

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



Codigo
Philippino
1763

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

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

1995-2021 (1 - 82)
2022 (83, 84, 85)

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

David Francisco de Faria
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

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral do Ministério Público

Galdino Augusto Coelho Bordallo
Subcorregedor-Geral

Viviane Tavares Henriques
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Membros natos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
José Antonio Leal Pereira
Alexandre Araripe Marinho
Augusto Dourado

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

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-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**

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Diretor-Presidente

• • •

**Centro dos Procuradores de Justiça do Estado
do Rio de Janeiro**

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

Editorial

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vem a público lançar a 85ª edição de sua terceira fase, 137ª de sua história, mantendo-se em permanente sintonia com o dever de reverberar novos saberes e contribuir com os debates, as pesquisas e a análise sistêmica dos institutos jurídicos. No plano mundial, o legado traumático da pandemia da covid-19 e, no plano interno, as ebulições de ordem política vivenciadas pela nossa nação demandam debates e análises que mantêm profundo diálogo com o direito.

A seção “Doutrina” abre um leque de possibilidades para o estudo da temática dos direitos fundamentais, trazendo para o cotidiano dos nossos leitores teses de indiscutível relevância jurídica e impacto social, a exemplo dos riscos “pós-pandêmicos” da ponderação de direitos fundamentais, considerando a aplicação das medidas de combate à covid-19. Também são objeto de análise: o significativo convênio e a polissemia dos ajustes celebrados pela Administração Pública em que há convergência de interesses; os desafios para uma melhor efetividade no que toca aos objetivos da audiência de custódia; os sintomas de anomia e os reflexos da impunidade no controle social exercido pelo Direito Penal brasileiro; as novas tendências para a tecnologia e o Processo; a atenção primária como prioridade institucional para a atuação do Ministério Público em defesa da saúde; os contributos *spinozanos* à crítica ao conceito de identidade social; a interpretação dos pedidos e o princípio da congruência na Lei de Improbidade Administrativa; as mensalidades escolares e a existência (ou não) de responsabilidade solidária dos pais após o fim da sociedade conjugal, entre outros.

Na seção “Observatório Filosófico”, trazemos um interessante estudo sobre a hipocrisia e a vaidade no mundo jurídico, ao passo que, no “Observatório Jurídico”, temos a defesa da tese de que a independência funcional no MP deve ir além da não responsabilização por opiniões.

Na seção Memória Institucional, apresentamos mais uma edição do Projeto História em Destaque, em que nos é apresentado o item documental mais antigo do Centro de Memória do MPRJ: o *Livro do Promotor Público*, de Augusto Uflacker, de 1880.

No âmbito da atividade funcional da instituição, combativos membros do MPRJ apresentam laboriosas peças e pareceres judiciais na seção “Peças Processuais”, as quais incursionam em temas como a garantia da segurança alimentar dos alunos matriculados na rede pública do Estado do Rio de Janeiro, bem como as irregularidades cometidas na utilização dos recursos públicos vinculados à quota-parte do salário-educação em determinado município carioca. A seção “Jurisprudência”, por sua vez, reproduz importantes temas em debate nos dois principais tribunais do País, o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

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

Processo e tecnologia: novas tendências

Antonio do Passo Cabral 19

O significativo convênio e a polissemia dos ajustes celebrados pela Administração Pública em que há convergência de interesses

Emerson Garcia..... 45

Audiência de Custódia: desafios para uma melhor efetividade. Possibilidade da propositura do ANPP e, subsidiariamente, do oferecimento de denúncia, seu recebimento e concretização da citação pessoal

Guilherme Macabu Semeghini 53

Sintomas de anomia e reflexos da impunidade no controle social exercido pelo Direito Penal brasileiro

Huston Daranny Oliveira..... 75

A atenção primária como prioridade institucional para a atuação do Ministério Público em defesa da saúde

Luciano Moreira de Oliveira..... 89

Mensalidades escolares e a existência (ou não) de responsabilidade solidária dos pais após o fim da sociedade conjugal: dissolução conjugal e seus reflexos obrigacionais frente a terceiros em relação a eventuais dívidas escolares da prole

Raphael Le Cocq 105

Lei de Improbidade Administrativa: interpretação dos pedidos e Princípio da Congruência

Renato de Lima Castro

Fernanda Prado 115

Os riscos “pós-pandêmicos” da ponderação de direitos fundamentais na aplicação das medidas de combate à Covid-19

Rita Tourinho..... 133

A participação do Ministério Público no inventário *causa mortis*: atuação multifacetada

Rodrigo Mazzei 153

Contributos spinozanos à crítica ao conceito de identidade social <i>Rogério Pacheco Alves</i>	181
---	-----

Observatório Jurídico

Independência funcional no MP deve ir além da não responsabilização por opiniões

<i>Cláudio Henrique Viana</i> <i>Felipe Ribeiro</i>	199
--	-----

Observatório Filosófico

Breves reflexões filosóficas sobre a hipocrisia e a vaidade no mundo jurídico

<i>Adolfo Borges Filho</i>	205
----------------------------------	-----

Peças Processuais

Peças

MPRJ nº 2018.00293473. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Objeto: irregularidades cometidas na utilização dos recursos públicos vinculados da quota-parte do Salário-Educação do Município de Angra dos Reis.

GAEDUC

Renato Luiz da Silva Moreira

Marcello Marcusso Barros

Patrícia Cesário de Faria Alvim

Philippe Mello Figueiredo

Renata Vieira Carbonel Cyrne

Michelle Bruno Ribeiro

Leonardo Zulato Barbosa

<i>Patrícia Brito e Souza</i>	219
-------------------------------------	-----

MPRJ 2020.00292820. Peça Processual. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Objeto: garantia da segurança alimentar dos alunos matriculados na rede pública do Estado do Rio de Janeiro. Inquérito Civil MPRJ nº 2020.00292820, presidido pelo Grupo de Atuação Especializado em Educação – GAEDUC. Base jurídica do direito humano à alimentação adequada e às condições de vulnerabilidade social de indivíduos, no contexto da pandemia causada pela COVID-19, bem como o respeito às regras de direito orçamentário e financeiro que regem as receitas arrecadadas e as despesas realizadas pela administração pública, em especial aquelas relativas à sistemática

da vinculação de recursos financeiros, com base nas normas constitucionais e legais que regem a matéria.

GAEDUC

Rogério Pacheco Alves

Renata Vieira Carbonel Cyrne

Renato Luiz da Silva Moreira

Michelle Bruno Ribeiro 269

Memória Institucional

Nota Introdutória 305

História em Destaque

Livro do Promotor Público, 1880 307

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL. Ementa: processual penal. Recurso Extraordinário. Execução penal. Prévio procedimento administrativo disciplinar para o reconhecimento de falta grave. Desnecessidade. Audiência em juízo na qual assegurados o contraditório e a ampla defesa. Provimento do recurso.

Plenário, Julgado Sessão Virtual 24.04.2020 a 30.04.2020 – Publicado: 06.08.2020 315

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.378.076 / RIO DE JANEIRO. Processual penal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Insuficiência de fundamentação quanto à alegação de existência de Repercussão Geral. Aplicabilidade do tema 660 da Repercussão Geral. Alegação de violação ao art. 93, IX, da CF/88. Inocorrência. Tema 339 da Repercussão Geral. Nulidade processual. Ausência de prejuízo. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Primeira Turma, Julgado Sessão Virtual de 13.5.2022 a 20.5.2022 – Publicado: 25.05.2022 355

Jurisprudência Cível

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.795 / DISTRITO FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 16-C, *caput*, e inciso II, da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.487/2017. Alteração substancial do art.

16-C, II, da Lei nº 9.504/1997 após o ajuizamento da ação. Perda parcial de objeto. Preliminares: a) ausência de juntada do ato normativo impugnado – rejeição; b) ausência de impugnação da integralidade do complexo normativo – acolhimento. Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Liberdade de conformação conferida ao Poder Legislativo. Complexa questão atinente ao financiamento de campanhas eleitorais. Necessidade de autocontenção do Poder Judiciário.

Plenário, Julgado: 22.08.2022 – Publicado: 29.08.2022367

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

AgRg NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 163.774 / RIO DE JANEIRO (2022/0111851-6). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Princípio da colegialidade. Ofensa. Não ocorrência. Acordo de Persecução Penal. Regularidade. Extinção da punibilidade. Posterior questionamento sobre a materialidade delitiva e atipicidade da conduta. Análise fático-probatória. Inviável na via eleita. Agravo Regimental desprovido.

Quinta Turma, Julgado: 02.08.2022 – Publicado: 10.08.2022399

HABEAS CORPUS Nº 702667 / RIO GRANDE DO SUL (2021/0345329-2). *Habeas corpus*. Homicídio simples na direção de veículo automotor. Decisão de desclassificação reformada pelo Tribunal *a quo*. Ausência de prova incontestável da embriaguez e de outras circunstâncias excedentes ao tipo. Ordem concedida.

Sexta Turma, Julgado: 02.08.2022 – Publicado: 15.08.2022 413

Jurisprudência Cível

EDcI NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.056.923 / RIO DE JANEIRO (2022/0025691-3). Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial. Contradição. Inexistência. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Legitimidade para interpor recursos perante Tribunal Superior. Embargos rejeitados.

Quinta Turma, Julgado: 02.08.2022 – Publicado: 10.08.2022437

Noticiário

Cláudio Henrique da Cruz Viana reeleito
Presidente da Amperj.....445

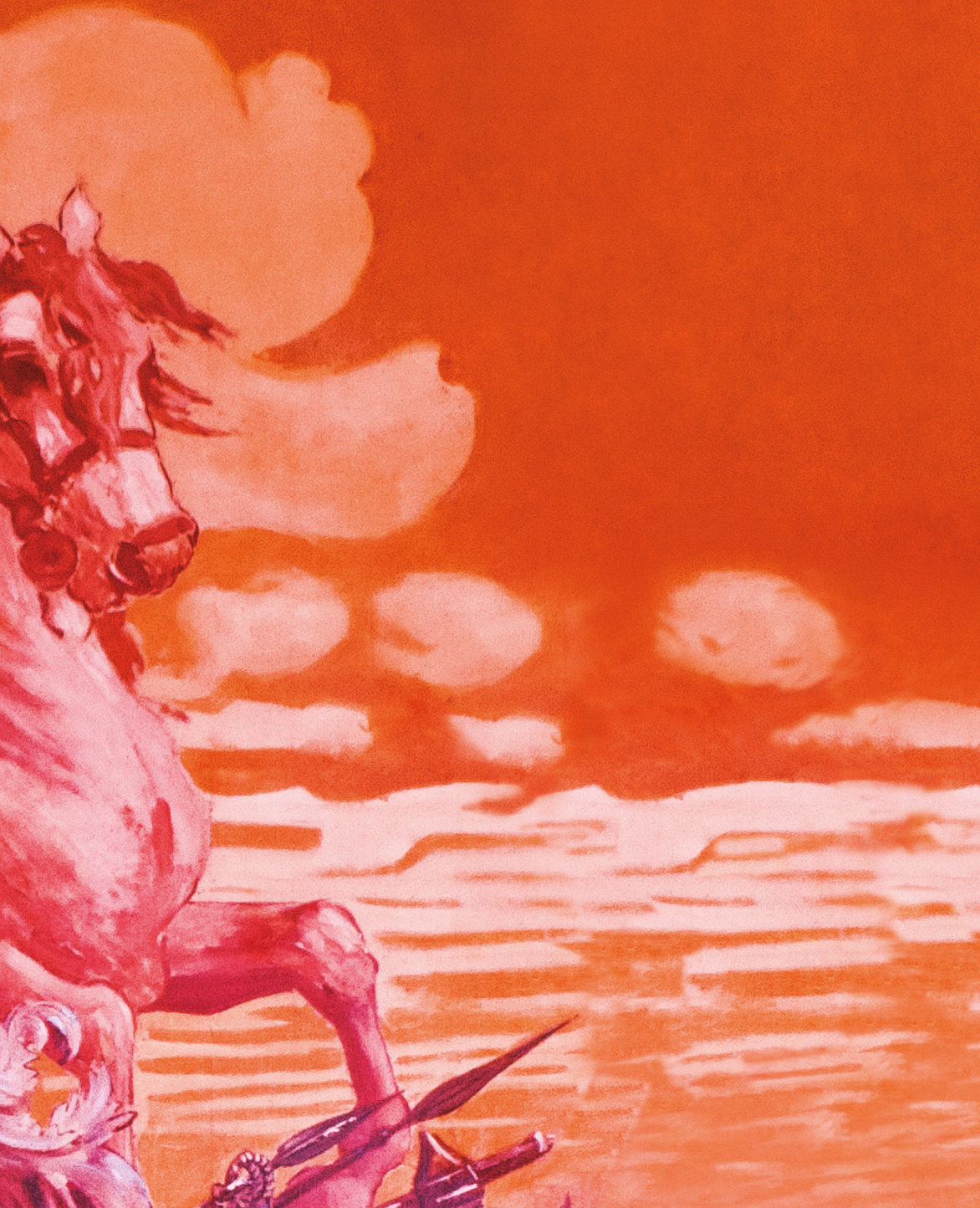
PGJ comparece à posse do novo Corregedor Nacional de Justiça449

Congresso Estadual da Amperj debate os desafios do MP na Era Digital	451
MPRJ deu posse a 25 novos Promotores de Justiça substitutos	455
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....	463



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Processo e tecnologia: novas tendências

Antonio do Passo Cabral*

Sumário

1. Introdução. 2. Inteligência artificial e seus impactos no sistema de justiça. 2.1. Precedentes vinculativos e jurimetria. 2.2. *Case management* e processos repetitivos da litigância de massa. 2.3. Desvantagens e riscos do uso de algoritmos e inteligência artificial na produção de decisões judiciais. 3. Robótica e responsabilidade civil digital. 4. Prova e tecnologia: últimas tendências. 4.1. *E-discovery*. 4.2. Superdocumentação e os caminhos futuros da prova testemunhal. 4.3. Meta-prova (*meta-evidence*): virada para o procedimento de obtenção da prova e controle de sua cadeia de custódia. 4.4. *Blockchain*: o começo do fim dos sistemas atuais de registros públicos. 5. *Online Dispute Resolution*: mecanismos digitais de solução de conflitos. 6. Desafios para os procedimentos de execução civil. 6.1. *Smart contracts* e medidas autoexecutivas. 6.2. O futuro da autotutela e as repercussões sobre o conceito de jurisdição. 7. Tecnologia e garantias fundamentais do processo civil. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é destacar algumas das novas tendências em matéria de tecnologia no direito, abordando especificamente seus impactos no direito processual. O assunto é desafiador e permite não apenas indagar os caminhos que as profissões jurídicas seguirão no futuro, mas sobretudo questionar alguns dogmas conceituais no direito processual que parecem incompatíveis com as já sensíveis inovações tecnológicas no Judiciário.

2. Inteligência artificial e seus impactos no sistema de justiça

Um primeiro e talvez mais intenso uso da tecnologia no sistema de justiça é a potencial aplicação de inteligência artificial na condução dos procedimentos

* Pós-doutorado na Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Doutor em Direito Processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Membro da *International Association of Procedural Law*, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação de Juristas Brasil-Alemanha (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*) e da *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht*. Procurador da República. Ex-Juiz Federal. Professor de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-Docente pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Visitante nas Universidades de *Passau* (2015), *Kiel* (2016 e 2017), Alemanha, e a Universidade *Ritsumeikan*, Quioto, Japão (2018). *Senior Lecturer* na *Peking University*, Pequim, China (2019 e 2021).

e na tomada de decisão.¹ Ao invés de simplesmente programar os computadores para realizarem tarefas repetitivas, trata-se de fazê-los aprender e construir outros caminhos para atingirem resultados pré-definidos.

A ciência da computação tem aumentado essa possibilidade a partir do desenvolvimento de algoritmos inteligentes. Um algoritmo é uma sequência de instruções codificadas que ensinam a um computador, passo a passo, o que fazer. Algoritmos podem ser pré-programados, mas hoje há também algoritmos chamados “aprendizes” (*learners*), que utilizam a técnica de *machine learning* e fazem previsões sobre fenômenos, desenvolvendo outros modelos (e até outros algoritmos) *automaticamente*, isto é, independentemente de uma nova programação humana. Há ainda algoritmos para receber *feedbacks* sobre a precisão e eficiência dos resultados e com isso possibilitar a modificação do algoritmo originário para chegar aos resultados pretendidos de forma mais rápida, barata e precisa.²

E esses sistemas têm sido usados para montar decisões judiciais. A filtragem operada pelos algoritmos dos dados existentes a respeito de leis, regulamentos, precedentes, pode deles extrair previsões sobre o resultado adequado para um determinado litígio. Técnicas preditivas têm sido usadas em muitos países e a tendência é que essa utilização cresça em ritmo exponencial nos próximos anos.

Ferramentas para análise de *big data*, se construídas com algoritmos corretos e com acesso a bancos de dados adequados, podem identificar quais processos possam ser agrupados para instrução ou decisão conjunta; e podem prever qual o resultado correto para uma determinada disputa judicial.

No Brasil, por exemplo, isso já é uma realidade em diversos tribunais. O Tribunal de Contas da União – órgão administrativo que julga a correção da aplicação de recursos públicos na esfera federal – desenvolveu os robôs *Alice*, *Sofia* e *Mônica* para poder analisar milhares de dados referentes a compras realizadas por órgãos públicos, a fim de verificar irregularidades (como sobrepreço ou existência de produtos similares mais baratos) e sugerir aprimoramento dos processos de aquisição de bens pela Administração Pública.

Órgãos da advocacia pública têm desenvolvido advogados-robôs, que analisam dados e informações para propor soluções jurídicas ótimas para um determinado caso.³

¹ Sobre o tema, NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Barcelona: Marcial Pons, 2018, *passim*; WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de doutorado, 2018, p. 673-681.

² FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrum ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*, vol. 995, set., 2018 (versão eletrônica), p. 4-5.

³ Ficou famoso o caso da robô Luzia, utilizada pela Procuradoria do Distrito Federal para tornar mais eficiente sua atuação em processos de execução fiscal, sobretudo na busca por bens do patrimônio do executado. Confira-se FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrum ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*, vol. 995, set., 2018 (versão eletrônica), p. 3.

O próprio Supremo Tribunal Federal está desenvolvendo um sistema de inteligência artificial, batizado de *Victor*, que terá como finalidade precípua analisar os dados de milhares de processos e recursos para identificar similitudes, propondo a utilização de mecanismos de tratamento em bloco de processos judiciais, como os recursos repetitivos e a repercussão geral no recurso extraordinário.⁴

Como se pode imaginar, o impacto dessa tecnologia é muito intenso. Para as partes, será cada vez mais precisa a avaliação de êxito ou derrota em um processo, que poderá influenciar a opção estratégica de propor ou não a demanda.

Para o Poder Judiciário, mecanismos como estes têm espaço de aplicação na fundamentação das decisões judiciais. Programas de computador podem identificar as normas (leis e precedentes) aplicáveis e produzir minutas das decisões prontas para a assinatura dos juízes.⁵ Se tiverem êxito nessa atividade, podem contribuir para uma aceleração da tramitação dos processos de maneira nunca antes vista, o que pode realizar concretamente o princípio da duração razoável dos processos.

Todavia, deve-se ressaltar que, para que os algoritmos possam aprimorar os resultados por meio dessas ferramentas computacionais inteligentes, é necessária uma grande quantidade de informações. Ou seja, os bancos de dados sobre leis, precedentes e outras decisões judiciais devem ser enormes, a ponto de permitirem uma comparação de uma massa de dados que faça possível aos sistemas extrair *padrões* a serem replicados em casos similares. Não obstante, isso não parece ser um problema. De fato, pelo alto nível de informatização dos dados judiciais (e do enorme número de decisões cujo conteúdo já está disponível *online*), o aprendizado das máquinas para aplicação nos processos judiciais acaba se beneficiando dessa enorme quantidade de informação já existente.⁶

2.1. Precedentes vinculativos e jurimetria

Como se sabe, mesmo nos países de tradição romano-germânica, do *civil law*, cresce em importância o tema dos precedentes vinculativos.⁷

⁴ Numa visão comparada desses mecanismos, CABRAL, Antonio do Passo. Standard-solution procedures and mass litigation. *International Journal of Procedural Law*, vol. 6, 2016, p. 263-281.

⁵ LOBE, Adrian. Smart contracts: Wenn der Algorithmus Selbstjustiz übt. *Süddeutsche Zeitung*, 08/04/2018. Disponível em: <https://www.sueddeutsche.de/digital/smart-contracts-wenn-der-algorithmus-selbstjustiz-uebt-1.3934283>. Acessado em: 24/02/2019.

⁶ A ironia é que a massificação dos processos e a enorme quantidade de decisões que o Judiciário é chamado a proferir, que antes era considerada um problema no sistema brasileiro, atualmente torna-se um ativo importante, ofertando base de dados gigantesca. O método que normalmente se usa para “achar” a decisão adequada é o que se denomina de *text mining*, um tipo de “mineração de dados”. Mineração de informações é o processo de explorar grandes quantidades de dados à procura de padrões consistentes. Busca-se detectar relacionamentos sistemáticos entre variáveis, descobrindo novos subconjuntos de dados.

⁷ Sobre o tema, no Brasil há vasta produção literária. Por todos, ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 4ª ed., 2019; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2018; *Idem*, Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, n. 206, 2012, p. 61-77; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Jus Podivm, 3ª ed., 2018.

Por razões de segurança jurídica, de coerência sistêmica e de igualdade de tratamento de todos os jurisdicionados, ordenamentos jurídicos ao redor do mundo chegam à conclusão de que não é possível permitir que diversos centros decisórios desconsiderem o entendimento consolidado, estampado em precedente, dos tribunais de cúpula do Judiciário.

Neste sentido, o novo Código de Processo Civil brasileiro, em seus artigos 926 e 927, estabeleceu o cerne de um sistema de precedentes vinculativos, que provavelmente será parâmetro para outros países de *civil law*.

Nesse cenário, a praxe judiciária brasileira tem tentado adaptar seus métodos e técnicas. Tanto os advogados quanto o próprio Judiciário buscam modo mais efetivo de identificar e aplicar precedentes.

E as novas tecnologias têm sido utilizadas, de um lado, para estruturar bancos de dados, cadastrando e indexando as decisões judiciais tomadas (art.979 do CPC); e, no momento aplicativo, para permitir analisar *terabytes* de dados para identificar o tema controverso, qual o precedente que incide no caso, e se há alguma característica que levasse à distinção (*distinguishing*), evitando a incidência do precedente ao caso.

Em escala, o uso tecnológico de ferramentas como estas, em um sistema de precedentes, pode gerar mais segurança, coerência e igualdade, além de desestimular a litigância contrária aos precedentes e à jurisprudência consolidada. Pode ainda automaticamente levar à aplicação de outras normas que favorecem a litigância conforme os precedentes.

O apoio em precedentes gera maior rapidez e eficiência na solução dos casos: aquele que demanda contra precedente pode ter sua petição inicial indeferida, rejeitada (art. 332 do CPC); aquele que demanda com o precedente a seu favor, recebe do juiz uma decisão de tutela provisória baseada na evidência e sem consideração acerca da urgência (art. 311, II, do CPC); recursos para impugnar sentenças cuja fundamentação seja conforme os precedentes podem ser julgados improvidos imediata e monocraticamente (e não em órgãos colegiados, como é a regra no Brasil), como dispõe o art. 932, IV, do CPC.

2.2. Case management e processos repetitivos da litigância de massa

Também a tarefa de gestão dos processos (*case management*) terá grandes impactos com o incremento tecnológico. É porque a atual forma de tramitação dos processos (inclusive os eletrônicos) reproduz em grande parte o fluxo de trabalho dos processos físicos (em papel). Porém, a evolução dos processos eletrônicos tem mudado essa lógica, apresentando ambientes virtuais completamente novos, com métodos e rotinas que possibilitam mais eficiência e segurança cibernética.

E esse avanço tecnológico poderá mudar a forma como juízes e partes encaram a tarefa de gestão e organização do processo. De fato, tanto a gestão de um processo (microgestão) quanto a administração eficiente de vários processos (macrogestão) podem se beneficiar das novas tecnologias.

Especialmente relevante são esses mecanismos na resolução conjunta de processos repetitivos ou em litígios coletivos, onde a massificação e a enorme quantidade de casos gera um fluxo de trabalho gigantesco para o Poder Judiciário.

Sem embargo, a identificação de causas repetitivas (art. 928, parágrafo único, do CPC) e a seleção de processos conexos para reunião e tramitação conjunta (art. 55, §3º e art. 69, §2º, do CPC), previstas na *novel* legislação brasileira,⁸ são técnicas processuais que podem ser otimizadas pelo uso de ferramentas digitais.

2.3. Desvantagens e riscos do uso de algoritmos e inteligência artificial na produção de decisões judiciais

Mas essas ferramentas tecnológicas não trarão somente vantagens e têm levantado inúmeros questionamentos.

O maior receio tem sido a má formulação dos algoritmos. Se os códigos-fonte dos programas de computador responsáveis pela confecção das decisões judiciais não forem corretamente desenhados, poderão produzir resultados equivocados, enviesados (*biased*) ou que tenham desconsiderado aspectos relevantes da controvérsia, com o terrível efeito de poderem estampar em decisões equivocadas um “carimbo de infalibilidade” que, para o homem médio, toda técnica de inteligência artificial traduz.

Um segundo ponto é que, por trabalharem com dados, é importante atentar para que os bancos de dados utilizados não sejam viciados. Isso porque, como muitos algoritmos aprendem com os dados coletados, há que se preocupar com as informações que servem de *inputs* para a formação das decisões. Decisões equivocadas, baseadas em dados parciais, p. ex., poderão levar a outras decisões fundadas nelas e com isso endossar resultados que, na origem, jamais deveriam ter sido alcançados.

Outro problema são os vieses cognitivos (*cognitive biases*), que podem levar a decisões públicas com pré-concepções e preconceitos que podem estar codificados nos *softwares* do Judiciário⁹ ou ainda decorrerem da utilização de bancos de dados equivocados. O lado perverso é que os algoritmos aprendem pelo exemplo e, em muitos casos, o preconceito ou uso de dados de conteúdo discriminatório pode gerar outras decisões judiciais no mesmo sentido, reforçando a discriminação ao invés de combatê-la.

Mas os algoritmos de computador que operam muitas dessas técnicas apresentam outra grande barreira, que é sua *opacidade*. Por exemplo, no exame da competência. Como se sabe, é comum que a distribuição de uma demanda ajuizada no Judiciário seja operada de modo aleatório, por meio de programas de computador

⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 610 ss.

