tempos atuais. A ênfase no *absurdo* recairia, assim, numa espécie de “aqui e agora” protraído num tempo cronológico, vitimizando seres humanos que, por força de uma loteria macabra e por causa de um determinismo inexplicável, estivessem fadados a se travestirem em “Sísifos”, como numa grande encenação da mitologia grega. Nas palavras de Camus, “*Os deuses condenaram Sísifo a empurrar incessantemente uma rocha até o alto de uma montanha, de onde tornava a cair por seu próprio peso. Pensaram, com certa razão, que não há castigo mais terrível que o trabalho inútil e sem esperança*” (op. cit. p. 137). Entretanto, Camus não limitou o *absurdo* a “épocas históricas específicas”. O filósofo francês contemporâneo André Comte-Spomville, apresenta a seguinte interpretação do *absurdo camusiano*:

O mundo, portanto, não é absurdo, o que é absurdo, explica O mito de Sísifo, é “esse confronto entre o apelo humano e o silêncio insensato do mundo”. O fato de o mundo não ter sentido só o torna absurdo para nós, que procuramos um sentido. É por isso que o absurdo é “um ponto de partida”, não um ponto de chegada. Para quem soubesse aceitar o mundo, seu silêncio, sua indiferença, sua pura e simples realidade, o absurdo desapareceria: não porque teríamos encontrado um sentido, mas porque o sentido teria cessado de nos faltar. É a sabedoria última de O estrangeiro: “Esvaziado de esperança, diante desta noite carregada de signos e de estrelas, eu me abria pela primeira vez à terna indiferença do mundo. Experimentando-o tão parecido comigo, tão fraterno, enfim, senti que eu fora feliz e ainda o era...” Isso explica suficientemente o que é o absurdo: não a ausência de sentido, mas seu fracasso ou sua carência. E o que é a sabedoria: a aceitação realizada, não de um sentido, mas de uma presença. (op. cit. p. 5/6)

Referências bibliográficas

CAMUS, Albert. *A Peste*. Tradução de Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record, 2020.

_____. *O Mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro: Record, 2020.

COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARCIA, Emerson. Promoção e Proteção dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 60, 2016.

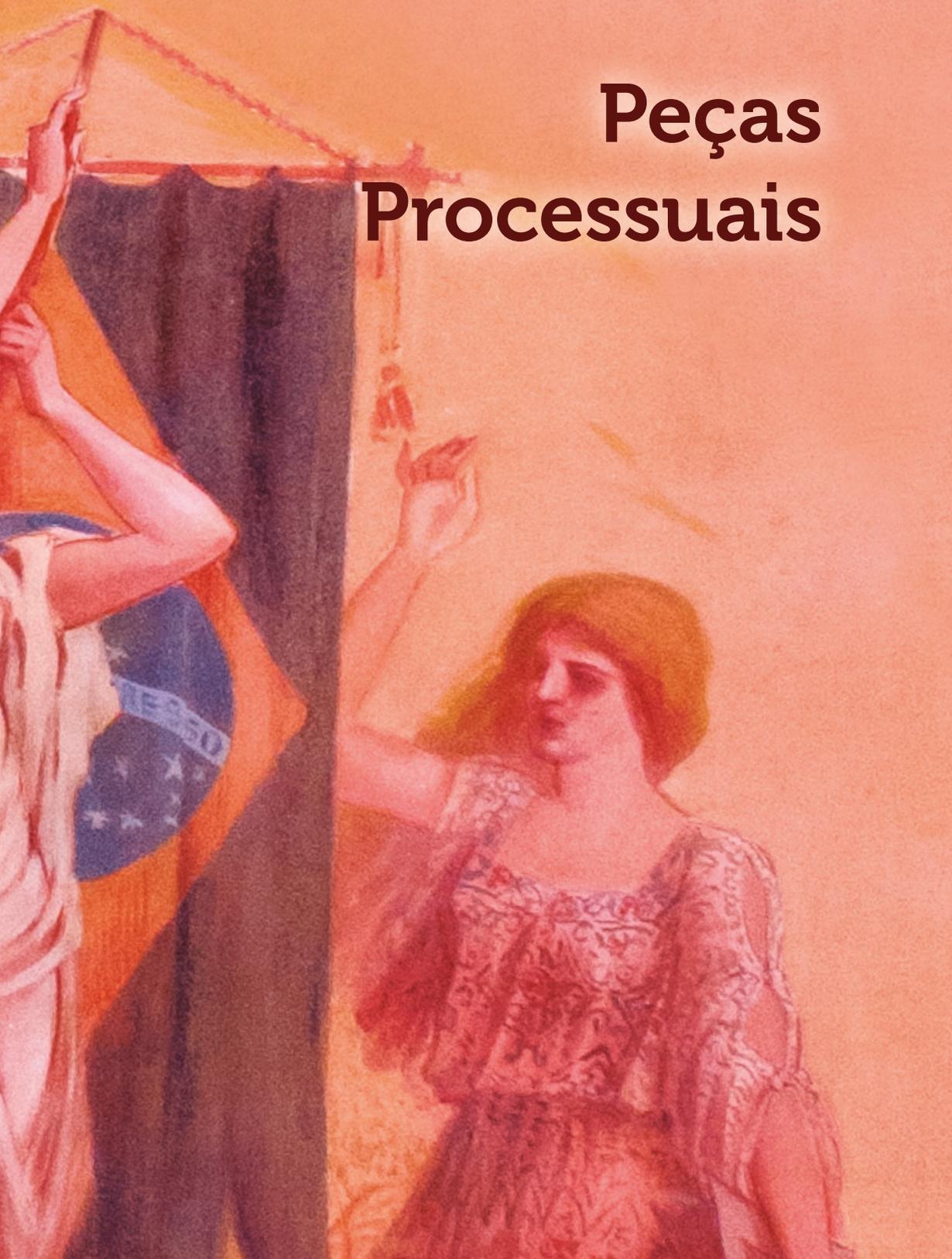
HUGO, Victor. *Os Miseráveis*. Tradução de Regina Célia de Oliveira. São Paulo: Martin Claret, 1862.

MONDALINI, Marco. *Direitos Humanos - Breve História de uma Grande Utopia*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



PARECERES

• • •

PARECER

Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça

SEI nº 20.22.0001.0052289.2021-54

Requerente: Coordenadoria de Movimentação de Promotores de Justiça

Ref.: Dúvida acerca da possibilidade de concessão de férias a membros que recebem auxílio

EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,

I

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir de requerimento subscrito pela douta Coordenadora de Movimentação de Promotores de Justiça, no qual formula consulta à Chefia Institucional com o objetivo de esclarecer dúvida quanto à possibilidade de designação de membros em acumulação para gozo de férias (1030813).

Para permitir uma ampla análise do tema e a identificação dos desdobramentos jurídicos afetos à questão, a douta consulente apresenta os seguintes esclarecimentos: (i) recebeu, tempestivamente, pedido de férias de Promotores de Justiça, para gozo no mês de janeiro de 2022, com acordo de acumulação; (ii) nenhum dos membros foi contemplado com férias no mês de janeiro, o que justificou a celebração do acordo de acumulação; (iii) (...); (v) o auxílio foi mantido para os meses de novembro e dezembro; (vi) conforme o disposto no art. 2º da Resolução GPGJ 1344/2006, o membro que recebe auxílio fica impedido de receber a vantagem de que trata o art. 91, VIII, da Lei Complementar nº 106/2003, porém, a Resolução 1.913/2014 dispõe que casos excepcionais podem ser reconhecidos pelo Procurador-Geral de Justiça; (vii) (...).

(...)

Os autos foram à Chefia Institucional, que solicitou a análise por sua Consultoria Jurídica (1033110).

II

A douta Coordenadoria de Movimentação, com fundamento no art. 2º da Resolução GPGJ nº 1.913/2014, almeja que a Chefia Institucional interprete a situação ora descrita, mais especificamente os efeitos de auxílio prestado em regime de mutirão a órgãos de execução, a fim de permitir que dois membros que recebem auxílio e

que, entre si, firmaram acordo de acumulação, para fins de mutuamente usufruírem férias, possam ser designados oficialmente para acumular os períodos de férias um do outro (dezembro de 2021 e janeiro de 2022), com os consequentes benefícios inerentes ao exercício cumulativo de funções.

A esse respeito, deve ser esclarecido que a concessão da gratificação pelo exercício cumulativo de cargos ou funções foi inicialmente prevista no inciso VIII do art. 91 da Lei Complementar nº 106/2003, dispondo o § 8º desse preceito que *“as vantagens relacionadas nos incisos I, II, IV, VII, VIII e IX a XIV do caput deste artigo serão regulamentadas em ato do Procurador-Geral de Justiça, atendidos os limites e as condições estabelecidas nos parágrafos anteriores”*.

Para uma melhor cognição da questão, um breve histórico da sistemática acerca do exercício cumulativo merece ser lembrado. Quando da entrada em vigor da Lei Complementar nº 106/2003, estava vigendo a Resolução GPGJ nº 968/2001. Os arts. 1º a 4º desse ato normativo assim dispunham, *verbis*:

Art. 1º – O pagamento de gratificação pelo exercício cumulativo de cargos ou funções, prevista nos arts. 115 X e 126-A, da Lei Complementar n.º 28, de 21 de maio de 1982, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar n.º 92, de 15 de maio de 2000, aos membros do Ministério Público é disciplinado pela presente Resolução.

Art. 2º – Fará jus à percepção de gratificação, correspondente a 1/3 (um terço) do seu vencimento e representação, o membro do Ministério Público que, no exercício em órgão de execução, for designado para exercer, cumulativamente, suas funções em outro órgão de execução.

Art. 3º – O membro do Ministério Público que, em exercício em órgão de execução, for designado para prestar auxílio a outros órgãos, terá direito à percepção de gratificação de acumulação correspondente a 1/6 (um sexto) de seu vencimento e representação.

Art. 4º – Fará jus à percepção de gratificação de acumulação correspondente a 1/6 (um sexto) de seu vencimento e representação o membro do Ministério Público que, lotado em Procuradoria ou Promotoria Regional, for designado para prestar auxílio a três ou mais órgãos de execução.

Como se percebe pelo teor desses preceitos, o membro do Ministério Público que, em exercício em um órgão de execução, fosse designado para exercer as atribuições afetas a outro, receberia gratificação correspondente a um terço do seu vencimento e representação; caso *“designado para prestar auxílio a outros órgãos”*, receberia gratificação de acumulação correspondente a 1/6 do seu vencimento e representação.

Essa sistemática somente foi alterada com a superveniência da Lei Complementar nº 113/2006, que passou a tratar, em seu art. 6º, do desempenho simultâneo de funções. Em sua redação original, o membro faria jus a 1 (um) dia de licença compensatória a cada quinquídio de exercício cumulativo em mais de um órgão de execução. Com o advento da Lei Complementar nº 129/2009, foi atribuída a seguinte redação ao preceito, *verbis*:

Art. 6º - O desempenho simultâneo de funções em mais de um órgão de execução do Ministério Público conferirá direito a 1 (um) dia de licença compensatória a cada tríduo, na forma de resolução do Procurador-Geral de Justiça, aplicando-se o disposto no §2º do art. 99.

Já o § 2º do art. 99 da Lei Complementar nº 106/2003, ao qual o art. 6º da Lei Complementar nº 113/2006 fez remissão, tem a seguinte redação, conforme também determinado pela Lei Complementar nº 129/2009, *verbis*:

Art. 99 – (...)

(...)

§ 2º – A licença especial poderá ser convertida em pecúnia indenizatória, não se estendendo aos inativos, na forma disciplinada em resolução do Procurador-Geral de Justiça.

O disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 113/2006 foi regulamentado pela Resolução GPGJ nº 1.344/2006, *verbis*:

RESOLUÇÃO GPGJ Nº 1.344 DE 22 DE SETEMBRO DE 2006

Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 113, de 24 de agosto de 2006.

RESOLVE

Art. 1º - A licença prevista no artigo 6º da Lei Complementar nº 113, de 24 de agosto de 2006, será concedida ao membro do Ministério Público que completar 6 (seis) quinquídios de desempenho simultâneo de funções em mais de um órgão de execução.

§ 1º - A licença de que trata este artigo somente será fruída após um ano de sua concessão, podendo ser cancelada, a qualquer tempo, por necessidade do serviço.

§ 2º - Não requerida a licença nos 5 (cinco) dias subsequentes ao preenchimento dos requisitos que permitem a sua concessão, aplicar-se-á o disposto no art. 99, § 2º, da Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003.

§ 3º - Designados dois ou mais membros do Ministério Público para desempenho simultâneo de funções no mesmo órgão de execução, a licença será concedida a cada um deles de forma proporcional.

Art. 2º - A licença prevista no artigo anterior não se aplica ao membro do Ministério Público auxiliado no exercício de suas funções nem poderá ser cumulada com a vantagem de que trata o art. 91, VIII, da Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003.

Art. 3º - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de outubro de 2006.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 2006.

Marfan Martins vieira

Procurador-Geral de Justiça

De acordo com essa disciplina, que sofreu alteração com o advento da Lei Complementar nº 129/2009 (art. 3º: O artigo 6º da Lei Complementar nº 113/2006 passa a ter a seguinte redação: "Art. 6º - O desempenho simultâneo de funções em mais de um órgão de execução do Ministério Público conferirá direito a 1 (um) dias de licença compensatória a cada tríduo, na forma de resolução do Procurador-Geral de Justiça, aplicando-se o disposto no §2º do art. 99"), foi estabelecida tanto a regra da proporcionalidade, caso mais de um membro realize o desempenho simultâneo de funções em um mesmo órgão de execução, como a vedação de que o membro que recebe auxílio possa ser beneficiado pela sistemática da licença compensatória. Sob esta última ótica, prevista no art. 2º da Resolução GPGJ nº 1.344/2006, tem-se um mero desdobramento do princípio constitucional da moralidade administrativa. Afinal, se o membro recebe auxílio em razão do serviço excessivo, que não é capaz de executar sozinho, não é razoável que possa absorver funções que não as suas, de modo a receber algum benefício previsto no regime jurídico da categoria.

Como os membros da Instituição passaram a receber a licença compensatória pelo exercício cumulativo de funções, foi totalmente revogada a sistemática do art. 91, VIII, da Lei Complementar nº 106/2003, o que veio a ser declarado pela Resolução GPGJ nº 2.132/2017. Por via reflexa, também a Resolução GPGJ nº 968/2001 perdeu a sua eficácia, já que o objeto da regulamentação não mais subsiste. A regulamentação da licença compensatória ainda foi alterada pelas Resoluções nºs 1.878/2013 e 1.913/2014.

A Resolução GPGJ nº 1.913/2014 foi tacitamente revogada pela Resolução GPGJ nº 2.132/2017, que tem a seguinte redação:

RESOLUÇÃO GPGJ nº 2.132 DE 17 DE JULHO DE 2017

Altera a redação do artigo 2º da Resolução GPGJ nº 1.344, de 22 de setembro de 2006, e acrescenta parágrafo ao citado dispositivo.

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO que o inciso VIII, do artigo 91, da Lei Complementar RJ nº 106, de 03 de janeiro de 2003, foi revogado pelo artigo 6º da Lei Complementar RJ nº 113, de 24 de agosto de 2006, com a redação dada pelo artigo 3º da Lei Complementar RJ nº 129, de 10 de setembro de 2009,

RESOLVE

Art. 1º - O artigo 2º da Resolução GPGJ nº 1.344, de 22 de setembro de 2006, passa a ter a seguinte redação e é acrescido de parágrafo único assim redigido:

“Art. 2º - O desempenho simultâneo de funções em mais de um órgão de execução do Ministério Público será compensado exclusivamente nos termos e na forma da presente resolução, tendo em vista a revogação tácita do inciso VIII, do art. 91, da Lei Complementar RJ nº 106, de 03 de janeiro de 2003.

Parágrafo único - Não fará jus à compensação de que trata este artigo o membro do Ministério Público auxiliado no exercício de suas funções.”

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2017.

José Eduardo Ciotola Gussem

Procurador-Geral de Justiça

É intuitivo, *in casu*, que, tratando-se de membro auxiliado, não se abre a possibilidade de ser designado, com ônus, para acumular órgão diverso. Tal não seria possível quer a designação fosse realizada de ofício, quer a partir de solicitação dos interessados. Ainda que a questão de fundo seja um acordo de acumulação para fins de fruição de férias, é inevitável a constatação de que a operacionalização desse

acordo, por meio de designação, produzirá efeitos incompatíveis com as normas vigentes, já que possibilitará a fruição da mencionada licença compensatória.

(...)

III

Pelo exposto, entende esta Consultoria Jurídica que a situação tratada nos autos, mais especificamente o auxílio deferido a favor dos Promotores de Justiça (...), impede que sejam designados para a acumulação recíproca, durante as férias um do outro, não sendo possível a incidência da licença prevista no artigo 6º da Lei Complementar nº 113/2006, regulamentada pela Resolução GPGJ nº 1.344/2006 e suas posteriores alterações, especialmente a Resolução GPGJ nº 2.132/2017.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

**SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS
CÍVEIS E INSTITUCIONAIS**

ASSESSORIA DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA EM MATÉRIA CÍVEL

MPRJ: n° 2017.00362702 (2017.00778825 em apenso)

Assunto: Dúvida de Atribuição em Matéria Cível

Suscitante: 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital

PARECER DA ASSESSORIA

DÚVIDA DE ATRIBUIÇÃO suscitada pela 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital sobre a atuação em procedimento onde, após recusar a homologação de indeferimento de plano, o CSMP determinou a remessa dos autos ao órgão de origem, 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, órgão que também teve firmada a sua atribuição na solução de um Conflito Negativo de Atribuições suscitado por um terceiro órgão de execução. Questões relativas às atribuições funcionais dos membros do Ministério Público devem ser solvidas a partir de casos concretos, e não de situações hipotéticas. Suscitação que se afigura salutar apreciar, tendo em vista que a recusa do suscitante em atuar no presente procedimento poderá ensejar a solução de continuidade do presente feito, com significativo prejuízo para a sociedade. O membro que indeferiu de plano a representação não pode ser compelido a atuar no feito. Princípio da independência funcional. A incompatibilidade para atuar é pessoal, e não do órgão de execução. Aplicável à espécie o disposto nos arts. 1º, *caput*, e §§ 3º, e 8º, II e III, ajustados ao Anexo IV, todos da Resolução GPGJ nº 1876/2013. Princípio do “Promotor natural”. A solução ora encaminhada encontra precedentes nessa Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível. Parecer no sentido de orientar o suscitante a que observe a regra estampada nos arts. 1º, *caput*, e § 3º, e 8º, II e III, ajustados ao Anexo IV, todos da Resolução GPGJ nº 1876/2013.

Excelentíssimo Sr. Dr. Subprocurador-Geral de Justiça,

Trata-se de dúvida de atribuição suscitada pela 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, onde explica, em síntese, que o CSMP, ao não homologar a promoção de indeferimento de plano operada pela 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, determinou a remessa dos autos à Promotoria de origem, sendo certo que o respectivo membro titular, por seu turno, determinou a remessa dos autos ao promotor tabelar, que é o órgão do suscitante.

Segue contando que o Promotor de Justiça que então se encontrava lotado em substituição no órgão ora suscitante (3ª PJTC de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital) declinou de sua atribuição em favor de uma das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva dos Núcleos de Araruama e Três Rios, tendo naquela oportunidade se manifestado em nome da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital.

Prossegue dizendo que o órgão declinado suscitou Conflito Negativo de Atribuições que foi dirimido com a declaração da atribuição da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital.

Conclui afirmando a sua perplexidade quanto à recusa do titular daquela Promotoria em seguir oficiando nos autos, tendo em vista que, tanto o CSMP quanto o PGJ afirmaram a atribuição da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital.

Finaliza requerendo que seja aclarada de quem é a atribuição para officiar nestes autos, seja recebendo-se a presente com Dúvida ou Conflito Negativo de Atribuições.

Esse é o breve relatório.

I - DA ADMISSIBILIDADE

Observa-se, de plano, que o presente procedimento não pode ser recebido como Conflito de Atribuições pela simples razão de que a manifestação de fl. 118 não reflete declínio de atribuição, mas simples remessa de autos ao tabelar.

Dito isso, a forma de que se reveste o tema suscitado tem nítido caráter de consulta. Resta saber, então, se há previsão legal conferindo atribuição para que a Chefia da Instituição se pronuncie a respeito.

Discorrendo sobre o instituto da dúvida de atribuição, Emerson Garcia¹ leciona que:

[a]o suscitar a dúvida, busca o agente ministerial obter a declaração de que possui, ou não, atribuição para atuar em determinada situação,

¹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e Regime Jurídico*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 336.

cujo enquadramento nos permissivos legais que disciplinam a atuação do Ministério Público, seja como órgão agente, seja como órgão interveniente, ao seu ver, se afigura nebuloso.

Esquadrinhando-se as Leis Orgânicas do Ministério Público (Estadual e da União) constata-se que os arts. 10, X, da Lei nº 8625/1993² e 11, XVI, da Lei Complementar nº 106/2003 do ERJ³ tratam apenas do conflito, negativo ou positivo, de atribuições, cuja solução é cometida ao senhor Procurador-Geral de Justiça, não se encontrando em nenhum desses diplomas legais qualquer menção à figura da dúvida de atribuição.

Como bem observado por Carlos Jatahy⁴, a dúvida de atribuição tinha expressa previsão legal na antiga lei que estruturava o MPRJ⁵, concluindo, ao final, que hodiernamente não está presente, nem na LONMP nem na LOMPERJ.

Nessa mesma esteira de ideias, Sergio Demoro⁶ pontifica que, para além da edição das respectivas leis orgânicas, o instituto da dúvida já não tinha sido recepcionado pelo ordenamento constitucional de 1988 em razão de “*sua incompatibilidade com o princípio da independência funcional, segundo o qual o Chefe da Instituição não deve interferir na atuação funcional dos membros do Ministério Público*”.

Dentro dessas perspectivas legislativa e doutrinária, a solução de problemas atinentes a atribuições dos órgãos de execução depende de sua *concreta configuração*, porque o exame de *situações consideradas apenas em caráter hipotético* significaria, potencialmente, *violação à independência funcional dos membros do Ministério Público*. Em outros termos, conflitos de atribuições configuram-se *in concreto*⁷, e não *in abstracto*.

Dentro dessa perspectiva doutrinária, considerando que a presente dúvida faz alusão à um caso concreto, se afigura salutar apreciar a solicitação efetuada, tendo em vista que a recusa do suscitante em atuar no presente procedimento poderá ensejar a solução de continuidade do presente feito, com significativo prejuízo para a sociedade.

² Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

X - dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito;

³ Art. 11 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

XVI - dirimir conflitos de atribuições, determinando quem deva officiar no feito;

⁴ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 115.

⁵ Lei Complementar nº 28/1982 - Art. 10 - Incumbe ao Procurador-Geral de Justiça, especialmente, além de outras atribuições que lhe sejam conferidas por Lei ou que forem inerentes a seu a seu cargo:

(...)

XXIII - dirimir conflitos e dúvidas de atribuições entre os órgãos do Ministério Público, ouvido o Conselho Superior, se julgar conveniente;

⁶ HAMILTON, Sergio Demoro. *A dúvida de atribuição e o princípio da autonomia funcional*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 14, p. 201/206.

⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 486/487.

II - DO MÉRITO

Preambularmente, cumpre esclarecer que os autos do procedimento nº 2017.00778825 (em apenso) é idêntico ao presente, sendo constituído de cópias deste até a promoção de declínio efetuado em favor de uma das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva dos Núcleos de Araruama e Três Rios.

Por erro foram remetidos dois procedimentos, tendo este feito sido distribuído para a 2ª PJTC Núcleo de Araruama, e o de nº 2017.00778825 (que em verdade é cópia integral deste feito) distribuído para a 1ª PJTC Núcleo e Três Rios. A partir daí ambos os feitos tiveram idênticos andamento e desfecho, sendo detectada a identidade apenas nessa oportunidade.

Por esta razão, a decisão que se avizinha se desenvolverá nestes autos, mas deverá valer também para o apenso.

A presente consulta tem como pano de fundo a manifestação vista à fl. 118 pela qual, na ótica do suscitante, o Dr. Rodrigo Terra, Promotor de Justiça titular da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, se recusa a officiar nestes autos em flagrante descumprimento às determinações emanadas do CSMP e do PGJ que afirmaram a atribuição de seu órgão de execução.

Sustenta o titular da 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, Promotor de Justiça Carlos Andresano Moreira, que officiar nos autos seria fazer tábula rasa das anteriores decisões emanadas dos órgãos da Administração Superior que assentaram taxativamente a atribuição da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital.

Com as devidas vênias, o suscitante confunde as figuras do *membro ministerial* com a do *órgão de execução*.

Veja-se que o arquivamento pretendido pelo Dr. Rodrigo Terra foi rejeitado pelo CSMP (fls. 43/45), colhendo-se do respectivo extrato do julgamento a *determinação de remessa dos autos à Promotoria de origem*, que é a 2ª PJTCDC (fls. 46).

Evidente, então, que o *membro ministerial* que indeferiu de plano a representação, *Dr. Rodrigo Terra*, não pode ser compelido a atuar no procedimento por força de sua independência funcional⁸, mas a atribuição está perpetuada no *órgão de execução* do qual ele é titular, qual seja, a 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital.

Esse fato nunca foi objeto de dissenso nestes autos!

⁸ Resolução GPGJ nº 1769/2012: Art. 21 – Não officiará nos autos do inquérito civil, do procedimento preparatório ou da ação civil pública o membro do Ministério Público responsável pela promoção de arquivamento rejeitada pelo Conselho Superior do Ministério Público, ressalvado o disposto no art. 19, § 1º, I, desta Resolução.

É verdade que, tratando-se da hipótese prevista no art. 19, § 1º, I, da Resolução GPGJ nº 1769/2012⁹, o Dr. Rodrigo Terra deveria ter melhor fundamentado o seu posicionamento e encaminhado os autos ao órgão da PGJ competente para designar outro membro; contudo, tendo o ato praticado atingido o seu fim, não se vê motivo para invalidá-lo.

Como é corriqueiro nessas hipóteses, os autos deverão ser remetidos ao tabelar.

Ora, na forma do que dispõem os arts. 1º, *caput*, e § 3º, e 8º, II e III, ajustados ao Anexo IV, todos da Resolução GPGJ nº 1876/2013¹⁰, *o membro ministerial tabelar é o que estiver ocupando, como titular ou em exercício, o órgão de execução 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital.*

Inequívoco, portanto, que, *in casu*, e no presente momento, o membro ministerial tabelar é o Promotor de Justiça que subscreve esta suscitação, Dr. Carlos Andresano Moreira, ou quem eventualmente lhe fizer as vezes, porque inexistente qualquer incompatibilidade para que atue no feito.

Ressalta-se, entretanto, por óbvio, que as manifestações deverão ocorrer sempre em nome da 2ª PJTCDC.

Frise-se, por oportuno, que *a incompatibilidade é pessoal, do membro, e não do órgão*. Tanto assim o é, que, caso o Dr. Rodrigo Terra se remova, o novo titular deverá obrigatoriamente officiar no feito, sob pena de se ferir o princípio do Promotor natural.