⁹ Sobre o tema, no direito processual, NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luíza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, vol. 285, nov./2018; NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. *Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador, Jus Podium, 2018.

que, em tese, seriam imunes a manipulações. Porém, frequentemente esse método não é transparente nem controlável, porque as partes não conhecem o programa, o código-fonte do algoritmo utilizado, nem podem conferir se aquele foi o método aplicável ao seu caso.¹⁰

Nos EUA, ficou conhecido o questionamento levado à Suprema Corte no caso Loomis, no qual um indivíduo condenado criminalmente teve sua pena fixada a partir de informações de um *software* que realiza um perfil do risco que o apenado representa para a sociedade, a justificar um maior ou menor tempo de encarceramento.¹¹ No caso, várias objeções ao uso deste programa de computador foram levantadas (como o enviesamento do algoritmo em relação a pessoas negras) e todas foram rechaçadas pela Suprema Corte dos EUA. Na minha opinião, a mais interessante dessas objeções era o fato de o algoritmo ser secreto, ao qual nem os juízes que o utilizam têm acesso.

Esse debate também veio à baila no Brasil recentemente, pela recusa do Supremo Tribunal Federal em divulgar o código-fonte do seu sistema eletrônico de distribuição de processos para um ou outro ministro.¹²

É imperativo, portanto, exigir transparência e publicidade dos algoritmos.¹³ Porém, como lembram Ferrari, Becker e Wolkart, não basta a transparência na publicação do código-fonte. A revelação do algoritmo só informa o método de aprendizado, mas não a regra de decisão, porque esta é extraída à luz dos dados coletados.¹⁴ Além da acessibilidade a todos, deve-se também garantir às partes a *compreensibilidade* do algoritmo, especialmente naqueles que usam *machine learning*.

Para atacar esses problemas, faz-se necessária uma urgente regulação ou o desenvolvimento de ferramentas de governança para os algoritmos utilizados para os fins de guiar o processo de tomada de decisão pública.¹⁵

Porém, queria destacar ainda dois outros problemas. Além do risco de elaboração defeituosa dos algoritmos, há que se pensar que o aumento da automação poderá, em pouco tempo, repercutir deletariamente sobre a estrutura judiciária.

¹⁰ SCHRÖDER, Florian. Zur Verfassungsmäßigkeit des 'Rotationssystem' in Geschäftsverteilungsplänen. *Deutsche Richterzeitung*, out., 2006, p. 293-294.

¹¹ ISRANI, Ellora. Algorithmic due process: mistaken accountability and attribution. In: *State v. Loomis*. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>. Acessado em: 1/3/2019.

¹² Não podendo ser testado e controlado pelas partes, parece-nos que um sistema de distribuição eletrônica aleatória é inconstitucional, porque não atende à objetividade e impessoalidade na distribuição dos casos aos juízes e, portanto, fere o princípio do juiz natural. HARTMANN, Ivar A. *A distribuição dos processos no Supremo é realmente aleatória?* In: <http://jota.uol.com.br/distribuicao-dos-processos-no-supremo-e-realmente-aleatoria>, acessado em 08.08.2016.

¹³ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 265.

¹⁴ FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrum ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*, vol. 995, set. 2018 (versão eletrônica), p. 8.

¹⁵ Nesse sentido, FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrum ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos*. *Revista dos Tribunais*, vol. 995, set. 2018 (versão eletrônica), p. 3, 9-10.

De um lado, tornará ociosa grande parte da força de trabalho de servidores públicos que auxiliam os juízes na produção das decisões e gestão dos procedimentos. Isso já tem sido sentido, no Brasil, em relação à atividade-meio dos juízes: a informatização e disseminação de processos eletrônicos faz com que os atos ordinatórios (de movimentação processual) tenham passado a ser elaborados automaticamente pelos sistemas de computador. Comunicações, notificações, atos de impulso, remessa de processos, documentação em geral, tudo tem prescindido do trabalho humano. Com isso, as serventias judiciárias estão sendo reduzidas. Por exemplo, a estrutura padrão de uma vara da Justiça Federal passou de cerca de 15 servidores públicos para 11 e tende a diminuir ainda mais a cada ano.

E, com a inteligência artificial, essa tendência provavelmente se ampliará para a atividade-fim, a elaboração do ato jurisdicional por excelência: a sentença. Milhares de decisões automaticamente serão produzidas por computador, reduzindo drasticamente o número de processos e gerando um questionamento sobre a necessidade de manutenção do número atual de juízes.¹⁶

O impacto será, por um lado, orçamentário. O Judiciário poderá economizar recursos humanos, reduzindo o gasto de dinheiro público com redução de pessoal. Todavia, não poderá simplesmente demitir todos os funcionários ociosos. O direito administrativo traz figuras que podem auxiliar na transformação de cargos públicos ou aproveitamento dos funcionários em outras funções, mas há limites para isso, como a formação exigida dos funcionários públicos já contratados e a infungibilidade de muitos cargos e funções.

Mas haverá ainda uma outra repercussão para as partes. Se o número de processos for imensamente reduzido, como ficará o custeio dos serviços judiciários?¹⁷ Como se sabe, a taxa judiciária, paga em cada processo, é responsável por uma parte do custeio da atividade jurisdicional. Em muitos países, isso não é suficiente, e então o orçamento do Judiciário conta também com receitas advindas de impostos, que não se vinculam a um serviço específico. Pois bem, com menos processos em tramitação e, portanto, menos taxas sendo pagas, só há três cenários possíveis: ou 1) o valor dessas taxas será muito maior, com os riscos de gerar um obstáculo inconstitucional ao acesso à justiça por produzir um Judiciário caríssimo, ou 2) mais e mais recursos dos impostos serão vertidos para o Judiciário, em prejuízo das demais atividades estatais do Legislativo e do Executivo, ou 3) o Judiciário terá que ser redimensionado, inclusive com redução de pessoal.

¹⁶ SONTAG-KOENIG, Sophie. L'intelligence artificielle peut-elle prédire une décision de justice? *Experts*, n. 140, out. 2018, p. 56 ss. Disponível em: <https://www.revue-experts.com/a-la-une/revue-n0140-5023.php>. Acessado em: 23/02/2019.

¹⁷ Sobre uma reflexão econômica sobre os custos do processo, confira-se WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil*: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de doutorado, 2018, p. 414 ss.

3. Robótica e responsabilidade civil digital

Outra questão que não tem sido devidamente estudada, e que merece atenção nos próximos anos, é aquela da responsabilidade civil digital e a imputação subjetiva dos danos processuais potenciais.

Se máquinas começam a assumir papel protagonista na prolação de decisões judiciais, como poderá ser aferida eventual culpa por erros judiciais?

O Estado economizará recursos, mas certamente será também chamado a responder, indenizando as partes em caso de erro judiciário atribuível à má gestão do sistema eletrônico, à defeituosa confecção de algoritmos ou mesmo pela equivocada seleção e aplicação de leis e precedentes.

4. Prova e tecnologia: últimas tendências

Também no campo do direito probatório começam a surgir novas questões que merecem análise detida por parte dos especialistas em direito processual.

4.1. *E-discovery*

Os países do *common law* há alguns anos já se deparam com os desafios da chamada *e-discovery*, quando as partes, ao revelarem as provas de que dispõem, remetem aos adversários uma quantidade gigantesca de dados, *terabytes* de documentos em formato de arquivos de computador, que devem ser processados e analisados em pouco espaço de tempo.¹⁸

Essa prática tem elevado sobremaneira o custo do processo, fazendo necessária a contratação de empresas de TI especializadas no armazenamento e processamento de dados. Outro problema frequentemente encontrado tem sido erro na análise dos dados, com falsos positivos sendo apontados pelos sistemas (documentos que seriam relevantes para a litigância, mas que se revelam absolutamente inúteis), ao mesmo tempo em que elementos de prova que seriam importantes passam despercebidos tanto dos humanos (que confiam na tecnologia para filtrar o que seria útil em meio a tantos documentos) quanto dos *softwares* encarregados de selecioná-los.

Nos países de *civil law*, que normalmente não usam procedimentos como a *discovery*, poderíamos pensar que tal tendência passaria incólume, sem trazer nenhum impacto na atuação dos profissionais. Porém, com o aumento de convenções processuais que estabelecem negocialmente uma fase pré-processual para revelação mútua de provas, com preclusão de sua apresentação na fase judicial,¹⁹ os mesmos problemas da *e-discovery* no *common law* podem surgir.

¹⁸ MARCUS, Richard. E-Discovery Beyond the Federal Rules. *University of Baltimore Law Review*, vol. 37, 2008, disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2839976>.

¹⁹ MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções: uma convenção probatória*. Universidade Federal do Ceará: Dissertação de Mestrado, 2019, p. 104.

4.2. Superdocumentação e os caminhos futuros da prova testemunhal

Um problema comum aos países de tradição romano-germânica e àqueles da tradição anglo-americana é o declínio da prova testemunhal.

De fato, na evolução do direito processual, a prova testemunhal, outrora desprestigiada, ganhou historicamente um papel relevante a partir do surgimento do sistema do convencimento motivado (ou da persuasão racional) na valoração da prova. Ao juiz caberia valorar todo o conjunto probatório, sem hierarquia ou tarifação dos meios de prova, atribuindo fundamentadamente o valor que entendesse adequado.²⁰

Nesse cenário, a prova testemunhal equiparou-se à prova documental (antes concebida como mais importante). Pois a tecnologia vem mudando esse contexto.

Sem embargo, atualmente existe uma superdocumentação dos fatos da vida. Qualquer aparelho portátil pode registrar fatos. Os telefones celulares inteligentes (*smartphones*) hoje em dia trazem câmeras fotográficas embutidas e quase todo conflito é acompanhado de algum registro documental, em áudio e/ou em vídeo. Edifícios, escritórios e empresas catalogam a entrada e saída de pessoas em cadastros com fotos; registros telefônicos indicam as antenas que os celulares acessaram e a análise de GPS permite posicionar um indivíduo no planeta com menos de cinco metros de margem de erro. Isso tudo acompanhado de sistemas de reconhecimento facial que permitem comprovar onde e quando certas pessoas estiveram ou mesmo traçar o trajeto pelo qual passaram em um determinado espaço de tempo.

De outro lado, estudos de neurociência têm revelado que a memória humana é mais falível do que se imaginava, permitindo-se questionar a precisão da lembrança que as testemunhas têm do fato probando e trazendo ao debate questões como falhas na percepção sensorial e na recuperação do fato probando pela memória.

Tudo isso tem gerado um desprestígio da prova testemunhal, que tem levado à doutrina processual a questionar os caminhos que este meio de prova enfrentará no futuro.²¹

4.3. Meta-prova (*meta-evidence*): virada para o procedimento de obtenção da prova e controle de sua cadeia de custódia

Outra questão intrigante, relacionada à crescente utilização de instrumentos tecnológicos para a prova judiciária, é uma guinada no objeto das discussões sobre a prova.

Enquanto outrora as partes discutiam se o fato probando em si mesmo ocorreria ou não, diante de imagens de alta resolução e dados precisos que mostram onde

²⁰ Sobre o tema, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: RT, 4ª ed., 2018.

²¹ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. São Paulo: RT, 2018, p. 57 ss.

a pessoa estava ou por onde passou, fica cada vez mais improvável questionar a ocorrência de certos fatos.

As partes passaram então a direcionar seus esforços em debater no processo a respeito de alguns aspectos da produção, armazenamento e integridade dos registros eletrônicos.

Cresce em importância, de um lado, analisar o procedimento de produção da prova, especialmente quando produzida por entes privados. E, de outro lado, indagar a respeito da integridade dos elementos de prova colhidos, cuidando para que os registros não sejam adulterados (com inserção de dados falsos, do rosto de pessoas que nunca estiveram naquele local etc.). Fala-se, na práxis, em investigar a *cadeia de custódia da prova*, perquirindo o caminho da produção à juntada da prova em juízo.²²

A propósito desse movimento e da alteração do debate sobre a prova no processo, pode-se falar em meta-prova (*meta-evidence*), que seria a prova produzida sobre a própria prova, seu método de produção e armazenamento.²³

4.4. Blockchain: o começo do fim dos sistemas atuais de registros públicos

Outra revolução que se anuncia para o direito probatório é o uso da *blockchain* para certificação de transações e para verificar a integridade de informações.

Blockchain é uma estrutura de dados, organizados cronologicamente sob a forma de um livro-razão digital, com registro temporal (*timestamp*). Além disso, os registros inseridos na *blockchain* são praticamente intangíveis, transparentes e auditáveis, cuja alteração começa a tornar-se senão impossível, pelo menos improvável sem que os custos sejam altos demais.²⁴ Isso se dá porque a *blockchain* se estrutura com parâmetros de um ativo descentralizado, imune à censura e presente em diversos servidores independentes localizados em diversos locais simultaneamente.²⁵

A partir do desenvolvimento dessas tecnologias, várias implementações em *blockchain* têm sido concebidas, mas o estágio atual da tecnologia ainda é embrionário. Todavia, aqui queria destacar um possível uso que pode impactar a prova judiciária: trata-se da revolução que se anuncia nos registros públicos.

Como se sabe, registros públicos servem para estruturar dados, normalmente em um sistema de escrituração feita por particulares, por delegação, a fim de atribuir publicidade, transparência e autenticidade a certos tipos de transações econômicas que, em uma determinada sociedade, consideram-se especialmente relevantes a ponto

²² PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

²³ Em sentido similar, MUELLER, Christopher B. *Meta-Evidence: Do We Need It?* *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 25, 1992, p. 819 ss.

²⁴ PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017, p. 771.

²⁵ WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*. 2015, p. 4 ss., disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664, acessado em 1/3/2019.

de necessitarem de tais registros. Hoje em dia, são comuns para imóveis, veículos, navios e embarcações, aeronaves etc.

Com o avanço da *blockchain* e a possibilidade de que qualquer negócio ou transação comercial seja auditável, comprovável e rastreável facilmente, a propriedade de bens corpóreos (tangíveis) começa a poder ser controlada e transferida eletronicamente (*smart property*). A pergunta que se pode fazer é se os cartórios e tabelionatos continuarão a existir com o incremento dessa tecnologia.

É possível que, no futuro, não tenhamos mais cartórios extrajudiciais como os conhecemos hoje. Muitos países já estão pesquisando métodos e técnicas para reduzir o altíssimo custo desses serviços, muitos deles desnecessários, burocráticos e similares aos registros medievais.

Porém, para que isso ocorra, é necessário, em muitos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, que se mude a lei. Por exemplo, o registro público ainda é, no Brasil, necessário para a transferência da propriedade imobiliária (art. 1.227 do CC) e mesmo que as partes quisessem renunciar a essa formalidade (por exemplo, por meio de um negócio jurídico processual), seria necessário um esforço hermenêutico para considerar a transferência de propriedade válida, diante dos interesses públicos subjacentes ao sistema de registros, que também visa a proteger os interesses dos terceiros de boa-fé.²⁶

Mas a tecnologia pode imediatamente modificar a forma como esses registros operam, interligando-os e contribuindo para que seus bancos de dados sejam atualizados e reflitam informações fidedignas. Por exemplo, a averbação de um divórcio poderia gerar automaticamente uma comunicação para o cartório de registro de imóveis para que a anotação da propriedade dos ex-cônjuges fosse atualizada. A venda de um imóvel poderia ser automaticamente comunicada para o órgão público competente, para atualização dos registros administrativos e redirecionamento das cobranças de impostos.²⁷

Outro ponto em que a tecnologia poderia revolucionar os cartórios e tabelionatos seria na utilização de criptografia em substituição aos selos antigos, ultrapassados e mais fáceis de adulterar.²⁸

²⁶ Como se sabe, as convenções processuais são ineficazes em relação a terceiros. Confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2018, p. 305-307.

²⁷ Essa funcionalidade tende a aumentar ainda mais com o que se tem chamado de “internet das coisas”, no qual os aparelhos eletrônicos passam a armazenar e compartilhar dados em rede uns com os outros. Cf. KUHLMANN, Nico. Smart Enforcement bei Smart Contracts. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 118.

²⁸ Sobre o tema, confira-se BAIÃO, Renata. *Blockchain, registros públicos e a possibilidade de reinvenção dos serviços cartorários*. Disponível em: <https://www.lexmachinae.com/2018/12/05/blockchain-registros-publicos-reinvencao-cartorios-extrajudiciais>. Acessado em: 11/02/2019.

5. *Online Dispute Resolution*: mecanismos digitais de solução de conflitos

Outro tema do momento tem sido os métodos de resolução de disputas *online*, conhecidos pela expressão *online dispute resolutions* ou ODRs. A expressão abrange tanto as experiências de mediação e conciliação por meio eletrônico²⁹ quanto a *online courts*.³⁰

As experiências com ODRs ao redor do mundo têm demonstrado seu potencial para a redução de custos e a mudança da sede de resolução dos conflitos: ao invés de remeter ao Judiciário, os ODRs permitem que as disputas sejam resolvidas fora dos tribunais e de maneira muito mais rápida e barata, com utilização de tecnologia.³¹

Suas formas, rotinas e procedimentos são muito variáveis. Muitas vezes, os ODRs contam com aplicativos de celular e com técnicas que variam de um simples *chat* até videoconferências.

Já as *online courts* têm sido implementadas para resolver litígios de menor valor, especialmente em matéria de direito do consumidor, infrações e litígios de trânsito e disputas envolvendo contratos de locação e direitos de vizinhança.³² O objetivo é incrementar a velocidade de solução e aumentar a satisfação do jurisdicionado com os resultados da prestação jurisdicional.

O instrumento não é adequado para todos os casos, especialmente os mais complexos, mas tem se mostrado eficaz, sobretudo para aqueles em que o custo do processo judicial não compensaria pelo valor da causa e naqueles setores (muitas vezes regulados) em que já existam padrões de compensação/indenização que os *players* do setor estejam tendentes a pagar. Os métodos *online* de resolução de disputas podem ser potentes formas de ultrapassar barreiras comuns ao acesso à justiça, como a distância ou os custos para ajuizar ações judiciais. Podem ser úteis também em casos de violência doméstica, em que a proximidade das partes é em si mesma um obstáculo.

Além disso, por ser um tratamento “impessoal” do litígio, os meios online de resolução de conflitos evitam enviesamento devido a gênero, raça, classe social etc.

Por outro lado, ao retirar dos tribunais “físicos” essas disputas, o Judiciário pode melhor empregar seus recursos humanos e financeiros para resolver as disputas mais complexas.

O desafio atual parece ser escolher e desenvolver sistemas aptos e adequados a resolver esses conflitos, definindo o *design* dos diferentes tipos de ODR. Muitos sistemas

²⁹ ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução online de controvérsias*. São Paulo: Intelecto, 2017, p. 50 ss. Mais recentemente, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Inteligência artificial e sistema multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça. *Revista dos Tribunais*, vol. 1000, fev., 2019, p. 301-307.

³⁰ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de doutorado, 2018, p. 693 ss.

³¹ Uma das mais interessantes iniciativas é a plataforma Sem Processo, www.semprocesso.com.br.

³² <https://www.ncsc.org/~media/Files/PDF/About%20Us/Committees/JTC/JTC%20Resource%20Bulletins/2017-12-18%20ODR%20for%20courts%20v2%20final.ashx>.

contêm pesquisas de satisfação que podem fazer com que o Judiciário tenha um desejável *feedback* dos jurisdicionados acerca dos acertos e desacertos do procedimento, possibilitando a melhoria dos serviços³³ e um maior grau de justiça (*fairness*).³⁴

No Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça instituiu um mecanismo de resolução *online* de disputas em matéria de saúde para resolver de maneira mais eficiente as demandas envolvendo consumidores e planos de saúde complementar.³⁵ Ao protocolar sua ação judicial pelo sistema eletrônico, o autor é encaminhado para o portal da conciliação, em que *pop ups* mostram a porcentagem de conciliação obtida em tais demandas, um incentivo (*nudge*) que fornece informação adequada ao demandante e possibilita que o autor siga num procedimento de conciliação.³⁶ O sistema conecta automaticamente em um *chat* eletrônico os representantes das empresas, que podem desde logo oferecer acordos/transações que atendam aos interesses do litigante. Caso a proposta seja aceita, a minuta de sentença é produzida automaticamente e é distribuída a um juiz para homologação.

Por enquanto, o sistema ainda não é totalmente automatizado, como métodos em que *bots* são usados para intermediar os acordos de maneira totalmente computadorizada. No sistema do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, essa intermediação ainda é operada por humanos, mas já há projetos para torná-la totalmente robotizada. O tema levanta questões sobre os limites e possibilidades da mediação autômata e baseada em algoritmos: até quando os humanos ainda serão necessários?

Muitas empresas têm implementado ODR também em seus departamentos jurídicos internos, a fim de fazer com que os consumidores tenham maior satisfação com os produtos e serviços, garantindo mais confiança nas marcas e agregando mais valor ao seu nome.³⁷ Para as empresas, o uso de mecanismos eletrônicos permite também um melhor planejamento das atividades, com avaliação de risco e prevenção de litigância, com efeitos econômicos muito sensíveis.

Também têm sido discutidas a combinação ou integração do ODR com técnicas de inteligência artificial e *big data*, principalmente no uso de modelos preditivos baseados em dados. Os dados são obtidos nos sistemas do próprio Judiciário, das agências reguladoras, e também dos diversos *players* de mercado envolvidos, e abrangem os valores negociados, as matérias em discussão e outros aspectos da litigância, como valores de indenização média aplicados nos tribunais. Tudo isso serve pra otimização da transação e diversas formas de acordo judicial ou mesmo para o mapeamento de problemas antes mesmo do conflito se instalar.

³³ Às vezes, isso é obtido por simples botões de “like” e “deslike” ou com avaliações de 1 a 5 em termos de aceitação ou satisfação.

³⁴ BURKE, Kevin; LEBEN, Steve. Procedural Fairness: A Key Ingredient in Public Satisfaction. *Court Review*, 2007.

³⁵ <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6137834>, acessado em: 5/3/2019.

³⁶ Sobre os *nudges* e sua utilização no processo, ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter institucional e estratégico do fenômeno processual*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Tese de doutorado, 2018, p. 157 ss.

³⁷ RAINEY, Daniel. *Why ODR now?*, disponível em: <http://odr.info/>, acessado em: 23/02/2019.

6. Desafios para os procedimentos de execução civil

6.1. *Smart contracts* e medidas autoexecutivas

Mas a tecnologia trará em breve inúmeras inovações também para os procedimentos de execução civil.

Parece-me que tais novidades virão sobretudo dos chamados *smart contracts*, que vão revolucionar a forma como contratos e obrigações jurídicas em geral serão formados e, principalmente, executados.

Imagine que Antonio queira vender seu carro. Ele estaciona o carro em uma garagem com um cadeado eletrônico inteligente e insere os dados do contrato na internet. Se o comprador transferir a quantia de dinheiro desejada (preço) para sua conta, o computador automaticamente transfere o código para destravar o cadeado (permitindo a retirada do automóvel na garagem) e remete aos registros de veículos a transação para que fique registrado o nome do novo proprietário.

Os *smart contracts* não são apenas contratos celebrados por meio digital,³⁸ são, na verdade, negócios jurídicos eletrônicos, que têm regras para supervisão do adimplemento que se desenrolam automaticamente a partir de um acontecimento relevante (evento-gatilho)³⁹ que indica o cumprimento da prestação da contraparte.⁴⁰

Esses contratos baseiam-se na ideia de *embedded legal knowledge*, de que produtos e serviços sejam desenhados de maneira a assegurar confiança e transparência das ofertas e evitar o inadimplemento (e com isso, prevenir a necessidade do uso do Judiciário para fazê-los cumprir). Operam, por assim dizer, uma autoexecutoriedade das prestações contratuais.⁴¹

Quem já tomou Uber como transporte ou já pedalou as famosas bicicletas que podem ser retiradas em estações espalhadas pelas grandes cidades consegue bem compreender o que é um contrato inteligente. Há muitas outras formas, que crescem em quantidade e abrangência.⁴²

³⁸ Essa era a ideia externada por quem primeiro começou a estudá-los. Confira-se SZABO, Nick. *The Idea of Smart Contracts*. 1997, disponível em: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html, acessado em: 1/3/2019.

³⁹ HOFMANN, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 127.

⁴⁰ BUTERIN, Vitalik. *Ethereum White Paper: a Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform*, 2015, disponível em: http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf, acessado em: 1/3/2019. Sobre o tema, confira-se ainda MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 100.

⁴¹ RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 89.

⁴² LOBE, Adrian. Smart contracts: Wenn der Algorithmus Selbstjustiz übt. *Süddeutsche Zeitung*, 08/04/2018, disponível em: <https://www.sueddeutsche.de/digital/smart-contracts-wenn-der-algorithmus-selbstjustiz-uebt-1.3934283>, acessado em: 24/02/2019.

Máquinas de refrigerante, em alguns países, liberam uma coca-cola quando o consumidor compra o produto por um aplicativo de celular; a cobrança é feita automaticamente na conta do cliente. O mesmo já pode ser feito para lavar roupas em lavanderias inteligentes. Empresas de seguros para viagem permitem aos viajantes obter seguros a partir dos dados do itinerário de seus voos. Uma locação de um apartamento, por exemplo, pode ser feita por um *smart contract* programado para identificar o pagamento, liberar a chave eletrônica e trancar a porta em caso de inadimplência. Direitos autorais podem ser cobrados quase imediatamente após a reprodução da obra; tarifas de água, gás e energia elétrica podem ser medidas com precisão e cobradas por hora ou dia; o pagamento de salário pode ser precisamente identificado, retribuindo justamente o trabalhador por hora ou minutos excedentes, por exemplo.⁴³ Até o próprio Estado pode de maneira mais eficiente cobrar tributos que incidam em cada transação comercial.

Nos contratos inteligentes, todos os elementos do contrato são redigidos em códigos de computador e algoritmos,⁴⁴ e muitas vezes operados por aplicativos de celular, nos quais as partes inserem dados bancários ou de cartões de crédito e as prestações de cada contratante são entregues automaticamente.⁴⁵ Com esse tipo de tecnologia, as rotinas de cumprimento contratual tornam-se cada vez mais industrializadas, reduzindo sobremaneira os custos para a efetivação de direitos que até então eram muito mais altos.⁴⁶

Os contratos inteligentes vêm crescendo em importância pelas possibilidades de seu uso combinado com a tecnologia *blockchain*. É que, nas transações comerciais, como os indivíduos não se conhecem, para assegurar o adimplemento fazia-se necessário que o mercado se valesse de intermediários, terceiros que pudessem elevar o nível de confiabilidade no cumprimento da avença. Bancos, cartórios e os próprios órgãos estatais (inclusive o Judiciário, com sua capacidade de coerção e execução forçada) cumpriam esse papel. No exemplo da venda do automóvel, havia necessidade de conhecer e identificar o vendedor, bem assim a sua propriedade atual do veículo (em registros do Estado ou seus delegatários responsáveis pelos bancos de dados sobre a propriedade); além disso, a conta para depósito do dinheiro era normalmente uma conta *bancária* (o banco atuava como intermediário e cobrava tarifas dos seus clientes por isso).