À título de ilustração e de reforço argumentativo, observe-se que, quando em exercício na 3ª PJTCDC, cobrindo férias do titular¹¹, o Promotor de Justiça Carlos

⁹ Art. 19 – (...) § 1º – (...)

I – converterá o julgamento em diligência para a realização de atos imprescindíveis à prolação de sua decisão, especificando-os e remetendo os autos ao órgão do Ministério Público que determinou seu arquivamento e, no caso de recusa fundamentada, ao órgão competente para designar o membro que irá atuar;

¹⁰ Art. 1º – Ocorrendo falta ocasional, impedimento ou suspeição de membro do Ministério Público, titular ou em exercício em Promotoria de Justiça, o desempenho da atribuição será definido de acordo com as regras desta Resolução.

§ 3º – As designações decorrentes da não confirmação do arquivamento de inquéritos civis ou policiais observarão, preferencialmente, as regras previstas nesta Resolução.

Art. 8º – *A substituição de Membro do Ministério Público*, titular ou em exercício, em Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva, operar-se-á da seguinte forma:

II – *Havendo mais de dois órgãos* dessa espécie *a substituição dar-se-á pelo membro titular ou em exercício na Promotoria de Justiça com sede no mesmo Município*, observada a ordem crescente de numeração, seguindo-se ao de número mais elevado o de numeração mais baixa;

III – Quando sediados no mesmo Município órgãos de execução de tutela coletiva segmentada por matéria, *a definição do membro substituído automático* obedecerá à sequência dos grupos de órgãos definidos no Anexo IV, respeitado o critério ordinal do inciso anterior.

ANEXO IV

Subgrupos de Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva especializadas por matéria

- 1) Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania;
- 2) Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos;
- 3) Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção da Educação;
- 4) Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde;
- 5) Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural;
- 6) Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Ordem Urbanística;
- 7) Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte.

¹¹ Promotor de Justiça Carlos Andresano Moreira.

Gustavo Coelho de Andrade, ao declinar de sua atribuição em favor de uma das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva dos Núcleos de Araruama e Três Rios¹², o fez corretamente em nome da 2ª PJTCDC (fls. 121).

Esse é o sistema legalmente previsto¹³ e empregado pela Movimentação, tanto de Promotores, quanto de Procuradores de Justiça, o qual vem merecendo ainda o devido respaldo doutrinário¹⁴.

Destaque-se, por derradeiro, que a solução ora encaminhada se coaduna com precedentes existentes nessa Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível¹⁵.

De concluir-se, portanto, que *o suscitante deve observar a regra estampada nos arts. 1º, caput, e § 3º, e 8º, II e III, ajustados ao Anexo IV, todos da Resolução GPGJ nº 1876/2013.*

Em face do exposto, manifesta-se esta Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível no sentido de *orientar o suscitante a que observe a regra estampada nos arts. 1º, caput, e § 3º, e 8º, II e III, ajustados ao Anexo IV, todos da Resolução GPGJ nº 1876/2013.*

Rio de Janeiro, 8º de fevereiro de 2018.

MARLON OBERST CORDOVIL

Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

¹² Conflito Negativo de Atribuições suscitado à fls. 125/127, o qual foi regularmente dirimido para restar firmada a atribuição do órgão de execução, 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital (fls. 134/139).

¹³ Lei nº 8625/1993: Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

IX - designar *membros* do Ministério Público para:

(...)

d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações;

¹⁴ Emerson Garcia observa que, com o advento da Lei nº 8625/93, o termo “órgão” foi substituído por “membro”, nomenclatura mais refinada para espelhar a hipótese. GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 311.

¹⁵ Procedimentos nº: 2013.00000807; 2013.01027557; e 2014.00135315.

Ref: MPRJ nº 2017.00362702 (2017.00778825 em apenso)

Órgão de Origem: 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital

Aprovo o parecer para *orientar o suscitante a que observe a regra estampada nos arts. 1º, caput, e § 3º, e 8º, II e III, ajustados ao Anexo IV, todos da Resolução GPGJ nº 1876/2013*. Remetam-se-lhe os autos com o parecer aprovado. Publique-se.

Rio de Janeiro, 8º de fevereiro de 2018.

SERGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Cíveis e Institucionais



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.

História em Destaque



Fiscal da Lei mesmo na turbulência¹

Em novembro de 2020, a equipe técnica do Centro de Memória iniciou o trabalho de análise e descrição do fundo *MP do Estado da Guanabara (1960-1975)* sob a custódia da Gerência de Arquivo. Um acervo composto por 51 caixas relativo a um dos períodos mais difíceis da história do país, deflagrado pelo golpe civil-militar em 1964. As instituições democráticas foram abaladas em suas bases afetando diretamente as garantias e liberdades individuais.

Na 2ª edição do projeto *História em Destaque*, em março/2021, apresentamos um documento que evidencia a atuação do Ministério Público em uma situação delicada configurada nos primeiros dias da ditadura, em que se manteve *Fiscal da Lei mesmo na turbulência*.

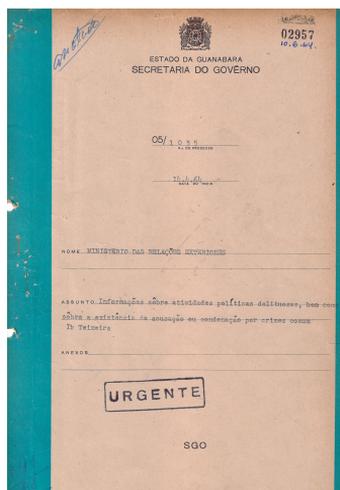


imagem do procedimento administrativo 05/1035/1964

O *processo administrativo 05/1035/1964* instaurado na Secretaria de Governo do Estado da Guanabara revela o drama vivido por *Ib Teixeira*, jornalista e ex-deputado guanabarinense, que teve os direitos políticos cassados pelo Ato Institucional nº 01 de

¹ A notícia sobre esta edição foi publicada no site do MPRJ em 12/03/2021.

1964. O pedido de asilo político foi acolhido pelo Chile, mas obstaculizado pelas autoridades governamentais sob a alegação de crimes contra a ordem política e social (Lei nº 1.802/1953), e Lei de Imprensa (art. 9º, G, Lei nº 2.083/1953). Ib Teixeira, em sua prática jornalística e legislativa, era opositor ao Governador Carlos Lacerda (1960-1965) e é referenciado na documentação como “agitador comunista”. Os desdobramentos postulavam pela sua prisão preventiva e extradição.

Em um contexto de forte comoção e pressão política quanto à interpretação e à aplicação da Lei, o Ministério Público, titular da Ação Penal, posicionou-se por meio do *Procurador-Geral de Justiça João Baptista Cordeiro Guerra* pelas condições de procedibilidade nos crimes de imprensa em que o ofendido fosse o Governador do Estado (Art. 29, §§1º e 2º, Lei nº 2.083/1953). O procedimento apresenta lacunas, mas há indícios de que o processo criminal não apresentava todos os elementos para prosperar, prescindindo da representação da autoridade pública por seu representante legal, no caso, o Procurador-Geral do Estado. Como não foi apresentada, e considerada indispensável, o procedimento administrativo não seguiu adiante, sendo arquivado no Ministério Público. Ib Teixeira viveu no Chile na condição de exilado político por onze anos, retornando após ao Brasil por interesse próprio.

Desse modo, não obstante o clima de instabilidade, arbitrariedades, e dissensões internas, a instituição manteve o papel de guardião da lei, sua função primordial.

Ib Teixeira (1939-2017)

Natural do Rio de Janeiro, foi jornalista assinando a coluna “*Esse Rio Aflito*” no periódico *Última Hora* (1959-1962). Elegeu-se Deputado Estadual da Guanabara (PTB) em 1962 como oposição ao governo Chagas Freitas. Destacou-se na condução, como Vice-Presidente, da rumorosa CPI sobre a operação “Mata-Mendigos”. Cassado em 1964, buscou exílio no Chile, onde permaneceu até 1974, com passagem pela CEPAL. De volta ao Brasil, trabalhou na *Revista Manchete* e foi redator e pesquisador da *Revista Conjuntura Econômica* editada pela FGV/RJ, com análises sobre economia e violência urbana. Faleceu em 2017.

Maiores informações sobre o P.A. 05/1035/1064 podem ser acessadas pelo link: <https://atom.mprj.mp.br/index.php/2-edi-o-do-projeto-hist-ria-em-destaque-fiscal-da-lei-mesmo-na-turbul-ncia>

O objetivo do *História em Destaque* é divulgar o valioso acervo da instituição. A cada mês, o Centro de Memória terá como destaque um dos 16 mil documentos que resgatam a história do MPRJ. A divulgação do acervo pode ser acessada pelo link: <https://atom.mprj.mp.br/index.php/centro-de-mem-ria-procurador-de-justi-a-jo-o-marcello-de-ara-jo>.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Nº 1.319.776 / RIO DE JANEIRO**

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

AGTE.(S): L.A.S.C.J.

ADV.(A/S): PAULO MÁRCIO ENNES KLEIN

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES TIPIFICADOS NO ARTIGO 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA REFLEXA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O recurso extraordinário é instrumento de impugnação de decisão judicial inadequado para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos, bem como para a análise de matéria infraconstitucional. Precedentes: ARE 1.175.278-AgR-Segundo, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25/2/19; ARE 1.197.962-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli (Presidente), DJe de 17/6/19; e ARE 1.017.861-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5/6/17; ARE 1.048.461-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 4/3/2020; e ARE 1.264.183-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26/5/2020.

2. Agravo interno *DESPROVIDO*.

ACÓRDÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 13 a 20/8/2021, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux (Presidente).

Brasília, 23 de agosto de 2021.

MINISTRO LUIZ FUX – PRESIDENTE

Documento assinado digitalmente

23/08/2021

PLENÁRIO

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
COM AGRAVO Nº 1.319.776 / RIO DE JANEIRO**

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

AGTE.(S): L.A.S.C.J.

ADV.(A/S): PAULO MÁRCIO ENNES KLEIN

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Trata-se agravo interno interposto contra decisão da Presidência desta Corte na qual se negou seguimento ao recurso sob o fundamento de impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos e da legislação infraconstitucional, bem como da incidência do tema 660 da repercussão geral.

Sustenta a parte agravante, em síntese, a inexistência dos óbices apontados.

Deixei de intimar a parte recorrida para apresentar contrarrazões em razão de não vislumbrar prejuízo.

É o relatório.

23/08/2021

PLENÁRIO

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
COM AGRAVO Nº 1.319.776 / RIO DE JANEIRO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): A presente irresignação não merece prosperar.

Em que pesem os argumentos expendidos no agravo, resta evidenciado que a parte agravante não trouxe nenhum capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual deve ela ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Conforme consignado na decisão agravada, na espécie, o Tribunal de origem consignou que, *in verbis*:

(...)

Sem razão a defesa ao pretender a declaração de nulidade da prova pericial do ICCE e, isso, porque o laudo técnico juntado às fls. 57/61 foi realizado por perito oficial, não havendo que se falar em manipulação ou adulteração das imagens, sem que tivesse sido percebido pelo órgão técnico. O fato, apenas, de a prova ter sido trazida aos autos pela defesa não obriga o reconhecimento de sua imprestabilidade, haja vista que restou comprovada, por perito oficial, a veracidade das imagens. Valendo lembrar que o referido material esteve a todo tempo disponível às partes.

De igual maneira, não se sustenta a alegada incompetência do Juizado Especial da Violência Doméstica em relação à violência sofrida pela vítima Thaís. Vejamos.

Como cediço, cunhada é parente por afinidade em segundo grau na linha colateral, o que permite a sua inserção no âmbito familiar. Não é pelo fato de ser a vítima ex-cunhada do agressor que vai ser desalojada da proteção legal. O envolvimento da vítima Thaís no desentendimento havido entre sua irmã, seu sobrinho e o acusado é suficiente a demonstrar a existência da unidade familiar, ainda que parcialmente desfeita pela separação do apelante e da vítima Lívia.

A Lei da Violência Doméstica vislumbra a violência praticada no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família, nas relações íntimas de afeto.

Quaisquer dessas situações autorizam ou legitimam o título de violência doméstica e familiar contra a mulher e, portanto, gozam suas vítimas de especial proteção do Estado.

Em verdade os delitos descritos na denúncia se deram dentro de um mesmo contexto fático, ocorrendo, por conseguinte, conexão probatória e, por isso, devendo, mesmo, o processamento e

juízo feito realizar-se em conjunto, mesmo em se tratando de ex-cunhada do acusado. Repito, se necessário à exaustão a Lei Maria da Penha não se restringe à violência doméstica, abrangendo também a violência familiar dos demais membros da família.

(...)

Da mesma forma, sem razão a defesa ao sustentar a não aplicação da Lei Maria da Penha ao delito praticado contra a vítima Thaís.

Repito, os delitos foram cometidos dentro de um mesmo contexto fático, ocorrendo, portanto, conexão probatória, devendo o processamento e o julgamento realizar-se em conjunto, mesmo em se tratando de ex-cunhada do réu.

A Lei Maria da Penha não se restringe à violência doméstica, abrangendo também a violência familiar dos demais membros da família. A vítima Thaís se viu envolvida na confusão havida entre o acusado, sua irmã e seu sobrinho, porque este lhe pediu socorro. Nesse contexto, inarredável concluir pela incidência da Lei nº 11.340/06, tendo em vista a ocorrência de ação baseada no gênero causadora de sofrimento físico no âmbito da família.

Igualmente, não há como acolher o pleito visando à aplicação das medidas despenalizadoras contidas na Lei nº 9.099/95.

O Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade nº 2009.150.00002, posicionou-se pela constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, reconhecendo que os institutos despenalizadores próprios da Lei nº 9.099/95 não se aplicam às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O mesmo tema foi objeto do julgamento do *Habeas Corpus* 106.212, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, tendo o plenário do STF decidido que os delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não se submetem à Lei nº 9.099/95.

(...)

Por fim, em que pesem os argumentos utilizados pela combativa defesa, entendo que as pr carreadas aos autos, em especial a oral, demonstram claramente que os fatos se deram como narrados na denúncia em relação à vítima Thaís. Analisando o conjunto probatório coligido, verifico que a materialidade delitiva restou devidamente demonstrada. Quanto à autoria do crime, a prova oral produzida em Juízo foi uníssona, uma vez que o próprio apelante não negou a autoria do crime.

Entretanto, o acusado, ora apelante, ao confessar ter dado um empurrão em Thaís, alegou que agiu em legítima defesa. Todavia, não há como prosperar a versão de legítima defesa sustentada pelo acusado, eis que as provas trazidas aos autos levam à conclusão diversa. Não há como negar, o réu agiu sem estar amparado por qualquer causa de justificação.

É sabido que a legítima defesa exige certa proporcionalidade entre a ação defensiva e a agressiva, quando tal seja possível, isto é, que o defensor deve utilizar o meio menos lesivo que tiver ao seu alcance.

Certo é que o apelante ao reagir à alegada agressão por parte da vítima, não usou dos meios necessários, ou seja, dos meios suficientes que tinha a seu dispor para repudiar a agressão.

Conforme lição do inesquecível Nelson Hungria, embora não se trate de “pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente”, pode-se averiguar quando um meio utilizado como repulsa a uma agressão, ainda que único, pode ser considerado desnecessário à defesa.

A nortear a apuração da necessidade dos meios empregados na reação a uma agressão, temos os princípios da Proporcionalidade e o da Razoabilidade. A reação deverá sempre ser proporcional ao ataque, bem como deve ser razoável. Caso contrário, deve-se descartar a necessidade do meio utilizado e, como consequência lógica, afastar a causa de exclusão da ilicitude. No caso vertente, o excesso na utilização do meio empregado pelo acusado é incontestável. O Apelante ao repelir a alegada injusta agressão da vítima, não usou dos meios necessários, suficientes à repulsa da agressão.

Tinha o acusado à sua disposição vários outros meios aptos a afastar a agressão e, em sendo assim, deveria, **NECESSARIAMENTE**, optar pelo meio menos gravoso, sob pena de ser considerado como desnecessário o meio utilizado. Na lição de Bacigalupo, citado por Silva Franco, “a repulsa deve ser necessária e ela o será se a ação do ofendido for a menos danosa de quantas estavam à sua disposição para rechaçar a agressão na situação concreta”.

O agente que reage a uma agressão, além de ter a obrigação de selecionar o meio mais adequado à repulsa, tem ainda a obrigação de utilizar o meio eleito com moderação, sob pena de incorrer no chamado **EXCESSO**. Visa a lei impedir que, agindo inicialmente numa situação amparada pelo Direito, atue o agente de forma

imoderada, ultrapassando os limites daquilo que, efetivamente, seria necessário para dar fim à agressão praticada.

Toda conduta praticada com excesso é ilícita. O excesso na legítima defesa é um excesso ilegítimo de defesa. Subsiste, portanto, o crime que a legítima defesa não exclui.

O apelante ultrapassou as fronteiras do permitido, violando explicitamente os requisitos exigidos pela lei que o manteriam ao abrigo da causa de exclusão de ilicitude, a legítima defesa.

Portanto, para acolher a pretensão da parte recorrente e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos, bem como a análise da legislação infraconstitucional pertinente, procedimentos inviáveis em sede de recurso extraordinário. Destarte, a afronta ao texto constitucional, se houvesse, seria indireta ou reflexa, bem como incide, na hipótese *sub examine*, o enunciado 279 da Súmula desta Corte, *in verbis*: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Nessa linha:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Violência Doméstica. Contravenção Penal. Vias de Fato. Alegada ofensa ao art. 98, inciso I, da Constituição Federal. Constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Competência do juizado de violência doméstica. Precedentes. Regimental não provido. (ARE 1.055.005-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 31/10/2017)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, *caput*, LVII, da Constituição Federal, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, além da reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que foge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Magna Carta. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastreiam a

decisão agravada, principalmente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. 3. Agravo interno conhecido e não provido. (ARE 1.216.238-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 25/09/2019)

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Absolvição sumária. Legítima defesa. Desclassificação de delito. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não se presta o recurso extraordinário para a análise de matéria infraconstitucional, tampouco para o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos (Súmula nº 279/STF). 2. Agravo regimental não provido. (ARE 1.267.774-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli (Presidente), DJe de 21/10/2020)

De outro lado, o Plenário desta Corte, nos autos do ARE nº 748.371, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado no DJe de 1º/8/2013, julgado sob o rito da repercussão geral (tema 660), reafirmou o entendimento de que a afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional que dependa, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que não enseja reexame da questão em recurso extraordinário. Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Militar. Cerceamento de defesa. Indeferimento de provas. Repercussão geral. Ausência. Proventos com remuneração correspondente ao grau hierárquico superior. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. 2. Esse entendimento foi reafirmado em sede de repercussão geral. Vide: i) ARE nº 748.371/MT, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1º/8/13 - Tema 660 e ii) ARE nº 639.228/RJ, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 31/8/11 - Tema 424. 3. Inviável, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos e a análise da legislação infraconstitucional. Incidência das Súmulas nºs 279 e 636/STF. 4. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 5. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios

pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita (ARE 1.143.354-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/2/2019).

Ex positis, DESPROVEJO o agravo interno.

É como voto.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
COM AGRAVO Nº 1.319.776 / RIO DE JANEIRO**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

AGTE.(S): L.A.S.C.J.

ADV.(A/S): PAULO MÁRCIO ENNES KLEIN (100444/RJ)

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 13.8.2021 a 20.8.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário



AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO Nº 41.791 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGDO.(A/S): NÃO INDICADO

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, DIANTE DA MODIFICAÇÃO SUPERVENIENTE DO QUADRO FÁTICO NA ORIGEM. SUCESSÃO DE NORMAS EDITADAS PELO ESTADO E MUNICÍPIO PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA. DECISÕES JUDICIAIS POSTERIORES À DECISÃO RECLAMADA NA VIA ORDINÁRIA. UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. As medidas oriundas do Poder Público, relacionadas ao combate à COVID-19, devem ser absolutamente dinâmicas, sendo temerária sua imobilização por conta de decisões judiciais. Sucessão de decretos editados sucessivamente demonstram a impossibilidade de perenização de medidas para o enfrentamento da pandemia, havendo o Poder Público de se adaptar à necessidades.
2. O caso concreto tem particularidades processuais a justificar o reconhecimento do prejuízo da Reclamação.
3. Ajuizou-se, na origem, três Ações Cíveis Públicas, impugnando Decretos expedidos pelo Estado e pelo Município do Rio de Janeiro, as quais foram oportunamente apensadas para

juízo em conjunto. O Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital do Rio de Janeiro deferiu parcialmente a tutela de urgência em desfavor dos Entes Federativos, a qual foi sustada pelo Presidente do TJRJ em Pedidos de Suspensão de Liminar. É contra essa decisão em PSL que se insurgem os Reclamantes.

4. O ato Reclamado também foi impugnado via Agravo Interno, o qual foi julgado pelo Órgão Especial do TJRJ, em sessão realizada no dia 23/11/2020, mantendo-se a suspensão da medida de urgência.

5. A decisão proferida pelo Juízo de 1º Grau, que inicialmente concedeu a medida liminar, além de ter sido objeto de Pedido de Suspensão de Liminar, conforme acima exposto, também foi impugnada pela via do Agravo de Instrumento, na qual foi atribuído, referente às três ACPs, efeito suspensivo.

6. O objeto da reclamação já não possui mais eficácia jurídica a justificar o interesse no conhecimento da ação, porque substituído sucessivamente por decisões proferidas nos Agravos de Instrumento interpostos contra a decisão liminar mais ampla, concedida pelo juízo de origem. A cassação das decisões proferidas na Suspensão de Liminar, objeto desta Reclamação, não alteraria a eficácia da decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital do Rio de Janeiro, eis que suplantada integralmente pelas decisões monocráticas proferidas nos Agravos de Instrumento.

7. Não há interesse processual no conhecimento da presente Reclamação, pois, eventual cassação da decisão que já fora substituída por outra, proferida por órgão legitimado e competente a tal, traduzir-se-ia em uso daquela como substitutivo do recurso próprio, a ser interposto pela parte interessada, dirigida, naturalmente, ao Órgão Julgador Colegiado na origem. Dessa forma, o caso é de não conhecimento do pleito pela perda superveniente de seu objeto.

8. Recurso de Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual da Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a certidão de julgamento, por unanimidade, acordam em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Falaram os reclamantes, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília, 8 de abril de 2021.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Relator

08/04/2021

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO Nº 41.791 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGDO.(A/S): NÃO INDICADO

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): Trata-se de Agravo Interno contra decisão monocrática que julgou PREJUDICADA a Reclamação.

Neste recurso de Agravo, a parte impugnante sustenta, em síntese, que (doc. 73):

- A concessão de efeito suspensivo aos agravos de instrumento não enseja a perda de objeto da presente Reclamação.

(...)

O efeito suspensivo atribuído ao agravo de instrumento é medida acessória, que visa a evitar dano à parte agravante enquanto o recurso pende de julgamento. Veja-se: se a Câmara Cível deixar de conhecer ou negar provimento aos agravos de instrumento, o efeito suspensivo anteriormente concedido aos recursos imediatamente cessará. O mesmo ocorrerá caso, após o regular desenvolvimento da demanda, seja prolatada sentença, em primeiro grau, acolhendo o pleito coletivo e substituindo, em cognição exauriente, a decisão liminar suspensa pela Câmara Cível. Nesta hipótese, o único óbice

à execução da decisão liminar da 7ª Vara da Fazenda Pública será a decisão reclamada, que produzirá efeitos até o trânsito em julgado da ação de origem – decisão esta cuja cassação é pretendida na presente Reclamação, tendo em vista que desrespeitou o que foi decidido pelo E. STF nas ADIs nº 6422, 6421, 6428, 6425, 6427, 6431 e 6424.

- A sucessão de novos decretos não afeta o objeto da Reclamação.
(...)

A uma, porque a presente Reclamação diz respeito exatamente à ausência de motivação técnica, nos termos preconizados nas ADIs 6422, 6421, 6428, 6425, 6427, 6431 e 6424 (ou seja, que considere os standards, normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas bem como os princípios constitucionais da precaução e da prevenção) da decisão do gestor público que inaugura, baliza, embasa e norteia todo o complexo procedimento de flexibilização do distanciamento social que foi executado pelos sucessivos decretos expedidos pelo Estado e pelo Município do Rio de Janeiro.
(...)

Em outras palavras, uma vez desrespeitada pelo gestor essa vinculação original (necessidade de motivação técnica da decisão administrativa que inicia o procedimento de flexibilização social), é de se admitir que todos os decretos posteriores que apenas a executaram à luz dos decretos iniciais impugnados, avançando na retomada de novas atividades, são nulos por derivação. E surtem efeitos até o momento, eis que, também conforme consenso científico reconhecido, agora, pelos próprios entes públicos, o Estado e o Município do Rio de Janeiro nunca saíram da primeira onda. Como a flexibilização foi açodada, a pandemia estabilizou-se em um platô elevadíssimo de número de casos e óbitos que se protraem no tempo e pressionam o sistema único de saúde a cada nova etapa de flexibilização.

A duas, e como também já foi explicitado nestes autos, os novos decretos pecam, igualmente, pela ausência de embasamento técnico, nos parâmetros acima indicados com base decisão vinculante prolatada por essa E. Corte (ADIs nº 6422, 6421, 6428, 6425, 6427, 6431 e 6424). Não fosse assim, não haveria razão para os entes se oporem ao cumprimento da liminar: bastaria a apresentação dos estudos técnicos ao Juízo, e tudo estaria resolvido.
(...)

Em suma, como o advento de novos Decretos não ensejou perda de objeto da ação civil pública de origem e nem da liminar concedida

pelos Juízes de 1º grau, suspensa pela decisão reclamada, persiste o interesse dos reclamantes no restabelecimento da eficácia da decisão liminar de 1º grau.

(...)

No caso, a superveniência de novos decretos estadual e municipal (nebulosos cientificamente) apenas reforça a relevância e pertinência da liminar, que exige que os atos sejam embasados em estudos técnico-científicos.

(...)

Enfim, a questão controvertida submetida à análise dessa Corte Suprema permanece incólume: pretende-se a cassação da decisão do Presidente do TJRJ, que suspendeu a execução da liminar que determinou que o Estado e o Município do Rio de Janeiro apresentem os estudos técnico-científicos que embasam os seus Decretos de flexibilização do isolamento social, na pandemia de Covid-19.

(...)

Reitera-se, veementemente, a urgência e a relevância do julgamento do mérito da presente Reclamação, ante a situação atual de descontrole da pandemia de Covid-19 no Brasil, agravada pela circulação de variantes do vírus, especialmente da variante P1, surgida no Amazonas.

Requerem “a reconsideração da r. decisão ora agravada, para que seja julgado o mérito da reclamação em referência, cuja procedência se reitera, a fim de cassar a suspensão de liminar pelo TJRJ e restabelecer os efeitos da decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública, que suspendeu os dispositivos dos Decretos que autorizaram a flexibilização do isolamento até que sejam apresentados os devidos estudos técnico-científicos e determinou a apresentação destes estudos. Caso mantida a decisão ora agravada, requerem seja o presente agravo interno submetido a julgamento pelo Órgão Colegiado, na forma do art. 1.021, § 2º, do CPC/2015” (doc. 73, fl. 19).

É o relatório.