Agora, não só os parceiros negociais podem verificar a identidade e a propriedade através de registros na *blockchain*, como a conta para transferência de fundos pode ser

⁴³ WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, p. 11.

⁴⁴ PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017, p. 771.

⁴⁵ RASKIN, Max. The Law and the Legality of Smart Contracts. *Georgetown Law Technology Review*, vol.1, 2017, p. 304 ss.; FINCH, Victor. *Smart Contracts: The Essential Quick & Easy Blueprint to Understand Smart Contracts and Be Ahead of Competition*, e-book, 2017, p. 77-82.

⁴⁶ HOFMANN, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 126.

um número de identificação de uma conta verificável na *blockchain*, inclusive utilizando criptomoedas, sem a necessidade de intermediação por um terceiro.⁴⁷

A *blockchain* permite imaginarmos um intermediário descentralizado, barato, com segurança e grande capacidade de armazenamento e processamento de dados, o que pode reduzir muito os custos de transação.⁴⁸ Se pensarmos no inadimplemento e nos custos de um processo judicial (até a execução da sentença), a economia para um país, se pensada em escala, é extraordinária.

Outra vantagem dos *smart contracts* é permitir evitar as incompreensões de linguagem contratual que podem levar à ambiguidade das cláusulas negociais e reduzir a efetividade da performance dos parceiros contratuais;⁴⁹ com isso, diminui a litigância a respeito da interpretação do contrato.⁵⁰ De fato, contratos inteligentes podem, por meio de códigos-fonte, assegurar o resultado pretendido pelas partes seja atendido, evitando o inadimplemento por garantir a prestação desejada.

Isso se dá porque atualmente a execução do contrato é uma opção *ex post*: as partes decidem se vão cumprir e como vão prestar, o que abre oportunidade para inadimplir; com os contratos inteligentes, o mesmo mecanismo que define as obrigações também define *ex ante* o adimplemento e a única chance para as partes não o cumprirem é violar o código, o que torna o descumprimento improvável, porque praticamente inviável, sobretudo à vista da velocidade com que os contratos são executados.⁵¹

Os desafios dos contratos inteligentes hoje são a regulação (a falta ou o excesso dela, que devem ambas serem evitadas) e os controles das falhas de mercado e da desigualdade na contratação (que podem gerar prejuízos aos vulneráveis).

Algumas sugestões são exigir das empresas altos níveis de responsividade (*accountability*) e a chamada *procedural regularity*, inclusive no desenho do algoritmo ou dos códigos-fonte dos *softwares* envolvidos nos contratos inteligentes.⁵²

⁴⁷ WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, p. 10.

⁴⁸ Sobre a redução dos custos de transação com a tecnologia, HOFMANN, Franz. *Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung*. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 126.

⁴⁹ Problema identificado há muito tempo, como se vê em FARNSWORTH, E. Allan D. "Meaning" in the Law of Contracts. *Yale Law Journal*, vol. 76, 1967, p. 939 ss.

⁵⁰ HOFMANN, Franz. *Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung*. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 127-128.

⁵¹ Por este motivo, várias plataformas têm sido desenvolvidas para habilitar as pessoas a construir contratos inteligentes. As plataformas *Ethereum*, *Mastercoin* e *Counterparty* são exemplos disso, embora não sejam imunes a críticas referentes a falhas em seus sistemas.

⁵² KROLL, Joshua A.; HUEY, Joanna; BAROCAS, Solon; FELTEN, Edward W.; REIDENBERG, Joel R.; ROBINSON, David G.; YU, Harlan. *Accountable Algorithms*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, 2017, p. 633 ss.

6.2. O futuro da autotutela e as repercussões sobre o conceito de jurisdição

Para o direito processual, os *smart contracts* permitem rever a lógica da proibição de autotutela, porque praticamente eliminam o juízo da execução por relacionarem as partes diretamente (*peer to peer*) como sendo os sujeitos que definem também o *enforcement*, independentemente do Judiciário.⁵³

Como se sabe, no Estado de Direito, a autotutela é concebida como excepcional, porque o Estado, ao assumir o monopólio da jurisdição e do uso da força, proíbe os cidadãos de implementarem os contratos por seus próprios meios contra a vontade da contraparte.⁵⁴ Mas até que ponto, um hotel que desabilita o cartão eletrônico do hóspede, negando-lhe acesso ao quarto do hotel depois do horário do *check out* não está operando a autotutela do contrato? A autotutela seria um obstáculo aos contratos inteligentes ou deveria ser repensada?⁵⁵

Além disso, a proibição do uso privado da força levou à concepção de que todos os atos de execução deveriam ser necessariamente estatais. Na atualidade, será que não deveríamos repensar a necessidade do Estado na execução civil? Existe, na execução, um monopólio estatal para a prática de qualquer ato jurídico (reserva de jurisdição),⁵⁶ mesmo que não represente subtração forçada de patrimônio corpóreo?⁵⁷ Será que todos os atos executivos devem ser operados pelos agentes estatais ou poderiam ser, pela vontade das partes, atribuídos a agentes privados?⁵⁸

O cumprimento das sentenças que contêm tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (*specific performance*) também poderia se valer desses exemplos para evoluir no sentido de uma execução inteligente (*smart enforcement*).⁵⁹ O desafio é garantir eficiência sem cair em uma superproteção do credor e sem desconsiderar os

⁵³ MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 109.

⁵⁴ BEURSKENS, Michael. *Privatrechtliche Selbsthilfe*: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 4-25. Veja-se também PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017, p. 769 ss.

⁵⁵ Questão abordada por RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 92 ss.

⁵⁶ MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 110.

⁵⁷ Riehm defende a ideia que meios executivos destinados a apreenderem coisas não podem ser empregados por contratos inteligentes; admite, todavia, que essas ferramentas possam operar para prestações pecuniárias, com algumas ressalvas em relação aos contratos de adesão. Confira-se RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 98.

⁵⁸ Acerca das convenções processuais em execução, DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, 2018, p. 193 ss.; especialmente p. 220 ss. Sobre a delegação de competências em geral, e dos atos executivos em especial, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 371 ss.

⁵⁹ KUHLMANN, Nico. Smart Enforcement bei Smart Contracts. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 117 ss.

direitos fundamentais do devedor.⁶⁰ Pode-se, p. ex., pensar na configuração ou desenho do código-fonte de maneira a abrir às partes opções para deixarem a negociação.⁶¹

Ao estudar o controle possível dos contratos inteligentes, há que se pensar em quão determinantes os algoritmos e os códigos-fonte são para o direito atual no seu papel de regulamentar comportamentos. Como lembra Thomas Vesting, no Direito contemporâneo, a normatividade deixa de depender apenas de fontes estatais e passa a operar por meio de *softwares*, *hardwares*, protocolos e *standards* do meio digital.⁶² Lawrence Lessig professou que o algoritmo é o Direito (“*code is law*”)⁶³ e De Filippi e Hassan disseram que o Direito é o código-fonte que alimenta os programas das transações eletrônicas do futuro (“*law is code*”).⁶⁴ Wright e De Filippi falam ainda do surgimento de uma *lex cryptography*.⁶⁵

Em meu ponto de vista, não cabe apenas resignar-se, mas pensar em mecanismos normativos para que o código produza efeitos dentro do ordenamento jurídico, não como uma fonte autônoma, mas *secundum legem*. Thomas Riehm lembra que o “código tem que obedecer à lei”.⁶⁶

De outro lado, parece-me que essa discussão remete à própria abrangência do conceito de jurisdição, que deve ser revista, talvez para excluir do âmbito das atividades tipicamente jurisdicionais alguns atos executivos.⁶⁷ Isso permitiria também avançar na discussão – muito candente hoje em dia – a respeito dos poderes executivos dos árbitros, com muitos ganhos de eficiência na arbitragem, que ainda vive o dogma da necessidade da jurisdição estatal para executar as sentenças arbitrais.

Outros temas poderiam ser aqui tratados, mas não teremos espaço para aprofundá-los. Mecanismos de apreensão, penhora, guarda e manutenção de bens, no processo executivo estatal, podem todos ser aprimorados pelo uso da tecnologia. E a crescente utilização de criptomoedas e criptoativos nas transações comerciais

⁶⁰ Sobre a busca por esse equilíbrio dos interesses de exequente e executado, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 21, 2016, p. 289-303.

⁶¹ HOFMANN, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 139.

⁶² VESTING, Thomas. Instituirte und konstituirte Normativität: Prozeduralisierung und multi-normative Systeme. In SHEPLYAKOVA, Tatjana (org.). *Prozeduralisierung des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, p. 116.

⁶³ LESSIG, Lawrence. Code is Law: On Liberty in Cyberspace. Disponível na *Harvard Magazine* em: <http://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>, acessado em: 24/02/2019. Do mesmo autor, confira-se *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999. É verdade, contudo, que Lessig focava mais num papel que o código teria numa perspectiva fática, não propriamente normativa.

⁶⁴ DE FILIPPI, Primavera; HASSAN, Samer. *Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code*. Disponível em: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7113/5657>, acessado em: 24/02/2019.

⁶⁵ WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, p. 48 ss.

⁶⁶ RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 86-87.

⁶⁷ No Brasil, o tema tem sido estudado pelo professor Heitor Sica, da Universidade de São Paulo.

levanta inúmeras questões envolvendo seus riscos processuais e financeiros.⁶⁸ Porém, isso é tema para outra oportunidade.

7. Tecnologia e garantias fundamentais do processo civil

Queria destacar brevemente que a tecnologia terá repercussões na interpretação contemporânea de inúmeras garantias fundamentais do direito processual.

O direito ao contraditório deve adaptar-se a novas formas de comunicação entre as partes e o juízo, que cada vez mais incluem meios e mídias digitais (até mesmo pelo *whatsapp* ou *telegram*). Audiências públicas, antes custosas e difíceis de convocar e operacionalizar (sobretudo em causas complexas como ações coletivas e processos estruturantes), podem tornar-se muito mais simples, democráticas e inclusivas com o uso da tecnologia, habilitando à participação pessoas de todas as classes sociais e mesmo a quilômetros de distância da sede do juízo.

Também as exigências de publicidade dos processos judiciais devem ser repensadas na era digital para proteger a privacidade dos litigantes. Embora os governos e os gestores judiciais devam inserir-se nessa nova “governança digital”, os clamores de proteção de dados e *cybersegurança* são cada vez maiores.

De outro lado, o próprio princípio do juiz natural merece uma análise renovada, porque as regras de competência tradicionalmente pressupunham a territorialidade, um recorte geográfico dentro do qual o juiz exerce a jurisdição. Com a proliferação dos processos eletrônicos, pode-se pensar em novas formas de conciliar o juiz natural com a especialização não só de unidades ou órgãos jurisdicionais (justiças inteiras ou câmaras especializadas), mas também e, sobretudo, a especialização de *juizes*. Magistrados especializados em certas matérias poderiam ser incluídos em listas e verem processos distribuídos em função de sua especialização, podendo julgá-los de qualquer localização geográfica.⁶⁹

E chegamos ao acesso à justiça, garantia tão importante para o direito processual e o Estado Democrático de Direito. De um lado, é de imaginar que muitas das aplicações da tecnologia ao processo, referidas neste ensaio, auxiliem e ampliem o acesso à justiça dos indivíduos. Não obstante, gostaria de salientar um outro aspecto.

No passado, muitas pessoas acabavam por não ajuizar suas ações, seja porque o custo da litigância não compensava o esforço, seja pela ignorância de seus direitos. Atualmente, aplicativos de celular permitem que indivíduos pouco habituados com os processos judiciais (litigantes eventuais ou *one shooters*) alienem suas pretensões, transferindo a empresas por meio de convenções processuais a legitimidade para

⁶⁸ Criptoativos são baseados não no lastro da moeda (um referencial de valor), mas na capacidade de mineração, o que leva em conta também a capacidade computacional de um *player* para minerar. Alguém pode dizer que isso feriria a democracia ou a liberdade, mas a liberdade sempre é preservada porque as criptomoedas não têm curso forçado: os envolvidos na negociação podem sempre deixar de usar aquele ativo como referencial de valor.

⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 294 ss.

perquirir seus direitos em juízo.⁷⁰ Seus adversários, normalmente grandes empresas, com departamentos jurídicos estruturados e com expertise e habitualidade em frequentar o Judiciário (os litigantes habituais ou *repeat-players*), passam a ser confrontados com um número muito maior de pretensões do que antes.⁷¹

A emergência de um mercado de aquisição de pretensões dos litigantes habituais faz surgir empresas especializadas nesse tipo de negócio, que passam a confrontar os *repeat-players* com mais força, habilidade técnica (são estruturadas e representadas por bons advogados) e capacidade econômica para suportar processos complexos, longos e demorados. Isso pode fazer com que os grandes conglomerados econômicos revisitem suas estratégias empresariais e passem a introjetar o possível custo das condenações (agora mais prováveis e em maior volume financeiro global) para corrigir suas práticas comerciais em favor dos consumidores.⁷²

8. Conclusão

A tecnologia no direito é um tema que tem sido cada vez mais enfrentado pelos profissionais e acadêmicos do direito processual. Robôs já realizam consultoria, redigem contratos: basta que as partes preencham um simples formulário com o que desejam. A automação fará com que, tanto o Judiciário como os demais agentes econômicos reduzam muito a necessidade de contratação de grandes quantidades de trabalhadores e também de advogados. E essa mudança é exponencial. Tudo o que costumava ser desconectado agora é ligado e inteligente: carros, cidades, portos, fazendas, até mesmo nossos corpos serão conectados com sensores e vão se comunicar uns com os outros. E essas tendências também são combinatórias, ampliam umas as outras: computação quântica alimenta megadados, a internet fomenta inteligência artificial, que incrementa a robótica.

O futuro do direito processual, diante das novas tecnologias, depende, todavia, de uma mudança cultural.

No plano doutrinário, é preciso *discutir* as mudanças, *questionar* os paradigmas. A *International Association of Procedural Law* já dedicou um colóquio ao tema, realizado na cidade de Pécz, na Hungria, no ano de 2010, e deve retomar o debate sobre essa temática no colóquio que será realizado em Porto Alegre, Brasil, em 2020.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual também já percebeu a importância do tema, tendo organizado um importante congresso internacional no Rio de Janeiro em outubro de 2018⁷³ e constituído uma diretoria específica para novas tecnologias.

⁷⁰ Sobre as convenções processuais para transferência de legitimidade, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2018, p. 248-249 e nota 251.

⁷¹ Por todos, COOTER, Robert. Towards a market in unmatured tort claims. *Virginia Law Review*, vol. 75, 1989, p. 383 ss.; MOLOT, Jonathan T. A market in litigation risk. *University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009, p. 367 ss.

⁷² Sobre o tema da *assignment of claims*, confira-se o nosso CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e financiamento processuais. *Revista de Processo*, ano 43, vol. 277, p. 70-71.

⁷³ <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5877140>.

No Brasil, há hoje um grande número de *start ups* destinadas a implementar mecanismos tecnológicos no direito processual e na organização judiciária, com o escopo de fomentar o uso desses instrumentos em empresas, entre elas a *Future Law*⁷⁴ e a *New Law*.⁷⁵ Há também inúmeras iniciativas interessantes da Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs* (AB2L) que merecem atenção dos acadêmicos e dos profissionais jurídicos em geral.⁷⁶

De outro lado, no plano profissional, é necessário preparar as atuais e futuras gerações para o impacto que virá. Tanto os professores e universidades, como as empresas e corporações, e as associações de advogados e juízes, devem capacitar seus alunos, empregados e afiliados para encontrarem espaço numa profissão que sofrerá intensas mudanças.

Com a tecnologia, a maneira que trabalhamos jamais será a mesma; as ferramentas profissionais de que precisamos para trabalhar serão dramaticamente diferentes e, para onde estamos indo, o “bom o suficiente” está morto. Em um mundo onde tudo está interconectado, onde tudo é excelente, onde a performance está sempre atingindo a perfeição, existe apenas um espaço restante: inovação.

Na impossibilidade de competir com máquinas repetindo conceitos e se limitando a reproduzir conhecimento, arrisco a dizer que o profissional jurídico do futuro será menos um cantor e mais um compositor, gerando conteúdo e produzindo diferencial em relação aos demais profissionais. Terá que ostentar valores como responsabilidade, capacidade de resolução de problemas e lidar menos com questões repetitivas e massificadas, passando a atuar mais como um artesão, proporcionando consultoria e representação judicial em processos complexos, para os quais o raciocínio humano não pode ser, provavelmente, substituído por computadores e algoritmos.

Se robôs e *softwares* farão parte do nosso trabalho, a última trincheira é focar naquilo que não pode ser mecanizado. Qualquer coisa que não possa ser digitalizada ou automatizada tornar-se-á extremamente valiosa. Criatividade, imaginação, intuição, ética serão valores ainda mais importantes no futuro.

De todo modo, não cansamos de ser surpreendidos pela tecnologia. Se as previsões que formulei neste artigo se verificarão ou não, só o futuro dirá.

Referências bibliográficas

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter institucional e estratégico do fenômeno processual*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Tese de doutorado, 2018.

ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução online de controvérsias*. São Paulo: Intelecto, 2017.

⁷⁴ <http://futurelaw.com.br>.

⁷⁵ <https://newlaw.com.br>.

⁷⁶ <https://www.ab2l.org.br>.

BAIÃO, Renata. *Blockchain, registros públicos e a possibilidade de reinvenção dos serviços cartorários*. Disponível em: <https://www.lexmachinae.com/2018/12/05/blockchain-registros-publicos-reinvencao-cartorios-extrajudiciais>. Acessado em: 11/02/2019.

BEURSKENS, Michael. *Privatrechtliche Selbsthilfe: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

BURKE, Kevin; LEBEN, Steve. *Procedural Fairness: A Key Ingredient in Public Satisfaction*. *Court Review*, 2007.

BUTERIN, Vitalik. *Ethereum White Paper: a Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform*, 2015, disponível em: http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf, acessado em: 1/3/2019.

CABRAL, Antonio do Passo. *Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts*. *Zeitschrift für Zivilprozes International*, vol. 21, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e financiamento processuais*. *Revista de Processo*, ano 43, vol. 277, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. *Standard-solution procedures and mass litigation*. *International Journal of Procedural Law*, vol. 6, 2016.

COOTER, Robert. *Towards a market in unmaturred tort claims*. *Virginia Law Review*, vol. 75, 1989, p. 383 ss.

DE FILIPPA, Primavera; HASSAN, Samer. *Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code*. Disponível em: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7113/5657>, acessado em: 24/02/2019.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. *Revista de Processo*, vol. 275, 2018.

FARNSWORTH, E. Allan D. *“Meaning” in the Law of Contracts*. *Yale Law Journal*, vol. 76, 1967.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrum ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos*. *Revista dos Tribunais*, vol. 995, set., 2018 (versão eletrônica).

FINCH, Victor. *Smart Contracts: The Essential Quick & Easy Blueprint to Understand Smart Contracts and Be Ahead of Competition*, e-book, 2017.

HARTMANN, Ivar A. *A distribuição dos processos no Supremo é realmente aleatória?* In: <http://jota.uol.com.br/distribuicao-dos-processos-no-supremo-e-realmente-aleatoria>, acessado em: 08.08.2016.

HOFMANN, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytiscge Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

ISRANI, Ellora. *Algorithmic due process: mistaken accountability and attribution in State v. Loomis*, disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>, acessado em: 1/3/2019.

KROLL, Joshua A.; HUEY, Joanna; BAROCAS, Solon; FELTEN, Edward W.; REIDENBERG, Joel R.; ROBINSON, David G.; YU, Harlan. *Accountable Algorithms*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, 2017.

KUHLMANN, Nico. Smart Enforcement bei Smart Contracts. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

LESSIG, Lawrence. Code is Law: On Liberty in Cyberspace. Disponível na *Harvard Magazine* em: <http://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>, acessado em: 24/02/2019.

LOBE, Adrian. Smart contracts: Wenn der Algorithmus Selbstjustiz übt. *Süddeutsche Zeitung*, 08/04/2018, disponível em: <https://www.sueddeutsche.de/digital/smart-contracts-wenn-der-algorithmus-selbstjustiz-uebt-1.3934283>, acessado em: 24/02/2019.

MARCUS, Richard. E-Discovery Beyond the Federal Rules. *University of Baltimore Law Review*, vol. 37, 2008, disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2839976>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: RT, 4ª ed., 2018.

MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. In FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, n. 206, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2018.

MOLOT, Jonathan T. A market in litigation risk. *University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009.

MUELLER, Christopher B. Meta-Evidence: Do We Need It? *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 25, 1992.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Barcelona: Marcial Pons, 2018.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. *Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador, Jus Podium, 2018.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, vol. 285, nov. 2018.

PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Jus Podium, 3ª ed., 2018.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções: uma convenção probatória*. Universidade Federal do Ceará: Dissertação de Mestrado, 2019.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAINEY, Daniel. *Why ODR now?* Disponível em: <http://odr.info/>, acessado em: 23/02/2019.

RAMOS, Vítor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. São Paulo: RT, 2018.

RASKIN, Max. The Law and the Legality of Smart Contracts. *Georgetown Law Technology Review*, vol. 1, 2017.

RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. In: FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

SCHRÖDER, Florian. Zur Verfassungsmäßigkeit des 'Rotationsystem' in Geschäftsverteilungsplänen. *Deutsche Richterzeitung*, out., 2006.

SONTAG-KOENIG, Sophie. L'intelligence artificielle peut-elle prédire une décision de justice? *Experts*, n. 140, out. 2018, p. 56 ss. Disponível em: <https://www.revue-experts.com/a-la-une/revue-n0140-5023.php>, acessado em: 23/02/2019.

SZABO, Nick. *The Idea of Smart Contracts*, 1997, disponível em: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html, acessado em: 1/3/2019.

VESTING, Thomas. Instituirte und konstituirte Normativität: Prozeduralisierung und multi-normative Systeme. In: SHEPLYAKOVA, Tatjana (org.). *Prozeduralisierung des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Inteligência artificial e sistema multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça. *Revista dos Tribunais*, vol. 1000, fev. 2019.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de doutorado, 2018.

WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664, acessado em: 1/3/2019.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 4ª ed., 2019.

O significativo convênio e a polissemia dos ajustes celebrados pela Administração Pública em que há convergência de interesses

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. A sistemática constitucional. 3. A sistemática infraconstitucional. Epílogo.

1. Aspectos introdutórios

Diversamente dos contratos sinalagmáticos, caracterizados pela existência de interesses contrapostos, é comum que a Administração Pública celebre ajustes em que haja convergência de interesses, podendo redundar, ou não, na transferência voluntária de recursos financeiros, com, ou sem, a correlata apresentação de contrapartidas, para a realização dos objetivos almejados. Emilio Betti,¹ em seu estudo sobre os negócios jurídicos, distinguiu o acordo, “o negócio (sobretudo o plurilateral, mas também o bilateral), com interesses paralelos ou convergentes para um escopo comum”, do contrato, em que há “interesses opostos ou divergentes”. Apesar da distinção, o grande complicador enfrentado pelo operador do direito é a inexistência de uniformidade e de rigor científico nessa seara.

Ao analisarmos a ordem constitucional, identificamos a menção a inúmeros instrumentos distintos, com destaque para os convênios. Estes instrumentos têm sido doutrinariamente diferenciados dos contratos pela presença de um objetivo comum a ser realizado, para o qual converge a atuação dos convenientes. Além disso, a inobservância dos seus termos ou o desinteresse no seu prosseguimento não se resolve em perdas e danos, e muito menos se afeiçoa ao formalismo de uma rescisão, bastando, ressalvada alguma exceção expressa no ajuste, a mera comunicação de um conveniente ao outro. A simplicidade dessas lições, no entanto, rivaliza com a complexidade da ordem jurídica brasileira, que passou a prever uma pluralidade de ajustes, que devem ser utilizados conforme o objeto, a natureza dos pactuantes e a

* 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).

¹ *Teoria geral do negócio jurídico*, Tomo 2. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 198.

transferência, ou não, de recursos. Complexidade à parte, a análise há de principiar pelos convênios.

2. A sistemática constitucional

Na sistemática adotada pela Constituição de 1988, o significante preferido, embora não seja o único, é o convênio.

O art. 37, XXII, dispõe que as administrações tributárias dos entes federativos, além de terem recursos próprios, “atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio”. A dicotomia entre lei e convênio evidencia a distinção entre o que é imposto e o que é acordado; o acordo, por sua vez, em razão do seu próprio objeto, que pode se resumir ao compartilhamento de dados, nem sempre importará no repasse de recursos, o que não parece ser de sua essência. A esse respeito, vale observar que a Lei nº 5.172/1966, que veiculou o Código Tributário Nacional, dispôs sobre a utilização dos convênios como instrumentos de repartição das receitas tributárias (art. 82), de modo que há recursos envolvidos, como normas complementares (arts. 100, IV; 102 e 103, III) ou, juntamente com a lei, como instrumentos de assistência recíproca para a fiscalização dos tributos respectivos ou repasse de informações entre os entes federativos, ou entre a União e Estados estrangeiros (art. 199, *caput* e parágrafo único), sendo oportuno ressaltar que o parágrafo único do art. 199 foi inserido pela Lei Complementar nº 104/2001, o que evidencia uma visão mais recente a respeito da utilização do convênio em situações em que não há recursos envolvidos. Os arts. 213 e 214 da Lei nº 5.172/1966 ainda fazem menção aos convênios como instrumentos para a uniformização tributária e a não incidência de imposto nas situações que indicam.

O art. 39, § 2º, trata das escolas de governo a serem mantidas por todos os entes federativos, “constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados”. O convênio, nesse caso, pode ensejar o repasse de recursos financeiros, a exemplo da estruturação de projetos pedagógicos em comum, ou não, o que se verifica com a pura e simples autorização de frequência, pelos servidores de um ente, aos cursos organizados por outro.

O art. 71, VI, faz menção expressa à possibilidade de serem repassados recursos financeiros por meio de convênios, isto ao dispor que compete ao Tribunal de Contas “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”. O comando constitucional também atesta a falta de técnica nessa seara, ao dispor que os repasses também podem ser realizados mediante “acordo”, embora o “convênio”, em si, seja uma espécie de acordo, bem como por “ajuste”, que não deixa de ser um acordo, ou “outros instrumentos congêneres”. Em outras palavras, com abstração do designativo atribuído ao ajuste, identificado o repasse de recursos da União, a atuação do Tribunal de Contas é medida que se impõe.