**08/04/2021
PRIMEIRA TURMA**

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO Nº 41.791 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Conheço do recurso, eis que interposto tempestivamente. A decisão impugnada foi publicada em

18/1/2021, enquanto que o recurso em análise foi interposto em 16/3/2021, dentro, pois, do prazo legal, considerando a contagem em dobro a que fazem *jus* os Recorrentes.

A decisão agravada tem o seguinte teor:

Trata-se de Reclamação ajuizada pela *Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro* e pelo *Ministério Público do Rio de Janeiro*, visando a cassação de decisão proferida pelo Presidente do *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro* nas Suspensões de Liminar 0036361-16.2020.8.19.0000 e 0036466-90.2020.8.19.000, afirmando desrespeito ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 6.422, 6.421, 6.428, 6.425, 6.427, 6.431 e 6.424.

Afirmam os reclamantes que foram ajuizadas três ações civis públicas em face do Município do Rio de Janeiro (0068461-21.2020.8.19.0001 e 0102074-32.2020.8.19.0001) e do Estado do Rio de Janeiro (0117233-15.2020.8.19.0001), nas quais se questiona a legalidade dos atos administrativos (Decreto Municipal nº 47.301/2020, Decreto Municipal nº 47.461/2020 e Decreto Estadual nº 47.112/2020), que iniciaram a flexibilização do isolamento social adotado como medida de contenção da pandemia Covid-19, sem a apresentação prévia de estudos científicos que respaldassem a medida.

O juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, em decisão única em todos os feitos, afirmou a inexistência de estudos e dados científicos a embasar a edição dos Decretos Municipal e Estadual de flexibilização do isolamento social e retomada das atividades sócio econômicas, concedendo a tutela de urgência requerida nas ações coletivas para a suspensão dos efeitos dos decretos até que tais estudos fossem apresentados, com o seguinte teor:

1) Em relação ao MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO:

1.1) Manter as tutelas provisórias já determinadas nos autos, inclusive quanto ao prazo em curso para a apresentação de análise de impacto regulatório, nos parâmetros estabelecidos nos manuais da Casa Civil da Presidência da República e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre as medidas adotadas em âmbito municipal para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei Federal nº 13.979/2020;

1.2) suspender a eficácia dos artigos 6º a 14 do Decreto Municipal nº 47.488, de 02 de junho de 2020, até que seja apresentada a análise de impacto regulatório mencionada no item anterior;

2) Em relação ao ESTADO DO RIO DE JANEIRO:

2.1) determinar que apresente, em 10 (dez) dias, análise de impacto regulatório, nos parâmetros estabelecidos nos manuais da Casa Civil da Presidência da República e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre as medidas adotadas em âmbito estadual para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei Federal nº 13.979/2020;

2.2) suspender a eficácia dos artigos 6º a 10 do Decreto Estadual nº 47.112, de 05 de junho de 2020, mantendo-se a suspensão do funcionamento das atividades especificadas no Decreto Estadual nº 47.102/2020, até que seja apresentada análise de impacto regulatório mencionada no item anterior;

2.3) determinar que fiscalize de forma efetiva o cumprimento das medidas de isolamento social, por meio dos órgãos estaduais com poder de polícia para vigilância, fiscalização e controle, de forma coordenada com os Municípios.

Tal decisão foi objeto do pedido de suspensão de liminar por parte do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, decidido pelo Presidente do Tribunal de Justiça Local (0036361-16.2020.8.19.0000 e 0036466-90.2020.8.19.0000), sendo a decisão monocrática de concessão justamente o objeto da presente Reclamação.

Observe-se que a decisão monocrática foi questionada na origem por meio de Agravo Interno, julgado de forma colegiada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sessão realizada no dia 23.11.2020, mantendo-se a suspensão da eficácia da decisão que concedeu parcialmente a medida de urgência.

Argumentam os reclamantes que:

Com efeito, a questão submetida ao Judiciário pelos ora reclamantes referiu-se unicamente à exigência de que o Município e o Estado apresentassem o embasamento técnico científico que respaldou os Decretos do Governo do Estado (nº 47.112, DO 05.06.2020) e do Município do Rio de Janeiro (nº 47.488, DO 02.06.2020), tendo em vista que os referidos atos normativos flexibilizaram o isolamento social e autorizaram a retomada de diversas atividades sócio econômicas em meio à pandemia do Covid-19 sem embasamento em estudos técnicos científicos aplicáveis à matéria, contrariamente

*ao que já foi decidido por esse E. STF nas ADIs 6422, 6421, 6428, 6425, 6427, 6431 e 6424, e em direção radicalmente oposta aos atos normativos recentes anteriores, os quais estabeleciam medidas rigorosas de isolamento social e, no caso do Estado, eram respaldados pelas notas técnicas do Gabinete Ampliado de Crise (uma especificamente sobre bandeiras e flexibilização gradual, que veio a ser encampada pelo Pacto pela saúde e economia), inclusive com recomendação aos entes municipais de avaliação quanto à decretação de *lockdown*.*

Neste sentido é que foram formulados os pedidos de tutela de urgência nas ações civis públicas e foi precisamente este o objeto da tutela de urgência concedida pelo Juízo de 1º grau, lamentavelmente suspensa pelo Presidente do E. TJRJ, pela decisão ora reclamada. (doc. 1, fl. 9) (grifei)

A decisão reclamada, proferida em sede de pedido de suspensão de liminar, tem a seguinte ementa:

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. COVID-19. PANDEMIA. EFEITOS GLOBAIS. SEPARAÇÃO DOS PODERES. MANDAMENTO CONSTITUCIONAL. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. NECESSIDADE DE RECONHECER, EM MUITOS CASOS, A AUSÊNCIA DE EXPERTISE DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À COVID-19. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. DEFERIMENTO.

1. PANDEMIA. Surto de transmissão do vírus Sars-Cov-2, causador da doença Covid-19 (ou coronavírus). Evento inequivocamente complexo, de alto risco à saúde pública, com relevantes impactos sobre os sistemas de saúde, em todas as esferas de governo (federal, estaduais e municipais) e imprevisíveis consequências econômicas, sociais e humanas. Situação que demanda a adoção de ações coordenadas, conforme as peculiaridades de cada localidade, visando à prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública.

2. **NORMATIVIDADE JURÍDICA. LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE DE ESTADOS E MUNICÍPIOS, NO QUE TANGE À ADOÇÃO DE MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO DA COVID.** ADI6341MC/DF. Legitimação concorrente de Estados e Municípios, em termos de saúde, especialmente nas medidas de enfrentamento da COVID, reconhecida, por unanimidade do Plenário do STF.

3. **ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMPO DE PANDEMIA.** Em todas as instâncias, ações judiciais proliferam em relação às medidas governamentais de contenção à pandemia. Está na ordem do dia a virtude passiva dos juízes e a humildade judicial de reconhecer, em muitos casos, a ausência de expertise em relação à Covid-19. É tudo novo para a Ciência, quiçá para o Judiciário. Nesse contexto, impõe-se aos juízes atenção para as consequências das suas decisões, recomendando-se prudência redobrada em cenários nos quais os impactos da intervenção judicial são complexos, incalculáveis ou imprevisíveis. Antes de decidirem, devem os juízes ouvir os técnicos, porque uma postura judicial diversa gera decisões passionais que desorganizam o sistema de saúde, gerando decisões trágicas e caridade injusta. (FUX, Luiz. Justiça infectada? A hora da prudência. Publicado no Jornal O GLOBO).

3.1. Em um Estado Democrático de Direito, a atuação do Poder Judiciário deve respeitar os limites impostos pela Constituição e pelas demais leis do país. Não pode se dar, exclusivamente, pela vontade do julgador, por melhor que seja sua intenção. Julgar não é um ato de vontade, mas de conhecimento.

3.2. A sociedade precisa de tranquilidade e segurança jurídica. Cumpre ao Poder Judiciário, com serenidade e responsabilidade, se desincumbir desse mister.

3.3. De fato, e não raro, sob a argumentação de [suposta] proteção aos direitos fundamentais, muitas vezes se escondem objetivos pragmáticos e ideológicos de controle sobre os demais Poderes republicanos, o que afronta diretamente a Constituição. Preocupação com saúde, educação, segurança são deveres do Estado, cujas políticas nacionais estão a cargo do Estado-Administrador (Poder Executivo). Não cabe ao Estado-Juiz (Poder Judiciário) a elaboração de políticas públicas nessas áreas, menos

ainda atuar como ordenador de despesas. Assim agindo, assenhora-se de atribuições que, constitucionalmente, não lhe competem.

3.4. Separação dos Poderes que deve ser respeitada. Necessidade de respeitar as escolhas administrativas tomadas pelos órgãos técnicos do Estado, não competindo ao julgador substituir o administrador nas decisões tomadas. Não cabe ao Poder Judiciário adentrar o mérito das decisões administrativas, mormente no atual momento vivenciado pelo país, não podendo substituir prévias avaliações técnicas do Poder Executivo.

4. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.

4.1. As Cortes Superiores têm consignado que quatro são os requisitos necessários para o cabimento do excepcional pedido de suspensão: a) decisão proferida no bojo de ação proposta contra o Poder Público; b) requerimento do Ministério Público ou de outra entidade legitimada; c) manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade da decisão atacada; e d) grave lesão a um dos direitos tutelados pela lei, quais sejam, ordem, saúde, segurança e economia públicas. Sendo assim, se, e somente se, todos esses requisitos coexistirem, poderá o Poder Público, ou o Ministério Público, formular o pedido de suspensão de liminar ou de sentença.

4.2. Com efeito, o deferimento do pedido de suspensão de liminar exige a presença de ocorrência de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

4.3. Embora a contracautela revista-se de caráter excepcional, tenho que o caso dos autos permite o seu deferimento, tendo-se em perspectiva a jurisprudência firmada pela Suprema Corte no sentido de que (...) na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência da Corte Constitucional, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001 (STA 322/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes). Nesse sentido, a suspensão dos Decretos está intrinsecamente associada à retomada econômica e social, e este é um dos maiores desafios de

nossa atual sociedade: manter o equilíbrio da pandemia sem descuidar da retomada das atividades econômicas. A decisão impugnada poderá causar prejuízos econômicos vultosos imediatos e de difícil reparação ao Estado e também ao Município do Rio de Janeiro, inclusive com a possível e indesejável demissão de um grande número de trabalhadores, quebra de diversas empresas e impacto direto na arrecadação do Estado e do Município.

4.4. A suspensão dos Decretos é medida que causa grande lesão à ordem pública e à economia, restando patente os requisitos para o deferimento da medida postulada.

4.5. A magnitude da expressão econômica envolvida na causa e o risco de que os efeitos da decisão possam potencializar um enorme prejuízo em toda a sociedade são pressupostos que autorizam a contracautela requerida.

4.6. Como cediço, a suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita, a riscos graves de lesão, interesses públicos privilegiados – a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Sendo medida cautelar, deve-se dosar na decisão o conteúdo da violação dos interesses públicos tutelados. No caso, patente se encontra à lesão, à ordem e à economia públicas. Deferimento que se impõe.

A partir da decisão da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirma que:

Presidência do TJRJ afrontou a cautelar proferida pelo STF nas ADIs nºs 6422, 6421, 6428, 64725, 6427, 6431 e 6424, ao suspender a decisão do juízo de piso e dispensar a apresentação de estudos técnicos-científicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente, e observância dos princípios da precaução e prevenção.

Requeru concessão de medida cautelar e, no mérito, a cassação da decisão proferida pela autoridade reclamada, restabelecendo-se os efeitos da decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda

Pública nos processos nos 0068461-21.2020.8.19.0001, 0102074-32.2020.8.19.0001 e 0117233-15.2020.8.19.0001. (doc. 1, fl. 21)

Determinei, para fins de apreciação a liminar, que viessem aos autos informações do Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (doc. 18).

Vieram aos autos informações da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, esclarecendo, em resumo:

(...) a análise da matéria posta em sede liminar (concedida em Ação Civil Pública inviabiliza o *contraditório e a ampla defesa*, de modo que a decisão fora prolatada em juízo de cognição sumária, superficial, própria das apreciações judiciais com relação à medida liminar de cunho cautelar.

Em razão disso, tendo se concluído estar diante de evento inequivocamente complexo, de alto risco à saúde pública, com relevantes impactos sobre os sistemas de saúde, em todas as esferas de governo (federal, estaduais e municipais) e imprevisíveis consequências econômicas, sociais e humanas, fora deferido o pedido, formulado pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Município do Rio de Janeiro, para suspender os efeitos da decisão, proferida pelo juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública, que, por sua vez, suspendia os efeitos de diversos dispositivos do Decreto Estadual nº 47.112, de 05/06/2020, e do Decreto Municipal nº 47.488, de 02/06/2020, que autorizavam a flexibilização do isolamento. (doc. 34, fl. 4)

No aspecto do mérito da decisão reclamada, afirma que:

Lado outro, convém ressaltar que, em um momento único de crise *sem precedentes* para a humanidade, os atos praticados pelo Poder Público para combate da pandemia devem ser tomados por aqueles que detêm *legitimação democrática* a respaldar suas decisões. Nesse sentido, o Poder Executivo, composto por membros democraticamente eleitos, organiza seus órgãos técnicos e por meio deles realiza suas funções típicas.

O momento excepcional vivenciado indica que a escolha da Administração Pública, por meio de seus órgãos técnicos, deve ser tratada com a deferência necessária nos casos de *discricionariedade técnica*. É uma hipótese em que se deve priorizar as *capacidades institucionais do órgão técnico*.

Fato é que falece ao Poder Judiciário em campo tão específico e conturbado da ciência *expertise* e capacidade técnica para *analisar as nuances* das medidas tomadas pelo Executivo, no âmbito restrito e direto de sua *atribuição constitucional e legal*.

Ademais, ao menos em uma análise delibatória, concluiu-se, *in casu*, que as medidas tomadas pelos entes públicos foram validadas em *fundamentos técnicos*, na esfera de atribuição do ente estatal. (doc. 9, fl. 8)

Nesse contexto, importante rememorar que a formulação e a execução de políticas públicas *dependem* de opções políticas *a cargo* daqueles que, por *delegação popular*, receberam investidura em mandato eletivo, muito mais no momento de crise mundial e global que se apresenta.

Nesse diapasão, o controle judicial de políticas públicas constitui medida de *caráter excepcional* em prestígio ao *princípio da separação dos poderes*. O que prevalece é o respeito aos critérios utilizados pelo Poder Executivo, a quem cabe definir seus planos de ação no combate à pandemia, porquanto promanados de *governantes escolhidos pelo povo*, que é o titular originário do poder, e que *legítima* o atual político da Administração Pública.

Desta forma, dentro de uma ponderação de direitos, princípios e fatos relevantes, entendeu-se por não caber ao Judiciário exercer *controle absoluto* sobre políticas públicas de combate à COVID-19, notadamente no que pertine ao plano de retomada das atividades, na medida em que, para tanto, se requer planejamento global integrado e interdisciplinar entre diversas autoridades públicas, diante da impossibilidade de sua efetividade de forma isolada.

A ingerência do Judiciário nesta seara é feita de forma excepcional e deve estar cingida àquilo que se pode razoavelmente se exigir do Poder Público, não substituindo-o em suas escolhas.

(...)

Nesse contexto, entendeu-se que, na execução do conjunto de medidas adotadas para o combate e retomada gradual das atividades econômicas, não cabe ao Poder Judiciário decidir, sem *respaldo técnico*, qual escolha deve ser tomada pelo Executivo.

No caso, identificou-se, ao menos em um juízo perfunctório, o *respaldo técnico* necessário na decisão tomada pelo Estado e pelo Município, sendo certo que os dados técnicos e a evolução da própria ciência têm produzido diariamente elementos e revisão das diretrizes, inclusive mundiais, para o combate à pandemia. (doc. 34, fls. 10/11)

Informa, ainda, que:

[i]mpende registrar que o Estado do Rio de Janeiro interpôs *Agravo de Instrumento* em face da decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, tendo sido *concedido efeito suspensivo ao recurso* pela Excelentíssima Desembargadora Relatora, que assim dispôs, na parte final de sua decisão:

Por fim, cabe registrar que o Decreto Estadual nº 47.112/2020, sob apreciação, consigna no artigo 15 que *A Secretaria Estadual de Saúde realizará o monitoramento da taxa de incidência da Covid-19 para reanálise, podendo suprimir ou aumentar as restrições previstas no presente decreto.*

Denota-se daí que as medidas de reabertura previstas na referida norma foram adotadas pelo gestor executivo levando em consideração o atual cenário da pandemia no Estado do Rio de Janeiro. A despeito disso, a Administração, do que se infere do dispositivo, não se esquivou de continuar monitorando a taxa de incidência da contaminação, reservando a possibilidade de que, sobrevindo mudança na

situação fática, em razão de aumento ou diminuição da curva de contágio, implemente nova política de administração da pandemia, revogando as medidas de isolamento ou flexibilização ou ampliando-as.

Desse modo, o controle judicial poderá se fazer presente se, a depender do atuar na gestão em comparação com o cenário fático, os critérios utilizados pelo Administrador se afigurarem sobremaneira incompatíveis com a situação. A discricionariedade do administrador se destina à opção do mérito do ato administrativo, de acordo com a conveniência e oportunidade. Entretanto, a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, devendo o ato ser exercido com sujeição à lei, com finalidade pública e emanado de autoridade competente.

Veja-se que o artigo 37, I, da Constituição Federal baliza o exame do caso em lide, ao dispor que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

É dizer, a Administração deve vincular-se a um bloco de legalidade, ou seja, ao direito, de acordo com o modelo jurídico oriundo da Constituição Federal baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas. E, nesse tocante, poderá o Poder Judiciário realizar o controle da juridicidade do ato administrativo, acaso as medidas que vierem a ser adotadas pelo Poder Executivo caracterizem desvio de finalidade.

Em razão de todo o asseverado, outra não pode ser a conclusão senão pela reforma da decisão recorrida.

À conta de tais fundamentos, *defiro o efeito suspensivo ao recurso.*

Assim sendo, a decisão objeto das Suspensões de Execução nº 0036361-16.2020.8.19.0000 e nº 0036466-90.2020.8.19.0000 hoje não mais subsiste no mundo jurídico, na medida em que existe uma decisão de segundo grau que suspendeu seus efeitos.

Em outros termos, os dispositivos que autorizam a flexibilização do isolamento, previstas no Decreto Estadual nº 47.112, de 05/06/2020, e do Decreto Municipal nº 47.488, de 02/06/2020, estão em vigor, não mais em razão da decisão de suspensão de segurança objeto da presente Reclamação, mas sim em virtude da decisão proferida pela Excelentíssima Desembargadora Relatora, nos autos do Agravo de Instrumento interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, que suspendeu os efeitos da decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital. (doc. 34, fls. 25/27) (grifei)

A respeito da ofensa à decisão do Supremo Tribunal Federal autorizador da Reclamação, sustenta que ausência de aderência, eis que consoante se verifica pelo teor das teses firmadas quando do julgamento das ADIs nº 6422, 6421, 6428, 6425, 6427, 6431 e 6424, *seus comandos não se dirigem a atos jurisdicionais praticados pelo Poder Judiciário* quando do exercício do *controle da juridicidade* dos atos administrativos praticados pela Administração Pública.

As teses firmadas se dirigem, na verdade, ao administrador público, especialmente no que tange à prática de atos administrativos relacionados com a pandemia de COVID-19.

Ou seja, na hipótese de existirem, no caso concreto, peculiaridades que impossibilitem a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente acerca da matéria constitucional no caso dos autos, importante que se realize o *distinguishing* (distinção), o que impossibilita a utilização da reclamação. (doc. 29, fls. 29/30)

Informações prestadas pelo Município do Rio de Janeiro, afirmando a impropriedade do uso da reclamação, eis que a pretensão dos reclamantes liga-se à análise de fatos discutidos nas ações civis públicas, trazendo indevidamente tal análise para estes autos. Ainda, que a não concordância com os critérios técnico-científicos adotados na edição de medidas de flexibilização não caracteriza ofensa às decisões da CORTE, e que as medidas, fundadas em critérios científicos, são revisadas sucessivamente, podendo ser ampliadas ou restritas, à medida das necessidades para a contenção da pandemia (doc. 35).

Informações prestadas pelo Estado do Rio de Janeiro, afirmando preliminar de não conhecimento da reclamação, por conta de seu uso como substitutivo de recurso próprio, bem como a ausência de identidade da decisão reclamada e a paradigma. Afirma que

a decisão reclamada foi substituída pela concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento 0041021-53.2020.8.19.0000 pela Desembargadora Relatora, não cabendo o uso da reclamação como substitutivo do agravo interno. No mérito, argumenta pela existência de dados técnicos a embasar a edição de decreto que inicia a flexibilização das medidas de restrição adotadas para contenção da pandemia. (doc. 46)

Em decisão monocrática, proferida pelo Min. DIAS TOFFOLI com fundamento no art. 13, VIII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, foi indeferida a liminar (doc. 57).

Interposto Agravo Interno pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, repisando os mesmos argumentos da inicial e afirmando erro da decisão que negou a concessão da liminar, eis que:

[a] decisão paradigma desta reclamação também vincula a Autoridade Judicial, que, uma vez instada, deve exigir os mesmos critérios antes postos, bem como analisar se o ato administrativo discricionário ou motivado seguiu os critérios técnicos-científicos aptos a conferir a segurança sanitária exigida para a garantia da preservação da vida e saúde dos jurisdicionados, sendo certo que qualquer medida necessita ter em mente os princípios constitucionais que preservam a vida humana, em seu aspecto mais protetivo, diante do evidente desconhecimento da integralidade dos desdobramentos da pandemia e do comportamento do vírus que assolou a todas as nações. (doc. 60, fl. 13)

Reafirma o *periculum in mora*, ante a ausência de estudos técnicos a justificar as medidas adotadas pelo Estado e Município do Rio de Janeiro, afirmando ausência de dados mínimos para tal análise a partir de manifestações de entidades acadêmica e órgãos técnicos do Ministério Público.

É o relatório. Decido.

Em primeiro plano, observe-se a dificuldade natural em se apreciar o pedido contido na presente reclamação, ante a volatilidade das decisões administrativas tomadas pelo Poder Executivo dos Estados e Municípios, visando o enfrentamento da pandemia pelo COVID-19. A dinamicidade decorrente do desconhecimento do vírus causador e da própria doença decorrente impede que decisões cotidianas

tomadas pelos agentes públicos tenham ares de imutabilidade em homenagem à segurança jurídica.

Esta, em situações como a atualmente vivida, é cotidianamente suplantada pelo senso de urgência e necessidade de adequação dos serviços públicos não só ao atendimento da população pelo sistema de saúde, mas também a medidas sanitárias de diminuição da proliferação da doença e, essencialmente, a medidas que permitam a sobrevivência econômica das pessoas, das empresas e dos próprios entes públicos locais. E a emissão de comandos gerais aptos a manter o equilíbrio entre as necessidades da saúde pública e da própria manutenção da atividade econômica, necessária ao próprio custeio dos serviços de saúde, tão exigidos neste momento, é missão constitucionalmente atribuída aos poderes executivos da União, dos Estados e dos Municípios, cabendo papel restrito ao Poder Judiciário no âmbito da fiscalização da legalidade de tais atos.

Cito este senso de urgência e mutabilidade, antes da apreciação da admissibilidade em si da presente reclamação, como justificativa para a suplantação sucessiva da regulamentação local, seja pelo Estado, seja pelo Município, das medidas questionadas nas Ações Cíveis Públicas na origem, por meio da edição de um sem número de decretos sucessivos que alteraram as medidas determinadas nos atos questionamentos, em atendimento à realidade mutável decorrente da pandemia.

A verdade é que de junho de 2020 até o final do ano não só a pandemia, mas as medidas restritivas e regulatórias adotadas pelo Poder Público se alteraram, se adaptaram, se restringiram e se ampliaram à medida das necessidades observadas pelos órgãos técnicos do Poder Executivo. E, por isto, os decretos questionados foram sucessivamente alterados sob o influxo dos fatos urgentes, a dificultar a própria análise de pressupostos técnico-científicos suplantados por novos estudos, novos dados e novos desdobramentos da pandemia.

Neste aspecto observo, sem exaurir a análise de todo o arcabouço regulamentar produzido pelo Município do Rio de Janeiro e pelo Estado do Rio de Janeiro por conta e para conter a pandemia, uma sucessão de atos a mutar por completo o objeto inicial dos decretos questionados.

No âmbito estadual, observa-se a regulação da restrição das atividades e a flexibilização das medidas restritivas, inicialmente, pelo Decreto Estadual nº 47.112, de 05.06.2020, que alterou o Decreto

nº 46.973, de 16.03.2020. Posteriormente, foram editados outros decretos tratando da mesma questão, a partir do Decreto nº 47.152, de 06.07.2020, este revogado pelo Decreto Estadual nº 47.199, de 19.09.2020, revogado pelo Decreto Estadual nº 47.287, de 18.09.2020, revogado pelo Decreto nº 47.306, de 06.10.2020, revogado pelo Decreto nº 47.324, de 20.10.2020, revogado pelo Decreto Estadual nº 47.345, de 05.11.2020.

Observa-se, no decorrer das sucessivas normas editadas pela Municipalidade do Rio de Janeiro, para fins específicos de regular a retomada de atividades, a produção e consideração de pareceres pelo Comitê Científico da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, a exemplo do Decreto Rio nº 48.165, de 03.11.2020, que, além de divulgar a ata da reunião do Comitê Científico da Prefeitura do Rio de Janeiro, alterou novamente o Decreto nº 47.488, de 02.06.2020, a partir dos indicadores então observados.

A divulgação de tal ata de reunião do Comitê Científico já havia ocorrido com a publicação dos Decretos Rio 48.021, de 19.10.2020, 47.958, de 24.09.2020, 47.882, de 03.09.2020, 47.794, de 19.08.2020, 47.770, de 07.08.2020, todos divulgando as atas das reuniões do Comitê Científico da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro e alterando, assim como outros diversos decretos, as medidas iniciais estabelecidas, seja para a restrição de atividades, seja para a sua retomada.

Por fim, observa-se, neste último momento, que o Decreto nº 47.488 foi alterado pelo Decreto Municipal nº 48.279, de 11.12.2020, modificando a regulamentação do Plano de Retomada de atividades no Município do Rio de Janeiro.

Ou seja, a normatização trazida pelo Poder Público pela pandemia é absolutamente dinâmica, sendo temerária sua imobilização por conta de decisões judiciais, o que bem se observou nas decisões reclamadas e no julgamento das ADIs indicadas como paradigma.

Entretanto, o caso concreto tem particularidade processual a impedir o conhecimento da reclamação, sendo o caso de se julgar prejudicado o conhecimento da presente reclamação.

A presente reclamação origina-se de duas decisões de suspensão de cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital do Rio de Janeiro, em decisão única, após o apensamento de três ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, contra o Município do Rio de Janeiro e contra o Estado do Rio de Janeiro; primeiro, de forma

individual, contra cada ente; depois, em ação única em litisconsórcio ativo, todas com mesma causa de pedir, embora contra decretos distintos, o que ensejou a reunião dos feitos com decisão única de natureza liminar.