O Art. 160, § 2º, trata da inserção, nos ajustes celebrados pela União em que haja repasse de recursos, de cláusulas que autorizem a dedução dos valores devidos, dos montantes relacionados às cotas do respectivo ente nos Fundos de Participação ou aos precatórios judiciais. Esses ajustes são detalhados como sendo “os contratos, os acordos, os ajustes, os convênios, os parcelamentos ou as renegociações de débitos de qualquer espécie, inclusive tributários”. Também aqui, acordos, ajustes e convênios são postos lado a lado, não havendo dúvidas de que o seu objeto também envolve o repasse de recursos, daí a preocupação em se assegurar um mecanismo de compensação para a União, ente credor.

O art. 166-A, ao tratar da possibilidade de as emendas parlamentares ao projeto de lei orçamentária anual, de caráter impositivo, direcionarem recursos aos entes subnacionais, ressaltou, no inciso I do parágrafo 2º, que a União os repassaria “independentemente de celebração de convênio ou de instrumento congênere”, o que indica claramente que o convênio seria instrumento hábil para a transferência de recursos.

O art. 199, § 1º, dispôs que as instituições privadas podem participar de forma complementar do sistema único de saúde, “mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Nesse caso, ou serão pagas para atuar, o que enseja a celebração de contrato, em razão da presença de interesses contrapostos, ou atuarão com convergência de interesses, o que é típico das entidades filantrópicas e das sem fins lucrativos, exigindo a celebração de convênio. Neste último caso, como as entidades não buscam o lucro, a tendência é a de necessitarem do repasse de recursos públicos para que possam atuar.

O art. 34, § 8º, do ADCT fez menção ao convênio a ser celebrado entre os Estados membros para disciplinar a instituição do ICMS, enquanto não fosse editada a lei complementar exigida pelo art. 155, I, b. Nesse caso, o convênio teria a natureza de ato administrativo de cunho normativo, produzido de maneira colegiada, não instrumentalizando, portanto, qualquer repasse de recursos.

O art. 41, § 3º, do ADCT dispôs que os incentivos fiscais concedidos pelos Estados, via convênio, com base na ordem constitucional pretérita, deveriam ser reavaliados e reconfirmados no prazo de dois anos, a contar de 5 de outubro de 1988.

3. A sistemática infraconstitucional

No plano infraconstitucional, o emprego de significantes diversos, sem uma distinção nítida em relação aos objetivos almejados com cada qual, tem sido a tônica.

A Lei nº 8.666/1993 (Antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos) fez menção ao convênio, colocando-o lado a lado dos acordos e dos ajustes, nos arts. 38, parágrafo único, e 116. Neste último preceito, fez menção, relativamente ao convênio, ao plano de aplicação dos recursos financeiros (§ 1º, IV); ao cronograma de desembolso (§ 1º, V); à liberação das parcelas e ao possível desvio de finalidade na aplicação dos recursos (§ 3º), aos saldos, tanto durante a sua execução (§§ 4º e

5º) como por ocasião da cessação dos seus efeitos (§ 6º). Além disso, fez menção em separado ao “convênio de cooperação”, já previsto na ordem constitucional (art. 241) como um dos instrumentos, juntamente com o consórcio público, para se estabelecer a prestação de serviços públicos de forma associada (art. 23, XXVI), o que pode acarretar o repasse de recursos ou mesmo uma divisão de tarefas, de modo que cada ente federativo assumia os ônus que lhe são próprios.

A Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), além da menção aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, também passou a mencionar os “termos de cooperação” (art. 53, § 4º). Ainda fez menção ao convênio de cooperação (art. 75, XI), atribuindo-lhe a mesma funcionalidade da Lei nº 8.666/1993 (art. 23, XXVI). Ao tratar da nulidade dos contratos, fez menção, lado a lado dos contratos, à necessidade de se avaliar o “custo total e estágio de execução física e financeira” dos convênios (art. 147, VIII), exemplo nítido de que os convênios podem ser utilizados para a transferência de recursos financeiros. Por fim, o art. 184 dispôs que as disposições da Lei nº 14.133/2021 seriam aplicadas, “no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal”. Com isso, foi permitido que o Poder Executivo estabelecesse a funcionalidade de cada um desses instrumentos, de modo a indicar de que forma sofreriam a incidência desse diploma normativo. Ainda se identifica uma curiosidade: por que o art. 184 não mencionou os “termos de cooperação”, alçados ao plano legal, não mais puramente regulamentar, pelo art. 53, § 4º?

A opção do art. 53, § 4º, da Lei nº 14.133/2021, ao mencionar a figura do “termo de cooperação”, certamente sofreu a influência da sistemática instituída pelo Decreto nº 6.170/2007, que dispôs, nos termos da sua ementa, sobre as “transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse”. Além de estatuir expressamente que o convênio é o instrumento a ser utilizado para as transferências voluntárias realizadas pela União para órgão ou entidade vinculado à própria União ou a outro ente federativo (art. 1º, § 1º, I), na linha do que já fizera em momento pretérito a Instrução Normativa nº 1/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional (art. 1º, § 1º, I), e de considerar que o contrato de repasse é o instrumento a ser utilizado quando os recursos fossem transferidos por meio de instituição ou agente financeiro público federal (art. 1º, § 1º, II), o decreto também dispôs que o termo de cooperação era o instrumento a ser utilizado na “modalidade de descentralização de crédito entre órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta, para executar programa de governo, envolvendo projeto, atividade, aquisição de bens ou evento, mediante portaria ministerial e sem a necessidade de exigência de contrapartida” (art. 1º, § 1º, III). Como se constata, tanto o convênio como o termo de cooperação instrumentalizavam a transferência de recursos da União. Com o advento do Decreto nº 8.180/2013, o termo de cooperação foi suprimido do Decreto nº 6.170/2007. Pouco antes da supressão, certamente influenciando-a, a Advocacia-Geral da União, no âmbito

do Parecer nº 15/2013/AGU/PGF, adotou a tese de que o “acordo de cooperação” deve ser o instrumento utilizado nos ajustes em que haja convergência de interesses, mas sem transferência de recursos, entre órgãos ou entidades públicas e entre estes e entes privados, *verbis*:

I - O acordo de cooperação é o instrumento jurídico hábil para a formalização, entre órgãos e entidades da Administração Pública ou entre estes e entidades privadas sem fins lucrativos, de interesse na mútua cooperação técnica, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, da qual não decorra obrigação de repasse de recursos entre os partícipes.

II - A disciplina do Decreto nº 6.170/2007 e da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 não se aplica ao acordo de cooperação, incidindo apenas, no que couber, o disposto no art. 116, caput e §1º, da Lei nº 8.666/1993.

Não é demais observar que o objetivo da iniciativa foi o de estabelecer um mínimo de rigor terminológico, ainda que com a utilização de enunciados linguísticos não previstos em lei. Verifica-se, ainda, o cuidado em não se utilizar o significante “termo de cooperação”, de modo a evitar que fosse confundido com o congêneres então disciplinado no Decreto nº 6.170/2007, que apresentava contornos de onerosidade. Com isso, convênios e contratos de repasse passaram a ser utilizados no âmbito federal apenas quando há transferências de recursos entre os participantes. Sem prejuízo dos nobres objetivos almejados, não havia na legislação brasileira uma distinção que permitisse confinar o significante “convênio” exclusivamente às situações em que ocorresse transferência de recursos. Ainda que sejam muitos os exemplos em que isto ocorre, o que permite falar em uma tendência, tanto as normas constitucionais como as infraconstitucionais autorizam a utilização do significante convênio sem que tal transferência ocorra.

A supressão da figura do termo de cooperação, do Decreto nº 6.170/2007, pelo Decreto nº 8.180/2013, como vimos, não impediu a sua utilização no art. 53, § 4º, da Lei nº 14.133/2021. Aliás, o mesmo ocorreu com a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), com as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, que sujeitou às sanções ali cominadas, no que se refere a recursos de origem pública, “o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente” (art. 2º, parágrafo único). Todas essas figuras, de acordo com a disciplina legal, podem ser utilizadas para a transferência de recursos, o que será feito para a realização de interesses comuns, não propriamente em razão da existência de obrigações recíprocas, sistemática que inclui o convênio e o termo de cooperação. Em sentido diverso, parece plenamente razoável que venham a ser

utilizados sem essa finalidade. Aliás, a legislação brasileira, como vimos, admite essa possibilidade em relação ao convênio em diversas ocasiões.

E as demais figuras referidas no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992?

O contrato de gestão foi previsto na Lei nº 9.637/1998. Trata-se do ajuste passível de ser celebrado, entre Poder Público e pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades se enquadrem no arquétipo legal (v.g.: ensino e saúde), e que recebam a qualificação, do Poder Executivo, de organização social. Essa espécie de contrato, em razão das próprias características do contratado, tende a prever o repasse de recursos públicos. Em razão da promiscuidade terminológica que tem caracterizado a nossa ordem jurídica, é oportuno lembrar que a Lei nº 9.649/1998 dispôs, em seus arts. 51 e 52, sobre a qualificação, como agência executiva, de autarquia ou fundação que tenha celebrado contrato de gestão com o Ministério competente, de modo a “assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão”. Poucos dias depois, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19/1998, que acresceu o § 8º ao art. 37 da Constituição de 1988, dispondo sobre a celebração destes contratos, embora não tenha utilizado a expressão “contrato de gestão”. A explicação se faz necessária na medida em que o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992 se refere ao contrato de gestão disciplinado pela Lei nº 9.637/1998, não àquele mencionado pela Lei nº 9.649/1998, celebrado com autarquia ou fundação, entes que integram a Administração Pública indireta, sendo, portanto, sujeitos passivos em potencial do ato de improbidade.

O termo de parceria foi previsto na Lei nº 9.790/1999, seguindo a mesma lógica do contrato de gestão, com a distinção que é celebrado com as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que recebam a qualificação, do Poder Executivo, de organização da sociedade civil de interesse público.

Em relação à compreensão do “ajuste administrativo equivalente” a que se refere o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992, merece referência a Lei nº 13.019/2014, que também restringiu o uso do convênio e foi solenemente ignorada.

Em 23 de janeiro de 2016, entrou em vigor a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, denominada de “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”, que dispõe sobre o atual regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo, ou não, transferências de recursos financeiros entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil. Antes de sua entrada em vigor, esse diploma legal foi consideravelmente modificado pela Lei nº 13.204/2015. Dentre as modificações, verifica-se o surgimento da modalidade denominada de “acordo de cooperação”, instrumento que formaliza as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil, visando à consecução de finalidades de interesse público que não envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 3º, VIII-A). Não é, portanto, instrumento que se preste à instrumentalização de ajustes entre órgãos ou entidades públicas. Com isso, foram complementados os dois instrumentos previstos na primeira versão da Lei, que são o termo de fomento e o termo de colaboração.

No que concerne às duas modalidades preexistentes, o termo de fomento e o termo de colaboração, destaca-se que ambas têm por finalidade a transferência voluntária de recursos para a execução de planos de trabalho em regime de cooperação com organizações da sociedade civil, tendo, como única diferença, a iniciativa da respectiva parceria. No termo de colaboração, a proposta de parceria é de iniciativa da Administração Pública, enquanto no termo de fomento é de iniciativa da entidade do terceiro setor (art. 3º, VII e VIII).

Na sistemática introduzida pela Lei nº 13.019/2014, com as modificações da Lei nº 13.204/2015, a modalidade de parceria denominada “convênio” somente poderá ser celebrada entre duas ou mais entidades públicas ou, exclusivamente na área de saúde, com entes privados. É o que dispõem os arts. 84 e 84-A, *in verbis*:

Art. 84 - Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:

- I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;
- II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. Art. 84-A - A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84.

Ressalte-se que o art. 3º, IV, da Lei nº 13.019/2014 se refere à possibilidade de serem celebrados convênios e contratos com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para a sua atuação no âmbito do SUS, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição da República.

O Capítulo II da Lei nº 13.019/2014 (arts. 5º a 41), conquanto intitulado “da celebração do termo de colaboração ou de fomento”, passou a ter, após o advento da Lei nº 13.204/2015, diversas normas aplicáveis aos acordos de cooperação [v.g.: “o regime jurídico de que trata esta Lei (...)” deve observar diversos princípios (art. 5º, *caput*); a organização da sociedade civil deve divulgar na *internet* “todas as parcerias celebradas com a administração pública (art. 11, *caput*); “para celebrar as parcerias previstas nesta Lei (...)”, as organizações devem ser regidas por normas internas que atendam certos requisitos (art. 33, *caput*); “o termo de fomento, o termo de colaboração e o acordo de cooperação somente produzirão efeitos jurídicos após a publicação dos respectivos extratos no meio oficial de publicidade da administração pública” (art. 38) etc.]. Como se percebe, a atecnia é total. Sempre que a lei não dispuser que certas normas somente são aplicáveis aos termos de fomento e de colaboração, fazendo menção genérica às parcerias, os seus efeitos projetar-se-ão, igualmente, sobre os acordos de cooperação.

O chamamento público, nos termos do art. 24, não é necessário para a celebração do acordo de cooperação, o que torna esse instrumento bem semelhante aos tradicionais convênios, o mesmo ocorrendo em relação aos requisitos do plano de trabalho, previstos no art. 22. Como não há transferência de recursos, afasta-se a principal razão para a prestação de contas, o que não dispensa a necessidade de verificação do cumprimento dos objetivos e das metas estabelecidas.

O acordo de cooperação, de qualquer modo, está sujeito às normas gerais do regime jurídico de que trata a Lei nº 13.019/2014 (arts. 5º e 6º). A organização que o celebra pode participar da capacitação promovida pelos entes federativos (art. 7º), deve divulgar os acordos celebrados na internet (art. 11) e atender certos requisitos formais e de organização interna (arts. 33 e 34). É necessária, ainda, a emissão de pareceres técnico e jurídico sobre a possibilidade de celebração (art. 35, VI e § 2º). Incidem as vedações referidas nos arts. 39 e 40. Quanto à formalização e à execução, o acordo de cooperação deve observar as cláusulas essenciais referidas no art. 42, as regras de alteração constantes dos arts. 55 e 57 e a exigência de monitoramento e avaliação, por parte da administração pública, prevista nos arts. 58 a 60, incluindo as obrigações de fiscalização do gestor (arts. 61 a 62). No mais, são passíveis de aplicação as penalidades cominadas no art. 73. A existência de sistemática legal específica bem demonstra que a utilização de designativo diverso, para a celebração de ajuste dessa natureza, pode encobrir o real objetivo de afastar a aplicação das normas de regência.

Epílogo

Ainda que não haja uniformidade terminológica em relação à maioria dos significantes utilizados pelo Poder Público, ao celebrar ajustes caracterizados pela convergência de interesses, nos quais não são identificados os referenciais de prestação e contraprestação, em muitos há indiscutível precisão conceitual. Essa constatação decorre do fato de serem estabelecidos pela própria lei. Nesses casos, exige-se atenção por parte do operador do direito, pois a utilização de significantes inadequados pode trazer consigo a aplicação de sistemática jurídica distinta da devida, o que caracterizará nítida injuridicidade.

Audiência de Custódia: desafios para uma melhor efetividade. Possibilidade da propositura do ANPP e, subsidiariamente, do oferecimento de denúncia, seu recebimento e concretização da citação pessoal¹

Guilherme Macabu Semeghini*

Sumário

1. Introdução. 2. Da Audiência de Custódia. 2.1. Breve histórico e finalidade precípua e original. 2.2. Da possibilidade de propositura do Acordo de Não Persecução Penal na Audiência de Custódia. 2.3. Possibilidade de oferecimento de denúncia e seu recebimento na Audiência de Custódia. 2.4. Possibilidade de concretizar a citação pessoal do réu na Audiência de Custódia. 2.5. Do respeito às garantias constitucionais processuais penais do acusado. 3. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente artigo objetiva abordar os aspectos processuais penais e práticos acerca da possibilidade do oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal em sede de Audiência de Custódia e, subsidiariamente, do oferecimento da denúncia, seu recebimento e concretização da citação pessoal, à luz dos princípios da economia e celeridade processuais. Pretende-se, por conseguinte, evitar, em diversos casos concretos, a citação por edital, com a aplicação do artigo 366 do CPP e, conseqüentemente, a prática de crimes sem a devida e necessária resposta penal estatal, contribuindo, dessa forma, para a diminuição da impunidade e para duração razoável do processo, sem deixar de lado o respeito aos direitos e às garantias fundamentais do acusado. Sob essa ótica, analisar-se-á a necessidade de que o Presidente do Tribunal de Justiça e o Procurador-Geral de Justiça editem atos normativos outorgando, respectivamente, competência e atribuição para que Juízes e Promotores atuantes nas Audiências de Custódia possam adotar tais providências, com o objetivo de criar mecanismos que viabilizem uma melhor efetividade na aplicação da lei penal, de modo a evitar, na prática, a realização de diversos atos processuais posteriores à Audiência de Custódia, com conseqüentes gastos desnecessários do Estado com a persecução penal.

¹ Projeto de artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Penais do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso – IERBB/MPRJ. Orientador: Antônio José Campos Moreira.

* Pós-graduando no curso de pós-graduação em Ciências Penais. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução

Trata-se de artigo científico qualitativo e descritivo, no qual foram utilizadas as metodologias das pesquisas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial para sua elaboração. O tema principal do presente artigo científico é a demonstração, tanto na prática forense, como academicamente, do quanto o instituto da Audiência de Custódia é subaproveitado no vigente sistema processual penal nacional, restringindo-se a verificar a legalidade de prisões, especial e majoritariamente, das prisões em flagrante. A finalidade e a motivação da escolha do tema é, justamente, demonstrar que, na prática forense, as Audiências de Custódias poderiam e deveriam possibilitar o aproveitamento do ato para a prática de outros atos processuais, como o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público e, subsidiariamente (no caso do seu não oferecimento, por não cumprir o indiciado os requisitos necessários para tal, ou em razão de o indiciado recusar a proposta),² o oferecimento da denúncia, o seu recebimento e a concretização da citação pessoal do denunciado, sem, contudo, deixar de cumprir o seu papel precípua e que motivou a sua regulamentação no Brasil, que é verificar a legalidade e higidez da prisão do conduzido.

Pretende-se demonstrar, no desenvolvimento do presente artigo, que a possibilidade de realização de outros atos processuais, durante a Audiência de Custódia, representa uma grande economia ao erário, na medida em que diversos atos processuais custosos para o Estado deixarão de ser praticados, além da evidente economia processual, com a consequente melhora na efetividade da persecução penal, com a entrega da prestação jurisdicional estatal dentro de um prazo razoável de duração do processo penal. Outra consequência inexorável da possibilidade da realização de outros atos processuais durante a Audiência de Custódia é a diminuição da impunidade, eis que, com a possibilidade de concretização da citação pessoal do acusado, já na Audiência de Custódia, o processo penal poderá seguir a sua marcha processual regular, evitando-se, assim, a demorada e custosa procura pelo acusado para ser citado pessoalmente, bem como no caso de infrutíferas tentativas da sua localização, evitar eventual citação pela via editalícia, com a consequente suspensão do processo e do prazo prescricional.³

2. Da Audiência de Custódia

2.1. Breve histórico e finalidade precípua e original

Ab initio, há de se ressaltar que não se pretende dissecar o tema Audiência de Custódia, com todos os seus desdobramentos penais e processuais penais, mas apenas trazer à baila os motivos e os fundamentos que levaram o Conselho Nacional de Justiça, através da edição de Resoluções, a prever a obrigatoriedade da realização

² Em consonância com os artigos 28-A, §§ 2º e 8º do CPP.

³ Aplicação do art. 366 do CPP.

das Audiências de Custódia em todo o território nacional. Nesse sentido, as Audiências de Custódia foram introduzidas no Brasil como uma necessidade de adequar o sistema penal nacional às normas internacionais, que previam a apresentação pessoal imediata do preso ao juiz, com a finalidade precípua de efetivar uma estrutura de fiscalização judicial imediata sobre eventuais arbitrariedades praticadas no curso da detenção e de estabelecer um mecanismo obrigatório de revisão judicial da necessidade de manutenção da detenção efetuada pela Polícia.

Verifica-se, portanto, que antes mesmo da Resolução editada pelo Conselho Nacional de Justiça, Tratados Internacionais, ratificados pelo Brasil e integrados ao ordenamento jurídico interno por meio dos Decretos nºs 678/92 e 592/92, já previam a obrigatoriedade de apresentação do preso, tão logo fosse concretizada a sua prisão, como o meio mais eficaz para prevenir e para reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, por essa via, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal. Nesse aspecto, importante ressaltar o *status* de norma supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, conforme insculpido no artigo 5º, § 2º, da CR.⁴

Nesse sentido, colocando em paralelo duas normas distintas, mas tematicamente dialogáveis, vale destacar o art. 9º, item 3, do *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas*, onde lemos que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (BRASIL, 1992a)

Ao lado desse dispositivo, o art. 7º, item 5, da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica):

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer

⁴ “O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.” (HC nº 95967/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie; Recursos Extraordinários 466.343 e 349.703 e Chás 87.585 e 92.566, julgamento conjunto pelo Plenário do STF em 03/12/2008) Constituição Federal, art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992b)

Por último, vale trazer à baila a consideração do CNJ na Resolução nº 213 de 15/12/2015, onde, inspirado no *art. 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* e no *art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, afirma que “a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal.” (BRASIL, 2015) Com base no que estes Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil já previam, foi proferida a decisão nos autos da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal*, consignando a obrigatoriedade da realização em todo território nacional das Audiências de Custódia, com a apresentação imediata da pessoa presa à autoridade judicial competente.⁵

Foi, ainda, considerado que a “prolatada decisão na *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal* [declarou] a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.” (BRASIL, 2020) Foi nesse contexto que o CNJ editou e publicou, em 15 de dezembro de 2015, a Resolução nº 213, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Posteriormente, foram editadas, ainda, a resolução do CNJ 254/18, que acrescentou o § 6º ao art. 8º da Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015⁶ e a resolução 268/18, que alterou o § 2º do art. 1º da Resolução CNJ nº 213/2015, de 15 de dezembro de 2015, passando a vigorar com a seguinte redação:

⁵ “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), julgada inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2015, é uma ação de controle de constitucionalidade ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, na qual foi reconhecido o ‘estado de coisas inconstitucional’ da situação do sistema carcerário brasileiro. Argumenta o partido que a situação atroz em que se encontram os presos brasileiros configura uma violação contínua de seus direitos fundamentais e humanos, denotando uma situação fática inconstitucional.

A petição inicial foi feita com base em representação feita pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, coordenada pelo constitucionalista Daniel Sarmento. Na audiência de julgamento preliminar, o advogado do partido argumentou em sustentação oral que: ‘Não há, talvez, desde a abolição da escravidão, maior violação de direitos humanos no solo nacional [...]’. Trata-se da mais grave afronta à Constituição que tem lugar atualmente no país.” Em resposta, o então Advogado-Geral da União, Luís Inácio Adams, disse que a situação atual não era decorrente dos contingenciamentos, mas sim da ausência de projetos proativos.

O relator do processo, o Ministro Marco Aurélio, entendeu cabível a reclamação e concedeu inicialmente medida cautelar reconhecendo dois dos oitos pedidos, sendo posteriormente acompanhando pelos outros Ministros. Determinou assim o STF a realização em todo o território nacional das audiências de custódia e a que a União liberasse imediatamente as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, vedando outros contingenciamentos.” (ADPF 374, Wikipédia).

⁶ A redação dessa resolução traz a seguinte informação: “§ 6º Na hipótese do § 5º, a autoridade policial será cientificada e se a vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher não estiver presente na audiência, deverá, antes da expedição do alvará de soltura, ser notificada da decisão, sem prejuízo da intimação do seu advogado ou do seu defensor público.” (BRASIL, 2018)

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça Militar, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional Eleitoral ou do Superior Tribunal Militar que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista. (BRASIL, 2015).

Mais recentemente, motivado pelo avanço mundial da Pandemia de Covid-19, foi editada a Resolução 357/20 do CNJ, que alterou o art. 19 da Resolução CNJ nº 329/2020 e passou a admitir a realização por videoconferência das Audiências de Custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. A Resolução 357/20 traz em seu bojo, ainda, importante disposição sobre a participação do Ministério Público na Audiência de Custódia, conforme redação prevista no § 3º do artigo 1º da Resolução 357/20 do CNJ: “§ 3º A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal.” (BRASIL, 2020, grifo nosso)

Verifica-se, portanto, que tanto as normas contidas nos Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil como a legislação pátria acerca do tema *Audiência de Custódia* possuem como finalidade precípua a apresentação imediata do preso ao juiz, como forma de implantar um importante mecanismo de controle da atividade policial realizado pelo magistrado, que atua como fiscal contra eventuais arbitrariedades sofridas pelo preso. Interpretando normas semelhantes, afirma a Corte Europeia de Direitos Humanos que: “o controle jurisdicional decorrente do primeiro comparecimento da pessoa detida deve ser acima de tudo rápido, pois ele tem por finalidade permitir ao juiz detectar quaisquer maus tratos e reduzir ao mínimo qualquer atentado injustificado à liberdade individual.” (TEDH, 2010) Busca-se, nesse sentido, identificar e, em última análise, banir a tortura como técnica de investigação durante a investigação.

A apresentação imediata do preso ao Juiz da Custódia é uma garantia, tanto profilática, na medida em que os policiais envolvidos na prisão cautelar do investigado estão cientes de que o preso será apresentado ao Juiz da Custódia, momentos após a prisão, fato que, certamente, inibe eventuais abusos e torturas policiais. Há, ainda, a garantia de que o preso cautelarmente, caso tenha sido vítima de eventuais abusos e torturas praticados pelos policiais que efetuaram a sua prisão, poderá relatar os fatos ao Magistrado da Custódia e este, uma vez verificada a verossimilhança das alegações defensivas (que poderão ser verificadas pelo cotejamento da versão do preso com o seu auto de exame de corpo de delito e mesmo com a visualização pelo Magistrado, durante a Audiência de Custódia, de eventuais danos físicos que o preso apresente), poderá e deverá adotar providências imediatas, tanto quanto à eventual decisão de soltura do preso, como de responsabilização penal dos agressores.

À guisa de esclarecimento, o que pretende o presente artigo científico demonstrar nos próximos tópicos, além da relevante e precípua finalidade da realização

da Audiência de Custódia, que deve ser mantida e incentivada pelas razões e pelos motivos já supraexpostos, é que, durante a realização da Audiência de Custódia, outros atos processuais poderiam e deveriam ser realizados, de modo a aproveitar a reunião de todos os agentes envolvidos no processo (Juiz, Ministério Público, Defesa do acusado e acusado) em um só ato, de forma mais eficaz, trazendo benefícios e economia de tempo e de custos de dinheiro público gastos pelo Estado com a persecução penal, sem perder de vista os direitos e garantias individuais do acusado e sua defesa técnica.

2.2. Da possibilidade de propositura do Acordo de Não Persecução Penal na Audiência de Custódia

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido na legislação pátria pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que acrescentou o artigo 28-A e seus §§ 1º ao 14 ao Código de Processo Penal. O legislador restringiu a possibilidade de oferecimento de ANPP pelo Ministério Público aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, desde que confessado pelo agente, e o Ministério Público entenda ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.⁷

Conforme previsão dos §§ 4º, 5º e 7º do artigo 28-A do CPP,⁸ há o controle judicial acerca da voluntariedade do investigado em aceitar o acordo, bem como da legalidade dos termos do acordo, proposto pelo Ministério Público. Para a realização do referido controle, na atual prática forense, o Juiz deve designar uma Audiência Especial, com intimação do Ministério Público, defesa do investigado e investigado. E mais, ao menos no Estado do Rio de Janeiro, há determinação, contida na Resolução GPGJ nº 2429, de 16/08/2021, de que o membro do Ministério Público, antes da realização da Audiência Especial, com a presença do Magistrado, designe uma data e notifique o investigado e sua defesa técnica para comparecerem ao seu Gabinete para apresentar a proposta do ANPP (uma vez verificada a presença dos requisitos para tal – artigo 28-A e seus §§ do CPP), ocasião em que irá verificar se o acusado e sua defesa técnica aceitam a proposta do ANPP e, portanto, dentre outros requisitos, se o investigado irá confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal. Uma vez aceito e assinado o ANPP pelo Ministério Público, defesa técnica e investigado, deverá o Ministério Público remeter o acordo já assinado e aceito ao

⁷ Vale a leitura do artigo 28-A, *caput*, do CPP: “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.” (BRASIL, 1941)

⁸ “§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.” (BRASIL, 1941)

Magistrado, com a solicitação de data para designação de uma Audiência Especial, com a presença do Magistrado, Ministério Público, investigado e defesa técnica, para o exercício do controle jurisdicional, referido no parágrafo anterior.

Assim, de modo a facilitar o entendimento de como funciona a atual sistemática do processo penal, tomemos como exemplo um indivíduo que tenha sido preso em flagrante, após a prática do crime de furto – algo bem corriqueiro em se tratando da Comarca do Rio de Janeiro. Pois bem, será ele levado à Autoridade Policial para lavratura do auto de prisão em flagrante, para oitiva do lesado, dos policiais que realizaram a prisão-captura em flagrante e do próprio acusado, caso tenha interesse em dar a sua versão dos fatos e não exerça o direito constitucional ao silêncio. Após a lavratura do flagrante, os autos serão remetidos ao Juízo da Custódia, a fim de verificar a legalidade da prisão em flagrante, com a oitiva do conduzido (atualmente, o juiz se atém apenas a verificar a legalidade da prisão do conduzido, sem realizar qualquer questionamento que adentre ao mérito da causa). Após a oitiva do preso acerca das circunstâncias da sua prisão, o Juiz da Custódia deverá apreciar a necessidade de manutenção da prisão cautelar do preso, convalidando, ou não, a prisão em flagrante em prisão preventiva. No exemplo analisado, geralmente, o Juízo da Custódia defere a liberdade provisória ao investigado, pois o crime de furto imputado não é cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa, não preenchendo, salvo raras exceções, os requisitos autorizadores da prisão cautelar, previstos no artigo 312 do CPP. Após a soltura do investigado, os autos são distribuídos ao Juízo da Vara Criminal e remetidos ao órgão do Ministério Público que nela atua, ocasião em que, verificando a presença dos requisitos para a propositura do ANPP, irá determinar a notificação do investigado e da sua defesa técnica para comparecerem ao seu gabinete para formalização do ANPP. Posteriormente, serão os autos enviados ao Juízo da Vara Criminal para designar uma nova data para a Audiência Especial, com nova intimação das partes, para o exercício do controle jurisdicional do ANPP e, não havendo qualquer óbice, homologação.

Percebe-se, de forma cristalina, portanto, que após a Audiência de Custódia, são realizadas mais duas “audiências” (uma extrajudicial e outra judicial), com a notificação/intimação das partes nas duas ocasiões e, conseqüentemente, com inevitável gasto de dinheiro público – já que as intimações são cumpridas, via de regra, por técnicos de notificação do Ministério Público ou por Oficiais de Justiça Avaliadores, que devem se deslocar até o endereço do investigado para cumprir a intimação, com gasto de combustível dos automóveis, bancados com dinheiro do contribuinte – e, claro, tempo.

Ora, principalmente nesses casos corriqueiros e sem maiores complexidades (flagrantes de furtos, receptações, estelionatos, entre outros), que representam a grande maioria dos casos que são remetidos ao Juízo da Custódia, após o cumprimento da finalidade precípua da Audiência de Custódia, deveria e poderia o membro do Ministério Público que nela atua, aproveitando o ato e a reunião de todos os atores envolvidos no processo, caso assim entenda e presentes os requisitos para tal, propor o ANPP ao investigado e a sua defesa técnica e, uma vez aceito o acordo, o juiz

que preside a Audiência de Custódia, após exercer o controle da voluntariedade e legalidade do ANPP, homologá-lo.

Existiria algum prejuízo para o acusado e sua defesa técnica? Para o Ministério Público? Para o Magistrado? Para o erário? A resposta negativa se impõe para todos. A defesa técnica e o investigado poderiam, a qualquer momento, alegar, tanto para o Juízo da Custódia, como para o Juízo da Vara Criminal para o qual o processo for distribuído, eventuais ilegalidades. Além disso, ficariam livres dos encargos de, uma vez demonstrado o interesse em celebrar o ANPP, comparecerem em outras duas audiências, uma extrajudicial e outra judicial, para a aceitação e concretização da homologação do ANPP. O Ministério Público, por sua vez, ficaria livre da obrigação de notificar os investigados e suas defesas técnicas para comparecerem ao seu gabinete para propor o acordo, bem como da necessidade de comparecer à Audiência Judicial para homologação do ANPP. O Juiz da Vara Criminal também ficaria livre da incumbência de determinar a intimação de todos os envolvidos no processo para audiência especial com o fim de homologação do acordo, aliviando, assim, as saturadas pautas das audiências dos Juízos das Varas Criminais. E, por último, mas não menos importante, o bolso do contribuinte agradece, já que a realização de diversos atos processuais, posteriores à Audiência de Custódia, seriam evitados, tendo como consequência inevitável a diminuição dos gastos públicos com a persecução criminal (gastos com energia elétrica, combustível, manutenção de automóveis, papel, impressão etc.).

Nesse contexto, foi que o CNJ, recentemente, editou a Resolução 357/20, que no § 3º do artigo 1º da Resolução 357/20 dispõe que: “§ 3º A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, *podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal.*” (BRASIL, 2020, grifo nosso)

Muito embora ainda não efetivada, ao menos no Estado do Rio de Janeiro, a possibilidade de o Ministério Público oferecer a proposta do ANPP já na Audiência de Custódia é uma medida adequada e salutar que fomenta os princípios da eficiência e da economicidade, devendo se adequar o *Parquet* fluminense a essa nova e recente determinação do CNJ, seja com a designação de mais Promotores de Justiça para funcionarem na Audiência de Custódia, ou mesmo, com a determinação de que os Promotores da Audiência de Custódia sejam dotados de assessoramento jurídico, o que, atualmente, não ocorre.

2.3. Possibilidade de oferecimento de denúncia e seu recebimento na Audiência de Custódia

A possibilidade do oferecimento do ANPP durante a Audiência de Custódia já é uma realidade consubstanciada na recente Resolução 357 do CNJ, conforme exposto no item anterior, devendo os Ministérios Públicos Estaduais e Federal se adequarem para efetivar e concretizar a determinação do CNJ. O que propõe o presente artigo

científico é avançar ainda mais, possibilitando que a Audiência de Custódia seja utilizada para a prática de outros atos processuais necessários para o bom e regular andamento do processo criminal, dentro da perspectiva da efetividade e do razoável tempo de duração do processo, evitando-se, em última análise, a ausência de resposta penal estatal pela prática de infrações penais.

Nessa toada, uma vez verificada a legalidade e a higidez da prisão do acusado – finalidade principal da Audiência de Custódia –, e incabível a proposta do ANPP pelo Ministério Público (artigo 28-A, §§ 1º e 2º, do CPP), ou, ainda, caso o investigado e sua defesa técnica não aceitem o ANPP proposto pelo Ministério Público, ou o Juízo da Custódia não homologue o ANPP (artigo 28-A, §§ 4º, 5º, 7º e 8º do CPP), ao Ministério Público deveria ser possibilitada a oportunidade de oferecimento da denúncia, caso presente, evidentemente, as condições para o regular exercício da ação penal no momento da realização da Audiência de Custódia, especialmente a justa causa.

Vale aqui ressaltar que estamos tratando da possibilidade do oferecimento da denúncia na Audiência de Custódia. Portanto, a oportunidade e conveniência do oferecimento da denúncia, já na Audiência de Custódia, deverá ser verificada pelo membro do Ministério Público nela atuante. Assim, caso o membro do *Parquet* verifique tratar-se de um caso complexo, ou inexistentes os indícios mínimos de autoria e prova da materialidade do crime, a chamada justa causa para a deflagração da ação penal, sendo necessária a realização de outras diligências investigativas, o membro do *Parquet* deixará de oferecer a denúncia nesta oportunidade, remetendo os autos ao Promotor de Justiça que atua perante a Vara Criminal para a qual os autos do flagrante serão distribuídos.

Por outro lado, uma vez verificada a presença das condições para o regular exercício da persecução penal, não sendo um caso complexo, o membro do *Parquet* atuante na Audiência de Custódia, poderia e deveria oferecer a denúncia, dirigida ao Juízo da Custódia, que, por sua vez, uma vez verificada a presença dos requisitos da exordial acusatória,⁹ poderia e deveria recebê-la.

Oportuno esclarecer que, na prática forense, os presos em flagrante delito, representam a grande maioria dos casos que são encaminhados ao Juízo da Custódia. Desses, quase a totalidade não representa questões juridicamente complexas (furto, receptação, roubo, estelionato, tráfico de entorpecentes, porte ou posse de arma de fogo etc.) permitindo que o membro do *Parquet* atuante na Audiência de Custódia forme a sua *opinio delicti* em sua plenitude, sem a necessidade, via de regra, da determinação de outras diligências investigativas para a deflagração da ação penal.

Essa situação decorre da própria natureza da prisão em flagrante, dada a força probatória da matéria colhida em situação flagrancial, sendo desnecessário, na grande maioria dos casos, a realização de novas diligências investigativas para se chegar à

⁹ “Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.” (BRASIL, 1941)

justa causa para o oferecimento da denúncia, o que, evidentemente, não significa uma antecipação do resultado do processo. Oferecida a denúncia pelo Ministério Público, recebida pelo Juízo e o denunciado citado pessoalmente, ainda restará pela frente toda a instrução probatória a ser percorrida, inclusive com a possibilidade de eventuais alterações e adições dos fatos inicialmente imputados.¹⁰

Nesse ponto, pedimos vênia para trazermos à colação trecho do livro dos autores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

De todo modo, malgrado os efeitos de origem, o flagrante delito é um momento de grande importância para a persecução penal. Com ele, em razão da imediatidade na coleta do material informativo (para a prova do fato), se agiliza a fase da investigação e, eventualmente, se obtém uma possível redução dos danos causados na prática da infração, impedindo o exaurimento de delitos mais graves.

Podem-se apontar, portanto, duas grandes missões das quais deve se ocupar a prisão em flagrante: (a) permitir a imediata coleta de material a ser utilizado na instrução do processo (e, claro, para o convencimento do órgão de acusação); (b) salvaguardar bens jurídicos submetidos a condutas lesivas (crime).

Feito isso, há que se encerrar a sua função. Não se pode extrair de tal modalidade de prisão uma antecipação do resultado final do processo.

Primeiro, porque a Constituição da República teve o cuidado de explicar o óbvio: em princípio, isto é, até prova em contrário, todos devem ser tratados como inocentes.

E, em segundo lugar, porque, ainda que se reconheça a força probante da matéria colhida em situação de flagrância, há muito

¹⁰ É a *emendatio e mutatio libelli*, previstas, respectivamente, nos artigos 383 e 384 do CPP: “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. § 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. § 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo. § 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. § 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.” (BRASIL, 1941)

a ser acertado no processo (de conhecimento). O flagrante pode até demonstrar ampla probabilidade de definição da natureza, do modo e da extensão do comportamento humano no caso concreto. Não demonstrará, porém, nem a sua correta capitulação, e nem permitirá um exame mais aprofundado das motivações e demais elementos subjetivos que possam interferir na sua compreensão jurídica. (PACELLI; FISCHER, 2020, p. 748)

Sobre atos decisórios a serem realizados pelo Juiz durante a Audiência de Custódia, recentemente, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, alterou a redação do artigo 310 e seus parágrafos do CPP. Eis a nova redação:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no *caput* deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, a não realização de

audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (BRASIL, 1941, grifo nosso)

Por seu turno, o artigo 312 do CPP, também com a nova redação dada pela Lei nº 13.964/19, assim prevê:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, *quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria* e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º - A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (CPP, art. 282, § 4º).

§ 2º - A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (BRASIL, 1941, grifo nosso)

Percebe-se, portanto, pela nova redação dada aos dispositivos legais supracolacionados, que o Juízo da Custódia realiza diversos atos decisórios no curso da Audiência de Custódia e não se atém, portanto, apenas à verificação da higidez e da legalidade da prisão. Nessa toada, caso não seja verificada qualquer ilegalidade na prisão do conduzido, o Juiz da Custódia deverá constatar se o conduzido praticou o fato criminoso sob a égide de alguma excludente da ilicitude, ocasião em que poderá conceder a liberdade provisória ao investigado (artigo 312, § 1º, do CPP). Para tomar tal decisão, evidentemente, o Juiz da Custódia deverá apreciar as provas colhidas em sede policial e juntadas aos autos da prisão em flagrante, como depoimentos de eventuais vítimas ou lesados, depoimentos de eventuais testemunhas, dos policiais que porventura realizaram a prisão, além das provas materiais acostadas, como autos de exame de corpo delicto, laudos de exame de material entorpecente e de armas, laudo de exame de local etc.

Caso o Juiz entenda que não há qualquer excludente da ilicitude a ser considerada, deverá decidir acerca da necessidade de manutenção da prisão cautelar, com a convalidação da prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 do Código de Processo Civil, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, o que implica a necessária verificação da prova da existência do crime (materialidade do delito) e indícios suficientes de autoria.

Pelo exposto, é possível afirmar que na atual sistemática jurídica processual penal, o Juiz da Custódia não se limita à verificação da higidez e legalidade da prisão cautelar efetivada – finalidade precípua da Audiência de Custódia –, mas também realiza a análise dos fatos e das provas colhidas em sede policial, de modo a formar seu livre convencimento acerca da necessidade de manutenção da prisão cautelar, ou de concessão da liberdade provisória ao conduzido com, ou sem, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

Ora, se pode o Juiz da Custódia realizar a análise dos requisitos para a manutenção da prisão cautelar – dentre os quais, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (artigo 312 do CPP) –, por óbvio, deveria ser permitido a ele analisar o recebimento de eventual denúncia oferecida durante a realização da Audiência. Isso porque, ao analisar o recebimento, ou não, da denúncia, realizará o Juízo da Custódia análise acerca da existência das condições para o regular exercício da ação penal pelo Ministério Público – dentre elas, a justa causa, ou seja, prova da materialidade do crime imputado e indícios suficientes da autoria do delito, análise esta que já realiza o Juízo da Custódia, ao analisar a necessidade de manutenção, ou não, da prisão cautelar do preso apresentado, repise-se.

Tais argumentos nos levam a concluir que não há qualquer óbice legal, atualmente, para restringir o poder decisório do Juiz da Custódia, podendo e devendo os Presidentes dos Tribunais de Justiça de cada Estado editarem atos normativos para outorgar e ampliar referidas competências aos Juizes atuantes nas Audiências de Custódia.

2.4. Possibilidade de concretizar a citação pessoal do réu na Audiência de Custódia

Uma vez prevista a possibilidade de o Juízo da Custódia analisar o recebimento, ou não, da denúncia, consequência lógica é possibilitar, no caso do seu recebimento, a concretização da citação pessoal do denunciado, que estará presente ao ato, devidamente representado pela sua defesa técnica, de forma célere, com economia de energia, tempo e dinheiro público, conforme se pretende demonstrar a seguir.

Muito embora a 5ª Turma do STJ, ao julgar o *habeas corpus* nº 652068/DF (2021/0075807-0), tenha admitido a possibilidade de citação do denunciado pelo aplicativo WhatsApp, desde que contenha elementos indutivos da autenticidade do destinatário, como número do telefone, confirmação escrita e foto individual, fato é que tal possibilidade ainda carece de um regramento legal e somente pode ser concretizada nos casos em que exista nos autos algum número de telefone do acusado que utilize o referido aplicativo, vale dizer, a citação pessoal do acusado continua a ser a regra na grande maioria dos processos que se apresentam nas Varas Criminais.¹¹

¹¹ “HABEAS CORPUS Nº 652068 – DF (2021/0075807-0)
RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS – DF009689
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE: CRISTHIANO STEFANIO DE FREITAS AGUIAR
INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
EMENTA

Recentemente, este signatário atuou como Promotor de Justiça junto à 38ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Situação corriqueira e que causava indignação era o fato de o investigado, solto na Audiência de Custódia e, posteriormente denunciado, não ser localizado para possibilitar a sua citação pessoal. Nesses casos, e acreditem, não eram poucos, o Ministério Público e o Poder Judiciário enfrentam uma verdadeira *via crucis* burocrática para tentar a localização do denunciado, a fim de viabilizar a sua citação pessoal.

Uma vez que se verifique que o acusado não foi localizado no endereço fornecido nos autos, ou que o Oficial de Justiça Avaliador informe que não é possível a realização da citação, por ser o local de risco para a sua integridade física – algo, infelizmente, bem comum na realidade carioca e de grandes cidades, situações em que o poder público fica impedido de entrar em diversas localidades –, é determinado pelo Juiz da Vara Criminal a expedição de ofícios de praxe para concessionárias de energia elétrica, de água, de telefonia, Câmara de Dirigentes Lojistas, Receita Federal, TRE, visando à localização do denunciado. Os já assoberbados Cartórios dos Juízos das Varas Criminais, assim, expedem diversos ofícios, juntados aos autos do processo, com a previsão de prazos para resposta. Evidente que as respostas levam tempo, muitas vezes, devendo ser determinada a reiteração dos ofícios porventura não respondidos dentro dos prazos fixados. Após a resposta de todos os ofícios, devidamente juntados aos autos, é necessário realizar uma análise dos endereços porventura fornecidos em todos os ofícios, a fim de verificar se foram diligenciados, de modo a evitar a repetição de diligências pelo Oficial de Justiça Avaliador.

Pois bem, caso verificado que existem endereços fornecidos não diligenciados, o Ministério Público requer e o Juízo Criminal determina que o OJA compareça a todos os endereços não diligenciados, a fim de tentar cumprir pessoalmente a citação do

HABEAS CORPUS. AMEAÇA NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AÇÃO PENAL. RÉU SOLTO. CITAÇÃO POR MANDADO. COMUNICAÇÃO POR APLICATIVO DE MENSAGEM (WHATSAPP). INEXISTÊNCIA DE ÓBICE OBJETIVO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE LIMITADA AOS CASOS EM QUE VERIFICADO PREJUÍZO CONCRETO NO PROCEDIMENTO ADOTADO PELO SERVENTUÁRIO. ART. 563 DO CPP. PRECEDENTES DESTA CORTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DA DILIGÊNCIA.

1. Em se tratando de denunciado solto – quanto ao réu preso, há determinação legal de que a citação seja efetivada de forma pessoal (art. 360 do CPP) –, não há óbice objetivo a que Oficial de Justiça, no cumprimento do mandado de citação expedido pelo Juízo (art. 351 do CPP), dê ciência remota ao citando da imputação penal, inclusive por intermédio de diálogo mantido em aplicativo de mensagem, desde que o procedimento adotado pelo serventuário seja apto a atestar, com suficiente grau de certeza, a identidade do citando e que sejam observadas as diretrizes estabelecidas no art. 357 do CPP, de forma a afastar a existência de prejuízo concreto à defesa. 2. No caso, o contexto verificado recomenda a renovação da diligência, pois a citação por aplicativo de mensagem (WhatsApp) foi efetivada sem nenhuma cautela por parte do serventuário (Oficial de Justiça), apta a atestar, com o grau de certeza necessário, a identidade do citando, nem mesmo subsequentemente, sendo que, cumprida a diligência, o citando não subscreveu procuração ao defensor de sua confiança, circunstância essa que ensejou a nomeação de Defensor Público, que arguiu a nulidade do ato oportunamente. 3. O andamento processual, obtido em consulta ao portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, indica que ainda não foi designada audiência de instrução em julgamento, ou seja, o réu ainda não compareceu pessoalmente ao Juízo, circunstância que, caso verificada, poderia ensejar a aplicação do art. 563 do CPP. 4. Ordem concedida para declarar a nulidade do ato de citação e aqueles subsequentes, devendo a diligência (citação por mandado) ser renovada mediante adoção de procedimentos aptos a atestar, com suficiente grau de certeza, a identidade do citando e com observância das diretrizes previstas no art. 357 do CPP.” (BRASIL, 2021)

denunciado. Não raras as vezes, são necessárias as expedições de cartas precatórias para serem cumpridas em outros Estados, ou mesmo em Comarcas distintas. Após a realização de todas as diligências, em todos os endereços fornecidos pelos órgãos respondidos, inclusive com a devolução de eventuais cartas precatórias, devidamente cumpridas pelos OJAs dos juízos deprecados, caso o denunciado não seja localizado, e tenham sido expedidas certidões de não localização do acusado, em cada uma das diligências realizadas, por cada um dos OJAs, poderá ser determinada a citação por edital do acusado¹² e, posteriormente, ultrapassado o prazo de 15 dias, sem o comparecimento do acusado, nem a constituição de advogado nos autos, serão aplicadas as determinações previstas no artigo 366 do CPP,¹³ quais sejam, suspensão do processo e do curso do prazo prescricional.

Ou seja, ficarão o processo e o curso do prazo prescricional suspensos, até: (I) o comparecimento espontâneo do acusado – o que, via de regra, não ocorre, já que pressupõe que o acusado tenha tomado ciência da acusação, após ler a publicação do edital da sua citação no Diário Oficial, algo, no mínimo, inusitado (artigo 365 e seu parágrafo único do CPP) –; (II) até que o acusado tenha o azar de ser preso novamente, pela prática de outra infração penal, ou pelo cumprimento de eventual mandado de prisão preventiva expedido pelo Juízo em seu desfavor, o que possibilitaria a sua citação pessoal (artigo 360 do CPP) ou; (III) que o prazo prescricional volte a fluir – embora controvertida a matéria na doutrina, recentemente, o STF pacificou a questão nos autos do Recurso Extraordinário nº 600.851, em sessão de julgamento de 07/12/2020.¹⁴

¹² “Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.” (BRASIL, 1941)

¹³ “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.” (BRASIL, 1941)

¹⁴ “A tese de repercussão geral aprovada foi a seguinte: “Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso.”

Ademais, o voto condutor do acórdão de lavra do Eminentíssimo Ministro Edson Fachin fixou balizas interpretativas relevantes nas razões de decidir para garantir a segurança jurídica em relação ao art. 366 do CPP:

(i) diante da lacuna legislativa, afigura-se constitucional limitar o período de suspensão do processo e do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime (CP, art. 109), nos termos da súmula nº 415/STJ, bem como se adota tal parâmetro por guardar proporcionalidade entre a pena cominada ao crime e sua gravidade e o respectivo período de suspensão;

(ii) revendo seus precedentes, alterou a jurisprudência da corte, para fixar o entendimento de que somente a Constituição Federal pode prever casos de imprescritibilidade de crimes, não sendo possível ao legislador ordinário estabelecer novos casos de imprescritibilidade;

(iii) para fixar a orientação segundo a qual, após a suspensão do processo pelo tempo previsto no art. 109 do Código Penal, de acordo com a pena máxima de cada infração penal, não haverá prosseguimento do processo sem a citação efetiva do réu, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa previstos na Constituição Federal (art. 5º, LIV e LV) e ao direito subjetivo à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada contra si, assim como a autodefesa e à constituição de defensor, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, item 2, alíneas “b” e “d”), e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, item 3, alíneas “a” e “d”).

Confira-se a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSO PENAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 438: LIMITAÇÃO DE PRAZO DE PRESCRIÇÃO E SUSPENSÃO DO PROCESSO EM CASO DE INATIVIDADE

Em resumo, no caso da hipótese (III), aventada no parágrafo anterior, à luz dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais acima, a forma de cálculo da suspensão do processo e da prescrição decretada com fundamento no art. 366 do CPP pode ser descrita nas palavras do professor Aury Lopes Junior:

Adotando-se esse entendimento, não comparecendo o réu, após a citação editalícia, deverá ser suspenso o processo e a prescrição, sendo essa última suspensão pelo período de tempo correspondente ao da prescrição pela pena em abstrato (para tanto, deve-se verificar a pena máxima do tipo penal e buscar, no art. 109 do CP, o respectivo lapso prescricional). Após esse período, a prescrição voltaria a correr de novo. Ou seja, suspende primeiro por um período de tempo e, depois, permanece suspenso o processo, mas volta a fluir a prescrição. Por exemplo: diante de um processo por crime de furto, cuja pena máxima é de 4 anos, a prescrição opera em 8 anos (art. 109, IV, do CP). Significa que se o réu não for encontrado, o prazo prescricional (e o processo) ficará suspenso por 8 anos, voltando a correr normalmente a partir do implemento desse prazo. Portanto,

PROCESSUAL DECORRENTE DE CITAÇÃO POR EDITAL. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 109 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 415 DO STJ. ART. 5º, INCISOS XLII e XLIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VEDAÇÃO DE PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO (ART. 5º, INCISO XLVII, ALÍNEA B). DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL (ART. 5º, INCISO LIV, CF). AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LV, CF). DIREITO DE AUTODEFESA. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. PACTO DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. PRECEDENTE DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ressalvados os crimes de racismo e as ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático listados no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal, a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro é de que as pretensões penais devem ser exercidas dentro de marco temporal limitado. Histórico da prescrição no Direito pátrio. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. A vedação de *penas* de caráter perpétuo, a celeridade processual e o devido processo legal substantivo (art. 5º, incisos XLVII, b; LXXVIII; LIV) obstem que o Estado submeta o indivíduo ao sistema de persecução penal sem prazo previamente definido.