A primeira ação, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em face do Município do Rio de Janeiro (0068461-21.2020.8.19.0001), questionou a legalidade do art. 1º, item 12 e do art. 2º, ambos do Decreto Municipal nº 47.301/2020, que alterou regras de isolamento social determinados pelo Decreto Municipal nº 47.282/2020, autorizando o funcionamento de casas lotéricas e do comércio de materiais de construção. Em seguida, aditou-se a petição inicial para requerer a suspensão integral do Decreto Municipal nº 47.461, de 25.05.2020, que autorizou o funcionamento de templos religiosos, observando-se as medidas sanitárias de proteção.

O mesmo Decreto Municipal nº 47.461/2020 foi objeto de questionamento pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, através da Ação Civil Pública 0102074-32.2020.8.19.0001, distribuído à 7ª Vara da Fazenda Pública por dependência.

Por fim, na Ação Civil Pública 0117233-15.2020.8.19.0001, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em litisconsórcio ativo, questionam o Decreto Estadual nº 47.112, de 05.06.2020, que alterou o Decreto Estadual nº 47.102/2020, regulando a retomada de atividades após a proibição inicial determinada por este último ato.

O juízo de origem, ao apreciar o pedido de tutela de urgência nos três processos (0117233-15.2020.8.19.0001, 0102074-32.2020.8.19.0001 e 0068461-21.2020.8.19.0001), deferiu parcialmente a tutela de urgência para:

1) Em relação ao MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO:

1.1) Manter as tutelas provisórias já determinadas nos autos, inclusive quanto ao prazo em curso para a apresentação de análise de impacto regulatório, nos parâmetros estabelecidos nos manuais da Casa Civil da Presidência da República e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre as medidas adotadas em âmbito municipal para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei Federal nº 13.979/2020;

1.2) suspender a eficácia dos artigos 6º a 14 do Decreto Municipal nº 47.488, de 02 de junho de 2020, até que seja

apresentada a análise de impacto regulatório mencionada no item anterior;

2) Em relação ao ESTADO DO RIO DE JANEIRO:

2.1) determinar que apresente, em 10 (dez) dias, análise de impacto regulatório, nos parâmetros estabelecidos nos manuais da Casa Civil da Presidência da República e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre as medidas adotadas em âmbito estadual para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei Federal nº 13.979/2020;

2.2) suspender a eficácia dos artigos 6º a 10 do Decreto Estadual nº 47.112, de 05 de junho de 2020, mantendo-se a suspensão do funcionamento das atividades especificadas no Decreto Estadual nº 47.102/2020, até que seja apresentada análise de impacto regulatório mencionada no item anterior;

2.3) determinar que fiscalize de forma efetiva o cumprimento das medidas de isolamento social, por meio dos órgãos estaduais com poder de polícia para vigilância, fiscalização e controle, de forma coordenada com os Municípios.

Tal decisão foi objeto do pedido de suspensão de liminar decidido pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (0036361-16.2020.8.19.0000 e 0036466-90.2020.8.19.0000), sendo a decisão monocrática de concessão justamente o objeto da presente Reclamação.

Observe-se que a decisão monocrática foi questionada na origem por meio de Agravo Interno, julgado de forma colegiada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sessão realizada no dia 23.11.2020, mantendo-se a suspensão da eficácia da decisão que concedeu parcialmente a medida de urgência.

No âmbito da Ação Civil Pública 0068461-21.2020.8.19.0001, houve interposição de Agravo de Instrumento pelo Município do Rio de Janeiro, distribuído à 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AI 0033866-96.2020.8.19.0000), sendo, inicialmente, indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo, com interposição de Agravo Interno pelo Município do Rio de Janeiro.

Entretanto, em momento posterior, reconheceu-se a perda do objeto do agravo pelo próprio desaparecimento do ato questionado na ação civil pública. Referido agravo de instrumento (0033868-

96.2020.8.19.0000), que tinha objeto limitado ao questionamento do Decreto Municipal nº 47.461/2020, não foi conhecido por decisão monocrática datada de 12.11.2020, que reconheceu que a edição do Decreto Municipal nº 47.712, de 05.06.2020, que normatizou a flexibilização das atividades durante a pandemia da Covid-19, autorizando o funcionamento de templos religiosos a partir de 06/06/2020, gerou a perda do objeto deste agravo de instrumento, diante da falta de interesse processual, bem como da ausência de utilidade e necessidade na emissão da prestação jurisdicional pretendida (www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2020.002.35888).

Posteriormente, com o apensamento da Ação Civil Pública 0068461-21.2020.8.19.0001 às demais ações citadas e a emissão de nova decisão única, com efeitos para o Estado do Rio de Janeiro e para o Município do Rio de Janeiro, houve interposição de novo Agravo de Instrumento pelo Município do Rio de Janeiro (AI 0045529-42.2020.8.19.0000), sendo atribuído efeito suspensivo ao recurso por decisão datada de 13.07.2020 (www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2020.002.52027).

Já na Ação Civil Pública 0102074-32.2020.8.19.0001, houve interposição do Agravo de Instrumento 00045551-03.2020.8.19.0000 pelo Município do Rio de Janeiro, atribuindo-se efeito suspensivo ao recurso para afastar a suspensão dos arts. 6º a 14 do Decreto Municipal nº 47.488, de 02.06.2020, por decisão datada de 13.07.2020 (www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2020.002.51286).

Por fim, nos autos 0117233-15.2020.8.19.0001, houve interposição do Agravo de Instrumento pelo Estado do Rio de Janeiro (AI 0041021-53.2020.8.19.0000), no qual se concedeu efeito suspensivo ao recurso, afastando a eficácia da decisão de tutela de urgência proferida pelo juízo de origem, em 26.06.2020 (www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2020.002.45971).

Percebe-se, portanto, que as decisões reclamadas já não possuem mais eficácia jurídica a justificar o interesse no conhecimento da reclamação, eis que substituídas sucessivamente por decisões proferidas nos agravos de instrumentos interpostos contra a decisão liminar mais ampla concedida pelo juízo de origem.

A cassação das decisões de suspensão de segurança proferidas pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, objeto desta reclamação, não produziria, de fato, qualquer alteração quanto à eficácia da decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública

da Capital do Rio de Janeiro, eis que suplantada integralmente pelas decisões monocráticas proferidas pela Desembargadora relatora dos agravos de instrumento interpostos.

Não há interesse processual no conhecimento da reclamação ora proposta, pois eventual cassação da decisão que já fora substituída por outra, proferida por órgão legitimado e competente a tal, traduzir-se-ia em uso daquela como substituído ao recurso próprio a ser manejado pela parte interessada, dirigida, naturalmente, ao órgão julgador colegiado na origem.

Mesmo que cassadas as decisões reclamadas, prevaleceriam as decisões de concessão de efeito suspensivo nos Agravos de Instrumento 0045529-42.2020.8.19.0000, 00045551-03.2020.8.19.0000 e 0041021-53.2020.8.19.0000 por meio de decisão monocrática da Desembargadora Relatora, pois são estas decisões que, hoje, mantêm a eficácia dos decretos questionados, e não mais a decisão do Presidente do Tribunal de Justiça.

Não há, assim, interesse processual legítimo para o conhecimento de qualquer medida processual dirigida contra as decisões de suspensão da medida liminar com fundamento no art. 4º da Lei nº 8.437/1992, eis que substituídas por decisões sucessivas em agravos de instrumento interpostos perante os órgãos judiciais competentes.

Embora o efeito suspensivo deferido nos termos do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 prevaleça até o trânsito em julgado da ação originária (art. 4º, § 9º, Lei nº 8.437/1992), é certo que a concessão do efeito suspensivo em agravo de instrumento, *que tem por objeto a cassação da própria decisão (e não a simples suspensão de sua execução), impede o conhecimento de reclamação contra o primeiro ato, eis que ineficaz neste momento processual.*

Desta forma, ausente qualquer eficácia processual no conhecimento da reclamação, por conta do afastamento natural dos efeitos da decisão reclamada pela atribuição de efeito suspensivo nos agravos de instrumento interpostos na origem, o caso é não conhecimento da reclamação pela perda superveniente de seu objeto, julgando-se prejudicado também o Agravo Regimental interposto.

Ante o exposto, JULGO PREJUDICADA a reclamação, em razão da perda superveniente de seu objeto (art. 21, IX, RISTF).

Por consequência, JULGO PREJUDICADO o agravo regimental interposto pelos reclamantes.

As alegações ora trazidas no presente recurso de Agravo não são suficientes para alterar a decisão agravada.

Como tive oportunidade de enfatizar naquele julgado, há uma dificuldade natural em se apreciar o pedido contido na reclamação, ante a volatilidade das decisões administrativas tomadas pelo Poder Executivo dos Estados e Municípios, visando ao enfrentamento da pandemia pelo COVID-19. A dinamicidade decorrente do desconhecimento do vírus causador e da própria doença decorrente impedem que decisões cotidianas tomadas pelos agentes públicos tenham ares de imutabilidade em homenagem à segurança jurídica.

Esta, em situações como a atualmente vivida, é cotidianamente suplantada pelo senso de urgência e necessidade de adequação dos serviços públicos não só ao atendimento da população pelo sistema de saúde, mas também às medidas sanitárias de diminuição da proliferação da doença e, essencialmente, a medidas que permitam a sobrevivência econômica das pessoas, das empresas e dos próprios entes públicos locais. E a emissão de comandos gerais aptos a manter o equilíbrio entre as necessidades da saúde pública e da própria manutenção da atividade econômica, necessária ao próprio custeio dos serviços de saúde, tão exigidos neste momento, é missão constitucionalmente atribuída aos poderes executivos da União, dos Estados e dos Municípios, cabendo papel restrito ao Poder Judiciário no âmbito da fiscalização da legalidade de tais atos.

Cito este senso de urgência e mutabilidade, antes da apreciação da admissibilidade em si da presente reclamação, como justificativa para a suplantação sucessiva da regulamentação local, seja pelo Estado, seja pelo Município, das medidas questionadas nas Ações Cíveis Públicas na origem, por meio da edição de um sem número de decretos sucessivos que alteraram as medidas determinadas nos atos questionamentos, em atendimento à realidade mutável decorrente da pandemia.

A verdade é que de junho de 2020 até o final do ano, ingressando no atual ano de 2021, não só a pandemia, mas as medidas restritivas e regulatórias adotadas pelo Poder Público se alteraram, se adaptaram, se restringiram e se ampliaram à medida das necessidades observadas pelos órgãos técnicos do Poder Executivo. E, por isto, os decretos questionados foram sucessivamente alterados sob o influxo dos fatos urgentes, a dificultar a própria análise de pressupostos técnico-científicos suplantados por novos estudos, novos dados e novos desdobramentos da pandemia.

Neste aspecto observo, sem exaurir a análise de todo o arcabouço regulamentar produzido pelo Município do Rio de Janeiro e pelo Estado do Rio de Janeiro por conta e para conter a pandemia, uma sucessão de atos a mudar por completo o objeto inicial dos decretos questionados.

No âmbito estadual, observa-se a regulação da restrição das atividades e a flexibilização das medidas restritivas, inicialmente, pelo Decreto Estadual nº 47.112, de 05.06.2020, que alterou o Decreto nº 46.973, de 16.03.2020. Posteriormente, foram editados outros decretos tratando da mesma questão, a partir do Decreto nº 47.152,

de 06.07.2020, este revogado pelo Decreto Estadual nº 47.199, de 19.09.2020, revogado pelo Decreto Estadual nº 47.287, de 18.09.2020, revogado pelo Decreto nº 47.306, de 06.10.2020, revogado pelo Decreto nº 47.324, de 20.10.2020, revogado pelo Decreto Estadual nº 47.345, de 05.11.2020.

Observa-se, no decorrer das sucessivas normas editadas pela Municipalidade do Rio de Janeiro, para fins específicos de regular a retomada de atividades, a produção e a consideração de pareceres pelo Comitê Científico da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, a exemplo do Decreto Rio nº 48.165, de 03.11.2020, que, além de divulgar a ata da reunião do Comitê Científico da Prefeitura do Rio de Janeiro, alterou novamente o Decreto nº 47.488, de 02.06.2020, a partir dos indicadores então observados.

A divulgação de tal ata de reunião do Comitê Científico já havia ocorrido com a publicação dos Decretos Rio 48.021, de 19.10.2020, 47.958, de 24.09.2020, 47.882, de 03.09.2020, 47.794, de 19.08.2020, 47.770, de 07.08.2020, todos divulgando as atas das reuniões do Comitê Científico da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro e alterando, assim como outros diversos decretos, as medidas iniciais estabelecidas, seja para a restrição de atividades, seja para a sua retomada.

Por fim, observa-se, neste último momento, que o Decreto nº 47.488 foi alterado pelo Decreto Municipal nº 48.279, de 11.12.2020, modificando a regulamentação do Plano de Retomada de atividades no Município do Rio de Janeiro.

Ou seja, a normatização editada pelo Poder Público, em decorrência da pandemia, é absolutamente dinâmica, sendo temerária sua imobilização por conta de decisões judiciais, o que bem se observou nas decisões reclamadas e no julgamento das ADIs indicadas como paradigma.

Entretanto, o caso concreto tem particularidade processual a impedir o conhecimento da reclamação, sendo o caso de se julgar prejudicado o conhecimento da reclamação.

A reclamação origina-se de duas decisões de suspensão de cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital do Rio de Janeiro, em decisão única, após o apensamento de três ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, contra o Município do Rio de Janeiro e contra o Estado do Rio de Janeiro; primeiro, de forma individual, contra cada ente; depois, em ação única em litisconsórcio ativo, todas com mesma causa de pedir, embora contra decretos distintos, o que ensejou a reunião dos feitos com decisão única de natureza liminar.

A primeira ação, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em face do Município do Rio de Janeiro (0068461-21.2020.8.19.0001), questionou a legalidade do art. 1º, item 12 e do art. 2º, ambos do Decreto Municipal nº 47.301/2020, que alterou regras de isolamento social determinados pelo Decreto Municipal nº 47.282/2020, autorizando o funcionamento de casas lotéricas e do comércio de materiais de construção. Em seguida, aditou-se a petição inicial para requerer a suspensão integral

do Decreto Municipal nº 47.461, de 25.05.2020, que autorizou o funcionamento de templos religiosos, observando-se as medidas sanitárias de proteção.

O mesmo Decreto Municipal nº 47.461/2020 foi objeto de questionamento pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, através da Ação Civil Pública 0102074-32.2020.8.19.0001, distribuído à 7ª Vara da Fazenda Pública por dependência.

Por fim, na Ação Civil Pública 0117233-15.2020.8.19.0001, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em litisconsórcio ativo, questionam o Decreto Estadual nº 47.112, de 05.06.2020, que alterou o Decreto Estadual nº 47.102/2020, regulando a retomada de atividades após a proibição inicial determinada por este último ato.

O juízo de origem, ao apreciar o pedido de tutela de urgência nos três processos (0117233-15.2020.8.19.0001, 0102074-32.2020.8.19.0001 e 0068461-21.2020.8.19.0001), deferiu parcialmente a tutela de urgência para:

1) Em relação ao MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO:

1.1) Manter as tutelas provisórias já determinadas nos autos, inclusive quanto ao prazo em curso para a apresentação de análise de impacto regulatório, nos parâmetros estabelecidos nos manuais da Casa Civil da Presidência da República e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre as medidas adotadas em âmbito municipal para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei Federal nº 13.979/2020;

1.2) suspender a eficácia dos artigos 6º a 14 do Decreto Municipal nº 47.488, de 02 de junho de 2020, até que seja apresentada a análise de impacto regulatório mencionada no item anterior;

2) Em relação ao ESTADO DO RIO DE JANEIRO:

2.1) determinar que apresente, em 10 (dez) dias, análise de impacto regulatório, nos parâmetros estabelecidos nos manuais da Casa Civil da Presidência da República e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre as medidas adotadas em âmbito estadual para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei Federal nº 13.979/2020;

2.2) suspender a eficácia dos artigos 6º a 10 do Decreto Estadual nº 47.112, de 05 de junho de 2020, mantendo-se a suspensão do funcionamento das atividades especificadas no Decreto Estadual nº 47.102/2020, até que seja apresentada análise de impacto regulatório mencionada no item anterior;

2.3) determinar que fiscalize de forma efetiva o cumprimento das medidas de isolamento social, por meio dos órgãos estaduais com poder de polícia para vigilância, fiscalização e controle, de forma coordenada com os Municípios.

Tal decisão foi objeto do pedido de suspensão de liminar decidido pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (0036361-16.2020.8.19.0000 e 0036466-90.2020.8.19.000), sendo a decisão monocrática de concessão justamente o objeto da presente Reclamação.

Observe-se que a decisão monocrática foi questionada na origem por meio de Agravo Interno, julgado de forma colegiada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sessão realizada no dia 23.11.2020, mantendo-se a suspensão da eficácia da decisão que concedeu parcialmente a medida de urgência.

No âmbito da Ação Civil Pública 0068461-21.2020.8.19.0001, houve interposição de Agravo de Instrumento pelo Município do Rio de Janeiro, distribuído à 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AI 0033866-96.2020.8.19.0000), sendo, inicialmente, indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo, com interposição de Agravo Interno pelo Município do Rio de Janeiro.

Entretanto, em momento posterior, reconheceu-se a perda do objeto do agravo pelo próprio desaparecimento do ato questionado na ação civil pública. Referido agravo de instrumento (0033868-96.2020.8.19.0000), que tinha objeto limitado ao questionamento do Decreto Municipal nº 47.461/2020, não foi conhecido por decisão monocrática datada de 12.11.2020, que reconheceu que a edição do Decreto Municipal nº 47.712, de 05.06.2020, que normatizou a flexibilização das atividades durante a pandemia da Covid-19, autorizando o funcionamento de templos religiosos a partir de 06/06/2020, gerou a perda do objeto deste agravo de instrumento, diante da falta de interesse processual, bem como da ausência de utilidade e necessidade na emissão da prestação jurisdicional pretendida (www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2020.002.35888).

Posteriormente, com o apensamento da Ação Civil Pública 0068461-21.2020.8.19.0001 às demais ações citadas e a emissão de nova decisão única, com efeitos para o Estado do Rio de Janeiro e para o Município do Rio de Janeiro, houve interposição de novo Agravo de Instrumento pelo Município do Rio de Janeiro (AI 0045529-42.2020.8.19.0000), sendo atribuído efeito suspensivo ao recurso por decisão datada de 13.07.2020 (www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2020.002.52027).

Já na Ação Civil Pública 0102074-32.2020.8.19.0001, houve interposição do Agravo de Instrumento 00045551-03.2020.8.19.0000 pelo Município do Rio de Janeiro, atribuindo-se efeito suspensivo ao recurso para afastar a suspensão dos arts. 6º a 14 do Decreto Municipal nº 47.488, de 02.06.2020, por decisão datada de 13.07.2020 (www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2020.002.51286).

Por fim, nos autos 0117233-15.2020.8.19.0001, houve interposição do Agravo de Instrumento pelo Estado do Rio de Janeiro (AI 0041021-53.2020.8.19.0000), no qual se concedeu efeito suspensivo ao recurso, afastando a eficácia da decisão de tutela de urgência proferida pelo juízo de origem, em 26.06.2020 (www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2020.002.45971).

Percebe-se, portanto, que as decisões reclamadas já não possuem mais eficácia jurídica a justificar o interesse no conhecimento da reclamação, eis que substituídas sucessivamente por decisões proferidas nos agravos de instrumentos interpostos contra a decisão liminar mais ampla concedida pelo juízo de origem.

A cassação das decisões de suspensão de segurança proferidas pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, objeto desta reclamação, não produziria, de fato, qualquer alteração quanto à eficácia da decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital do Rio de Janeiro, eis que suplantada integralmente pelas decisões monocráticas proferidas pela Desembargadora relatora dos agravos de instrumento interpostos.

Não há interesse processual no conhecimento da reclamação ora proposta, pois eventual cassação da decisão que já fora substituída por outra, proferida por órgão legitimado e competente a tal, traduzir-se-ia em uso daquela como substituído ao recurso próprio a ser interposto pela parte interessada, dirigida, naturalmente, ao órgão julgador colegiado na origem.

Mesmo que cassadas as decisões reclamadas, prevaleceriam as decisões de concessão de efeito suspensivo nos Agravos de Instrumento 0045529-42.2020.8.19.0000, 00045551-03.2020.8.19.0000 e 0041021-53.2020.8.19.0000 por meio de decisão monocrática da Desembargadora Relatora, pois são estas decisões que, hoje, mantêm a eficácia dos decretos questionados, e não mais a decisão do Presidente do Tribunal de Justiça.

Não há, assim, interesse processual legítimo para o conhecimento de qualquer medida processual dirigida contra as decisões de suspensão da medida liminar com fundamento no art. 4º da Lei nº 8.437/1992, uma vez que substituídas por decisões sucessivas em agravos de instrumento interpostos perante os órgãos judiciais competentes.

Embora o efeito suspensivo deferido nos termos do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 prevaleça até o trânsito em julgado da ação originária (art. 4º, § 9º, Lei nº 8.437/1992), é certo que a concessão do efeito suspensivo em agravo de instrumento, que tem por objeto a cassação da própria decisão (e não a simples suspensão de sua execução), impede o conhecimento de reclamação contra o primeiro ato, eis que ineficaz neste momento processual.

Dessa forma, ausente qualquer eficácia processual no conhecimento da reclamação, por conta do afastamento natural dos efeitos da decisão reclamada pela atribuição de efeito suspensivo nos agravos de instrumento interpostos na origem, o caso é não conhecimento da reclamação pela perda superveniente de seu objeto, julgando-se prejudicados também os Agravos Regimentais interpostos.

Assim, ratifica-se o entendimento aplicado, de modo a manter, em todos os seus termos, a decisão recorrida.

Em nome do princípio da celeridade processual, evidenciada a ausência de prejuízo à parte ora agravada, ressalto que não houve a intimação para apresentação de contrarrazões ao presente recurso (art. 6º c.c art. 9º, CPC).

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso de Agravo.

É como voto.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO Nº41.791

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGDO.(A/S): NÃO INDICADO

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Falaram os reclamantes, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Primeira Turma, Sessão Virtual de 26.3.2021 a 7.4.2021.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.161 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. ART. 263, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PARTICIPAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CONSELHO SUPERIOR DE FUNDO ESTADUAL DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO URBANO. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR PARA ESTABELECIMENTO DE ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE CONSULTORIA DE ÓRGÃOS PÚBLICOS. INTERPRETAÇÃO CONFORME. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Nos termos do artigo 129, IX, da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Possibilidade regulamentada pela Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos estaduais (art. 25, VII da Lei Federal nº 8.625/93) e Estatuto do Ministério Público da União (LC 75/93).

2. Concretização do artigo 129, IX, da CF. Inúmeras e importantes previsões legais de participação em conselhos relacionados as funções institucionais do Ministério Público. A título de exemplo: Conselho Nacional de Política Indigenista (art. 5º do Decreto nº 8.593/2015); Comitê Nacional para os Refugiados (Lei Federal nº 9.474/1997); Conselho Nacional dos Direitos Humanos, CNDH (Lei nº 12.986/2014); Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescentes, CONANDA (art. 260, § 4º, do ECA).

3. A participação em *Conselhos* da Administração Pública – órgãos com atribuição legal para se manifestar, em caráter deliberativo ou consultivo, sobre a formulação de políticas públicas de interesse social – é compatível com as atribuições previstas pela

Constituição Federal e pela Lei nº 8.625/1993 para o Ministério Público, desde que: (a) a representação do Ministério Público seja exercida por membro nato, indicado pelo Procurador-Geral de Justiça; (b) a participação desse membro ocorra a título de exercício das atribuições institucionais do Ministério Público; e (c) vedada a percepção de remuneração adicional.

4. Ação Direta julgada parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a certidão de julgamento, por maioria, admitindo a compatibilidade entre as atribuições do Ministério Público e o funcionamento do Conselho Superior do FECAM, acordam em julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para atribuir interpretação conforme a Constituição ao art. 263, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 15/2000, delimitando que este trata apenas da participação facultativa de membro do Ministério Público, para exercício de atribuições ministeriais no âmbito das atividades do referido Conselho, mediante designação do Procurador-Geral de Justiça e sem o recebimento de remuneração adicional, nos termos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO (Relator), EDSON FACHIN, RICARDO LEWANDOWSKI, DIAS TOFFOLI e ROSA WEBER, que julgavam procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do pedido. Os Ministros ROBERTO BARROSO e GILMAR MENDES acompanharam, com ressalvas, o voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES.

Brasília, 15 de outubro de 2020.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.161

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: Após os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli (Presidente) e Rosa Weber, que julgavam procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na redação originária e naquela conferida pela Emenda nº 15/2000; dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Luiz Fux, que divergiam do Relator, admitindo a compatibilidade entre as atribuições do Ministério Público e o funcionamento do Conselho Superior do FECAM, e julgavam parcialmente procedente o pedido, para atribuir interpretação conforme a Constituição ao dispositivo impugnado, delimitando que o mesmo trata apenas da participação facultativa de membro do Ministério Público, para exercício de atribuições ministeriais no âmbito das atividades do referido Conselho, mediante designação do Procurador-Geral de Justiça e sem o recebimento de remuneração adicional; e dos votos dos Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes, que julgavam parcialmente procedente o pedido formulado, para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 2º do art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, tanto em sua redação originária quanto naquela dada pela EC nº 15/2000, para fixar o entendimento de que o dispositivo prevê a possibilidade de participação do Ministério Público no conselho do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM como um membro convidado, sem direito a voto, mediante designação do Procurador-Geral de Justiça, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Ministro Celso de Mello, que não participou deste julgamento por motivo de licença médica (Art. 173, parágrafo único, do RISTF). Plenário, Sessão Virtual de 28.8.2020 a 4.9.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.161 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa:

O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade buscando a declaração de descompasso, com

a Constituição Federal, do artigo 263, § 2º, da Carta do Estado do Rio de Janeiro, conforme a redação dada pela Emenda à Constituição estadual nº 15/2000. Eis o teor do preceito:

Art. 263. Fica autorizada a criação, na forma da lei, do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM, destinado à implementação de programas e projetos de recuperação e preservação do meio ambiente, bem como de desenvolvimento urbano, vedada sua utilização para pagamento de pessoal da administração pública direta e indireta ou de despesas de custeio diversas de sua finalidade.

[...]

§ 2º O disciplinamento da utilização dos recursos do Fundo de que trata este artigo caberá a um Conselho de que participarão, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade, na forma a ser estabelecida em lei.

Articula com a existência de vício formal, afirmando que o artigo 128, § 5º, da Constituição Federal exige lei complementar para dispor a respeito das atribuições do Ministério Público. Aponta a inconstitucionalidade material da norma, pois, consoante argumenta, o artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal veda ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica a entidades públicas.

Requer seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 263, § 2º, da Carta do Estado do Rio de Janeiro.

Em 10 de março de 2004, Vossa Excelência solicitou informações, a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República.

Em petição de folha 20 a 23, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro defende a constitucionalidade do preceito atacado. Aduz que o dispositivo não afronta o § 5º do artigo 128 da Constituição Federal. Segundo alega, a organização e as atribuições do Ministério Público estadual devem ser reguladas por lei complementar, submetida ao previsto nas Constituições Federal e Estadual. Assinala, no tocante ao vício material, não prestar o Ministério Público consultoria jurídica ao Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano, limitando-se a integrar o Conselho, tal como outros representantes da comunidade.