3. Com exceção das situações expressamente previstas pelo Constituinte, o legislador ordinário não está autorizado a criar outros casos de imprescritibilidade penal.

4. O art. 366 do Código de Processo Penal, ao não limitar o prazo de suspensão da prescrição no caso de inatividade processual oriunda de citação por edital, introduz hipótese de imprescritibilidade incompatível com a Constituição Federal.

5. Mostra-se em conformidade com a Constituição da República limitar o tempo de suspensão prescricional ao tempo máximo de prescrição da pena em abstrato prevista no art. 109 do Código Penal para o delito imputado. Enunciado sumular n. 415 do Superior Tribunal de Justiça.

6. Afrenta as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal) o prosseguimento do processo penal em caso de inatividade processual decorrente de citação ficta. Direito subjetivo à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada contra si, assim como à autodefesa e à constituição de defensor. Previsões da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 8º, item 2, alíneas “b” e “d”) e do Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 14, item 3, alíneas “a” e “d”). 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese: Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso. (RE 600.851/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, votação unânime, julgamento finalizado na sessão de 07/12/2020, tema 438 da repercussão geral)” (SANTANA, 2021)

a efetiva extinção da punibilidade somente ocorrerá após 16 anos. É quase o mesmo que estabelecer uma prescrição em dobro. (...)

Com a decisão que aplica o art. 366, opera-se uma suspensão da prescrição, de modo que, quando o prazo prescricional voltar a fluir (após os primeiros 8 anos, no exemplo acima), devemos retomar a contagem considerando aqueles meses de tramitação inicial do processo. Isso porque, quando se suspende o prazo, ele volta a correr pelo tempo restante, ou seja, considera-se o período entre o recebimento da denúncia e a decisão que determinou a suspensão. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 602-603)

Fácil perceber que toda essa burocracia para tentar concretizar a citação pessoal do réu, custa dinheiro público (gastos com combustíveis dos automóveis que transportam os OJAs, gastos com a manutenção desses automóveis, gastos com tinta e papel para impressão dos ofícios e dos mandados citatórios, com a expedições de cartas precatórias etc.) e, claro, gasta-se tempo, muito tempo, não só do Juiz, do Promotor de Justiça, dos serventuários do cartório do Juízo, do Ministério Público, e dos Oficiais de Justiça Avaliadores, mas também das empresas concessionárias e demais destinatárias dos ofícios enviados que, não raras as vezes, devem manter um departamento exclusivamente dedicado ao envio das respostas aos ofícios expedidos pela Justiça.

Nessas idas e vindas do processo criminal para respostas aos ofícios expedidos, reiteraões dos ofícios, expedições e devoluções de cartas precatórias, análises dos ofícios respondidos e cumprimento de diligências para viabilizar a citação pessoal do denunciado, além das suspensões do processo e do prazo prescricional, no caso da citação por edital, o tempo corre, e a resposta estatal para o crime praticado se alonga no tempo, dando aquela sensação de impunidade no seio social, sem a devida resposta estatal para as infrações penais cometidas.

Toda essa burocracia, todo gasto de energia e de tempo, todo dinheiro público despendido para tentar localizar o denunciado com o fito de citá-lo pessoalmente, poderiam, na grande maioria dos casos, ser evitados, caso a citação pessoal do denunciado fosse concretizada na Audiência de Custódia, após o recebimento da denúncia pelo respectivo Juízo, permitindo, assim, que o processo criminal siga o seu trâmite natural, ainda que o acusado decida não mais comparecer aos atos posteriormente designados, ou se mude de endereço, sem prévia comunicação ao Juízo,¹⁵ evitando-se, assim, a aplicação do artigo 366 do CPP e, conseqüentemente, a ocorrência de crimes sem uma resposta estatal correlata, ou seja, a impunidade.

¹⁵ "Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo." (BRASIL, 1941, CPP)

2.5. Do respeito às garantias constitucionais processuais penais do acusado

Importante destacar que todas essas inovações que o presente artigo científico pretende propor, com a possibilidade de concentração desses atos processuais na Audiência de Custódia, devem sempre respeitar todas as garantias constitucionais processuais penais do conduzido. Nesse sentido, verifica-se que todos os atos processuais são praticados na presença do investigado e da sua defesa técnica, aos quais deve ser garantida a possibilidade de se manifestarem, a qualquer momento, sobre qualquer ilegalidade, diretamente, ao Juiz da Custódia. Poderão o conduzido e sua defesa técnica, ainda, alegar qualquer ilegalidade porventura ocorrida no decorrer da Audiência de Custódia, posteriormente, ao Juiz da Vara Criminal, após a distribuição do processo, bem como socorrerem-se dos remédios constitucionais e/ou dos recursos processuais penais contra decisões que entendam ilegais ou desarrazoadas. Não se vislumbra, portanto, nas inovações ora propostas, qualquer prejuízo à defesa do conduzido.

Importante repisar, ainda, de modo a espancar qualquer dúvida, que a finalidade precípua da Audiência de Custódia, e que motivou a sua implantação no Brasil, qual seja, a verificação da legalidade e higidez da prisão cautelar do conduzido, deve, obviamente, ser mantida. Não pretendem as inovações, ora propostas, retirar da Audiência de Custódia o próprio motivo da sua existência. O que se propõe é que, uma vez cumprida a finalidade principal da Audiência de Custódia e, aproveitando-se a reunião de todos os atores do processo, seja viabilizada a realização de outros atos processuais, com enorme economia de tempo, energia e dinheiro público, respeitando-se todas as garantias constitucionais do conduzido.

Postas essas premissas, ainda assim, algumas críticas salutares às proposições inovadoras elencadas no presente artigo científico poderiam surgir: por que esse açodamento? Por que possibilitar ao Ministério Público oferecer denúncia na Audiência de Custódia, de maneira precipitada e sem dar tempo de formar a sua *opinio delicti*, de modo a permitir uma correta capitulação penal dos fatos e, consequentemente, que o Estado exerça o seu *jus puniendi* em sua plenitude? Não estaríamos diante de uma “justiça express”?

Insta aqui lembrarmos que a realização dos atos concentrados na Audiência de Custódia é facultativa. A título exemplificativo, suponha-se uma investigação sobre uma associação criminosa, especializada em tráfico de entorpecentes e roubos de cargas. No bojo do inquérito policial são investigados 15 indivíduos e a Autoridade Policial que o preside representa pela quebra dos sigilos telefônicos de todos os investigados. Os autos do Inquérito Policial são distribuídos ao Juiz da Vara Criminal que, em razão dos elementos probatórios existentes nos autos do Inquérito Policial, decreta as quebras dos sigilos telefônicos e devolve os autos à Autoridade Policial para dar continuidade às investigações.

Pois bem, após o transcurso de um ano, com base nas provas colhidas pelas interceptações telefônicas, devidamente autorizadas pela autoridade judicial competente, o Delegado de Polícia representa pelas decretações das prisões temporárias dos 15 investigados e o Juiz prevento da Vara Criminal, após o parecer

favorável do Ministério Público, as decreta. Esses 15 mandados de prisões temporárias são devidamente cumpridos e os 15 investigados são conduzidos à Audiência de Custódia. Logicamente, no caso do exemplo, o juízo e o membro do *Parquet* atuantes na Audiência de Custódia limitar-se-ão a verificar a legalidade e a higidez das prisões temporárias cumpridas, com o posterior envio dos autos ao Juiz prevento da Vara Criminal. Dada a complexidade das investigações policiais, com a juntada de diversas transcrições das interceptações telefônicas realizadas, bem como diante da existência de diversos investigados, evidentemente, fica inviabilizada uma análise mais profunda das provas acostadas aos autos do Inquérito Policial e, conseqüentemente, o oferecimento da denúncia, o recebimento e a citação dos investigados na Audiência de Custódia (no exemplo, não caberia o Acordo de Não Persecução Penal, diante da natureza dos crimes imputados aos investigados).

Todavia, nos casos corriqueiros de prisões em flagrante como furtos, estelionatos, roubos, tráficos de entorpecentes, portes de armas – que representam a maioria dos casos que são apresentados nas Audiências de Custódia –, a denúncia é relativamente simples de ser elaborada, pois é baseada, via de regra, nas provas colhidas em sede policial, por ocasião da lavratura do flagrante, quais sejam, depoimentos de eventuais vítimas/lesados, testemunhas, policiais que realizaram a prisão em flagrante e eventuais provas técnicas já acostadas aos autos do flagrante. Esses elementos probatórios, já analisados pelo MP e pelo Juízo, na ocasião da Audiência da Custódia, serão, na grande maioria dos casos, exatamente os mesmos que serão analisados pelo MP e Juízo ao receberem o auto de prisão em flagrante, agora já distribuído à Vara Criminal, não ocorrendo, em regra, a juntada de novas provas nesse ínterim. Não há, portanto, qualquer prejuízo à qualidade da prova penal colhida até então, permitindo que o membro do Ministério Público atuante na Custódia forme a sua *opinio delicti* de maneira segura e plena, lembrando que, posteriormente, já no curso do processo, sempre haverá a possibilidade de aplicação dos artigos 383 e 384 do CPP.¹⁶

¹⁶ “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.” (BRASIL, 1941)

3. Conclusão

À guisa de conclusão, o presente artigo pretendeu demonstrar que a possibilidade de realização de outros atos processuais, como o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal e, subsidiariamente, o oferecimento da denúncia, o seu recebimento e a concretização da citação pessoal durante a realização da Audiência de Custódia, é medida salutar e benéfica para a persecução criminal.

Conforme demonstrado no corpo do presente artigo, as inovações propostas trazem benefícios práticos incontestes, na medida em que se evita a realização de diversos atos processuais posteriores e dispendiosos para o Estado, como a busca do investigado para ser notificado a comparecer à “audiência” com o Promotor de Justiça, a fim de possibilitar o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, ou, no caso de incabível, ou não aceito, na burocrática e dispendiosa busca para localização do denunciado, a fim de concretizar a sua citação pessoal, contribuindo, dessa forma, para uma persecução criminal mais célere e mais barata para o Estado.

Além disso, evita-se, em diversos casos concretos, a citação por edital, com a aplicação do artigo 366 do CPP e, conseqüentemente, a prática de infrações penais sem a devida e necessária resposta penal estatal, com a inevitável diminuição da impunidade, contribuindo para que os processos criminais tenham uma duração razoável, e não se alonguem no tempo, sem uma resposta penal do Estado para o crime praticado, tudo isso sem prejuízo ao respeito aos direitos e às garantias fundamentais do investigado e sua defesa técnica.

Por último, importante frisar que as alterações elencadas no presente artigo científico dependem, unicamente, da edição de atos normativos pelo Presidente do Tribunal de Justiça e pelo Procurador-Geral de Justiça (no caso das Justiças Estaduais), a fim de outorgar as respectivas competências e atribuições para que Juízes e Promotores que atuam nas Audiências de Custódia possam realizar os atos processuais ora propostos.

Bibliografia

ADPF 347. In: *WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=ADPF_347&oldid=59068070. Acesso em: 17/08/2022.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689, 1941* (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23/05/2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16/05/2022.

_____. *Decreto Nº 592, 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 16/05/2022.

_____. *Decreto Nº 678, 1992b*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16/05/2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 213, 2015*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf. Acesso em: 16/05/2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 254, 2018*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_254_04092018_05092018142446.pdf. Acesso em: 23/05/2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 357, 2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf>. Acesso em: 23/05/2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus Nº 652068*. Paciente: Cristhiano Stefano de Freitas Aguiar. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Distrito Federal, 27 de setembro 2021.

LOPES JR., A.; PAIVA, C. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 9, p. 154-174, 2014.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2020.

SANTANA, Danilo Rodrigues. Suspensão do processo e da prescrição – art. 366 do CPP: controvérsia sobre o prazo e forma de cálculo. In: *Jusbrasil*. Texto publicado em 30 de março de 2021. Disponível em: <https://danilorodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/1186069972/suspensao-do-processo-e-da-prescricao-art-366-do-cpp-controversia-sobre-o-prazo-e-forma-decalculo#:~:text=A%20tese%20de%20repercuss%C3%A3o%20geral,prescri%C3%A7%C3%A3o%20da%20pena%20m%C3%A1xima%20em>. Acesso em: 24/05/2022.

SOUZA, Renee do Ó. *Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. São Paulo: D'Plácido, 2020.

Sintomas de anomia e reflexos da impunidade no controle social exercido pelo Direito Penal brasileiro

Symptoms of anomie and reflexes of impunity in social control exercised by Brazilian Criminal Law

Huston Daranny Oliveira*

Sumário

1. Introdução. 2. O controle social nas Teorias Sociológicas do Consenso. 3. A Teoria da Anomia nas vertentes de Émile Durkheim e Robert King Merton. 4. Sintomas de anomia e reflexos da impunidade no controle social exercido pelo Direito Penal brasileiro. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo analisa a importância das teorias sociológicas do consenso na investigação da etiologia do fenômeno criminal, dando especial destaque para a teoria sociológica da anomia. Analisa-se a relação entre os estudos de Émile Durkheim e Robert King Merton, os índices de impunidade constatados no Estado brasileiro e o consequente impacto desses fenômenos para o controle social. Partindo da base funcionalista das teorias, o trabalho utiliza a metodologia bibliográfica para identificar as principais características de cada vertente da anomia, avançando, em conclusão, para a propositura de uma nova concepção de estudo. Diante dos impactos sociais e jurídicos da impunidade, verifica-se que esse fato social possui o condão de criar e intensificar a incidência de comportamentos desviantes. Ademais, não são apenas as incongruências entre metas culturais e meios institucionalizados que estão relacionadas à anomia. Isso porque a impunidade, como fenômeno social de indubitável danosidade, acarreta também um sentimento social de anomia, contribuindo para a multiplicação da ocorrência de delitos.

* Especialista em Direito Administrativo pela *Faculdade Internacional Signorelli*. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá, em parceria com o Complexo de Ensino Renato Saraiva. Especialista em Criminologia pelo Centro Universitário FAVENI. Servidor Público. Coordenador de Compras e Contratos do Instituto Federal do Norte de Minas Gerais.

Abstract

This article analyzes the importance of sociological theories of consensus in the investigation of the etiology of the criminal phenomenon, giving special emphasis to the sociological theory of anomie. The relationship between the studies of Émile Durkheim and Robert King Merton, the rates of impunity found in the Brazilian State, and the consequent impact of these phenomena on social control are analyzed. Starting from the functionalist basis of the theories, the work uses the bibliographic methodology to identify the main characteristics of each aspect of anomie, advancing, in conclusion, to the proposition of a new conception of study. Given the social and legal impacts of impunity, it appears that this social fact has the power to create and intensify the incidence of deviant behavior. Furthermore, it is not just the incongruities between cultural goals and institutionalized means that are related to anomie. This is because impunity, as a social phenomenon of undoubted harmfulness, also entails a social feeling of anomie, contributing to the multiplication of the occurrence of crimes.

Palavras-chave: Anomia. Controle social. Criminologia. Direito Penal.

Keywords: Anomie. Social control. Criminology. Criminal Law.

1. Introdução

Não se duvida da existência de um sentimento geral de insegurança e impunidade no seio da sociedade brasileira. O que costuma variar, em verdade, são os apontamentos acerca da etiologia desse fenômeno criminal e das melhores estratégias para combater os índices anormais de criminalidade, notadamente no que se refere a delitos violentos, de colarinho branco, e perpetrados por organizações criminosas.

Tendo a busca por pacificação social assumido posição de destaque nas sociedades pós-modernas, torna-se relevante buscar mecanismos de controle social cada vez mais compatíveis com os avanços da ciência criminológica. É tempo de resgatar certos valores construídos e conquistados ao longo da história do pensamento criminológico, sem prejuízo das críticas que lhes foram direcionadas por outras correntes de pensamento, para que, enfim, seja possível alcançar a evolução social que tanto se espera.

Ao utilizar como referência os estudos de Émile Durkheim e Robert King Merton acerca da teoria da anomia, bem como os impactos de um controle social formal – assaz deficiente – exercido pelo Direito Penal brasileiro, o artigo aborda a temática de como a impunidade contribui para a formação de uma cultura de anomia no contexto social brasileiro.

Diante das conclusões obtidas, e ao entender o crime como um fenômeno social, são apresentadas novas compreensões sobre a teoria da anomia. Se, por um lado, o desequilíbrio social e a ausência transitória de normas (Durkheim), bem como

as dificuldades de conquista das metas culturais (Merton), levam a sociedade ao estado de anomia, verifica-se, por outro lado, que a impunidade atua com dupla função negativa: reforçando a anomia (sendo causa dela) e contribuindo para a incidência de comportamentos desviantes (como consequência deles).

O trabalho pretende, então, defender a importância das teorias sociológicas do consenso (em especial a anomia) na busca por pacificação social. De forma específica, busca-se demonstrar que o controle social formal, exercido adequadamente pelo Direito Penal, pode contribuir para o alcance de níveis toleráveis de criminalidade, reduzindo a impunidade e, por via de consequência, impedindo a sensação de anomia.

Desenvolvido com base em pesquisa bibliográfica, o artigo trata de informações científicas de ordem criminológica, almejando alcançar reflexões de política criminal. Uma vez compreendido o cerne da abordagem, pretende-se ratificar e alicerçar paradigmas acerca da importância das teorias criminológicas de base funcionalista para orientação do poder público quanto à definição de estratégias eficientes de combate à criminalidade.

O trabalho parte de uma análise sobre o controle social com base nas teorias sociológicas do consenso até chegar no seu enfoque, qual seja: estudar as concepções de anomia nas vertentes de Émile Durkheim e de Robert King Merton. Em seguida, trata-se dos sintomas de anomia percebidos no controle social formal desempenhado pelo Direito Penal brasileiro, dedicando-se, principalmente, às relações existentes entre o sentimento de anomia e a impunidade.

2. O controle social nas Teorias Sociológicas do Consenso

As teorias sociológicas, ao contrário das de nível individual (bioantropológicas e psicológicas), procuram entender e explicar o crime como fenômeno social. Analisam o estudo das causas (etiologia criminal) e a reação social, buscando estudar o quanto a sociedade é responsável pela formação do crime. Por sua vez, as teorias sociológicas dividem-se em teorias do consenso e teorias do conflito.

As teorias do conflito, de base argumentativa, entendem que a ordem social é fundamentada na força e na coerção de uma classe dominante, resultando na sujeição do restante da sociedade. Destacam-se como referências e expoentes a Teoria do Etiquetamento ou *Labeling Approach* (Erving Goffman e Howard Becker); a Teoria do Conflito Social Marxista, Radical ou Crítica (William Chambliss, Ian Taylor, Paul Walton, Jock Young, Alessandro Baratta, Eugênio Raul Zaffaroni, Juarez Cirino dos Santos, Nilo Batista); bem como a Teoria do Conflito Social Não Marxista.

Já as teorias do consenso, de base funcionalista, partem do pressuposto de que a finalidade da sociedade é atingida quando as instituições funcionam perfeitamente com regras bem estabelecidas e aceitas pelo corpo social. São referências e expoentes a Escola de Chicago (Robert Ezra Park, Ernest Burgess, Clifford Shaw, Henry McKay); a Teoria da Subcultura Delinquente (Albert Cohen); a Teoria da Associação Diferencial

(Edwin Sutherland); e a Teoria da Anomia (Émile Durkheim e Robert King Merton), na qual se concentra este trabalho.

Nesse sentido, entende-se que “a sociedade não é apenas um objeto que atrai para si, com intensidade desigual, os sentimentos e a atividade dos indivíduos. Também é um poder que os regula.” (DURKHEIM, 2000, p. 303)

As teorias sociológicas do consenso defendem que a pacificação social é um fim a ser atingido, o que acontecerá quando os instrumentos de regulação (controle social) estiverem funcionando adequadamente, permitindo que os integrantes da comunidade possam viver e exercer suas funções com a expectativa real e constante de receber em troca a tranquilidade e a harmonia que o Estado lhes promete. Vale dizer:

A regulação social pressupõe um permanente processo de comunicação ou interação social pautado em expectativas recíprocas das pessoas que compõem o corpo de uma comunidade, expectativas estas que se resumem na crença de respeito às normas de convivência social, reguladas ou não pelo direito. (GUIMARÃES, 2013, p. 04)

Essa regulação é exercida pelo que a criminologia assume como um de seus objetos de estudo, a saber, o controle social. Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2013) ensinam que o controle social tem como finalidade manter os indivíduos subordinados a um padrão definido pelo Estado através de instituições, estratégias e normas sancionatórias. Prosseguem os autores, diferenciando o controle social formal do controle social informal. Este, realizado por instituições e mecanismos não oficiais, como educação, trabalho, igreja, mídia e outros meios de regulação social. Aquele, exercido através de normas legais, sempre negativas e frequentemente estigmatizantes.

Entre os mecanismos de controle social formal, destaca-se o controle social penal, efetivado pelas normas e sanções próprias do Direito Penal. Claudio Alberto Gabriel Guimarães (2013, p. 17) explica que essa estratégia de controle se justifica com vistas a assegurar paz, segurança e convivência social harmônica aos membros da sociedade, bem como para impedir imposições injustas dos mais fortes sobre os mais fracos, evitando arbitrariedades. Logo, se não fosse a interferência estatal, não haveria ordem e a convivência interpessoal seria marcada pelo caos.

3. A Teoria da Anomia nas vertentes de Émile Durkheim e Robert King Merton

A teoria da anomia desponta-se como um dos mais significativos expoentes das teorias sociológicas do consenso, considerando o crime como um fenômeno natural e social, que provoca problemas sociais apenas quando atinge níveis anormais, os quais seriam causados por uma mentalidade de anomia.

Conforme Cristiano Menezes (2020, p. 12), a principal base teórica da teoria é apresentada pelo sociólogo francês Émile Durkheim, que considerava o crime como um fenômeno social normal em qualquer sociedade, até porque seria impossível existir uma comunidade na qual não se verificasse a incidência de delitos. Acontece que o autor vai além, dizendo que o crime é, em verdade, necessário para a coesão social. Isso porque a sociedade poderia ficar estagnada e até deteriorada sem a sua ocorrência. Significa dizer que o delito, em níveis normais, é funcional. Porém, ultrapassando os limites toleráveis, resulta em desorganização e perda de efetividade das normas sociais.

Para Émile Durkheim (2000, p. 311), a paz social só pode existir em níveis satisfatórios se houver uma relação adequada entre as necessidades individuais e os meios disponibilizados para obtê-las. Ao contrário, se a sociedade exige dos indivíduos mais do que pode oferecer, tem-se um conflito social constante, marcado pela infelicidade e pela dor dos seus integrantes.

Seja qual for o prazer que o homem tenha em agir, em se mover, em fazer esforço, é preciso que ele sinta que seus esforços não são vão e que andando ele avança. Ora, não avançamos quando andamos na direção de nenhum objetivo ou, o que dá na mesma, quando o objetivo na direção do qual andamos está no infinito. Quando a distância a que estamos dele continua a mesma por mais que tenhamos caminhado, é como se nós tivéssemos movido esterilmente, sem sair do lugar. (DURKHEIM, 2000, p. 313-314)

A base filosófica da teoria desenvolvida por Émile Durkheim (2000, p. 313) consiste em limitar as necessidades individuais (paixões), harmonizando-as com os direitos e instrumentos disponibilizados socialmente. Para esse propósito, é necessária a existência de uma força externa ao indivíduo, capaz de implantar no corpo social valores morais suficientes para a manutenção do equilíbrio da sociedade. Essa consciência viria de uma autoridade superior (a própria sociedade – através dos seus mecanismos de coerção), responsável por estabelecer normas, demarcar limites às paixões individuais, e oferecer recompensas aos integrantes que obedecem aos padrões definidos.

Noutro giro, mas baseado nas mesmas influências ontológicas, surgem os estudos do sociólogo estadunidense Robert King Merton. Hélio Pinheiro Pinto (2017, p. 42) esclarece que Merton desenvolveu sua tese de anomia em meados do século XX, no contexto do *american dream*, no qual a sociedade dos Estados Unidos da América vivia uma busca constante por sucesso, bem-estar, progressão social e evolução financeira. A intensificação do consumismo e a incessante busca por riquezas impedia a estagnação social e gerava desenvolvimento. Afinal, do ponto de vista formal, os benefícios estariam ao alcance de todos, desde que lutassem para alcançá-los.

Entretanto, na ótica da realidade, a inexistência de meios e recursos suficientes para garantir o sucesso e a prosperidade de todos acabava por gerar um ambiente de insatisfação e frustração por parte de quem não se via contemplado pelos privilégios das classes mais abastadas. Tal situação seria responsável por levar esse conjunto de indivíduos “desprivilegiados” à prática de ilícitos.

Nas palavras do próprio autor, “a estrutura social que temos examinado produz uma tendência à anomia e ao comportamento divergente” (MERTON, 1970, p. 231), impulsionando as seguintes constatações:

Apesar de nossa persistente ideologia de “oportunidades iguais para todos,” o caminho para o êxito é relativamente fechado e notavelmente difícil para os que têm pouca instrução formal e poucos recursos. A pressão dominante conduz à atenuação da utilização das vias legais, mas ineficientes, e ao crescente uso dos expedientes ilegítimos, porém mais ou menos eficientes. A cultura dominante faz exigências incompatíveis para os indivíduos situados nas camadas inferiores da estrutura social. De um lado, a eles se pede que orientem sua conduta em direção à expectativa da grande riqueza: – “Que cada homem seja um rei,” diziam Marden, Carnegie e Long – e do outro lado, a eles se negam, em larga medida, as oportunidades efetivas de assim fazer dentro das instituições vigentes. A consequência desta inconsistência estrutural é uma grande porcentagem de comportamento transviado. (MERTON, 1970, p. 219)

Justamente nesse sentido reconhece-se que “a desproporção que pode existir entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcançá-los, está na origem dos comportamentos desviantes.” (BARATTA, 2002, p. 63)

Na visão de Robert King Merton, portanto, a gênese dos delitos está no descompasso entre as exigências de uma sociedade demasiadamente consumista e os recursos efetivamente conferidos pelo Estado para o atingimento das metas sociais. A incongruência entre o que é exigido ou prometido e o que é, de fato, oferecido, gera insatisfações individuais e instabilidade social.

Nestor Sampaio Penteado Filho (2012, p. 89) explica que a estrutura de anomia defendida por Merton passa pela compreensão de dois pontos conflitantes: de um lado, as metas culturais estabelecidas pela sociedade (*status* social, fama, riqueza, poder etc.); de outro lado, os meios institucionalizados (escola, trabalho etc.). O hiato existente entre esses dois institutos gera condutas desviantes.

De acordo com Cristiano Menezes (2020, p. 12), nesse ambiente de anomia, as pessoas se sentem desamparadas e impossibilitadas de conquistar seus objetivos.

Assim, como os meios legais não garantem instrumentos legítimos para o alcance das metas, os indivíduos, pressionados pelo corpo social, acabam escolhendo meios ilegais para alcançarem os fins que lhes foram prometidos.

Ocorre que, a despeito de tais constatações, nem todos os indivíduos que não atingem as metas culturais acabam se envolvendo com o fenômeno delitivo. Afinal, as personalidades são diferentes e as influências sociais produzem resultados distintos em cada integrante da comunidade. Por isso Merton classifica cinco tipos de adaptação individual à anomia, quais sejam: conformidade, inovação, ritualismo, evasão e rebeldia.

Quanto aos três primeiros tipos (conformidade, inovação e ritualismo), Nestor Sampaio Penteado Filho (2012, p. 90-91) leciona o que se segue. A conformidade é marcada pela adesão dos indivíduos aos meios institucionalizados, sem ocorrência de comportamentos desviantes. A inovação ocorre quando os indivíduos, apesar de aceitarem as metas culturais, acabam não aceitando os meios institucionalizados por perceberem que nem todos os recursos estão à sua disposição, levando à prática de delitos para alcance das metas culturais. O ritualismo, por sua vez, é o comportamento de quem renuncia metas culturais, acreditando que jamais as atingirá.

Quanto aos dois últimos tipos (evasão e rebeldia), Hélio Pinheiro Pinto (2017, p. 45-46) explica o que se segue. Evasão, apatia ou retraimento é a renúncia tanto às metas culturais, realizada pelo indivíduo que desiste de buscar o sucesso violando normas, resultando em uma postura de completa fuga com renúncia dos fins e dos meios (pessoa não socializada). Já a rebeldia é o tipo de adaptação de quem renuncia aos objetivos culturais e às normas institucionais através de posturas inconformistas e de revolta, associadas a crimes com motivação política e manifestações violentas.

Martin Ramalho de Freitas Leão Rego (2019, p. 217), em interessante interpretação sobre o tema, aduz que a rebeldia é a forma de adaptação individual mais associada à criminalidade e à violência. Essa relação seria ainda mais perceptível no Brasil, com o movimento que ficou conhecido como “cangaço” e com os casos de crime organizado e de “Estados paralelos.”

Por fim, é importante ressaltar as diferenças entre os pensamentos de Émile Durkheim e Robert King Merton quanto à teoria da anomia. Com esse propósito, trabalha Hélio Pinheiro Pinto (2017, p. 41-42) ao diferenciar os trabalhos dos dois autores da seguinte maneira: enquanto Durkheim tem uma concepção naturalista do delito, Merton adota a ideia de determinismo sociológico. Durkheim acreditava que as classes mais abastadas estariam mais propensas às influências da força anômica. Já Merton pensava que a anomia atingia com maior força os membros de classes menos favorecidas. Durkheim defendia que a desregulação social acarretava aspirações infinitas por parte dos indivíduos, enquanto Merton pensava de forma inversa: para ele, as aspirações ilimitadas é que levavam ao desregramento normativo (anomia).

4. Sintomas de anomia e reflexos da impunidade no controle social exercido pelo Direito Penal brasileiro

Como visto, enquanto Émile Durkheim defendia que a desregulação social (anomia) acarretava aspirações infinitas – e desejos irrealizáveis – por parte dos indivíduos, Robert King Merton sustentava um caminho sistêmico oposto, pois para ele as aspirações ilimitadas é que levavam ao desregramento normativo (anomia). Para o primeiro, a anomia, como desregulação social, era causa de um estágio social de desejos descontrolados e de satisfação impossível, que geraria casos de desvios legais. Para o segundo, a anomia seria consequência do processo social de insatisfação por aspirações não atingidas. É o que se extrai do seguinte excerto:

Presente a intensa pressão social para o cumprimento das ilimitadas metas culturais a qualquer custo (fins ilimitados), mas, por outro lado, ausentes as oportunidades suficientes para legitimamente perseguir aquele sonho (meios limitados) —, nasce, desse conflito socialmente determinado, uma relação de tensão que acabaria por gerar condutas desviantes, ensejando o rompimento das normas ou seu completo desprezo, o que viria a ser a definição de anomia para Merton. Como se vê, a anomia não decorreria da ausência transitória de normas, como defendia Durkheim, mas da grande ênfase dada às metas, que, somada à frustração derivada do bloqueio de oportunidades, acabaria por se atribuir pouca ou nenhuma relevância à licitude dos meios utilizados. (PINTO, 2017, p. 43-44)

Diante disso, o que este trabalho pretende acrescentar é que o fenômeno social de anomia também é causado pelo sentimento de impunidade.¹ E mais: a impunidade, notadamente pelo que se observa no contexto social brasileiro, não apenas gera um sentimento de anomia, como também o reforça e, em um segundo momento, o ambiente de anomia passa a gerar e reforçar a própria impunidade. É como um ciclo vicioso.

Parte da sociedade se vê frustrada pela incongruência existente entre as metas culturais e os meios institucionalizados, o que gera um ambiente de anomia. Outra parte da sociedade, envolta em um ambiente de impunidade, acaba perdendo o compromisso social com as normas, o que também gera anomia.

Quando as pessoas veem que as normas sociais não são integralmente seguidas, e que essa desobediência muitas vezes não gera consequências (sanções), o corpo

¹ Embora a impunidade seja um fato incontestável na realidade social brasileira, cita-se, apenas a título de exemplificação, que o país possui taxa média de esclarecimento de homicídios de apenas 22,4%, conforme Monitor da Violência; ocupa a posição 94 no ranking do Índice de Percepção de Corrupção da Transparência Internacional; e que, entre os 194 países do Sistema ONU, o Brasil é o único que não possui prisão em primeira ou segunda instância.

social passa a desprezar as regras existentes, gerando um ambiente de descrédito e desordem, o qual igualmente pode ser identificado como o fenômeno da anomia.

Conforme Nestor Sampaio Penteado Filho (2012, p. 89), a não obtenção das metas culturais pela inexistência de meios institucionalizados compatíveis acaba por acarretar comportamentos sociais em que as normas são ignoradas ou desprezadas. É o mesmo que se verifica quando a sociedade é marcada pela impunidade.

Nas palavras de Michel Foucault, filósofo francês e autor do célebre *Vigiar e Punir*, “nada torna mais frágil o instrumento das leis que a esperança de impunidade; como se poderia estabelecer no espírito dos jurisdicionados um laço estreito entre um delito e uma pena, se viesse afetá-lo um certo coeficiente de improbabilidade?” (FOUCAULT, 1997, p. 52)

Em reforço argumentativo, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, na sempre lembrada obra “Dos Delitos e Das Penas,” obtempera que em um estágio de desprezo às normas de regulação social são necessárias penas fortes o suficiente para repelir os comportamentos desviantes e manter a coesão social:

O rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso, é necessário o raio, cujo ruído só faz irritá-lo. Mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas. (BECCARIA, 2001, p. 31-32)

Trata-se, aliás, de uma questão de justiça e proporcionalidade. É dar a cada um o que é seu,² punindo com força e convicção atitudes fortemente ameaçadoras à existência social em padrões razoáveis de civilidade e decência, tais como a corrupção e a criminalidade violenta; e punindo de forma branda (mas sem deixar de punir, para que se lembre da existência da lei) comportamentos menos danosos ao corpo social, tais como infrações de trânsito e delitos com ação penal de iniciativa privada.

Em comunidades onde as pessoas estão mais distantes da ordem social, a lei deve atuar como meio eficaz de coerção, reforçando em todos a ideia de que o compromisso de respeito aos direitos do próximo (vida, saúde, integridade, propriedade, liberdade etc.) é o que possibilita a existência da sociedade. Se, porém, em um ambiente social marcado pelo completo desrespeito aos mecanismos de coerção, onde a lei e nada valem quase a mesma coisa, e os níveis de impunidade ultrapassam – em muito – o limite do razoável, as sanções deixam de ser aplicadas

² Justiça, na concepção de Santo Agostinho, seria justamente “dar a cada um o que é seu.”

aos infratores, o sentimento de anomia torna-se capaz de subverter a ordem e gerar um contexto de perigosíssima instabilidade social.

É certo também que o Direito Penal não é um fim em si mesmo, e que as suas penas não possuem o condão de resolver, por si sós, todos os problemas da sociedade. Não é apenas punindo adequadamente os comportamentos desviantes que se construirá uma sociedade melhor. O próprio Marquês de Beccaria (2001, p. 67), ainda na fase pré-científica da criminologia, já alertava que prevenir os crimes é melhor do que ter de puni-los, considerando que a melhor legislação é aquela que propicia bem-estar social, fazendo com que os indivíduos avaliem os custos e os benefícios advindos da desobediência/obediência ao ordenamento normativo.

Contudo, não se pode ignorar o relevante papel do Direito Penal como instrumento de controle social e de proteção de bens jurídicos, na busca de preservação da paz pública. O Estado, que possui diversas ferramentas à sua disposição, sendo algumas de eficácia a longo prazo (educação, cultura, geração de empregos, igualdade social) e outras de eficácia a curto prazo, como é o Direito Penal. Cada instrumento possui sua utilidade e sua função. Não se usa uma arma com eficácia de longo prazo para resolver problemas de atenção imediata, assim como não se utiliza uma arma com eficácia de curto prazo para resolver problemas que requerem medidas duradouras e de maior complexidade estrutural.

O que não se pode admitir, mormente na realidade brasileira, é o desprezo a um instrumento tão importante na estabilização social como o Direito Penal. Seria o mesmo que ver um prédio em chamas e não utilizar a água disponível para apagar o incêndio, mas investir na manutenção preventiva da rede elétrica, da tubulação de água e do gás. Estas medidas são extremamente importantes, mas obviamente antes que ocorra o incêndio. Uma vez que o fogo já tenha se alastrado, só é eficiente, para solução imediata e abrandamento das consequências, aquilo que seja capaz de combater diretamente o incêndio.

É por isso que as altas taxas de impunidade funcionam como fator contrário à eficiência das normas penais e, por consequência, geram uma consciência coletiva de completa anomia, na qual as normas jurídicas e comunitárias são desrespeitadas com absoluta indiferença. A receita do caos é cumprida a rigor: desprezo pelo Direito Penal, impunidade elevada, descumprimento de metas sociais e ambiente social de anomia.

Diante dessa realidade, seja qual for o extrato social, e seja qual for a natureza do regramento, um questionamento se torna orientador das condutas humanas: por que cumprir normas? E assim, não havendo benefícios satisfatórios para os integrantes da comunidade que são cumpridores das leis, e não havendo sanções suficientes e necessárias para os infratores, instaura-se um outro estágio de anomia, diferente daquele explicado por Émile Durkheim e Robert King Merton, mas igualmente danoso para a sociedade: a anomia estrutural.

A impunidade e o descumprimento das metas sociais e culturais transformam a sociedade em um ambiente de alta desordem, marcado pela insegurança jurídica. Os

criminosos já não têm certeza da punição. As vítimas já não têm certeza da reparação. A sociedade já não tem certeza da vigência da norma. E na anomia, a justiça, de tão equivocadamente aplicada, já não tem certeza de si mesma.

5. Considerações finais

A busca por pacificação social exige análises profundas no que se refere à etiologia do fenômeno criminal. Com o intuito de se evitar a incidência criminosa em níveis exacerbados, capazes de prejudicar a segurança pública e o desenvolvimento social, é fundamental identificar as causas dos desajustes e traçar estratégias de cunho científico para o combate adequado e eficaz dos comportamentos desviantes.

Entre as teorias sociológicas do consenso, merece especial atenção a teoria da anomia, desenvolvida inicialmente por Émile Durkheim e reexaminada posteriormente por Robert King Merton. Os autores identificaram que o descompasso entre as metas culturais e os meios institucionalizados tende a amplificar os problemas sociais, gerando ou intensificando condutas desviantes. Ou a desregulação em tempos de crise (anomia em Durkheim) provoca incongruências entre as aspirações individuais e os instrumentos socialmente disponíveis, ou as deficiências sociais, por não permitirem aos indivíduos atingirem as metas que são pressionados a conquistar, geram a anomia (concepção de Merton).

De toda forma, a anomia, como justificadora da gênese e da ampliação de certos comportamentos criminais, também pode ser compreendida ao lado da ótica da impunidade. Vale dizer: a impunidade, quando ultrapassa certos níveis de tolerância, produz um sentimento generalizado de anomia, uma vez que os integrantes da comunidade passam a questionar a própria necessidade de cumprir normas. Afinal, quem segue as regras não recebe dos meios institucionalizados as recompensas esperadas, e quem descumpra as regras não recebe do Estado as consequências devidas.

Referida análise torna-se ainda mais interessante no contexto social brasileiro, diante dos elevados índices de impunidade constatados ao longo da história. A deficiência punitiva, especialmente do Direito Penal, tem levado a consequências deletérias para o corpo social. As pessoas têm visto cada vez menos motivos para serem cumpridoras dos deveres normativos impostos pelo Estado para a boa convivência interpessoal. Além da elevada incidência de crimes, a anomia aumenta o descumprimento de regras civis, administrativas, tributárias, trabalhistas, entre outras.

Como poucas pessoas são punidas pelos comportamentos ilícitos, e das que são punidas, muitas não recebem uma reprimenda justa, efetiva e célere, o cálculo mental dos indivíduos, em diversas situações, leva à conclusão lógica – embora imoral – de que é melhor não seguir as regras. Isso porque do descumprimento das normas são constatados benefícios mais significativos do que do legítimo cumprimento.

Diante do exposto, ou o Estado brasileiro passa a combater de maneira eficaz a impunidade que se viu instalada em sua jurisdição, ou os efeitos da anomia serão cada vez mais danosos e perceptíveis. A certeza da punição, independentemente

da qualidade e da intensidade da pena, precisa fazer parte da consciência coletiva da comunidade, sob pena de um completo desvirtuamento dos valores éticos da sociedade, produzindo consequências imensuráveis.

Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Domínio Público, 2001. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/>. Acesso em: 12/01/2022, às 11:00.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Controle social e direito penal*. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814345/control-social-e-direito-penal>. Acesso em: 13/01/2022.

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de. *Produzindo impunidade*. G1, Rio de Janeiro, 05 de set. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2018/09/05/produzindo-impunidade.ghtml>. Acesso em: 14/01/2022.

DURKHEIM, Émile. *O Suicídio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Reflexões acerca do controle social formal: rediscutindo os fundamentos do direito de punir. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 23, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4894>. Acesso em: 15/01/2022.

MENEZES, Cristiano. *Noções de Criminologia*. São Paulo: Instituto Marconi, 2020. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/ne1n858>. Acesso em: 10/01/2022.

MERTON, Robert King. *Sociologia: Teoria e Estrutura*. Tradução de Miguel Mailliet. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Merval. *Na ONU, 193 dos 194 países têm prisão em 1ª ou 2ª instância*. O Globo, Rio de Janeiro, 20 de mar. 2018. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/na-onu-193-dos-194-paises-tem-prisao-em-1-ou-2-instancia.html>. Acesso em: 14/01/2022.

PINTO, Hélio Pinheiro. Teoria da anomia segundo Robert Kink Merton e a sociedade criminógena: seria o delito uma resposta à frustração de não ser bem sucedido na vida? *Revista da ESMAL*, Alagoas, n. 6, p. 39-51, nov. 2017. Disponível em: <https://geovest.files.wordpress.com/2020/05/teoria-da-anomia-segundo-merton.pdf>. Acesso em: 14/01/2022.

REGO, Martin Ramalho de Freitas Leão. A teoria da anomia social no estudo criminal: uma abordagem a partir das sociologias de Durkheim e Merton. *Revista Transgressões*, Rio Grande do Norte, v. 7, p. 199-223, dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/issue/view/921>. Acesso em: 14/01/2022.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *Índice de percepção da corrupção 2021*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 14/01/2022.

A atenção primária como prioridade institucional para a atuação do Ministério Público em defesa da saúde

Primary care as an institutional priority for the work of the Public Prosecutors Office in defense of health

Luciano Moreira de Oliveira*

Sumário

1. Introdução. 2. Da Atenção Primária à Saúde – APS como estratégia prioritária para a realização do direito à saúde. 2.1. Concepções de saúde e direito à saúde. 2.2. Atenção Primária à Saúde – APS. 2.3. O papel do Ministério Público. 3. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

Articulando conteúdos da saúde pública e do direito, em especial, dos ramos do direito constitucional e do direito sanitário, procedeu-se à análise do papel do Ministério Público brasileiro na proteção do direito à saúde. Estudou-se a importância da atenção primária à saúde para a implementação dos sistemas de saúde, inclusive, do Sistema Único de Saúde – SUS, o que, ao final, reconhecendo a importância desse nível de atenção, sustentou a conclusão de que o membro do Ministério Público deve priorizar, no exercício de suas atribuições de proteção do direito à saúde, a promoção de medidas para contribuir para o fortalecimento e expansão da rede de atenção primária à saúde.

Abstract

Articulating issues of public health and law, especially in the fields of constitutional law and sanitary law, the role of the Brazilian Public Prosecutors Office in protecting the right to health was analyzed. The importance of primary health care for the implementation of health systems, including the Unified Health System – SUS, was studied. Finally, the recognition of the importance of this level of care supported the conclusion that the member of Public Prosecutors Office must prioritize, in the exercise of its attributions of protection

* Doutor em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Saúde Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (ESP/MG). Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

of the right to health, the promotion of measures to contribute to the strengthening and expansion of the primary health care network.

Palavras-chave: Direito à saúde. Saúde Pública. Sistema Único de Saúde. Atenção primária à saúde. Ministério Público.

Keywords: *Right to health. Public health. Unified Health System. Primary health care. Public Prosecutors Office.*

1. Introdução

O Ministério Público brasileiro, ao longo dos últimos 30 anos do século XX, passou por profundas mudanças que o transformaram, progressivamente, da condição de órgão defensor dos interesses do Estado e competente para, em juízo, efetivar a pretensão punitiva, para uma instituição independente e responsável, de forma ampla, por efetivar o acesso à Justiça,¹ proteger direitos coletivos e individuais indisponíveis e velar pelos interesses públicos. No bojo dessas mudanças, o Ministério Público, progressivamente, assumiu protagonismo na proteção do direito à saúde, seja como interesse coletivo ou individual, em juízo ou fora dele.²

O Código de Processo Civil, de 1973, previa a intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, em todas as causas em que houvesse “interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (art. 82). Em 1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente previu a legitimidade do Ministério Público para propor ações de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. No mesmo ano, a Lei Complementar nº 40/1981 conferiu ao Ministério Público a titularidade da ação civil pública. Por sua vez, a Lei nº 7347/85 atribuiu legitimidade ao Ministério Público para a propositura da 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. Esses instrumentos normativos ampliaram as perspectivas para a atuação do Ministério Público brasileiro, de forma a lhe conferir singularidade no cenário internacional.³⁻⁴

Embora seja inegável a importância das leis já referidas, a consolidação do Ministério Público como instituição essencial à Justiça, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público e o Direito em épocas extraordinárias*. Disponível em: <https://ammp.org.br/o-ministerio-publico-e-o-direito-em-epocas-extraordinarias/>. Acesso em: 05 jul. 2022.

² OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Ministério Público e políticas de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A participação do Ministério Público no Processo Civil. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: Instituição e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 162-210.

⁴ PROENÇA, Luis Roberto. Participação do Ministério Público no Processo Civil nos Estados Unidos da América. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: Instituição e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 211-228.

indisponíveis ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988. Para além da atividade típica de promover, privativamente, a ação penal pública, atribuiu-se ao Ministério Público os deveres de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Na área da saúde, a Constituição de 1988 efetivou um conjunto de mudanças apresentadas durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986. O evento, considerado um marco na história da Reforma Sanitária Brasileira, teve a ousadia de defender a saúde como um direito fundamental, integrante do *status* de cidadania de todos os brasileiros, devendo ser assegurado a todos, com equidade, independentemente da capacidade de pagamento, o acesso integral a ações e serviços de saúde.⁵

Dessa forma, a Constituição de 1988 previu a saúde como direito fundamental entre os direitos sociais (art. 6º). Entre os artigos 196 a 200, disciplinou, em linhas gerais, a atuação do Estado para a promoção de políticas públicas necessárias para a efetivação desse direito. Assim, estabeleceu como princípios a universalidade, a integralidade, a equidade, a prioridade para as ações de prevenção, a descentralização e a participação da comunidade. No art. 197, o constituinte conferiu relevância pública às ações e serviços públicos de saúde, sejam eles públicos ou privados. Mais adiante, no art. 199, a par de admitir a assistência privada à saúde, estabeleceu que, ao participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde – SUS, a iniciativa privada deve seguir as diretrizes do sistema.

Ao tempo em que se caminha para o encerramento desta breve introdução, registra-se que, de forma definitiva, o constituinte incumbiu ao Ministério Público a missão de ser uma das garantias institucionais do direito à saúde. Isso porque, no art. 129, II, estabeleceu que a instituição deve se responsabilizar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia (art. 129, II).

Assim, cabe-nos, uma vez mais, revisitar o tema do direito à saúde neste momento “pós-pandemia” de COVID-19, a fim de discutirmos e propormos caminhos para uma atuação cada vez mais eficiente para a proteção do direito à saúde.

2. Da Atenção Primária à Saúde – APS como estratégia prioritária para a realização do direito à saúde

2.1. Concepções de saúde e direito à saúde

Antes de ser socialmente valorada e alcançar o *status* de bem jurídico constitucionalmente tutelado, a saúde é um fenômeno da realidade, analisado e estudado desde os mais remotos tempos. Em breves linhas e naquilo que comporta este espaço, é conveniente lembrar que, na antiguidade, os gregos, afastando-se de

⁵ OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Teoria Jurídica da Atenção Primária à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

concepções místicas da saúde, consideravam-na a partir da relação entre o homem e o ambiente. A saúde era vista como um estado de equilíbrio da pessoa e desta com o meio, ao passo que a doença era considerada como desequilíbrio. Os escritos de Hipócrates, considerado pai da Medicina, trazem considerações sobre as enfermidades endêmicas e epidêmicas.⁶⁻⁷

No período romano, pode-se destacar a importância das intervenções realizadas no ambiente, em especial a drenagem de pântanos, vistos como propagadores de doenças, ainda que desconhecidos os agentes causais específicos. Também convém destacar a importância das ações realizadas para a canalização e suprimento de água para as cidades.⁸

Na Idade Média, o protagonismo do poder da Igreja influenciou os estudos sobre a saúde e a doença.⁹ Nesse contexto, as explicações místicas voltaram a ser invocadas, sendo que doença e pecado, saúde e virtude passaram a ser noções correlacionadas. O doente podia ser visto como alguém castigado por Deus e a doença uma possessão ou feitiçaria praticada por inimigos.¹⁰

O período do Renascimento foi novamente favorável para o desenvolvimento dos estudos sobre a saúde. Entretanto, o pensamento científico emergente convivia com práticas místicas.¹¹ Assim como nas artes, prevaleceu na saúde a visão humanística, centrada nos indivíduos, e se destacaram os estudos sobre o corpo humano, em especial, as observações anatômicas.¹²⁻¹³⁻¹⁴

Na sequência, do século XVI ao século XVIII, destaca-se, inicialmente, no contexto da afirmação dos estados nacionais, de caráter absolutista, o avanço de uma visão da saúde como medida de Estado, conferindo respaldo à autoridade nacional. Assim, no território da atual Alemanha, a polícia médica, a par de promover importantes medidas para a saúde pública, tinha forte conteúdo normalizador e limitador de liberdades individuais.¹⁵ No entanto, esse período também foi próspero em contribuir para a implementação de registros sobre vida, morte e estado de saúde das pessoas.¹⁶

⁶ BARATA, Rita de Cássia Barradas. A historicidade do conceito de causa. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SAÚDE COLETIVA; ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA. *Textos de apoio: epidemiologia*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 1985, p. 14-15.

⁷ SCLiar, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2005, p. 21-22.

⁸ ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Trad.: Marcos Fernandes da Silva Moreira e José Ruben de Alcântara Bonfim. 3ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006, p. 40.

⁹ SEVALHO, Gil. Uma Abordagem Histórica das Representações Sociais de Saúde e Doença. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 9, n. 3, jul./set., p. 349-363. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csp/1993.v9n3/349-363/pt>. Acesso em: 06 jun. 2020, p. 354.

¹⁰ ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*, cit., p. 52-53.

¹¹ SCLiar, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*, cit., p. 39.

¹² SCLiar, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*, cit., p. 44.

¹³ ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*, cit., p. 62.

¹⁴ PINTO JÚNIOR, Vítor Laerte. Introdução ao Pensamento Epidemiológico. *Revista de Medicina e Saúde de Brasília*, v. 7, n. 1, 2018, p. 163.

¹⁵ SCLiar, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*, cit., p. 49 e 52-53.

¹⁶ SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. Choosing a Future for Epidemiology: I. Eras and Paradigms. *American Journal of Public Health*, v. 86, n. 5, may, 1996, p. 668.

No século XIX, o olhar para o processo saúde-doença voltou-se, novamente, para o ambiente. Porém, o ambiente já não se limitava aos aspectos físicos e biológicos. Se, por um lado, a teoria miasmática imputava às emanações pútridas do solo e das águas a ocorrência de doenças,¹⁷ por outro lado, as condições de vida e trabalho também ganharam destaque em um contexto de precariedade e insalubridade das moradias, dos locais de trabalho e das cidades em geral.¹⁸ Rudolf Virchow, atuante nesse período, ficou conhecido como um dos fundadores da medicina social. Esse importante cientista “procurou estabelecer um nexo entre epidemias e desigualdades sociais.”¹⁹

No entanto, a partir do final do século XIX e início do século XX, as descobertas dos agentes causadores de doenças infecciosas, como a tuberculose, por Koch, foram responsáveis por uma profunda mudança na compreensão do processo saúde-doença. Com efeito, da causalidade complexa da medicina social e abstrata da teoria miasmática, passou-se à compreensão de que cada doença possui um agente etiológico por ela responsável. Trata-se do modelo unicausal e do paradigma bacteriológico, que teve um importante papel para o avanço da medicina. Assim, enquanto à luz da medicina social e do paradigma miasmático, a prevenção de doenças dependia de intervenções sobre o ambiente como a drenagem de pântanos, da melhoria das condições de salubridade nos ambientes de trabalho e de moradia, com o advento do paradigma bacteriológico, as principais intervenções para prevenção e tratamento das doenças passaram a ser as vacinas e os antibióticos. De fato, experimentou-se um importante avanço no manejo das doenças infecciosas, com benefícios para a prevenção de mortes evitáveis e o aumento das expectativas de vida.²⁰

Contudo, por ser reducionista e afastar da apreciação do campo da saúde as condições de vida e de trabalho, com o tempo o paradigma bacteriológico revelou suas limitações. Assim, se por um lado o modelo funciona bem para explicar e propor o manejo de doenças infecciosas, por outro, não consegue esclarecer as causas das doenças crônicas, como as doenças do sistema vascular, os diversos tipos de câncer e os transtornos mentais, por exemplo, cuja ocorrência nos indivíduos e populações precisa ser atribuída a diversos fatores, ou seja, são agravos multicausais. Na realidade, mesmo para as doenças infecciosas, o paradigma bacteriológico, ao desprezar considerações sobre o ambiente e reduzir o ser humano à sua dimensão biológica, não atende, em especial, à necessidade de promoção de medidas que possam beneficiar a saúde coletiva.²¹

Em sintonia com a noção de que a saúde e o bem-estar dependem de um conjunto amplo de fatores, por um lado, a Organização Mundial da Saúde – OMS, no preâmbulo de sua Constituição, considera que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou

¹⁷ SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. *Choosing a Future for Epidemiology: I. Eras and Paradigms*, cit., p. 669.