A Advocacia-Geral da União argui, à folha 25 à 33, preliminar de inépcia da peça primeira, frisando não ter sido juntada ao

processo cópia do ato normativo questionado. Conforme realça, eventual procedência do pedido veiculado na ação ocasionará efeito repristinatório indesejado, porquanto a redação original do dispositivo previa idêntica atribuição do Ministério Público. Salieta que, ante a ausência de impugnação da redação anterior do preceito, a ação não pode ser admitida. No tocante ao mérito, diz da possibilidade de a Carta Estadual conferir novas atribuições à instituição. Sob o ângulo material, destaca que a atuação do Ministério Público não seria de representação judicial ou consultoria jurídica do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano. Consoante sublinha, o Fundo é ente despersonalizado, não se confundindo com o conceito de entidade pública cuja consultoria jurídica é constitucionalmente vedada ao Ministério Público. Junta cópia do diploma atacado (folha 34 a 37).

À folha 39 à 42, o Procurador-Geral da República postula o aditamento da petição inicial, para abranger a redação originária do § 2º do artigo 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no que também atribuía ao Ministério Público posição no Conselho do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano. Quanto ao mérito, sustenta a procedência do pedido, reafirmando os argumentos expendidos na peça primeira. Aponta impróprio inserir membro do Ministério Público em função alheia à institucional, vinculada à atuação do Poder Executivo.

Consulta ao sítio da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, realizada em 27 de março de 2017, revelou a vigência do dispositivo atacado.

O processo está concluso no Gabinete.

É o relatório.

13/10/2020
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.161 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

PROCESSO LEGISLATIVO – INICIATIVA. É inconstitucional, sob o ângulo formal, preceito de Constituição Estadual a versar atribuição de membro do Ministério Público, ante reserva da matéria a lei

complementar de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, a organização do Órgão – artigo 128, § 5º, da Carta da República.

MINISTÉRIO PÚBLICO – MEMBRO – FUNÇÃO PÚBLICA – CONSELHO – EXECUTIVO. É vedado, a membro do Ministério Público, exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo o magistério – artigo 128, § 5º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal.

Rejeito a preliminar de inépcia da petição inicial apresentada pela Advocacia-Geral da União. Embora não anexada à peça primeira, a cópia do diploma atacado foi posteriormente juntada à folha 34 à 37, e a inicial, devidamente aditada à folha 39 à 42. É inadequado potencializar a forma, afastando a entrega da prestação jurisdicional quando presentes os elementos necessários à apreciação da controvérsia.

A questão constitucional envolve definir a possibilidade de membro do Ministério Público integrar Conselho vinculado ao Poder Executivo. Eis o teor do § 2º do artigo 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, impugnado tanto na redação originária quanto na conferida pela Emenda nº 15/2000:

REDAÇÃO CONFERIDA PELA EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 15/2000

Art. 263. Fica autorizada a criação, na forma da lei, do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM, destinado à implementação de programas e projetos de recuperação e preservação do meio ambiente, bem como de desenvolvimento urbano, vedada sua utilização para pagamento de pessoal da administração pública direta e indireta ou de despesas de custeio diversas de sua finalidade.

[...]

§ 2º O disciplinamento da utilização dos recursos do Fundo de que trata este artigo caberá a um Conselho de que participarão, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade, na forma a ser estabelecida em lei.

REDAÇÃO ORIGINÁRIA

§ 2º A administração do Fundo de que trata este artigo caberá a um Conselho em que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, na forma a ser estabelecida em lei.

A leitura do dispositivo revela a incompatibilidade formal com a Constituição Federal. Atentem para a organicidade do Direito, relativamente às atribuições do Ministério Público. O § 5º do artigo 128 da Constituição Federal prevê que “Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público”. O tratamento da matéria mediante norma constitucional estadual inverte a ordem versada na Constituição Federal.

Não se trata de mera sobreposição de formas. É que a inobservância do instrumento normativo pertinente, ainda que resultante da atuação do Poder Constituinte derivado, suprime a regra de iniciativa prevista no dispositivo constitucional maior. Inviabiliza a deflagração do processo legislativo nos termos da Constituição Federal, facultada também ao respectivo Procurador-Geral. Descabe admitir o esvaziamento do sistema, considerada a linearidade da regra constitucional.

A par desse aspecto, surge impróprio, ante o princípio da separação de poderes, o papel atribuído ao Ministério Público no mencionado Conselho. Segundo o disposto no artigo 128, § 5º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, é vedado a membro do Ministério Público exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. A previsão dos incisos VII e IX do artigo 129 da Carta não viabiliza a mitigação da vedação. O controle externo da Administração Pública, sobretudo sob o ângulo da regular aplicação de recursos do erário, há de ser feito na forma de lei complementar, sem que possa implicar a inserção do Ministério Público em órgão do próprio Executivo. A mesclagem é imprópria no que o órgão atua como fiscal da lei também considerado o Executivo. Como integrar o órgão a este vinculado?

Tampouco cabe dizer que a participação no Conselho do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM é harmônica com a atividade do Ministério Público. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.298/ES, o Plenário concluiu pela impossibilidade de membro do Ministério Público ocupar cargo fora da instituição.

Julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na redação originária e naquela conferida pela Emenda nº 15/2000.

É como voto.

13/10/2020
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.161 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. ART. 263, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PARTICIPAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CONSELHO SUPERIOR DE FUNDO ESTADUAL DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO URBANO. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR PARA ESTABELECIMENTO DE ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE CONSULTORIA DE ÓRGÃOS PÚBLICOS. INTERPRETAÇÃO CONFORME. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Nos termos do artigo 129, IX, da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Possibilidade regulamentada pela Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos estaduais (art. 25, VII da Lei Federal nº 8.625/93) e Estatuto do Ministério Público da União (LC nº 75/93).

2. Concretização do artigo 129, IX, da CF. Inúmeras e importantes previsões legais de participação em conselhos relacionados às funções institucionais do Ministério Público. A título de exemplo: Conselho Nacional de Política Indigenista (art. 5º do Decreto nº 8.593/2015); Comitê Nacional para os Refugiados (Lei Federal nº 9.474/1997); Conselho Nacional dos Direitos Humanos, CNDH (Lei nº 12.986/2014); Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, CONANDA (art. 260, §4º, do ECA).

3. A participação em *Conselhos* da Administração Pública – órgãos com atribuição legal para se manifestar, em caráter deliberativo ou consultivo, sobre a formulação de políticas públicas de interesse social – é compatível com as atribuições previstas pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.625/1993 para o Ministério Público, desde que: (a) a representação do Ministério Público seja exercida por membro nato, indicado pelo Procurador-Geral de Justiça; (b) a participação desse membro ocorra a título de exercício das atribuições institucionais do Ministério Público; e (c) vedada a percepção de remuneração adicional.

4. Ação Direta julgada parcialmente procedente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Em complemento ao bem lançado relatório do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, observo que o caso trata de

Ação Direta proposta pelo Procurador-Geral da República em face do art. 263, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 15/2000, que, tratando da criação de Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano, previu a participação de membro do Ministério Público em Conselho com competência para disciplinar a utilização dos recursos do referido Fundo.

Transcrevo o teor da norma impugnada:

Art. 263 – Fica autorizada a criação, na forma da lei, do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM, destinado à implementação de programas e projetos de recuperação e preservação do meio ambiente, bem como de desenvolvimento urbano, vedada sua utilização para pagamento de pessoal da administração pública direta e indireta ou de despesas de custeio diversas de sua finalidade.

(...)

§ 2º. O disciplinamento da utilização dos recursos do Fundo de que trata este artigo caberá a um Conselho de que participarão, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade, na forma a ser estabelecida em lei.

O Requerente alega que tal norma estabelece atribuições adicionais para o Ministério Público, o que somente poderia ser veiculado por lei complementar, conforme exige o art. 128, § 5º, da Constituição Federal. Do ponto de vista material, sustenta que a previsão impugnada destoaria do perfil atribuído pela Constituição ao Ministério Público, ao permitir o exercício de atividade de consultoria jurídica de entes públicos.

O Advogado-Geral da União apresentou parecer favorável à constitucionalidade da norma impugnada. Afastou a ideia de que a mesma permitiria que o Ministério Público assumisse funções de representação ou consultoria de órgão público, "*mas sim de instrumento para a atuação na defesa do meio ambiente, mesmo como mero observador*".

Citou a previsão do art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei Orgânica do Ministério Público da União, pela qual "*será assegurada a participação do Ministério Público da União, como instituição observadora, na forma e nas condições estabelecidas em ato do Procurador-Geral da República, em qualquer órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional da União, que tenha atribuições correlatas às funções da Instituição*", e que "*a lei assegurará a participação do Ministério Público da União nos órgãos colegiados estaduais, federais ou do Distrito Federal, constituídos para defesa de direitos e interesses relacionados com as funções da Instituição*".

O Ministro Relator encaminhou o caso a julgamento virtual, com voto pela inconstitucionalidade da norma, conforme a seguinte proposta de ementa:

PROCESSO LEGISLATIVO – INICIATIVA. É inconstitucional, sob o ângulo formal, preceito de Constituição Estadual a versar atribuição de membro do Ministério Público, ante reserva da matéria a lei complementar de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, a organização do Órgão – artigo 128, § 5º, da Carta da República.

MINISTÉRIO PÚBLICO – MEMBRO – FUNÇÃO PÚBLICA – CONSELHO – EXECUTIVO. É vedado, a membro do Ministério Público, exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo o magistério – artigo 128, § 5º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal.

É o relato do essencial.

Sobre a matéria em julgamento, importa destacar que a Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal, com a titularidade exclusiva da ação penal pública, quanto no campo cível, como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública.

Dessa forma, a Constituição Federal enumera exemplificadamente as importantíssimas funções ministeriais, tais como “*promover, privativamente, a ação penal pública*”, “*zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição*”, “*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*”, entre outras (art. 129 da CF).

Importante ressaltar, novamente, que o rol constitucional é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Nos termos do artigo 129, IX da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*”.

A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) em seu art. 25 estabelece outras funções ministeriais de grande relevância, conforme transcrito a seguir:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual;

II - promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios;

III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

V - manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;

VI - exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência;

VII - *deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos à sua área de atuação;*

VIII - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas;

IX - interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça;

Portanto, outras funções podem ser previstas, tanto em nível federal quanto em nível estadual, inclusive pelas Constituições Estaduais e pelas diversas leis orgânicas dos Estados-membros, desde que adequadas à finalidade constitucional do Ministério Público, independentemente de previsão normativa complementar ou ordinária.

Veja-se que a previsão do art. 25, VII, da LONMP, acima transcrito, foi reproduzida na Lei Orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro, Lei Complementar Estadual nº 106/2003:

Art. 34 - Além das funções previstas nas Constituições da Federal e Estadual e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

XVI - deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos às suas áreas de atuação;

Deve-se reconhecer que várias das atribuições institucionais do Ministério Público guardam evidente proximidade com competências materiais atribuídas pela Constituição e pela legislação ordinária a órgãos da Administração Pública. É o caso, por exemplo, da atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e defensor da sociedade no tocante ao sistema carcerário e à persecução penal em geral, aos direitos dos povos indígenas, à proteção da criança e do adolescente, à tutela da probidade da Administração Pública, à defesa de direitos difusos e coletivos e, com pertinência para o caso em julgamento, à proteção ambiental.

Vislumbro, assim, afinidade entre a norma impugnada e a previsão do art. 25, VII, da LONMP, na medida em que favorece o exercício das atribuições ministeriais ao exigir que o Poder Executivo faculte ao Ministério Público a possibilidade de acompanhar as atividades de Fundo destinado a financiar ações públicas de proteção do meio ambiente e promoção do desenvolvimento urbano.

A presença do Ministério Público no Conselho previsto no art. 263, § 2º, da Constituição Fluminense, portanto, proporciona uma posição privilegiada para que o membro designado exerça suas atribuições legais de fiscalização do interesse público e social, podendo contribuir ativamente com a formulação de políticas públicas.

Anote-se, como realçado pelo parecer apresentado pela AGU, que o escopo da previsão impugnada, se bem entendida, guarda relação com o teor do art. 6º, § 1º, da Lei Orgânica do Ministério Público da União, LC nº 75/1993, que assim dispõe:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

- a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas;
- b) à ordem econômica e financeira;

- c) à ordem social;
- d) ao patrimônio cultural brasileiro;
- e) à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação;
- f) à probidade administrativa;
- g) ao meio ambiente;
- (...)

§ 1º Será assegurada a participação do Ministério Público da União, como instituição observadora, na forma e nas condições estabelecidas em ato do Procurador-Geral da República, em qualquer órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional da União, que tenha atribuições correlatas às funções da Instituição.

No que diz respeito especificamente ao FECAM, previsto no art. 263 da Constituição Estadual, observo que o mesmo, segundo informações de seu sítio eletrônico (<http://www.fecam.rj.gov.br/>), "*financia projetos ambientais e para o desenvolvimento urbano em todo o Estado do Rio de Janeiro, englobando diversas áreas, tais como gestão ambiental e biodiversidade, infraestrutura verde, saúde e educação ambientais e fortalecimento as instituições de controle ambiental*".

Suas atividades foram regulamentadas pela Lei Estadual nº 1060/1986 e pelo Decreto Estadual nº 10.973/1998, dos quais transcrevo os seguintes dispositivos:

LEI ESTADUAL Nº 1060/1986 (COM ALTERAÇÕES DA LEI Nº 3520/2000)

Art. 4º- O FECAM terá um Conselho Superior, integrado pelo titular da Secretaria de Estado responsável pelo gerenciamento dos recursos do meio ambiente e desenvolvimento sustentável; pelo titular da Secretaria de Estado responsável pela política de desenvolvimento urbano; pelo representante da Secretaria de Estado responsável pela fazenda e controle geral, e por um representante de cada um dos seguintes órgãos ou entidades:

- I - Ministério Público;
- II - Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro;
- III - Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente- Feema;
- IV - Secretaria de Estado de Saneamento e de Recursos Hídricos;
- V - Assembleia Permanente das Entidades de Defesa do Meio Ambiente do Estado do Rio de Janeiro- APEDEMA/RJ; e

VI - VETADO.

§ 1º- O Conselho Superior terá um (...) VETADO (...) Presidente (...) VETADO (...) titular da Secretaria de Estado responsável pelo gerenciamento dos recursos do meio ambiente e desenvolvimento sustentável, (...) VETADO (...) cabendo ao Vice-Presidente substituir o Presidente em suas ausências ou impedimentos eventuais.

§ 2º- Os serviços prestados pelos integrantes do Conselho serão considerados de relevante interesse para o Estado, *não sendo remunerados a qualquer título.*

(...)

Art. 9º - Caberá ao Conselho mencionado no Artigo anterior:

- a) aprovação de planos de aplicação e do Regulamento do FECAM;
- b) fixação de critérios para aplicação dos recursos do fundo;
- c) aprovação de orçamentos e condições gerais de operação e a fiscalização da execução das operações;
- d) aprovação dos contratos, convênios e acordos a serem firmados pelo FECAM.

Art. 9º- Caberá ao Conselho Superior referido no artigo 4º:

- a) aprovar proposta de regulamento do Fundo;
- b) estabelecer normas e critérios gerais que devam ser atendidos pelos programas e projetos passíveis de serem custeados com recursos do Fundo; e
- c) aprovar para fins de enquadramento os projetos a ele submetidos.

DECRETO Nº 10.973/1988

Art. 3º - O FECAM será gerido por um Conselho, com a seguinte composição:

- I - Secretário de Estado de Meio Ambiente, que o presidirá;
- II - Presidente da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, substituto eventual do Presidente;
- III - Representante indicado pela Secretaria de Estado da Fazenda;

- IV - Representante indicado pela Procuradoria-Geral da Justiça;
- V - Representante indicado pela Federação das Indústrias - FIRJAN;
- VI - Representante indicado pela Federação das Associações do Meio Ambiente – FAMA.

Art. 4º - Os membros do Conselho do FECAM serão nomeados pelo Governador do Estado, *mediante indicação dos órgãos ou entidades, quando for o caso.*

Naturalmente, eventuais desvios podem deturpar o escopo dessa participação, na linha do que foi manifestado pelo eminente Ministro Relator, mas entendo que a mera previsão, por si só, de que membro do Ministério Público componha esses foros é plenamente válida, pois permite a atuação em prol da formulação de políticas públicas cuja defesa e promoção compõem o repertório legal de atribuições ministeriais.

Nem se pode dizer que seja uma situação incomum. A legislação brasileira tem inúmeros exemplos de interações institucionais dessa natureza. Veja-se, a guisa de exemplo, o caso do Conselho Nacional de Política Indigenista, cuja normatização (art. 5º do Decreto nº 8.593/2015) obriga a que o Ministério Público Federal seja convidado a participar de reuniões com entidades indigenistas. Da mesma forma, o Comitê Nacional para os Refugiados (Lei Federal nº 9.474/1997) e o Conselho Nacional dos Direitos Humanos, CNDH (Lei nº 12.986/2014), que também preveem a participação do MPF como observador.

O art. 260, § 4º, da Lei Federal nº 8.242/1991, ao tratar do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, CONANDA, dispõe que *“o Ministério Público determinará em cada comarca a forma de fiscalização da aplicação, pelo Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, dos incentivos fiscais referidos neste artigo”*.

No âmbito do Estado de São Paulo, ainda a pretexto de exemplificação, anoto que o Conselho Estadual do Meio Ambiente, CONSEMA, conta com a participação de membro do Ministério Público de São Paulo, em conjunto com representantes de muitas outras entidades públicas e representantes da sociedade civil, como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho de Arquitetura e Urbanismo, instituições de ensino, associações, entre outras.

Já no âmbito municipal, em São Paulo, registro também que o Conselho Municipal de Imigrantes (Lei nº 16.478/2016 e Decreto nº 57.533/2016), o Conselho Municipal dos Povos Indígenas (Decreto nº 52.146/2011) e o Conselho Municipal de Políticas para as Mulheres (Decreto nº 56.702/2015), todos garantem a participação de membros do Ministério Público, em alguns casos de mais de um de seus ramos, com o Ministério Público Estadual, o MPF e o Ministério Público do Trabalho.

À parte a bem colocada preocupação do Ministro Relator com possível desvirtuamento do perfil institucional do Ministério Público, entendo que a participação de diversos entes, públicos e representativos da sociedade civil, na deliberação

de políticas públicas é de evidente proveito para a promoção da cidadania e da democracia, pelo que seria incongruente que o Ministério Público, a que a Constituição vocacionou para a defesa da sociedade, não pudesse participar desses foros. Por outro lado, deve ser salientado que: (a) o Ministério Público não pode ser obrigado a participar desses Conselhos, tampouco a exercer atividades que entenda exorbitantes de suas atribuições; (b) sua representação nesses Conselhos deve ser feita por membro nato, indicado diretamente pela chefia da instituição; (c) não haverá qualquer alteração no vínculo funcional do membro, especialmente de caráter remuneratório.

Em vista do exposto, DIVIRJO do eminente Relator, admitindo a compatibilidade entre as atribuições do Ministério Público e o funcionamento do Conselho Superior do FECAM, e julgo o pedido PARCIALMENTE PROCEDENTE, para atribuir interpretação conforme a Constituição ao dispositivo impugnado, delimitando que o mesmo trata apenas da participação facultativa de membro do Ministério Público, para exercício de atribuições ministeriais no âmbito das atividades do referido Conselho, mediante designação do Procurador-Geral de Justiça e sem o recebimento de remuneração adicional.

É o voto.

13/10/2020
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.161 / RIO DE JANEIRO
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVO DE CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE PREVÊ A PARTICIPAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CONSELHO GESTOR DE FUNDO VINCULADO AO PODER EXECUTIVO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

1. Ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto o § 2º do art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, tanto em sua redação originária quanto naquela dada pela Emenda à Constituição Estadual nº 15/2000. Previsão de participação de

membro do Ministério Público em conselho gestor do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM. Suposta violação dos arts. 128, § 5º, II, *b e d*, e 129, IX, da CF.

2. O elenco de atribuições do Ministério Público disposto no art. 129 da CF não é uma enumeração taxativa: o inciso IX permite ao Ministério Público o exercício de “*outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*”. É possível, assim, que ele exerça outras funções, desde que sejam compatíveis com suas finalidades institucionais, referidas no *caput* do art. 127, consistentes na defesa: (i) da ordem jurídica; (ii) do regime democrático; (iii) dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos quais se inserem os *direitos ambientais* e o interesse público no *desenvolvimento urbano* (que é evidentemente imbricado com o meio ambiente).

3. Compatibilidade entre o objeto e as atividades do FECAM e as funções institucionais do Ministério Público, especialmente na vertente da tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos. Observância do art. 129, IX, da CF.

4. Interpretação conforme a Constituição: a presença do Ministério Público no conselho do FECAM não será inconstitucional se entender-se que sua participação é na condição de *membro convidado, sem direito a voto*. Ante a ausência de poder decisório, não há impedimento constitucional para que o Ministério Público participe com uma visão *informativa e integradora*, conferindo maior *segurança jurídica* às deliberações do conselho. Precedentes.

5. Pedido julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 2º do art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, tanto em sua redação originária quanto naquela dada pela EC nº 15/2000, para fixar o entendimento de que o dispositivo prevê a possibilidade de participação do Ministério Público no conselho do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM como um membro convidado, sem direito a voto, mediante designação do Procurador-Geral de Justiça. Tese de julgamento: “*Dispositivo de Constituição Estadual que preveja a participação do Ministério Público em órgão ou entidade da Administração Pública somente será constitucional: (i) se interpretado no sentido de que se trata da possibilidade de participação na condição de membro convidado, sem direito a voto; (ii) se o objeto e as atividades do órgão ou entidade forem compatíveis com as funções institucionais do Ministério Público (arts. 127 e 129 da CF)*”.

I. SÍNTESE DO CASO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República em face do § 2º do art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, tanto em sua redação originária quanto naquela que lhe foi dada pela Emenda à Constituição Estadual nº 15/2000.

2. Esta é a redação atual do dispositivo, conferida pela mencionada Emenda Constitucional:

Art. 263. Fica autorizada a criação, na forma da lei, do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano FECAM, destinado à implementação de programas e projetos de recuperação e preservação do meio ambiente, bem como de desenvolvimento urbano, vedada sua utilização para pagamento de pessoal da administração pública direta e indireta ou de despesas de custeio diversas de sua finalidade.

(...)

§ 2º O disciplinamento da utilização dos recursos do Fundo de que trata este artigo caberá a um Conselho de que participarão, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade, na forma a ser estabelecida em lei.

3. E assim era a redação originária do dispositivo impugnado:

§ 2º A administração do Fundo de que trata este artigo caberá a um Conselho em que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, na forma a ser estabelecida em lei.

4. O requerente alega, em síntese, a existência de: (i) *inconstitucionalidade formal*, por violação ao art. 128, § 5º, da CF, que exige lei complementar para dispor sobre as atribuições do Ministério Público; (ii) *inconstitucionalidade material*, por violação ao art. 129, IX, da CF, que veda ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica a entidades públicas.

5. As informações prestadas pela Assembleia Legislativa do Estado e a manifestação do Advogado-Geral da União (AGU) são no sentido da improcedência do pedido. A AGU chegou a suscitar a inépcia da petição inicial, por não haver juntado cópia do ato normativo impugnado e também por não incluir no objeto da ação a redação originária do preceito, que previa idêntica atribuição do Ministério Público, razão pela qual a eventual procedência do pedido ocasionaria indesejado efeito repressinatório.

6. Tal lapso foi sanado pela manifestação de fls. 39-42, que procedeu a verdadeiro aditamento à inicial.

7. O Ministro Marco Aurélio, relator, proferiu voto no sentido da procedência do pedido formulado, tanto na redação originária do art. 263, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, quanto naquela conferida pela EC nº 15/2000. Sob o aspecto formal, entendeu caracterizada afronta ao art. 128, § 5º, da CF, que prevê que leis complementares da União e dos Estados, de iniciativa facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público. Por isso, “o tratamento da matéria mediante norma constitucional estadual inverte a ordem versada na Constituição Federal. Não se trata de mera sobreposição de formas. É que a inobservância do instrumento normativo pertinente, ainda que resultante da atuação do Poder Constituinte derivado, suprime a regra de iniciativa prevista no dispositivo constitucional maior”.

8. Sob o aspecto material, o eminente Ministro relator entendeu impróprio, ante o princípio da separação de poderes, o papel atribuído ao Ministério Público pelo dispositivo impugnado, em razão da regra contida no art. 128, § 5º, II, *d*, da CF, que veda a membro do Ministério Público exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. Quanto ao ponto, convém transcrever o seguinte trecho do voto:

A previsão dos incisos VII e IX do artigo 129 da Carta não viabiliza a mitigação da vedação. O controle externo da Administração Pública, sobretudo sob o ângulo da regular aplicação de recursos do erário, há de ser feito na forma de lei complementar, sem que possa implicar a inserção do Ministério Público em órgão do próprio Executivo. A mesclagem é imprópria no que o órgão atua como fiscal da lei também considerado o Executivo. Como integrar o órgão a este vinculado? Tampouco cabe dizer que a participação no Conselho do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano FECAM é harmônica com a atividade do Ministério Público.

9. Peço vênia para divergir desse entendimento. Conforme passo a expor, é cabível conferir interpretação conforme a Constituição ao dispositivo estadual impugnado, na mesma linha, inclusive, de precedente já firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

II. O ART. 263, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, E OS ARTS. 128, § 5º, E 129, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

10. De início, registro que acompanho inteiramente o Ministro relator na parte em que rejeita a preliminar de inépcia da petição inicial, suscitada pela Advocacia-Geral da União. Como bem assentado em seu voto, apesar de não ter sido trazida aos autos com a própria petição inicial, a cópia do ato normativo impugnado foi posteriormente juntada. Ademais, a inicial foi devidamente emendada pela manifestação de fls. 39-42, pela qual a Procuradoria-Geral da República incluiu no objeto da presente ação direta a redação originária do dispositivo, além daquela já inicialmente impugnada, conferida pela EC nº 15/2000, à Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

11. Sanados tais lapsos, os autos estão adequados e completamente instruídos, viabilizando a plena cognoscibilidade do mérito da causa.

12. Em síntese, a questão que se coloca é a possibilidade de um dispositivo de Constituição Estadual prever a participação de membro do Ministério Público em conselho gestor de um fundo vinculado ao Poder Executivo, ante o que determina a Constituição Federal, especialmente, em seus arts. 128, § 5º, II, b e d, e 129, IX, que transcrevo a seguir:

Art. 128 (...)

§ 5º *Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais*, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

(...)

II - as seguintes *vedações*:

(...)

b) *exercer a advocacia*;

(...)

d) *exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública*, salvo uma de magistério;

(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

IX - *exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas* (grifos acrescentados para destacar os principais fundamentos das impugnações formuladas).

13. Em face dessas normas, o requerente propugna pela declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, porque, no seu entender, ao colocar um membro do Ministério Público como integrante do conselho gestor do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM, o dispositivo impugnado: (i) afrontaria, sob o ângulo formal, a iniciativa do Procurador-Geral de Justiça no processo legislativo das leis complementares sobre organização e atribuições do Ministério Público estadual; (ii) subverteria as funções institucionais do Ministério Público, ao inseri-lo em órgão do Poder Executivo, em relação ao qual atua como fiscal da lei, o que ocasionaria indevida mesclagem; (iii) burlaria as vedações constitucionais impostas aos membros do Ministério Público quanto ao exercício da advocacia e de qualquer outra função pública, ainda que em disponibilidade, salvo uma de magistério.

14. Tais impugnações somente poderiam ser acolhidas, com a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, caso este fosse interpretado com base numa literalidade estrita. Todavia, o manejo adequado dos princípios e técnicas de interpretação constitucional, para além do elemento puramente literal, permitirá preservar a validade do preceito. Mais especificamente, o dispositivo deve receber uma *interpretação conforme a Constituição*, instituto já amplamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e sobre o qual já tive oportunidade de versar, em sede doutrinária:

A interpretação conforme a Constituição (...) destina-se à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, de forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. (...) O princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade.

Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição (...).

Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirm*a uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação “corretiva”, que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (*Curso de Direito*

Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed., p. 302, grifos no original).

15. Destaco, ainda, trecho do voto do Ministro Ayres Britto, relator, quando do julgamento da ADI 3463, cujo objeto, conforme se verá adiante, era bastante similar ao da presente ação direta:

16. Ora, com esse tônus operacional de menor extensão quanto aos seus efeitos, a “interpretação conforme” revela-se um *modus operandi* eminentemente conciliador, na medida em que une o *necessário ao desejável*; quer dizer, ela atinge o seu objetivo de defender a pureza dos comandos constitucionais (fim necessário), sem, contudo, recusar ao ato sindicado a virtude de prosseguir eficaz (fim desejável). Do que resulta permanecer o Ordenamento Jurídico tal como se encontrava, pois colocado a salvo da perturbação de ter um dos seus espécimes privado de eficácia.

17. Acontece que esse modo conciliador de velar pela integridade da Constituição passa por um pressuposto de admissibilidade. E esse pressuposto consiste em que o particular significado do ato estatal insurgente ou os particulares significados desse ato oficial discordante da Constituição *provenham de elementos contraditórios neles próprios* (ADI 3463, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 27.10.2011, grifos no original).

16. É precisamente isto que o presente caso requer.

17. Com efeito, o art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na verdade, não confere propriamente uma *nova* competência ao Ministério Público. O *caput* do dispositivo – que não foi impugnado nesta ação direta – apenas autoriza a “criação, na forma da lei, do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM, destinado à implementação de programas e projetos de recuperação e preservação do meio ambiente, bem como de desenvolvimento urbano”. E seu § 2º garante a participação do Ministério Público no respectivo conselho, além de “representantes da comunidade, na forma a ser estabelecida em lei”.

18. As finalidades institucionais daquele Fundo estadual são diretamente ligadas à preservação e recuperação do meio ambiente, além de políticas de desenvolvimento urbano. E, entre os direitos e valores constitucionais colocados sob a tutela do Ministério Público, como se sabe, o meio ambiente ocupa lugar de extremo destaque e relevância. Transcrevo, a seguir, alguns dispositivos constitucionais pertinentes:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*.

(...)

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*;

(...)

Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º *As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (grifos acrescentados).*

19. Ademais, o elenco de atribuições do Ministério Público disposto no art. 129 da Constituição Federal é uma enumeração meramente exemplificativa, e não taxativa: o inciso IX desse artigo permite que o Ministério Público exerça “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. É possível, portanto, que ele tenha outras funções, desde que sejam compatíveis com suas finalidades institucionais, referidas no *caput* do art. 127, consistentes na defesa: (i) da ordem jurídica; (ii) do regime democrático; (iii) dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos quais se inserem os *direitos ambientais* e o interesse público no *desenvolvimento urbano* (que é evidentemente imbricado com o meio ambiente), que constituem justamente o objeto do Fundo estadual cuja previsão na Constituição Fluminense ensejou a propositura desta ação direta.

20. Veja-se, inclusive, que as atividades daquele Fundo – o FECAM – se mostram naturalmente tangentes às funções institucionais do Ministério Público. Isso se infere, *e.g.*, do disposto no § 1º do art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro – dispositivo este que não foi impugnado pelo requerente –, cujo inciso II prevê o seguinte:

Art. 263 – Fica autorizada a criação, na forma da lei, do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano

– FECAM, destinado à implementação de programas e projetos de recuperação e preservação do meio ambiente, bem como de desenvolvimento urbano, vedada sua utilização para pagamento de pessoal da administração pública direta e indireta ou de despesas de custeio diversas de sua finalidade. (Redação dada pela EC nº 15/2000)

§ 1º. Constituirão *recursos* para o fundo de que trata o *caput* deste artigo, entre outros:

(...)

II - O produto das multas administrativas e de *condenações judiciais por atos lesivos ao meio ambiente* (grifos acrescentados).

21. Assim, a possibilidade de participação do Ministério Público no conselho do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM não se mostra conflitante com as suas funções institucionais e com a sua verdadeira vocação para a tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos. E esta participação não será inconstitucional, se, mediante uma interpretação conforme a Constituição do dispositivo questionado, se entender que o Ministério Público será, nesse conselho, um membro convidado, sem direito a voto, designado pelo Procurador-Geral de Justiça.

22. Nessa condição, a manifestação de vontade do Ministério Público não comporá o conteúdo propriamente *decisório* dos atos praticados pelo FECAM. E isto afasta o receio de superposição ou mesclagem de funções, externado no voto do Ministro relator. Com efeito, cabendo ao Ministério Público a função de fiscalização e tutela das atividades ligadas ao meio ambiente – inclusive com a possibilidade de impugnações judiciais, nas esferas cível e criminal –, seria de todo inconveniente que ele também detivesse poder *decisório* em órgãos ou entidades administrativas com atuação nessa seara.

23. Mas, participando do referido conselho na condição de *membro convidado, sem direito a voto*, o Ministério Público terá o papel de um interlocutor qualificado, contribuindo para a formação do convencimento dos membros votantes. Sua atuação poderá ter, assim, um colorido *preventivo*, evitando problemas futuros, ou mesmo *conciliatório*. Com isso, não se comprometendo com o resultado das deliberações do conselho – podendo, como já ressaltado, inclusive impugná-las –, não há um impedimento constitucional a que o Ministério Público nele participe com uma visão informativa e integradora, conferindo maior segurança jurídica às decisões ali tomadas.

24. Solução análoga a esta já foi dada por esta Corte em importante precedente, ao apreciar a constitucionalidade de outro dispositivo também da Constituição do Estado do Rio de Janeiro: o art. 51, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que criou o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente e garantiu a possibilidade de participação do Ministério Público. O acórdão prolatado recebeu a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 51 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONSELHO ESTADUAL DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. *O rol de atribuições conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da Constituição Federal não constitui numerus clausus. O inciso IX do mesmo artigo permite ao Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.*

2. *O art. 51 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro não confere competência ao Ministério Público fluminense, mas apenas cria o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, garantindo a possibilidade de participação do Ministério Público. Possibilidade que se reputa constitucional porque, entre os direitos constitucionais sob a vigilância tutelar do Ministério Público, sobreleva a defesa da criança e do adolescente. Participação que se dá, porém, apenas na condição de membro convidado e sem direito a voto.*

3. Inconstitucionalidade da expressão “Poder Judiciário”, porquanto a participação de membro do Poder Judicante em Conselho administrativo tem a potencialidade de quebrantar a necessária garantia de imparcialidade do julgador.

4. Ação que se julga parcialmente procedente para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao parágrafo único do art. 51 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro a fim de assentar que a participação do Ministério Público no Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente deve se dar na condição de membro convidado sem direito a voto; b) declarar a inconstitucionalidade da expressão “Poder Judiciário” (ADI 3463, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 27.10.2011, grifos acrescentados).

25. Esta solução mostra-se, ainda, harmoniosa com o tratamento da questão no plano federal, em que se admite a participação do Ministério Público no Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, na condição de membro convidado sem direito a voto. Atualmente, esta previsão consta do § 12 do art. 5º do Decreto nº 99.274/1990, com a alteração realizada pelo Decreto nº 9.939/2019:

Art. 5º Integram o Plenário do Conama:

(...)

§ 12. O Ministério Público Federal poderá indicar um representante, titular e suplente, para participar do Plenário do Conama na qualidade de membro convidado, sem direito a voto.

26. Por tais razões, é possível preservar a constitucionalidade do § 2º do art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, desde que se dê a esse dispositivo uma interpretação conforme a Constituição, dentro dos parâmetros expostos.

III. CONCLUSÃO

27. Por todo o exposto, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido formulado, para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 2º do art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, tanto em sua redação originária quanto naquela dada pela EC nº 15/2000, para fixar o entendimento de que o dispositivo prevê a possibilidade de participação do Ministério Público no conselho do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM como um membro convidado, sem direito a voto, mediante designação do Procurador-Geral de Justiça. Proponho a fixação da seguinte tese: “Dispositivo de Constituição estadual que preveja a participação do Ministério Público em órgão ou entidade da Administração Pública somente será constitucional: (i) se interpretado no sentido de que se trata da possibilidade de participação na condição de membro convidado, sem direito a voto; (ii) se o objeto e as atividades do órgão ou entidade forem compatíveis com as funções institucionais do Ministério Público (arts. 127 e 129 da CF)”.

28. É como voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.161 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Peço vênia para, dissentindo do eminente Relator, acompanhar o douto voto proferido pelo eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES.*

É o meu voto.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.161

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: Após os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli (Presidente) e Rosa Weber, que julgavam procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na redação originária e naquela conferida pela Emenda nº 15/2000; dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Luiz Fux, que divergiam do Relator, admitindo a compatibilidade entre as atribuições do Ministério Público e o funcionamento do Conselho Superior do FECAM, e julgavam parcialmente procedente o pedido, para atribuir interpretação conforme a Constituição ao dispositivo impugnado, delimitando que o mesmo trata apenas da participação facultativa de membro do Ministério Público, para exercício de atribuições ministeriais no âmbito das atividades do referido Conselho, mediante designação do Procurador-Geral de Justiça e sem o recebimento de remuneração adicional; e dos votos dos Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes, que julgavam parcialmente procedente o pedido formulado, para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 2º do art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, tanto em sua redação originária quanto naquela dada pela EC nº 15/2000, para fixar o entendimento de que o dispositivo prevê a possibilidade de participação do Ministério Público no conselho do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM como um membro convidado, sem direito a voto, mediante designação do Procurador-Geral de Justiça, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Ministro Celso de Mello, que não participou deste julgamento por motivo de licença médica (Art. 173, parágrafo único, do RISTF). Plenário, Sessão Virtual de 28.8.2020 a 4.9.2020.

Decisão: O Tribunal, por maioria, admitindo a compatibilidade entre as atribuições do Ministério Público e o funcionamento do Conselho Superior do FECAM, julgou o pedido parcialmente procedente, para atribuir interpretação conforme a Constituição ao § 2º do art. 263 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 15/2000, delimitando que o mesmo trata apenas da participação facultativa de membro do Ministério Público, para exercício de atribuições ministeriais no âmbito das atividades do referido Conselho, mediante designação do Procurador-Geral de Justiça e sem o recebimento

de remuneração adicional, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Rosa Weber, que julgavam procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado. Os Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes acompanharam, com ressalvas, o voto do Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 2.10.2020 a 9.10.2020.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**HABEAS CORPUS Nº 549.340 / RIO DE JANEIRO
(2019/0360205-8)**

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PABLO LUIZ DOUAHY DE SANTANA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. REGIME FECHADO. CONCURSO MATERIAL. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No

caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, *in casu*, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

3. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

4. Hipótese em que as instâncias antecedentes, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade da droga apreendida - 58 porções de maconha (116,8g), 22 de cocaína (11,1g) e 47 papéletes de *crack* (10,5g) - para fixar a pena-base dos delitos dos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas, respectivamente, em 1 ano e 8 meses e em 1 ano acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

5. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organização criminosa.

6. A condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de *animus* associativo estável e permanente entre os agentes no cometimento do delito, evidenciando, assim, a dedicação da agente à atividade criminosa. Precedentes.

7. Mantido o *quantum* da sanção corporal imposta em patamar superior a 8 anos de reclusão, pelo reconhecimento do concurso material entre os delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei de Drogas, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou o semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor dos arts. 33, § 2º, "a", e 44, I, ambos do CP.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. PEDRO CARRIELLO - DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Brasília (DF), 06 de abril de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

HABEAS CORPUS Nº 549.340 / RIO DE JANEIRO (2019/0360205-8)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PABLO LUIZ DOUAHY DE SANTANA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de PABLO LUIZ DOUAHY DE SANTANA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 1.865 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c.c o 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo. Nesta Corte, o impetrante alega que não há comprovação da estabilidade e da permanência entre os agentes, necessárias à configuração do delito de associação para o tráfico de entorpecentes. Destaca ser inidônea a conclusão de que o paciente estaria associado à facção criminosa tão somente por ter sido flagrado traficando em local por ela dominado.

Argumenta ser desproporcional a exasperação da pena-base com amparo apenas na quantidade e na natureza dos entorpecentes apreendidos.

Destaca, por fim, que o paciente preenche os requisitos legais para ser beneficiado com a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requer, assim, a absolvição pelo delito do art. 35 da Lei de Drogas, a redução da pena-base, o reconhecimento do tráfico privilegiado, a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 85-89).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 549.340 / RIO DE JANEIRO (2019/0360205-8)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PABLO LUIZ DOUAHY DE SANTANA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. REGIME FECHADO. CONCURSO MATERIAL. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a

existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, *in casu*, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

3. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

4. Hipótese em que as instâncias antecedentes, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade da droga apreendida - 58 porções de maconha (116,8g), 22 de cocaína (11,1g) e 47 papérolas de *crack* (10,5g) - para fixar a pena-base dos delitos dos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas, respectivamente, em 1 ano e 8 meses e em 1 ano acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

5. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organização criminosa.

6. A condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de *animus* associativo estável e permanente entre os agentes no cometimento do delito, evidenciando, assim, a dedicação da agente à atividade criminosa. Precedentes.

7. Mantido o *quantum* da sanção corporal imposta em patamar superior a 8 anos de reclusão, pelo reconhecimento do concurso material entre os delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei de Drogas, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou o semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor dos arts. 33, § 2º, “a”, e 44, I, ambos do CP.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

A Corte de origem manteve a condenação do paciente pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 em decisão assim motivada:

De fato, devemos mencionar que os PMs FABIANO VELASCO VALADÃO (fls. 10) e MIGUEL BENEDITO MARQUES DOS SANTOS (fls. 11) aduziram que, no dia dos fatos, estavam em patrulhamento de rotina na Comunidade Coqueirinho, situada no Bairro Periquitos Variantes, Duque de Caixas. Em dado instante, desceram da viatura e continuaram o patrulhamento a pé. Quando os depoentes chegaram a um terreno baldio, que fica próximo a um campo de futebol, avistaram quatro indivíduos. O acusado, imediatamente, efetuou diversos disparos de arma de fogo contra a guarnição, ocasião em que o PM Charles G. Januário revidou à injusta agressão. Dois indivíduos conseguiram fugir. Iniciou-se a perseguição, tendo os depoentes logrado êxito em visualizar os outros dois traficantes, quais sejam, o Réu e o adolescente Wellington, entrando em uma residência. Durante a fuga, o menor desfez-se de uma sacola plástica, o que fora presenciado pelos depoentes. Os PMs viram o Réu e o adolescente juntos o tempo todo. Dentro da sacola dispensada por Wellington, foram encontrados 58 “sacolés” de maconha, 47 “sacolés” de “crack” e 22 invólucros de cocaína, bem como R\$ 41,00. Ao ser indagado, o adolescente afirmou que trabalha como “olheiro” e “vapor” para o tráfico local. Pablo Luiz também confirmou que trabalha para o tráfico, nas funções de “atividade” e “vapor”. O local é dominado pelo Comando Vermelho.

No interrogatório extrajudicial, o Réu (fls. 06) exerceu o direito de permanecer em silêncio.

TAIS INDÍCIOS FORAM RATIFICADOS E EXPLICITADOS PELAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO NA AIJ, inexistindo divergências

relevantes entre os depoimentos judiciais, ou entre tais depoimentos e aqueles do APF, no tocante à existência do crime de tráfico de drogas. Os depoimentos dos milicianos foram contundentes ao relatarem o fato na AIJ. De fato, devemos mencionar que os PMs FABIANO VELASCO VALADÃO (fls. 188) e MIGUEL BENEDITO MARQUES DOS SANTOS (fls.187) narraram que, no dia dos fatos, estavam em patrulhamento de rotina no interior da Comunidade Coqueirinho, Duque de Caxias. Os depoentes desceram da viatura e seguiram a pé. Em determinado momento, avistaram quatro indivíduos em um terreno baldio que fica próximo a um campo de futebol. Nesse instante, um dos meliantes efetuou diversos disparos de arma de fogo contra os agentes da lei. Dois indivíduos conseguiram fugir. Os depoentes continuaram a perseguição e visualizaram o Réu e o adolescente entrando em uma casa. Durante a fuga, o menor Wellington Carcabini desfez-se de uma sacola plástica. Os depoentes conseguiram abordar o Réu e o menor. Pablo Luiz estava com cocaína, maconha e “crack” nas mãos. A bolsa dispensada por Wellington também continha cocaína e maconha, acondicionadas em embalagens prontas para comercialização. O Réu confirmou que trabalha para o tráfico na função de “vapor”. O adolescente também ratificou que trabalha para o tráfico. Os depoentes afirmaram que já conheciam o acusado, que é envolvido com o tráfico local, tendo sido abordado, anteriormente, no mesmo ponto de drogas, mas foi solto porque não portava substâncias entorpecentes na ocasião. O local é dominado pelo Comando Vermelho.

CONSOANTE ÀS DECLARAÇÕES DOS MILICIANOS, AS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES FORAM ENCONTRADAS EM PODER DO RÉU, QUE, INCLUSIVE, JÁ ERA CONHECIDO ANTERIORMENTE, PELOS PMS, POR PERTENCER AO TRÁFICO DE DROGAS LOCAL. O PRÓPRIO ACUSADO CONFIRMOU QUE TRABALHA PARA O TRÁFICO NA FUNÇÃO DE “VAPOR”.

Os depoimentos prestados pelos PMs estão em total harmonia com o apurado em sede policial, onde reportam os fatos coincidentes. Na verdade, para a configuração do delito, o necessário é que as testemunhas confirmem que o Réu estava com as substâncias entorpecentes e que estas se destinavam à traficância, o que ocorreu nos autos.

A Defesa não arrolou nem sequer uma testemunha.

Foi decretada à revelia do Réu, às fls. 200/201, eis que ele ofereceu endereço diverso do que reside.

Observe-se, ainda, que a Defesa não produziu nenhuma prova hábil que confronte aquela carreada aos autos.

Nesse contexto, a intenção do Réu de revender as mercadorias é facilmente deduzida a partir dos depoimentos dos PMs, que registram que ele estava na posse compartilhada de grande quantidade e variedade de entorpecentes, o que demonstra o dolo na prática da mercancia.

Não encontro motivos, deste modo, para suspeitar da lisura das informações dos PMs, porquanto nenhuma razão foi apontada pela Defesa - com base em provas nos autos - para que acusassem, sem motivo, o Réu. Concluindo, inexistente motivo para duvidarmos da retidão dos testemunhos dos PMs, não havendo nenhuma incongruência que torne suspeitas suas palavras. Assim, não há por que questionar a idoneidade dos depoimentos, diante da segurança com que foram prestados, na forma da Súmula nº 70 do TJ/RJ.

[...]

DESTARTE, AS VÁRIAS EVIDÊNCIAS COLHIDAS – A APREENSÃO DE 58 “SACOLÉS” DE MACONHA, 47 “SACOLÉS” DE “CRACK” E 22 INVÓLUCROS DE COCAÍNA; A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RÉU, QUE CONFIRMOU PERTENCER AO TRÁFICO DE DROGAS, EXERCENDO A FUNÇÃO DE “VAPOR”; A FUGA DO ACUSADO; O FATO DE ESTAR EM LOCAL DOMINADO PELO COMANDO VERMELHO, NA COMPANHIA DE OUTROS DOIS TRAFICANTES, TENDO SIDO FLAGRADO, PELOS AGENTES DA LEI, COM COCAÍNA, “CRACK” E MACONHA NAS MÃOS; E A CIRCUNSTÂNCIA DE ESTAR COM O ADOLESCENTE WELLINGTON, QUE TAMBÉM PORTAVA UMA SACOLA COM GRANDE VARIEDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES - SÃO ELEMENTOS SUFICIENTES PARA QUE CONCLUAMOS QUE O FATO IMPUTADO DEVE SER ENQUADRADO NO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006, EIS QUE A JURISPRUDÊNCIA HÁ MUITO VEM ENTENDENDO QUE A QUANTIDADE DEVE SER CONJUGADA COM OUTROS FATORES, CONFORME SE PODE VER DE JTJ 141/394, RT 616/280, RJTJSP 97/492 e RJTJSP 126/494, entre outros.

[...]

Quanto ao delito de associação para o tráfico, este também restou configurado.

[...], para a caracterização do delito previsto no art. 35, é necessário que o “*animus*” associativo seja efetivamente provado, pois integra o tipo penal e é indispensável.

É o que restou evidenciado nos autos.

Consoante os depoimentos dos policiais, em sede de investigação criminal e em Juízo, demonstrada está a comunhão de vontades para a prática do delito em questão.

Nesse contexto, o Réu foi encontrado em local dominado pelo Comando Vermelho, tendo sido flagrado na posse de maconha, “crack” e cocaína.

Ou seja, os vários elementos colhidos – o local dominado pelo tráfico de drogas; os harmônicos depoimentos dos policiais; a apreensão de significativa quantidade e variedade de drogas (maconha, cocaína e “crack”), em embalagens prontas para entrega à comercialização; o fato de o Réu ser conhecido, pelos PMs que efetuaram a abordagem, como integrante da facção Comando Vermelho; e a circunstância de ele ser flagrado na companhia de outros dois traficantes e do adolescente Wellington, sendo que um dos seus comparsas estava armado - são suficientes para que concluamos pela existência de uma organização anterior entre O RÉU, O ADOLESCENTE WELLINGTON E OS DEMAIS TRAFICANTES QUE ESTAVAM NO LOCAL.

Efetivamente, uma associação eventual não compreenderia tantos elementos diversos como os encontrados.

Ou seja, todos os fatos narrados acima constituem elementos idôneos de que o acusado integrava organização estável e permanente para a venda ilícita de drogas - tendo sido apreendidos os entorpecentes EFETIVAMENTE comercializados por ele.

Assim, configurado está o delito do artigo 35 da Lei de Drogas (grifo nosso).

Para a caracterização do crime de associação criminosa, é imprescindível a demonstração concreta do *vínculo permanente e estável entre duas ou mais pessoas*, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, *caput* e § 1º e/ou do art. 34, da Lei de Drogas (HC 354.109/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016; HC 391.325/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017).

Na hipótese, observa-se que o édito condenatório está amparado em farto material probatório, colhido durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que demonstra o ânimo associativo, de caráter duradouro e estável, entre *o paciente, o adolescente W C T, outros 2 indivíduos não identificados*, no reiterado comércio de entorpecentes.

Segundo se infere, o paciente e o adolescente infrator foram surpreendidos na posse de variada quantidade de droga (116,8g de maconha, 11,1g de cocaína e 10,5g de crack), durante um patrulhamento de rotina da polícia militar, na Comunidade do Coqueirinho, local reconhecidamente dominado pela facção criminosa “Comando Vermelho”. Das circunstâncias do flagrante, observa-se a atuação conjunta, previamente organizada e estável na prática do tráfico de drogas, tanto que os agentes de segurança foram recebidos a tiros pelos traficantes, o que possibilitou a fuga de dois comparsas. Consta, ainda, que, após a perseguição e prisão do paciente, juntamente com o adolescente, na posse dos entorpecentes, em uma casa abandonada, ele admitiu que trabalhava para o tráfico na função de “atividade” ou “vapor”.

Nesse contexto, o acolhimento do pedido de absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas implica reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. CONFISSÃO DA ACUSADA. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PREJUDICADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte entende ser necessária a demonstração da estabilidade e permanência da associação para a condenação pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.
2. Na hipótese, entenderam as instâncias ordinárias estarem presentes a materialidade e a autoria do delito de associação para o tráfico, com a demonstração da concreta estabilidade e permanência da associação criminosa, tendo em vista a confissão da acusada no sentido de que trabalhava para o TCP, destacando-se, ainda, o depoimento das testemunhas, confirmados em juízo, além das circunstâncias da prisão em flagrante, efetuada em local dominado por facção criminosa, da quantidade e da forma de acondicionamento da droga. Sendo assim, a alteração da conclusão das instâncias ordinárias implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.
3. Mantida a condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas, em que a dedicação à atividade criminosa é elementar do tipo, prejudicado está o pleito de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como de seus consectários legais.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 609.116/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APREENSÃO DE DROGAS VARIADAS E RÁDIO TRANSMISSOR EM ATIVIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESNECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS DEMAIS COAUTORES. ABSOLVIÇÃO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A Corte de origem, ao examinar a autoria delitiva do crime de associação para o tráfico de drogas, expressamente afastou o concurso eventual de pessoas, para consignar que o agente agia sob a chancela do Comando Vermelho, sendo preso na posse de considerável quantidade de entorpecentes e com rádio transmissor em atividade, o que afasta a alegação de ausência de provas em relação à estabilidade e permanência do vínculo associativo.

2. Por outro lado, a pretensão de absolvição da prática do delito de associação para o tráfico não pode ser apreciada por esta Corte Superior, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.

3. Por fim, o fato de os demais integrantes da organização criminosa não terem sido identificados no momento da denúncia não invalida a ação penal, tampouco impede a condenação do paciente pelo delito em questão.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 556.655/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020)

No tocante ao pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, melhor sorte não assiste à defesa.

“A Terceira Seção deste Superior Tribunal possui o entendimento de que é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso, especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico”. (AgRg no HC 370.617/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017)

Por sua vez, a dosimetria penal foi assim estabelecida:

Passo, então, à aplicação das penas. Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observadas, ainda, as disposições específicas do art. 42 da Lei n. 11.343/06, denoto que a culpabilidade, consistente no grau de reprovabilidade da conduta, foi normal. O réu não ostenta maus antecedentes, assim entendidos como condenações criminais transitadas em julgado antes dos fatos e que não constituam reincidência, em face do princípio constitucional de presunção da inocência (STJ, Súmula n. 444). Inexistem elementos nos autos que permitam aferir a sua conduta social, nem estudo técnico que possibilite a avaliação da sua personalidade. Os motivos do crime são próprios do tipo. As circunstâncias e consequências do delito, apesar de graves, tanto para saúde pública quanto para a sociedade, não podem ser levadas em consideração para exacerbar a pena base, pois intrínsecas ao delito em apreço. Não há se falar em comportamento da vítima. Por fim, a natureza diversa (cocaína, maconha e crack), o alto poder destrutivo do crack, bem como a grande quantidade de drogas apreendidas revelam a necessidade de exasperação da reprimenda.

Frente a isso, considerando o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção, fixo as penas-base em 06 anos e 08 meses de reclusão, e 666 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o crime de tráfico de drogas, e 04 anos de reclusão, e 933 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o crime de associação ao tráfico.

Na segunda fase, não incidem agravantes e atenuantes.

Na fase derradeira, não há causa de diminuição. Entretanto, está presente a causa de aumento prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, majora a reprimenda em 1/6 (um sexto). Desse modo, fica a pena dosada em 07 anos, 09 meses e 10 dias, e 777 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o crime de tráfico de drogas, e 04 anos, 08 meses, 1.088 dias-multa, no valor unitário mínimo, para o crime de associação para o tráfico.

Em razão do concurso material, procedo à soma das penas irrogadas aos dois crimes, a teor do art. 69 do CP. Desse modo, fica o réu **CONDENADO** à pena privativa de liberdade de 12 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, e 1.865 dias-multa, no valor unitário mínimo legal (e-STJ, fls. 30).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei,

sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, *ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade*, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Na hipótese, verifica-se que as instâncias ordinárias, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade, a diversidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos - 116,8g de maconha, 11,1g de cocaína e 10,5g de *crack* - para elevar a pena-base dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei de Drogas em 1 ano e 8 meses e em 1 ano acima do mínimo legal, respectivamente.

Assim, tendo sido apresentados elementos idôneos para o agravamento da situação do réu, *elencados inclusive como circunstâncias preponderantes*, e levando-se em conta as penas mínima e máxima abstratamente cominadas aos referidos delitos (5 a 15 anos e 3 a 10 anos), não se mostra desarrazoado o aumento operado pela instância ordinária, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

Confirmam-se alguns julgados que respaldam esse entendimento:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. ARTS. 33 E 35, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MODIFICAÇÃO QUE IMPLICA REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1005975/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 4/5/2017, DJe 17/5/2017);

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. MATÉRIA REFUTADA NA ORIGEM. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. PRECLUSÃO DA

MATÉRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. [...] AUSÊNCIA OU AMEAÇA A DIREITO DE LOCOMOÇÃO. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

4. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. No caso dos autos, a pena-base afastou-se do mínimo legal com base na quantidade da droga apreendida, fundamentação que se encontra em consonância com nossa jurisprudência.

[...]

11. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 372.028/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017)

Por fim, registre-se que aplicada a pena final em patamar superior a 8 anos de reclusão, pelo reconhecimento do concurso material entre os delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei de Drogas, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou o semiaberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor dos arts. 33, § 2º, "a", e 44, I, ambos do CP.

Ante o exposto *não conheço* do *habeas corpus*.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0360205-8

PROCESSO ELETRÔNICO HC 549.340 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00366652520158190021 366652520158190021

EM MESA

JULGADO: 06/04/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PABLO LUIZ DOUAHY DE SANTANA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins.

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. PEDRO CARRIELLO - DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido”.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 637.287 / MATO GROSSO DO SUL (2020/0348961-9)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

AGRAVANTE: CRISTIANO COSME DE ALMEIDA TAQUES (PRESO)

ADVOGADO: CÍCERO JOSÉ DE SOUSA JUNIOR - MT0216230

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO DOMICILIAR. COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O fato de o Acusado constar em grupo de risco não autoriza, por si só e automaticamente, a concessão da liberdade ou o deferimento de prisão domiciliar, porquanto a Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça não serve como salvo conduto indiscriminado, devendo ser analisada a situação dos reclusos no sistema carcerário caso a caso, conforme foi realizado na espécie.

2. Na hipótese, diante da gravidade da conduta do Acusado, que transportava vultosa quantidade de drogas, o Tribunal de origem concedeu parcialmente a ordem e determinou à autoridade prisional para viabilizar ao ora Agravante, que é portador de enfermidade diabética e quadro respiratório asmático, tratamento médico adequado com retornos periódicos e pronto atendimento às enfermidades.

3. A suposta existência de condições pessoais favoráveis não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes um dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como verificado, na hipótese.

4. Agravo regimental 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, Rogério Schietti Cruz, Antônio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2021(Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS Nº 637.287 / MATO GROSSO DO SUL (2020/0348961-9)

AGRAVANTE: CRISTIANO COSME DE ALMEIDA TAQUES (PRESO)

ADVOGADO: CÍCERO JOSÉ DE SOUSA JUNIOR - MT0216230

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por CRISTIANO COSME DE ALMEIDA TAQUES contra decisão de minha lavra assim ementada (fl. 97):

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO DOMICILIAR. COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.

Nas razões do agravo regimental, a parte Agravante alega que *“nenhuma autoridade responsável, seja o diretor da Unidade Penal Ricardo Brandão (onde o recorrente se encontra segregado), ou a Agência Estadual da Administração do Sistema Penitenciário – AGEPEN-MS, informou quais medidas foram adotadas para cumprir o que fora determinado”* (fl. 114).

Ressalta que *“não nos parece minimamente aceitável a conclusão de que estando o recorrente recolhido em estabelecimento prisional possa este ter plena continuidade do tratamento nos moldes exigidos, porquanto público e notório a ineficiência do sistema prisional neste e em outros aspectos”* (fl. 115).

Aduz que “o recorrente necessita de cuidados extremos com tratamento medicamentoso e clínico, sob custódia, é de impossibilidade absoluta, devendo, neste especialíssimo caso, ser-lhe deferida a prisão domiciliar, em caráter humanitário” (fl. 120).

Repisa que “o recorrente está preso desde 29/07/2020, aproximadamente 01 ano e 04 meses, possui bom comportamento, conforme relatório em anexo, é primário, tem bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito” (fl. 126).

Salienta que “o Ministério Público manifestou-se às fls. 90-92 pela concessão da ordem”.

Pleiteia, assim, seja:

[...] reconsiderada/reformada a decisão monocrática proferida no julgamento do habeas corpus de modo a conceder a pleiteada prisão domiciliar, em razão de risco de contaminação e morte do custodiado pelo Estado, além da real e iminente possibilidade de morte do Paciente diante da impossibilidade de tratamento adequado e ministração de medicamentos absolutamente necessários à sua sobrevivência, como medida de justiça.

REQUER, ainda, a concessão de LIMINAR para fins de ser imediatamente concedida a prisão domiciliar, até final julgamento do presente recurso, ante a existência do fumus boni iuris posto haver expressa autorização normativa no sentido de se proceder a substituição pleiteada em casos como este (artigo 318, II, do CPP).

Igualmente, para efeitos da concessão da medida liminar, é constatável o periculum in mora, eis que a manutenção do Recorrente segregado de sua liberdade até final do julgamento do writ tem o condão de impedir ou mesmo dificultar o necessário tratamento à sua plena recuperação, podendo se tornar inócua a medida em caso de apreciação somente no julgamento do mérito dado a inevitável demora processual (fl. 129).

É o relatório.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS Nº 637.287 / MATO GROSSO DO SUL (2020/0348961-9)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO DOMICILIAR. COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O fato de o Acusado constar em grupo de risco não autoriza, por si só e automaticamente, a concessão da liberdade ou o deferimento de prisão domiciliar, porquanto a Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça não serve como salvo conduto indiscriminado, devendo ser analisada a situação dos reclusos no sistema carcerário caso a caso, conforme foi realizado na espécie.
2. Na hipótese, diante da gravidade da conduta do Acusado, que transportava vultosa quantidade de drogas, o Tribunal de origem concedeu parcialmente a ordem e determinou à autoridade prisional para viabilizar ao ora Agravante, que é portador de enfermidade diabética e quadro respiratório asmático, tratamento médico adequado com retornos periódicos e pronto atendimento às enfermidades.
3. A suposta existência de condições pessoais favoráveis não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes um dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como verificado, na hipótese.
4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O reclamo não merece prosperar.

De início, insta salientar que, em consulta ao endereço eletrônico do Tribunal de origem, verifica-se que o Agravante foi condenado, em primeiro grau, em 05/03/2021 à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, em regime fechado, *sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade*.

Em 01/09/2021, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso do Ministério Público e deu parcial provimento ao recurso defensivo para, de ofício, reduzir a pena-base, estabelecendo a pena definitiva em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 681 (seiscentos e oitenta e um) dias-multa.

Consignou, ainda, a Corte estadual, a respeito do pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar que:

In casu, trata-se de prisão por delito grave, além do que o recorrente possui 35 anos, de modo que *não se enquadra ao grupo de risco* (portadores de doenças crônicas como diabetes e hipertensão, asma e indivíduos acima de 60 anos). Mesmo que tenha alegado ser portador de diabetes e tuberculose, tais condições não implicam automática substituição da prisão, *ainda mais quando não comprovado*, não há

notícias de que o estabelecimento prisional não esteja tomando todas as cautelas necessárias para se evitar o contágio ou, ainda, de que haveria impossibilidade do recorrente de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra

[...]

Nesta senda, estando bem demonstrada a necessidade da manutenção da prisão do apenado, não há que se falar em sua substituição por custódia domiciliar ou outras medidas alternativas.

No mais, quanto à alegação de que o Acusado integra o grupo de risco de contágio da Covid-19, o Tribunal de origem assim se manifestou (fls. 20-21; sem grifos no original):

[...]

Com relação ao pleito de aplicação da Recomendação nº 62/2020, do CNJ, cumpre ponderar que a crise mundial do Covid-19 trouxe já uma realidade diferenciada de preocupação com a saúde em nosso país e faz ver como ainda de maior risco o aprisionamento - a concentração excessiva, a dificuldade de higiene e as deficiências de alimentação naturais ao sistema prisional, acarretam seu enquadramento como pessoas em condição de risco.

Pelo que se extrai dos autos o paciente é portador de Diabetes Melitos Insulino-Dependente, ansiedade generalizada, asma brônquica inespecífica, conforme relatório médico de p. 22. Do documento apresentado tem-se como parecer, o seguinte:

(...) Interno é portador de enfermidade diabética e quadro respiratório asmático, com quadro contínuo e progressivo com crises sazonais, sua saúde requer cuidados e atenção pelos problemas relatados, depreciada devido aos agendamentos demorados junto ao sistema de saúde pública e ausências ou impossibilidade de escoltas policiais em tempo hábil para favorecer o seu tratamento. Em tempos de pandemia por Covid-19, para o bom andamento da assistência prestada e do tratamento oferecido, é conveniente a necessidade de demanda de vagas com especialidades, realização de exames especializados, ajuste de tratamento de acordo com a evolução, retorno periódico com o médico de origem do tratamento e escoltas policiais quando necessário para serviços de especialidades e pronto atendimento. No sentido de salvaguardar a integridade física do apenado

e resguardar a instituição que o tutela, é oportuno que possa ser realizado o que for necessário com o apoio de sua família para conseguir um tratamento cabível.

(datado de 20 de outubro de 2020) – Dr. Garibaldi Dorneles.

Pelo que se observa do documento apresentado, tem-se que o paciente necessita de cuidados médicos periodicamente, de modo que entendo ser plenamente possível conceder parcialmente a ordem para o fim de que a autoridade dita coatora exija da administração penitenciária o atendimento médico necessário, nos termos do relatório médico.

Tenho me posicionado que o fato de o paciente ser acometido de enfermidade, por si só, não viabiliza a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares diversas da prisão ou domiciliar, uma vez que se trata de recomendação para reavaliar as prisões cautelares, cuja análise, como já mencionado, deverá ser realizada de maneira individual, a qual foi devidamente realizada pelo juízo a quo.

In casu, trata-se de delito grave, com a apreensão de vultosa quantidade de droga, sendo que a liberdade do paciente representa risco à ordem pública.

[...]

Assim, visando garantir o direito à saúde do preso, voto no sentido de determinar à autoridade coatora que exija da administração penitenciária o tratamento médico adequado ao paciente, o qual necessita de retorno periódico e pronto atendimento às enfermidades relatadas.

Em parte com o parecer, concedo, de ofício, parcialmente a ordem para o fim de que seja preservada a saúde do paciente, conforme indicação médica de p. 22.

Em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus, não se ignora a necessidade de realizar o juízo de risco inerente à custódia cautelar com maior preponderância das medidas alternativas ao cárcere, a fim de evitar a proliferação da Covid-19; todavia, essa exegese da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça não permite concluir pela automática substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal é assente no sentido de ser necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre: **a)** sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da Covid-19; **b)** a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e **c)** o risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida. A propósito:

AgRg no HC 561.993/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020 (DJe 04/05/2020).

Cumpra registrar que a recomendação da Resolução n. 62 do Conselho Nacional de Justiça não tem caráter vinculante, serve para orientar a adoção de providências por parte do Poder Judiciário no combate à proliferação e contágio da Covid-19 nos estabelecimentos prisionais.

Assim, a mencionada norma administrativa não autoriza, por si só e automaticamente, a concessão de liberdade ou o deferimento de prisão domiciliar, pois não serve como salvo conduto indiscriminado, devendo ser analisada a situação dos reclusos no sistema carcerário caso a caso, como foi realizado na espécie.

No caso, verifica-se que foi apresentada fundamentação idônea para o parcial deferimento do pleito defensivo. A Corte local salientou a gravidade da conduta do Agravante – transporte de mais de 9 (nove) toneladas de maconha –, sendo ressaltado que, apesar de o Acusado ser “portador de enfermidade diabética e quadro respiratório asmático” (fl. 20), foi determinado “à autoridade coatora que exija da administração penitenciária o tratamento médico adequado ao paciente, o qual necessita de retorno periódico e pronto atendimento às enfermidades relatadas” (fl. 21).

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 691/STF. EXECUÇÃO PENAL. REGIME FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. COVID-19. RECOMENDAÇÃO 62/CNJ. GRUPO DE RISCO. HIPERTENSÃO. QUADRO ESTÁVEL. PLANO DE CONTINGENCIAMENTO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO RISCO DE AGRAVAMENTO DA CONDIÇÃO DE SAÚDE. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO LIMINAR. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Quanto à crise mundial da Covid-19, cumpre salientar que esta já trouxe uma realidade diferenciada de preocupação com a saúde em nosso país e faz ver como ainda é de maior risco o aprisionamento - a concentração excessiva, a dificuldade de higiene e as deficiências de alimentação naturais ao sistema prisional acarretam seu enquadramento como pessoas em condição de risco.

2. Nesse momento, configurado o gravíssimo risco à saúde, o balanceamento dos riscos sociais frente ao cidadão encarcerado merece diferenciada compreensão. Apenas crimes com violência, praticados por agentes reincidentes ou claramente incapazes de permitir o regular desenvolvimento do processo, poderão justificar o aprisionamento. Crimes eventuais e sem violência,

mesmo com justificada motivação legal, não permitem a geração do grave risco à saúde pela prisão.

3. Não se verifica manifesta ilegalidade na decisão que indeferiu o pedido de prisão domiciliar, pois, apesar de o paciente ser portador de hipertensão, a unidade prisional dispõe de unidade hospitalar, tipo ambulatorio, equipe médica de acompanhamento e plano de contingência dentro do contexto da pandemia, não havendo a demonstração de que a sua atual condição de saúde possa ser agravada pelo risco de contágio pela Covid-19.

4. Não se verifica, portanto, ilegalidade apta a justificar a mitigação do enunciado da Súmula 691 do STF.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 578.261/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020; sem grifos no original.)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. RESOLUÇÃO N. 62/2020 DO CNJ. REGIME FECHADO. CONDENADO POR ESTUPRO E ROUBO. GRUPO DE RISCO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE NO ESTABELECIMENTO PENAL. INEXISTÊNCIA DE ELEVADO RISCO EPIDEMIOLÓGICO NO LOCAL. PRISÃO DOMICILIAR. EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Ante a declaração pública de pandemia, o Conselho Nacional de Justiça resolveu recomendar aos magistrados com competência sobre a execução que, em observância ao contexto local de disseminação da Covid-19, considerem a adoção de algumas medidas com vistas à redução dos riscos epidemiológicos.

2. A Recomendação n. 62/2020 não é norma de caráter cogente e não criou espécie de ordem de liberação geral da população carcerária. É uma orientação e deve ser interpretada com razoabilidade, ponderando o cenário de surto da doença em cada ambiente carcerário, conforme indica o próprio Conselho Nacional de Justiça. As características da execução também devem ser sopesadas, pois existe o direito da coletividade em ver preservada a segurança pública.

3. O paciente está no regime fechado e cumpre pena por roubo e estupro praticados contra idosa, com registro de falta disciplinar recente. Ele tem hipertensão arterial, mas recebe assistência à saúde e médico atestou seu bom estado geral. No local onde está o postulante, foram registradas duas mortes de reclusos, durante internação em hospital, no mês de abril. Desde então, não ocorreram outros casos positivados da Covid-19 e, atualmente, não existe curva de proliferação da patologia.

4. Ausente crise epidemiológica no ambiente prisional do condenado pela prática de delitos violentos, não se constata, à luz do art. 5º da Recomendação n. 62/2020 do CNJ, a necessidade de sua prisão domiciliar excepcional.

5. *Habeas corpus* denegado. (HC 593.226/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020; sem grifos no original.)

Ressalto, ainda, que eventuais “condições subjetivas favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória” (HC 448.134/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 30/08/2018).

Por fim, saliento que manifestação favorável do Ministério Público Federal, embora de inestimável valia, não tem caráter vinculativo para o Órgão Julgador.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no HC 637.287 / MS

Número Registro: 2020/0348961-9

MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 14153304720208120000

EM MESA

JULGADO: 14/12/2021

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: CÍCERO JOSÉ DE SOUSA JUNIOR

ADVOGADO: CÍCERO JOSÉ DE SOUSA JUNIOR - MT0216230

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE: CRISTIANO COSME DE ALMEIDA TAQUES (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: CRISTIANO COSME DE ALMEIDA TAQUES (PRESO)

ADVOGADO: CÍCERO JOSÉ DE SOUSA JUNIOR - MT0216230

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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, Rogério Schietti Cruz, Antônio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL Nº 1826875 / RIO DE JANEIRO
(2021/0019852-7)**

RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

AGRAVANTE: HUGO LEAL MELO DA SILVA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DA SILVEIRA RIBEIRO DA SILVA - RJ169991

GABRIEL CALAIS FONSECA - RJ206076

ANA BEATRIZ MANDINA DA GRAÇA COUTO - RJ212317

VALMIR DE OLIVEIRA RODRIGUES JÚNIOR - RJ217784

GABRIEL ARAUJO TANNURI - RJ221773

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. TUTELA DE EVIDÊNCIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. *FUMUS BONI IURIS*. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. RECONHECIMENTO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO PREJUDICADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. No caso em apreço, conforme se extrai do acórdão recorrido, cuida-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sob o argumento de que houve inobservância de preceitos legais e princípios administrativos em 07 (sete) procedimentos licitatórios no âmbito do DETRAN/RJ. Em primeira instância, foi determinada a indisponibilidade dos bens do agravante e de outros réus e, interposto agravo de instrumento pelo ora agravante, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso, para “reconhecer a

impenhorabilidade dos vencimentos do réu, bem como da cota vinculada delimitada em lei no montante indispensável ao exercício de sua atividade parlamentar na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, determinando-se o desbloqueio dos valores submetidos a tal constrição judicial".

2. Na hipótese em análise, o Tribunal de origem, considerando as peculiaridades do caso, concluiu, com fundamento no conjunto fático dos autos, que *"a situação funcional do réu-agravante, bem como seu poder administrativo decorrente de sua condição de Presidente do DETRAN/RJ, inclusive para subscrever os contratos tidos por ilegais, justificam sua inicial pertinência passiva, assim como todos os demais réus"*. Assim, verifica-se que não há falar em ausência de manifestação específica acerca dos elementos que formaram a conclusão do órgão julgador quanto à pertinência passiva do ora agravante. A discordância da parte com a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem a partir da análise do conjunto fático-probatório não se confunde com ausência de fundamentação acerca da existência de *fumus boni iuris* para se decretar a indisponibilidade dos bens do agravante. Rememore-se, ainda, que mencionado *fumus boni iuris* consiste em indícios de atos ímprobos e não a perfeita e concreta individualização da conduta imputada ao réu, o que deve ocorrer no momento da prolação de eventual sentença de procedência da ação civil pública de improbidade administrativa. Ademais, revisitar a fundamentação da decisão para concluir que não foi suficientemente comprovada a existência de *fumus boni iuris* apta a autorizar o decreto de indisponibilidade demanda, necessariamente, o revolvimento do conjunto probatório dos autos. Assim sendo, não é possível reformar o acórdão recorrido, na forma como pretende o recorrente, sem incursionar no conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

3. Na decisão monocrática agravada, não foi reconhecida ausência de prequestionamento quanto à discussão acerca do montante a ser bloqueado, mas sim a ausência de prequestionamento do art. 489, §1, do CPC e da tese de deficiência de fundamentação do acórdão neste tocante, uma vez que a parte não opôs embargos de declaração para suscitar a manifestação do Tribunal de origem quanto a esta deficiência. Isto que impossibilita o julgamento do recurso neste aspecto, por ausência de prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 e 356/STF.

4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 30 de agosto de 2021.
MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1826875 / RIO DE JANEIRO (2021/0019852-7)

RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

AGRAVANTE: HUGO LEAL MELO DA SILVA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DA SILVEIRA RIBEIRO DA SILVA - RJ169991

GABRIEL CALAIS FONSECA - RJ206076

ANA BEATRIZ MANDINA DA GRAÇA COUTO - RJ212317

VALMIR DE OLIVEIRA RODRIGUES JÚNIOR - RJ217784

GABRIEL ARAUJO TANNURI - RJ221773

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. TUTELA DE EVIDÊNCIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. *FUMUS BONI IURIS*. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. RECONHECIMENTO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO PREJUDICADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. No caso em apreço, conforme se extrai do acórdão recorrido, cuida-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do

Rio de Janeiro, sob o argumento de que houve inobservância de preceitos legais e princípios administrativos em 07 (sete) procedimentos licitatórios no âmbito do DETRAN/RJ. Em primeira instância, foi determinada a indisponibilidade dos bens do agravante e de outros réus e, interposto agravo de instrumento pelo ora agravante, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso, para *"reconhecer a impenhorabilidade dos vencimentos do réu, bem como da cota vinculada delimitada em lei no montante indispensável ao exercício de sua atividade parlamentar na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, determinando-se o desbloqueio dos valores submetidos a tal constrição judicial"*.

2. Na hipótese em análise, o Tribunal de origem, considerando as peculiaridades do caso, concluiu, com fundamento no conjunto fático dos autos, que *"a situação funcional do réu-agravante, bem como seu poder administrativo decorrente de sua condição de Presidente do DETRAN/RJ, inclusive para subscrever os contratos tidos por ilegais, justificam sua inicial pertinência passiva, assim como todos os demais réus"*. Assim, verifica-se que não há falar em ausência de manifestação específica acerca dos elementos que formaram a conclusão do órgão julgador quanto à pertinência passiva do ora agravante. A discordância da parte com a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem a partir da análise do conjunto fático-probatório não se confunde com ausência de fundamentação acerca da existência de *fumus boni iuris* para se decretar a indisponibilidade dos bens do agravante. Rememore-se, ainda, que mencionado *fumus boni iuris* consiste em indícios de atos ímprobos e não a perfeita e concreta individualização da conduta imputada ao réu, o que deve ocorrer no momento da prolação de eventual sentença de procedência da ação civil pública de improbidade administrativa. Ademais, revisitar a fundamentação da decisão para concluir que não foi suficientemente comprovada a existência de *fumus boni iuris* apta a autorizar o decreto de indisponibilidade demanda, necessariamente, o revolvimento do conjunto probatório dos autos. Assim sendo, não é possível reformar o acórdão recorrido, na forma como pretende o recorrente, sem incursionar no conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

3. Na decisão monocrática agravada, não foi reconhecida ausência de prequestionamento quanto à discussão acerca do montante a ser bloqueado, mas sim a ausência de prequestionamento do art. 489, §1, do CPC e da tese de deficiência de fundamentação do acórdão neste tocante, uma vez que a parte não opôs embargos

de declaração para suscitar a manifestação do Tribunal de origem quanto a esta deficiência. Isto que impossibilita o julgamento do recurso neste aspecto, por ausência de prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 e 356/STF.

4. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por HUGO LEAL MELO DA SILVA em face de decisão desta Relatoria assim ementada:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. TUTELA DE EVIDÊNCIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. *FUMUS BONI IURIS*. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. RECONHECIMENTO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO PREJUDICADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

O agravante defende que *“a suposta manifestação específica sobre o que formou a conclusão do TJRJ se refere ao fato de HL ter sido presidente do órgão público em questão. Contudo, o que o Tribunal a quo deixou de explicitar no acórdão proferido foi justamente de que forma, na condição de Presidente do DETRAN/RJ, HL teria propositalmente subscrito contratos ilegais e de que forma teria contribuído para qualquer tipo de fraude à licitação”* (e-STJ, fl. 337). Acrescenta que *“não há que se falar em revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. O recurso especial de HL não pleiteia que este STJ analise os elementos que comprovam a idoneidade de sua atuação no âmbito das referidas contratações, nem mesmo as provas que foram apresentadas neste sentido. O que se pleiteia é que esta Corte reconheça que o TJRJ, este sim, deixou de enfrentar as questões formuladas pela parte. 21. O que se pretende, portanto, é que esta Corte se manifeste, tão somente, quanto à possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens sem que se especifique, para cada demandado objeto da medida, a existência do fumus boni iuris. Não por acaso, alegou-se, em conjunto com o art. 7º, da Lei nº 8.429/92 e do art. 300, do CPC/15, a violação do art. 489, § 1º, também do CPC/15, que trata justamente da fundamentação das decisões judiciais”* (e-STJ, fl. 340).

Ademais, aduz que a questão relativa ao montante a ser bloqueado foi devidamente delineada, embora não opostos embargos de declaração no caso concreto. Defende que *“um dos principais elementos levados por HL ao TJRJ, no que diz respeito ao montante bloqueado, se refere ao fato de ter sido promovido um bloqueio*

milionário, (i) no valor total dos contratos celebrados, (ii) independentemente de os serviços terem sido prestados, como reconhecido pelo próprio MP/RJ, e (iii) sem que tenha havido uma efetiva quantificação de dano ao erário na petição inicial, com alguma alegação de sobrepreço ou superfaturamento. Observe-se que o acórdão proferido pelo Tribunal a quo devidamente conheceu da questão, quando, de forma expressa, menciona a quantificação específica do dano, mas se nega a enfrentar a matéria, sob o entendimento de que deveria ser tratada no momento oportuno” (e-STJ, fl. 341).

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

A pretensão recursal não comporta acolhimento.

No tocante à decretação da indisponibilidade de bens, impende destacar que as medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

Ocorre que, no caso da indisponibilidade de bens em ação civil de improbidade administrativa, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio visando frustrar a reparação do dano e sim da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade.

A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

Verifica-se no comando do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Nesse contexto, a Primeira Seção consolidou o entendimento no julgamento do REsp 1.366.721/BA (Rel. p/ acórdão Min. OG FERNANDES, DJe de 19.9.2014), submetido a sistemática prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de dilapidação do patrimônio para a configuração de *periculum in mora*, o qual estaria implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92, bastando a demonstração do *fumus boni iuris* que consiste em indícios de atos ímprobos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de

improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”.

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.

(REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe19/09/2014)

No caso em apreço, conforme se extrai do acórdão recorrido, cuida-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sob o argumento de que houve inobservância de preceitos legais e princípios administrativos em 07 (sete) procedimentos licitatórios no âmbito do DETRAN/RJ.

Em primeira instância, foi determinada a indisponibilidade dos bens do agravante e de outros réus e, interposto agravo de instrumento pelo ora agravante, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso, para “reconhecer a impenhorabilidade dos vencimentos do réu, bem como da cota vinculada delimitada em lei no montante indispensável ao exercício de sua atividade parlamentar na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, determinando-se o desbloqueio dos valores submetidos a tal constrição judicial”, com os seguintes fundamentos (eSTJ, fls. 87/90):

5. O Juízo *a quo* deferiu a medida cautelar por reconhecer verossimilhança nas alegações autorais, entendendo suficientemente alicerçados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de forma a garantir a efetividade do ressarcimento ao erário em eventual condenação pecuniária dos demandados.

6. De início, não há que se falar em nulidade do *decisum*, que se encontra suficientemente fundamentado na forma do artigo 93, IX da Constituição Federal, permitindo às partes interessadas a exata compreensão dos motivos que lhe são contrários, não havendo qualquer nulidade a ser sanada.

7. *Compulsando-se os autos, verifica-se que realmente se encontram presentes os requisitos autorizadores da medida acautelatória, constatação que compete, prima facie, ao Juízo de primeiro grau, merecendo ser prestigiada a decisão concessiva, diante da ausência de qualquer elemento novo capaz de operar sua modificação.*

8. Conforme entendimento sedimentado perante o Superior Tribunal de Justiça, o deferimento das medidas constritivas independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no próprio comando legal, devendo tais medidas contemplarem tantos bens quantos sejam suficientes a assegurar as consequências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Neste sentido, confira-se o aresto ora transcrito:

[...]

9. Como bem enfatizado pela Procuradoria de Justiça, a perda do direito de punir do Estado não impede a análise da condenação relacionada ao ressarcimento ao erário, de forma que a situação funcional do réu-agravante, bem como do seu poder administrativo decorrente de sua condição de Presidente do DETRAN/RJ, inclusive para subscrever os contratos tidos por ilegais, justificam sua inicial pertinência passiva, assim como todos os demais réus.

10. Neste sentido, no que se refere à fumaça do bom direito, do contexto probatório até aqui produzido, revela-se substancialmente provável a existência do direito material posto em discussão perante o Juízo originário. *Dos autos do Inquérito Civil nº 11.496, constata-se que as fraudes encetadas nos processos licitatórios consistiam no ajuste prévio de preços entre as sociedades empresárias integrantes do GRUPO FACILITY e de outros 02 (dois) grupos econômicos, com a conivência dos Presidentes do DETRAN/RJ, a afrontar princípios da Administração Pública, além de causar evidente prejuízo ao erário.*

11. Como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar o REsp 1.256.287/MT, para o deferimento da medida cautelar, basta a demonstração de indícios da prática dos atos tipificados pela legislação de regência.

12. A indisponibilidade em análise deve recair sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, considerada sua natureza reparatória, não tendo o agravante demonstrado que sua efetivação tenha ultrapassado os valores necessários à garantia da eficácia de eventual execução de pagar quantia certa decorrente da ação coletiva originária.

13. Os demais questionamentos, com relação à quantificação específica do dano, ou individualização da pena, devem ser enfrentados no momento procedimental oportuno.

14. Conforme destacado pela Ministra REGINA HELENA COSTA, ao relatar o REsp 1.731.782/MS: “havendo solidariedade entre os corréus da ação até a instrução final do processo, o valor a ser indisponibilizado para assegurar o ressarcimento ao erário deve ser garantido por qualquer um deles, limitando-se a medida constritiva ao ‘quantum’ determinado pelo juiz, sendo defeso que o bloqueio corresponda ao débito total em relação a cada”.

15. Eventual bloqueio em valor superior ao teto estabelecido pelo autor da ação, é matéria que pode e deve ser apreciada pelo Juízo de origem

a qualquer momento, desde que disponha de elementos suficientes para promover uma análise segura acerca do ocorrido. (grifou-se)

Na hipótese em análise, o Tribunal de origem, considerando as peculiaridades do caso, concluiu, com fundamento no conjunto fático dos autos, que “a situação funcional do réu-agravante, bem como seu poder administrativo decorrente de sua condição de Presidente do DETRAN/RJ, inclusive para subscrever os contratos tidos por ilegais, justificam sua inicial pertinência passiva, assim como todos os demais réus”.

Assim, verifica-se que não há falar em ausência de manifestação específica acerca dos elementos que formaram a conclusão do órgão julgador quanto à pertinência passiva do ora agravante.

A discordância da parte com a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem a partir da análise do conjunto fático-probatório não se confunde com ausência de fundamentação acerca da existência de *fumus boni iuris* para se decretar a indisponibilidade dos bens do agravante.

Rememore-se, ainda, que mencionado *fumus boni iuris* consiste em indícios de atos ímprobos e não a perfeita e concreta individualização da conduta imputada ao réu, o que deve ocorrer no momento da prolação de eventual sentença de procedência da ação civil pública de improbidade administrativa.

Ademais, revisitar a fundamentação da decisão para concluir que não foi suficientemente comprovada a existência de *fumus boni iuris* apta a autorizar o decreto de indisponibilidade demanda, necessariamente, o revolvimento do conjunto probatório dos autos.

Assim sendo, não é possível reformar o acórdão recorrido, na forma como pretende o recorrente, sem incursionar no conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. Nesse sentido, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. REQUISITOS. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ. MALFERIMENTO DO ART. 10 DA LEI N. 8.429/1992. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284 DO STF.

1. Esta Corte de Justiça possui firme entendimento de que, em relação às medidas cautelares ou liminares que decretam a indisponibilidade de bens do autor de ato de improbidade administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a

referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

2. Na espécie, o Colegiado local dirimiu a controvérsia em observância a jurisprudência fixada por este Tribunal Superior, concluindo pela existência dos requisitos legais autorizadores da decretação da indisponibilidade dos bens.

3. A revisão do entendimento estabelecido pela instância ordinária implica o imprescindível reexame das provas constantes dos autos, o que é defeso em recurso especial, ante o que preceitua a Súmula 7 do STJ.

4. A admissibilidade do recurso especial reclama a indicação clara dos dispositivos tidos como violados, bem como a exposição das razões pelas quais o acórdão teria afrontado cada um deles, não sendo suficiente a mera alegação genérica. Dessa forma, o inconformismo se apresenta deficiente quanto à fundamentação (afronta ao art. 10 da Lei n. 8.429/1992), o que impede a exata compreensão da controvérsia (Súmula 284/STF).

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1826355/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 04/08/2020)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DA ORDEM DE INDISPONIBILIDADE RECAÍDA SOBRE MOTOCICLETA E IMÓVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. SÚMULA N. 83/STJ.

I - Trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, que indeferiu a limitação da ordem de indisponibilidade a um único imóvel dos agravados. A decisão foi parcialmente reformada pelo Tribunal de origem. Contra o acórdão, os réus opuseram embargos de declaração, os quais foram desprovidos. Inconformados, os réus interpuseram o presente recurso especial, admitido pelo Tribunal *a quo*.

II - Porquanto constatou o Tribunal de origem que os requisitos para a manutenção da indisponibilidade de bens estão presentes, é fácil perceber que, existindo qualquer passo além daqui, esta Corte Superior estaria revolvendo matéria probatória para

funcionar como terceira instância na análise de fatos – dando-se de frente com o enunciado da Súmula n. 7/STJ. Afinal de contas, a função institucional do Superior Tribunal de Justiça é promover a interpretação com larga amplitude da Legislação Federal infraconstitucional a partir do desenho de fato já traçado pela instância recorrida. Ao lado do Supremo Tribunal Federal, funciona como autêntica Corte de Precedentes.

III - O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens pode recair sobre bem de família, Súmula n. 83/STJ. Precedentes: AgInt no REsp n. 1.772.897/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 5/12/2019, DJe 16/12/2019; AgInt no REsp n. 1.633.282/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 26/6/2017; EDcl no AgRg no REsp n.1.351.825/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 14/10/2015. IV - Recurso especial não conhecido.

(REsp 1837848/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 10/03/2020)

Outrossim, convém ressaltar que o mesmo óbice imposto à admissão do recurso especial pela alínea “a” do permissivo constitucional quanto ao decreto de indisponibilidade obsta a análise recursal do mesmo tema pela alínea “c”, restando o dissídio jurisprudencial prejudicado.

Por fim, destaque-se que, na decisão monocrática agravada, não foi reconhecida ausência de prequestionamento quanto à discussão acerca do montante a ser bloqueado, mas sim a ausência de prequestionamento do art. 489, §1, do CPC e da tese de deficiência de fundamentação do acórdão neste tocante, uma vez que a parte não opôs embargos de declaração para suscitar a manifestação do Tribunal de origem quanto a esta deficiência.

Isto que impossibilita o julgamento do recurso neste aspecto, por ausência de prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 e 356/STF, respectivamente: *“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”; “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”*

Efetivamente, para a configuração do questionamento prévio, não é necessário que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados. Todavia, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso. Nesse sentido, o seguinte precedente deste Tribunal Superior:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. REVISÃO DE CÁLCULOS DA URV. PAGAMENTO DE DIFERENÇAS SALARIAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 489, § 1º, DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ANÁLISE DA OFENSA A DIREITO LOCAL. INVIÁVEL. SÚMULA N. 280/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

[...]

II - Sobre a alegada violação do art. 489, § 1º, do CPC/15, verifica-se que, no acórdão recorrido, não foi analisado o conteúdo do dispositivo legal, nem foram opostos embargos de declaração para tal fim, pelo que carece o recurso do indispensável requisito do prequestionamento. Incidência dos Enunciados Sumulares n. 282 e 356 do STF.

[...]

VI - Agravo interno improvido.

(AglInt no AREsp 1479758/AL, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 26/09/2019)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AglInt no AREsp 1.826.875 / RJ

Número Registro: 2021/0019852-7

PROCESSO ELETRÔNICO

**Número de Origem: 0062585-59.2018.8.19.0000 00625855920188190000
201924509230 625855920188190000**

Sessão Virtual de 24/08/2021 a 30/08/2021

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: HUGO LEAL MELO DA SILVA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DA SILVEIRA RIBEIRO DA SILVA - RJ169991

GABRIEL CALAIS FONSECA - RJ206076

ANA BEATRIZ MANDINA DA GRAÇA COUTO - RJ212317

VALMIR DE OLIVEIRA RODRIGUES JÚNIOR - RJ217784

GABRIEL ARAUJO TANNURI - RJ221773

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - ATOS

ADMINISTRATIVOS - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: HUGO LEAL MELO DA SILVA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DA SILVEIRA RIBEIRO DA SILVA - RJ169991

GABRIEL CALAIS FONSECA - RJ206076

ANA BEATRIZ MANDINA DA GRAÇA COUTO - RJ212317

VALMIR DE OLIVEIRA RODRIGUES JÚNIOR - RJ217784

GABRIEL ARAUJO TANNURI - RJ221773

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 31 de agosto de 2021



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





RESULTADO DE VOTAÇÃO

LISTA SÊXTUPLA PARA ESCOLHA DE DESEMBARGADORES

MPRJ | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MPRJ indica membros das listas sêxtuplas que serão enviadas ao TJ-RJ para a escolha de novos Desembargadores e define nomes da comissão de concurso para Promotor

Por meio de votação realizada em 04/11, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro indicou os integrantes das três listas sêxtuplas que serão enviadas ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para a escolha de três novos Desembargadores. Presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, a 12ª Sessão Extraordinária do Conselho Superior foi realizada de maneira virtual, como parte das medidas preventivas à Covid-19.

A primeira lista, formada para preencher a vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador Ferdinando do Nascimento, será composta pelos seguintes membros: Procuradores de Justiça Renata Maria Nicolau Cabo, Patrícia Mothé Glioche Béze e Orlando Carlos Neves Belém, e Promotores de Justiça Carmen Eliza Bastos de Carvalho, Marcos Kac e Paulo Wunder de Alencar.

A segunda lista, que visa a preencher a vaga criada pela Lei 9.354, de 15 de julho de 2021, será composta pelos Procuradores de Justiça Humberto Dalla Bernardino de Pinha e Marcus Cavalcante Pereira Leal, e pelos Promotores de Justiça Eduardo Paes Fernandes, Alexandre Murilo Graça, Cláudio Silva de Carvalho e Maria Fernanda Dias Mergulhão.

A lista destinada ao preenchimento da vaga a ser criada com a aposentadoria do Desembargador Nildson Araújo da Cruz será formada pelo Procurador de Justiça Marlon Oberst Cordovil, e pelos Promotores de Justiça Renata Silves França Fadel, Emerson Garcia, Salvador Bemerguy, Guilherme Braga Peña de Moraes e Décio Luiz Alonso Gomes.

Por ocasião da mesma sessão, os conselheiros definiram os nomes que farão parte da Comissão Organizadora do XXXVI Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira do MPRJ, presidida pelo PGJ. Os titulares serão os Procuradores de Justiça Márcio Mothé Fernandes, Guilherme Soares Barbosa, Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso Miranda e Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. Como suplentes, foram escolhidos os Procuradores de Justiça Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario, Marcus Cavalcante Pereira Leal, Júlio Cesar Lima dos Santos e Augusto Vianna Lopes.

Também farão parte da Comissão os Desembargadores João Ziraldo Maia, como titular, e Carlos Eduardo Freire Roboredo, como suplente, e os advogados Alfredo Hilário, como titular, e Marcos José Ferré, como suplente.

ELEIÇÃO DE MEMBRO DO MPRJ

**COMISSÃO PERMANENTE
DE COMBATE À VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA E FAMILIAR
CONTRA A MULHER**

VICE-COORDENADORA NACIONAL



**Procuradora de Justiça do MPRJ é eleita
Vice-Coordenadora da Comissão Permanente de
Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a
Mulher do CNPG**

No dia 26/11, a Procuradora de Justiça Carla Araújo, Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (CAO Violência Doméstica) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, foi eleita, pela chapa Consolidação e Avanços, Vice-Coordenadora Nacional da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID). A comissão integra o Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPG). A Promotora de Justiça do MP de Goiás, Rúbian Corrêa Coutinho, foi eleita para a Coordenação da COPEVID e, para o cargo de secretária, a Promotora de Justiça do MP do Ceará, Lucy Antoneli Domingos Araújo Gabriel da Rocha.

A eleição se deu durante o XI Encontro Nacional da COPEVID, no edifício-sede do Ministério Público do Estado de Goiás, que teve como tema “Lei Maria da Penha: Interseccionalidades e alterações legislativas”. A Presidente do GNDH, a Procuradora-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Luciana Andrade, participou virtualmente da abertura do evento. A Procuradora de Justiça Carla Araújo palestrou sobre o tema “Interseccionalidades da violência contra a mulher: estratégias de resistência” e adiantou a estratégia de atuação da comissão. “O acompanhamento

legislativo das discussões referentes à violência doméstica e a articulação com rede de enfrentamento será prioridade na nossa gestão”, declarou a Vice-Coordenadora Nacional da COPEVID.

O trabalho da COPEVID busca analisar, discutir e padronizar entendimentos, visando auxiliar o operador jurídico que milita na área. A COPEVID tem como metas de trabalho a fiscalização da aplicação das Medidas Protetivas, medidas educativas nas escolas contidas nos bairros com maior índice de violência doméstica das capitais e o aperfeiçoamento da atuação do Ministério Público e Polícias Civil e Militar no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.



Dia Nacional do Ministério Público: MPRJ entrega Colar do Mérito, Medalha Annibal Frederico de Souza e Prêmio Ideias Inovadoras

Em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores comemorativa do Dia Nacional do Ministério Público, realizada no dia 14/12, o MPRJ procedeu à cerimônia de entrega do Colar do Mérito, da Medalha Annibal Frederico de Souza e da premiação Ideias Inovadoras.

O Colar do Mérito, maior honraria da instituição, a qual eleva seus detentores a membros honorários do MPRJ, foi concedido para Henrique Figueira, Presidente do TJRJ; Marcelo Weitzel Rabello de Souza, Procurador de Justiça Militar e Corregedor Nacional do MP, que não puderam comparecer em razão de compromissos profissionais inadiáveis; Ivana Cei, Procuradora de Justiça do Estado do Amapá e Presidente do CNPG; Oswaldo D'Albuquerque Lima Neto, Procurador de Justiça do Acre e Conselheiro do CNMP; Bruno Dubeaux, Procurador-Geral do Estado do RJ; Manoel Murrieta, Promotor de Justiça do Pará e Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP); Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos, Procuradora de Justiça do MPRJ; Rosani da Cunha Gomes, Procuradora de Justiça do MPRJ; Rodrigo Cezar Medina da Cunha, Promotor de Justiça e Coordenador CAO Infância e Juventude - não infracional do MPRJ; e Bruno Corrêa Gangoni, Promotor de Justiça e Coordenador do GAECO/MPRJ.

A medalha Annibal Frederico de Souza, por sua vez, é entregue a servidores em função dos relevantes serviços prestados ao MPRJ. Foram agraciados: Fabiola



Resende Rodrigues, Técnica; Felipe Teixeira Rosa, Coordenador Técnico da Gerência de Manutenção de Informática; Fernanda Murray Loureiro, Supervisora das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital; José Reinaldo Conceição, Técnico; Juliane Incerte de Almeida, Técnica; Ricardo Souza Matos, Técnico; e Rosa Lúcia Dusi Alvim, Secretária da 2ª PJ Criminal de Cabo Frio.





O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, por ocasião da abertura da solenidade, ressaltou que esta é uma data para celebração da instituição, de seus membros e servidores, pelos feitos alcançados e pelo reconhecimento da atuação do MPRJ perante a sociedade. Também lembrou ser um momento de reflexão, principalmente diante de um ano marcado por situações complexas, como as propostas legislativas que pretendiam interferir na independência da instituição. Luciano Mattos ressaltou em seu discurso que o Estado do Rio vive um momento difícil, desafiador, que demanda racionalização e efetividade máxima no trabalho.

O presidente da CONAMP, Manoel Murrieta, por sua vez, discursou em nome dos agraciados, ressaltando as tristezas, desafios, aprendizados e superações, tanto pessoais como para as instituições, vividos durante este ano de pandemia. “Com todas essas frases, lágrimas e emoção do momento, quero dizer a todos os agraciados que foi uma grande honra receber essa homenagem e ser escolhido para fazer essa oração. Oração que não é simplesmente de agradecimento e gratidão, mas de exaltação por dias melhores, de exaltação das instituições, mas, principalmente, dizer com muita força: viva o Rio de Janeiro e viva o nosso Ministério Público brasileiro”.

Na solenidade, também foi entregue o Prêmio Ideias Inovadoras, cujo objetivo é estimular a adoção de novas práticas administrativas apresentadas por servidores para aprimorar as atividades institucionais. Os vencedores foram Gustavo Fernandes Monteiro e Cecília Marques de Pina, com a “Tramitação do *planner*”. Em segundo lugar,



foi premiada a servidora Juliana Glória dos Santos Tostes, com a iniciativa “Como assinar vários ofícios”. O terceiro lugar da premiação foi para Gustavo Honorato Maia, pelo desenvolvimento do “Diário Oficial eletrônico em áudio do MPRJ”.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABRIGO

53, 56, 60, 72, 75, 85, 290;

ABSURDO CAMUSIANO

251, 256;

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

113, 121;

ACUMULAÇÃO

123, 261-263, 265-266;

ADOLESCENTE(S)

61, 65-68, 71, 73, 77-78, 80, 82-83, 89,
91, 105, 141-143, 147, 149-157, 160, 163,
166-168, 193-198, 204-207;

ADVOGADO CRIMINAL

19, 22, 24, 35;

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

19, 21;

ARTICULAÇÃO INTERSETORIAL

141-142, 157, 163, 167;

ASILO INVIOLÁVEL DO INDIVÍDUO

478-51, 56-57, 60;

ASSISTÊNCIA

81, 83-84, 86-87, 90-92, 101, 108, 122,
131, 145, 150-154, 157, 176-177, 194-195,
371, 374;

AUXÍLIO

35, 100, 107, 246, 261-263, 264, 266;

BENEFÍCIOS CREDITÍCIOS

173, 181, 183;

BENEFÍCIOS FISCAIS

96, 173-175, 180-182, 184-186, 188-189,
191-192;

BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

19-28, 30, 32-37, 39-43;

CARÁTER CONTINUADO

100, 102-103, 107, 109;

CARGA TRIBUTÁRIA

148, 247;

CASA

47-76, 78-79, 84-86, 88-92, 132, 202,
210, 230, 233, 253, 298-299, 312-313,
318, 357, 360;

CONDUTAS STANDARD

19, 27, 30-31, 35, 39;

CONSCIÊNCIA UNIVERSAL

251;

CONSTITUIÇÃO

19, 22, 25, 26, 28, 30-31, 33-34, 36-37,
43, 48-52, 54, 56-58, 60, 64, 68-69, 73,
75-78, 85-86, 88-89, 98-101, 103-104,
106, 108-111, 117-121, 129-132, 136,
140, 143, 146-148, 153, 155, 174, 179,
184-186, 190-192, 194, 203-205, 208,
222-223, 225-226, 245, 252, 255, 290-
291, 301, 307, 323-335, 338-349, 382,
384-385;

CONVIVÊNCIA FAMILIAR

65, 156, 193-200, 202-205, 207, 209-210;

CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL

199;

CRIANÇA(S)

61, 65, 67-68, 71, 73, 77-78, 80-83, 89,
91, 105, 141-143, 147, 149-157, 160-161,
163, 166-168, 193-200, 202-209, 323,
330, 334, 337, 346-347;

DELITOS FUNCIONAIS

113;

DEMOCRACIA

131, 144-145, 240, 251-253, 255;

DESIGUALDADE SOCIAL

251-252, 254-255;

DESPEZA OBRIGATÓRIA

100, 103, 107-108, 185-186;

DESPEAS PRIMÁRIAS

96-98;

DIFUSÃO GLOBAL

158;

DIFUSÃO IRRADIADA
142, 159-160, 163, 168;

DIFUSÃO LOCAL
159;

DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR
156, 193, 197-198, 204, 210;

DIREITO METAINDIVIDUAL
141, 163;

DIREITO PENAL ECONÔMICO
19;

DIREITOS HUMANOS
75-76, 131, 145, 156, 194-195, 251-253,
255, 271, 323, 330, 337;

DISTOPIAS
251, 253;

DOMICÍLIO
47-48, 50-51, 53, 55-57, 60-64, 66, 71-72,
74, 79, 82-83, 88, 201, 239, 240;

DOMICÍLIO NECESSÁRIO
56-57, 61-62, 72;

ESCOPO A PREVENÇÃO
194;

ESTADO SOCIAL
141, 143-145, 167;

ESTELIONATO PLURILocal
233, 239;

**ESTIMATIVAS DE IMPACTO
ORÇAMENTÁRIO-FINANCEIRO**
173-175, 185, 190-192;

**EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS À
INVOLABILIDADE**
47, 51-52;

EXTRAFISCALIDADE
181-182;

FÉRIAS
261-262, 265-266, 271;

FRAUDES ELETRÔNICAS
236;

FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO
130;

**FUNDAÇÕES TESTAMENTÁRIAS DE
DIREITO**
129;

GASTO TRIBUTÁRIO
173-176, 178-182, 184, 186, 188, 191;

GESTÃO PÚBLICA
116, 141-142, 144-145, 155, 157, 160,
163, 168;

GRATIFICAÇÃO
262;

HONORÁRIOS MACULADOS
19, 21, 23-26, 28-36, 38-41, 43;

IDOSO E VULNERÁVEL
233, 236;

**IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS
SOCIAIS**
141, 147;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
113-126; 185, 377-385, 387-388, 391;

INFÂNCIA E JUVENTUDE
141-143, 156, 160, 163, 166, 168, 207;

INTERFACE
113-114, 116, 125-126, 151;

INTERSETORIALIDADE
141-143, 146-147, 149-150, 153, 155-157,
160-161, 163-164, 166-168;

INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO
233-234;

INVOLABILIDADE DA CASA
47, 51-52, 57, 60, 66, 70-72, 76, 85-86;

LAVAGEM CEREBRAL
253-254;

LEI MARIA DA PENHA
193-194, 197, 200-201, 208, 288, 290;

LICENÇA COMPENSATÓRIA
263-264, 266;

LITÍGIO
141-143, 155-165, 168;

MARCO TEMPORAL
129-130;

MEDIDA ALTERNATIVA
74-78;

MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA
193-194, 200-201, 203;

MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA
113;

MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO
113-114;

MORALIDADE ADMINISTRATIVA
115, 117-118, 120, 264, 332-333;

NATUREZA SISTÊMICA
234;

NORMAS DE RESPONSABILIDADE FISCAL
111;

OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
246;

PANDEMIA
103,108-109, 233, 245-246, 251, 293, 296-301, 303-311, 314, 316-317, 319, 371-372, 374;

PARTILHA
129-135, 139-140, 224;

PECÚNIA INDENIZATÓRIA
263;

PENSAMENTO ROUSSEAUIANO
254;

POLÍTICAS PÚBLICAS
141-156, 159-160, 163-168, 173, 191, 194, 195, 196, 198, 300-301, 305, 323, 330, 334, 337-338;

POLÍTICAS PÚBLICAS INFANTOJUVENIS
141, 150, 167;

POLÍTICAS SETORIAIS
141, 150-152, 163, 167;

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
62, 86, 115, 145, 155, 173, 186, 191, 194, 264, 362;

PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE OBRIGATÓRIA
191;

PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE
146;

PRISÃO
23, 47-48, 54, 56-92, 201, 235, 360, 367-375;

PRISÃO CAUTELAR DOMICILIAR
47, 60;

PRISÃO DOMICILIAR
47-48, 54, 56-68, 70-90, 92, 367-370, 373-375;

PRISÃO DOMICILIAR DO ENFERMO
47, 87;

PROCESSO ADMINISTRATIVO
261;

PROPRIEDADE E MORADIA
68;

PROTEÇÃO
24, 28-29, 34, 37, 40, 47-48, 53, 55-56, 64-67, 69, 71, 73, 75, 77, 80-85, 92, 118-122, 138, 149-154, 156, 167, 193-200, 204-207, 209-210, 234, 241, 271, 287, 301, 312, 318, 332-334, 345;

PROTEÇÃO DA FAMÍLIA
193-195;

PUNIÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER
194;

REFORMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA E O CONTRIBUINTE
245;

REFORMA INFRACONSTITUCIONAL
246;

REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL
95-97, 99, 101-105, 108-111;

REGIME JURÍDICO DA PRESCRIÇÃO PENAL
113, 123;

RENÚNCIA DE RECEITA
100, 173-175, 178, 180-181, 185-191;

SISTEMA PENAL
113;

SISTEMAS JUDICIÁRIO E POLICIAL

193;

SNIFFER SOFTWARE

235;

SUBSÍDIOS IMPLÍCITOS

183;

**SUSTENTABILIDADE DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

141;

TERRITÓRIO ESTRANGEIRO

233, 237;

TESTAMENTO

129-136, 138, 140;

TIPO PENAL

19, 24-26, 28-30, 33-37, 39, 43, 115, 358;

TIPOLOGIA DOS LITÍGIOS

TRANSINDIVIDUAIS

141, 157;

TRIBUTOS INDIRETOS

245;

TUTELA METAINDIVIDUAL

141, 143, 155;

UNIDADE EXISTENCIAL

124;

VENCIMENTO E REPRESENTAÇÃO

262;

VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE

110;

VIDA PRIVADA

47, 66.

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