¹⁸ NUNES, Everardo Duarte. Saúde coletiva: uma história recente de um passado remoto. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et al. *Tratado de saúde coletiva*. 2ª ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2014, p. 18.

¹⁹ SCLLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*, cit., p. 67.

²⁰ ROSEN, George. Uma história da saúde pública, cit., p. 221-222.

²¹ SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. *Choosing a Future for Epidemiology: I. Eras and Paradigms*, cit., p. 670.

de enfermidade²² e, por outro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive *alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança* em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”²³

Portanto, nos dias atuais, é necessário reconhecer que a manutenção da saúde e a ocorrência de doenças são eventos complexos, dependentes de múltiplos fatores individuais – biológicos e psicológicos – e coletivos, abrangendo o ambiente natural e as condições de vida e trabalho, isto é, fatores determinantes sociais.²⁴ Não é possível considerar a ocorrência de doenças sob perspectiva estritamente biológica, em um plano a-histórico, desvinculando o indivíduo de seu meio. Essa perspectiva é incapaz de dar conta da complexidade da vida e apresentar respostas, em especial, aos problemas coletivos da saúde pública.

Por outro lado, a consciência sobre a importância da saúde para as pessoas, os impactos das doenças para as vidas dos indivíduos e de suas famílias e sobre a diversidade de fatores que influenciam os modos de vida das pessoas contribuiu bastante para que o tema passasse a ter relevância para o direito e, mais adiante, pudesse ser considerado um direito.²⁵ Com efeito, pouco a pouco as sociedades perceberam que a saúde não pode ser tratada como responsabilidade exclusiva do indivíduo e que possui uma clara e importante dimensão coletiva a desafiar a atuação do Estado.

Nesse sentido, já no final do século XIX, Bismarck propôs um seguro social de doença, baseado em contribuições de empregados e empregadores, responsável pela disponibilidade de uma rede de serviços de saúde para seus segurados. É o chamado modelo de seguro social ou bismarckiano, ainda hoje presente na Alemanha.²⁶ Aliás, a previsão do dever estatal pela promoção de uma rede de serviços de saúde está presente na Constituição alemã de 1919, marco jurídico do advento do Estado Social de Direito.

Após a Segunda Guerra Mundial, com suas populações fortemente impactadas pelas consequências do conflito, os países europeus implementaram políticas públicas voltadas para o fortalecimento da proteção social. Consequentemente, o fortalecimento dos sistemas de saúde acompanhou esse movimento.

²² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 22 de julho de 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omsworld.html>. Acesso em: 07 jun. 2020.

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 31 maio 2020.

²⁴ BUSS, Paulo Marchiori; PELLEGRINI FILHO, Alberto. *A saúde e seus Determinantes Sociais*, cit., p. 78.

²⁵ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 10.

²⁶ LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. *Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica*. In: GIOVANELLA, Lígia et al. *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009, p. 116.

Assim, o Reino Unido, de forma pioneira, previu um sistema de saúde universal, *National Health Service* (NHS), responsável por assegurar atenção à saúde a todas as pessoas, conforme sua necessidade, independentemente da capacidade de pagamento. O financiamento do NHS é realizado com a receita de impostos incidentes sobre toda a sociedade. Ainda que tenha passado por reformas, o NHS permanece íntegro em relação às suas premissas e propósitos originais.²⁷

A consciência da relevância da saúde, como se vem de expor, conduziu a um movimento de reconhecimento da saúde como direito. Não se trata de um direito a ser saudável, mas de fruir ações e serviços que, individual e coletivamente, contribuam para a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento, reabilitação e cuidados paliativos das pessoas, segundo sua necessidade.

No âmbito internacional, destaca-se, uma vez mais, o preâmbulo da Constituição da OMS, que enuncia que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.”²⁸

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, já ratificado pelo Brasil (Decreto nº 591/1992) e por diversos outros países, dispõe sobre o direito à saúde:

ARTIGO 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
 - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
 - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
 - c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

²⁷ LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. *Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica*, cit., p. 119.

²⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*, cit.

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.²⁹

Tanto o tratamento conferido pelo Pacto Internacional de Direitos, como a disciplina da Constituição de 1988, já referida na introdução, são abrangentes e não permitem uma interpretação que limite o direito a uma visão estreita, biomédica. Aliás, o correspondente dever do Estado previsto no texto constitucional do art. 196 é de *promover "políticas sociais e econômicas* que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Portanto, é necessário que o operador do direito compreenda que o estado de saúde é influenciado por aspectos individuais e coletivos, biológicos, psicológicos, ambientais, sociais, culturais, econômicos, políticos, entre outros. Ao se tutelar a saúde pelo direito, não é possível reduzi-la a uma dimensão menor e apartada da realidade.

Tratando-se de um estado de extrema relevância e que, em verdade, é pressuposto para o exercício de diversos outros direitos fundamentais,³⁰ o acesso a ações e serviços de saúde precisa ser garantido de forma universal, com equidade, independentemente da capacidade de pagamento.

Dessa forma, velar pela efetividade do direito à saúde exige do operador do direito a compreensão do fenômeno e de toda a sua complexidade, assim como dos princípios que estão consagrados no texto constitucional e que consubstanciam uma dada concepção de saúde e não qualquer outra ao livre sabor das forças políticas e dos operadores do direito.

2.2. Atenção Primária à Saúde – APS

Ainda que outros conceitos de saúde diversos daquele proposto pela OMS possam ser apresentados, é necessário reafirmar que, a partir do estudo das doenças crônicas, não é possível conceber um conceito de saúde que venha a reduzi-la à dimensão biológica individual. Como consequência disso, as políticas públicas e os sistemas de saúde – conjunto de ações e serviços que articulam normas, instituições, recursos materiais e recursos humanos para promover medidas individuais e coletivas de promoção à saúde, prevenção de doenças, tratamento, reabilitação, cuidados paliativos e outros – precisam estabelecer estruturas capazes de satisfazer amplamente às necessidades da população, seja no plano individual ou coletivo, traduzindo em redução da mortalidade, melhoria da expectativa de vida e outros aspectos o impacto de suas ações.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 19 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

³⁰ VENKATAPURAM, Sridhar. Health, vital goals and human capabilities. *Bioethics*, v. 27, n. 5, 2013, p. 272.

O desafio de implementar sistemas de saúde capazes de conferir acesso a todos, independentemente de sua capacidade financeira, ações e serviços de saúde abrangentes e capazes de satisfazerem as necessidades individuais e coletivas requer, para além da disponibilidade de fontes suficientes e estáveis de financiamento e o estabelecimento de redes de serviços, a concepção de políticas públicas eficientes e eficazes, custo-efetivas, culturalmente competentes e que estejam próximas das pessoas.

De longa data, o tema é objeto de reflexões e de estudos. O Relatório Dawson, proposto ao governo inglês em 1920, já sugeria a organização dos serviços que integram os sistemas de saúde em níveis de atenção diversos, com especialização crescente. Assim, o sistema deveria ter um conjunto de serviços ambulatoriais, de primeiro nível, responsável pelo primeiro contato com os usuários e competente para atender os casos mais comuns. Ademais, os sistemas de saúde deveriam dispor de centros de saúde secundários, serviços domiciliares, serviços suplementares e hospitais. Essa lógica de organização teria o escopo de racionalizar o uso dos serviços especializados, incumbindo ao primeiro nível exercer o papel de filtro das demandas.³¹

Contudo, o grande marco para a sistematização e difusão das práticas da APS foi a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada em Alma-Ata, em 1978. O relatório do encontro exerceu uma grande influência sobre as políticas públicas de diversos países. Isso porque a Declaração de Alma-Ata partiu do pressuposto de que a saúde é um direito fundamental e responsabilidade dos Estados, tendo a atenção primária um papel decisivo para a efetivação desse direito.

A Declaração de Alma-Ata define:

Os cuidados primários de saúde são *cuidados essenciais de saúde* baseados em métodos e tecnologias práticas, *cientificamente bem fundamentadas* e *socialmente aceitáveis*, colocadas ao *alcance universal* de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país podem manter em cada fase de seu desenvolvimento, no espírito de autoconfiança e autodeterminação. Fazem parte integrante tanto do sistema de saúde do país, do qual constituem a *função central* e o *foco principal*, quanto do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. Representam o *primeiro nível de contato* dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde pelo qual os cuidados de saúde são levados o mais proximamente possível aos lugares onde pessoas vivem e

³¹ REINO UNIDO. *Informe Dawson sobre el futuro de los servicios médicos y afines*. 1920. Trad.: Oficina Sanitaria Panamericana. Washington: Organización Panamericana de la salud, 1964. Disponível em: <http://hist.library.paho.org/English/SPUB/42178.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

trabalham, e constituem o primeiro elemento de um continuado processo de assistência à saúde.³² (Grifou-se.)

Barbara Starfield, principal referência mundial sobre a APS, define como seus principais atributos:³³

- Ser um serviço de primeiro contato;
- Ser uma fonte regular de atenção ao longo do tempo e independentemente da presença de doença ou enfermidade (longitudinalidade);
- Integralidade;
- Coordenação da atenção.

A OMS, em 2008, publicou seu relatório mundial de saúde reafirmando a importância da atenção primária para a efetividade do acesso à saúde.³⁴ Em 2018, a Conferência de Astana, no marco dos 40 anos da Declaração de Alma-Ata, buscou ratificar os princípios desta última e defender uma APS que:

(1) empodere as pessoas e as comunidades para que sejam autoras de sua própria saúde, defensoras das políticas que a promovem e a protegem e, ainda, corresponsáveis pela construção da saúde e dos serviços sociais que para ela contribuem;

(2) abordem os determinantes sociais, econômicos, ambientais e comerciais da saúde através de políticas com base em evidências e ações em todos os setores; e

(3) assegure uma saúde pública e uma atenção primária fortes ao longo de toda a vida das pessoas, como núcleo fundamental da prestação integrada de serviços.³⁵

No Brasil, experiências exitosas com a implementação de uma APS robusta e capilarizada nos territórios datam do início da década de 1990. Dos esforços iniciais, voltados para a instituição da função de agentes comunitários de saúde e

³² URSS. *Declaração de Alma-Ata*. Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, Alma-Ata, URSS. 6 a 12 de setembro de 1978. Disponível em: <https://opas.org.br/declaracao-de-alma-ata/>. Acesso em: 30 maio 2020.

³³ STARFIELD, Barbara. *Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia*. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002, p. 62-63. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001308/130805por.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016.

³⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial de saúde 2008*. Cuidados de saúde primários: agora mais que nunca. Trad.: Maria Cristina Moniz Pereira, Fátima Hipólito, Paulo Ferrinho. Lisboa: Alto Comissariado da Saúde, 2008. Disponível em: http://www.who.int/whr/2.008/whr08_pr.pdf. Acesso em: 29 jun. 2016.

³⁵ CASAQUISTÃO. *Declaration of Astana*. Global Conference on Primary Health Care, Astana. 25 a 26 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2019.

do desenvolvimento de ações de enfrentamento às doenças infecciosas endêmicas e da mortalidade infantil, avançou-se para uma proposta de APS construída sob o pilar das equipes de saúde da família, multidisciplinares e multiprofissionais, abrangentes e com competência para atender às principais necessidades de saúde da população. Diversos estudos apontam o êxito da estratégia de APS brasileira e seu impacto na redução da mortalidade infantil, que está associada à redução da mortalidade em adultos por doenças vasculares e cerebrovasculares, à redução das hospitalizações por condições sensíveis à atenção primária e à redução de complicações decorrentes de condições crônicas, como a diabetes.³⁶

Segundo o art. 11 do Decreto nº 7508/11, cabe a APS ordenar o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde. A Política Nacional de Atenção Básica reconhece a importância dos cuidados primários e propõe sua definição como porta de entrada preferencial do sistema de saúde, responsável por assegurar cuidado integral e continuado para a população, de caráter individual ou coletivo, desde a promoção à saúde e prevenção de doenças até a assistência, reabilitação e cuidados paliativos, devendo ser resolutiva ao abordar as condições de saúde mais comuns. Estima-se que 80% das necessidades de saúde de uma população podem ser satisfeitas na APS.³⁷

2.3. O papel do Ministério Público

No exercício de sua missão constitucional, cabe ao Ministério Público velar pela efetividade do direito à saúde. Agindo como órgão independente aos demais poderes do Estado, no exercício de sua função de controle, deve a instituição velar para que o dever estatal de implementar políticas públicas para o acesso à saúde da população seja cumprido.

Grande motivo de tensão para as relações entre o Ministério Público e os demais poderes é o descompasso entre o direito fundamental previsto na Constituição e disciplinado na legislação sanitária e a realidade do dia a dia. Sem desmerecer todas as conquistas de cidadania protagonizadas pelo SUS ao longo de mais de três

³⁶ "Evidence suggests that the FHS provides better access and quality and results in greater user satisfaction than do traditional health posts and centers or even some private-sector health care facilities. Numerous studies have shown that FHS expansion has resulted in improvements in children's health, including large and sustained reductions in infant mortality, and in particular, post-neonatal mortality due to diarrhea and respiratory infections. Among adults, FHS expansion has been associated with reduced mortality from cardiovascular and cerebrovascular causes, large reductions in hospitalization rates for ambulatory-care-sensitive conditions, and reduced rates of complications from some chronic conditions such as diabetes. Over the past decade, expansion of the family health program from its initial focus on poorer-than-average municipalities and regions has played an important role in reducing inequities in access to and utilization of care. There is also evidence that the FHS has improved detection of cases of neglected tropical diseases, reduced disparities in oral health, and even enhanced reporting of vital statistics." Mais adiante, o autor ainda ressalta que a ESF é, aparentemente, extremamente custo-efetiva: "The FHS appears to be extremely cost-effective: Brazil currently spends about \$50 annually per person on the program." MACINKO, James; HARRIS, Matthew J. Brazil's Family Health Strategy – Delivering community-based primary care in a universal health system. *The New England Journal of Medicine*, n. 372, jun. 2015, p. 2179-2180. Disponível em: <http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/nejmp1501140>. Acesso em: 30 jun. 2015.

³⁷ SOLLÁ, Jorge; CHIORO, Arthur. Atenção ambulatorial especializada. In: GIOVANELLA, Ligia et al. *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2009, p. 628.

décadas e, mais recentemente, a demonstração de força e solidez no enfrentamento à COVID-19, não são raros os casos de denegação de direitos em concreto. Muitos dos constrangimentos, claro, podem ser imputados ao histórico subfinanciamento do sistema e, também, ao desfinanciamento de que vem sendo alvo desde as reformas implementadas pela EC n° 86 e EC n° 95.

Contudo, cabe ao Ministério Público, no exercício de seus misteres constitucionais, velar pela proteção do direito fundamental à saúde, papel este reconhecido no âmbito do sanitarismo brasileiro. Nessa linha, o relatório final da IX Conferência Nacional da Saúde propôs a atuação do Ministério Público com rigor em busca do cumprimento da Constituição e da legislação pertinente à seguridade social.

No entanto, a atuação do Ministério Público deve estar ancorada na situação fática que conforma o estado de saúde da população, em uma concepção de saúde abrangente, capaz de lidar com a complexidade de fatores que influenciam o processo saúde-doença e, afinal, com os princípios e regras constitucionais. Assim, mesmo assegurando respeito ao princípio da independência funcional (art. 127, § 1º, da Constituição), não se pode admitir que seja dado ao membro do Ministério Público, no exercício de suas atribuições sanitárias, promover medidas que sejam dissociadas dos parâmetros constitucionais.

A título de orientação, remete-se o leitor para o Plano Nacional de Atuação Ministerial em Defesa da Saúde, elaborado pela Comissão Permanente de Direito à Saúde – COPEDS do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, na sua primeira versão, de 2006, e na versão revisada, de 2017.³⁸ Os documentos propõem que o Ministério Público brasileiro deve priorizar a atuação coletiva na área da saúde e destacar a atenção primária, os cuidados preventivos e a atenção necessária para as populações mais vulneráveis.

Por seu turno, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Recomendação n° 68/2018, que “sugere parâmetros para a atuação do Ministério Público no dever constitucional de defesa do acesso e da qualidade da Atenção Básica de Saúde e na execução das atividades relacionadas à Ação Nacional da Saúde.”

Em Minas Gerais, o Plano Estratégico do Ministério Público, instrumento integrante de seu planejamento estratégico 2020-2029, estabelece, entre os objetivos prioritários para a área de atuação de defesa da saúde, contribuir para o fortalecimento e expansão da rede de atenção básica em saúde, por meio da promoção de ações para o regular funcionamento dos equipamentos de atenção básica de saúde e da avaliação da composição das equipes de atenção básica de saúde.³⁹

Dessa forma, reconhecendo-se as dificuldades de atuação dos membros do Ministério Público na área da saúde, especialmente aqueles sem especialização

³⁸ Disponíveis em: <https://saude.mppr.mp.br/pagina-7.html> e https://pcd.mppr.mp.br/arquivos/File/Plano_Nacional_de_Atacao_do_MP_na_Area_da_Saude.pdf.

³⁹ Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/conheca-o-mpmg/planejamento-institucional/planejamento-estrategico.shtml>.

e que acumulam outras atribuições, e a necessidade de respeito ao princípio da independência funcional, mostra-se necessário, para que a instituição bem se desincumba do dever constitucional de proteção do direito à saúde, conferir prioridade para a promoção de medidas visando à efetivação e à resolutividade da APS.

3. Conclusão

Sem prejuízo do respeito à independência funcional, deve o membro do Ministério Público priorizar, no exercício de suas atribuições de proteção do direito à saúde, a promoção de medidas para contribuir para o fortalecimento e expansão da rede de atenção primária à saúde.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público e o Direito em épocas extraordinárias*. Disponível em: <https://ammp.org.br/o-ministerio-publico-e-o-direito-em-epocas-extraordinarias/>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BARATA, Rita de Cássia Barradas. A historicidade do conceito de causa. In: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva; Escola Nacional de Saúde Pública. *Textos de apoio: epidemiologia*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 1985, p. 13-27.

CAZAQUISTÃO. *Declaration of Astana*. Global Conference on Primary Health Care, Astana. 25 a 26 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2019.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 10.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. In: GIOVANELLA, Lígia et al. *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009, p. 116.

MACINKO, James; HARRIS, Matthew J. Brazil's Family Health Strategy – Delivering community-based primary care in a universal health system. *The New England Journal of Medicine*, n. 372, jun. 2015, p. 2.177-2.181. Disponível em: <http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/nejmp1501140>. Acesso em: 30 jun. 2015.

NUNES, Everardo Duarte. Saúde coletiva: uma história recente de um passado remoto. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et al. *Tratado de saúde coletiva*. 2ª ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2014, p. 17-37.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Teoria Jurídica da Atenção Primária à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

_____. *Ministério Público e políticas de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 31 maio 2020.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 19 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial de saúde 2008*. Cuidados de saúde primários: agora mais que nunca. Trad.: Maria Cristina Moniz Pereira, Fátima Hipólito, Paulo Ferrinho. Lisboa: Alto Comissariado da Saúde, 2008. Disponível em: http://www.who.int/whr/2.008/whr08_pr.pdf. Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 22 de julho de 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 07 jun. 2020.

PINTO JÚNIOR, Vítor Laerte. Introdução ao Pensamento Epidemiológico. *Revista de Medicina e Saúde de Brasília*, v. 7, n. 1, 2018, p. 159-171.

PROENÇA, Luis Roberto. Participação do Ministério Público no Processo Civil nos Estados Unidos da América. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: Instituição e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 211-228.

REINO UNIDO. *Informe Dawson sobre el futuro de los servicios médicos y afines*. 1920. Trad.: Oficina Sanitaria Panamericana. Washington: Organización Panamericana de la salud, 1964. Disponível em: <http://hist.library.paho.org/English/SPUB/42178.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Trad.: Marcos Fernandes da Silva Moreira e José Ruben de Alcântara Bonfim. 3ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2005.

SEVALHO, Gil. Uma Abordagem Histórica das Representações Sociais de Saúde e Doença. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 9, n. 3, jul./set., p. 349-363. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csp/1993.v9n3/349-363/pt>. Acesso em: 06 jun. 2020.

SOLLA, Jorge; CHIORO, Arthur. Atenção ambulatorial especializada. In: GIOVANELLA, Ligia et al. *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2009.

STARFIELD, Barbara. *Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia*. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002, p. 62-63. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001308/130805por.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016.

SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. Choosing a Future for Epidemiology: I. Eras and Paradigms. *American Journal of Public Health*, v. 86, n. 5, may, 1996, p. 668.

URSS. *Declaração de Alma-Ata*. Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, Alma-Ata. 6 a 12 de setembro de 1978. Disponível em: <https://opas.org.br/declaracao-de-alma-ata/>. Acesso em: 30 maio 2020.

VENKATAPURAM, Sridhar. Health, vital goals and human capabilities. *Bioethics*, v. 27, n. 5, 2013, p. 271-279.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A participação do Ministério Público no Processo Civil. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: Instituição e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 162-210.

Mensalidades escolares e a existência (ou não) de responsabilidade solidária dos pais após o fim da sociedade conjugal: dissolução conjugal e seus reflexos obrigacionais frente a terceiros em relação a eventuais dívidas escolares da prole

Raphael Le Cocq*

Sumário

1. Introdução. 2. Do Direito Obrigacional das obrigações solidárias da solidariedade familiar. 3. Da extinção da sociedade conjugal e da ausência de norma expressa de solidariedade. 4. Dos julgados paradigmas. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Palavras-chave: Dissolução da sociedade conjugal e dissolução do vínculo conjugal. Separação judicial e divórcio. Registro civil. Obrigações. Solidariedade.

1. Introdução

Inúmeras são as questões no ramo do Direito de Família (ou Direito das Famílias). Ocorre que, diferentemente do que se possa pensar, mesmo após o efetivo divórcio, eventualmente, pode um dos cônjuges vir a ser processado por dívidas feitas em exclusividade por seu ex-cônjuge, mas em benefício da prole comum.

Em resumo, abordaremos nas próximas linhas temas aptos a solucionar as seguintes questões:

- *Respondem solidariamente ambos os pais por dívida educacional (mensalidades escolares inadimplidas)?*
- *Necessário, para que haja a responsabilidade solidária, que ambos os genitores (pais) figurem, em igualdade de condições, como responsáveis financeiros no instrumento contratual firmado frente à instituição de ensino credora?*
- *Necessário que o contrato de ensino expressamente preveja a solidariedade dos pais?*
- *O divórcio e/ou a separação extingue a solidariedade familiar?*

* Pós-Graduação em Direito Econômico Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialização em Direito Público e Privado para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogado.

Questões que entendemos de relevantíssimo valor, pois, certo é que, ao término de relações conjugais, busca-se, mediante o divórcio, romper-se de forma efetiva vínculos não só sentimentais, mas também patrimoniais. Mesmo havendo eventual prole em comum, nenhum dos cônjuges quer mais viver em sociedade conjugal. Busca-se, por medidas de toda ordem, romper os laços patrimoniais a fim de que condutas de um não possam atingir a esfera patrimonial do outro.

Insta destacar, desde logo, que, a fim de expressar nossa posição, enfrentaremos os pontos abordados nos julgados paradigmas exarados pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos *Recursos Especiais nº 1.472.316/SP e nº 1.44.511/SP*.

Neste contexto, traçamos estas breves linhas, visando não só esclarecer as questões jurídicas que norteiam a problemática aqui relatada, mas também para tentar trazer reflexões e conclusões que busquem um resultado justo, apto a nortear a questão em debate.

Feita a delimitação do tema, iniciamos nosso estudo.

2. Do Direito Obrigacional das obrigações solidárias da solidariedade familiar

Como se sabe, para fins obrigacionais contratuais, quando da formação da relação jurídica, é necessária a efetiva expressão da vontade das partes contratantes a fim de se vincularem mutuamente ao que restará estabelecido contratualmente. Assim, afirmamos, pois, em regra, que o contrato não vincula terceiro que não seja expressamente anuente à relação obrigacional em formação.

Consubstanciando o que aqui resta afirmado, suscitamos a celebre expressão forense: “o contrato é lei entre as partes.”

Nesta linha, deve-se restar claro que o contrato não é lei para mais ninguém, exceto para àqueles que nele expressaram sua inequívoca vontade, sem vícios, de anuírem para com as regras e obrigações ali avençadas.

Lembre-se que o homem é absolutamente livre para contratar. Mas não só isso. É livre, também, para NÃO CONTRATAR no efetivo exercício de sua AUTONOMIA DA VONTADE.

Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest.

Todavia, insta ressaltar que há, sim, relações obrigacionais em que terceiros, que, a princípio, restariam desvinculados relação jurídica embrionária, podem ser alcançados e responsabilizados, é o caso da SOLIDARIEDADE LEGAL. Solidariedade obrigacional advinda de comando normativo legal.

Por força de lei, sem que haja expressa declaração de vontade nesse sentido, a solidariedade restará imposta.

No direito de família, resta sempre invocada a solidariedade legal inculpada nas normas dos artigos 1.643 e 1.644 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10

janeiro de 2002), em que se preceitua que são solidariamente responsáveis ambos os cônjuges, independentemente do regime de bens adotado, pelas dívidas contraídas em favor da economia doméstica.

Provando o credor que a dívida contraída por um dos cônjuges aproveita à economia doméstica da entidade familiar, serão ambos os cônjuges responsáveis solidários pelo seu adimplemento por força de lei (solidariedade legal). Independentemente de terem, ambos os cônjuges, firmado o contrato inadimplido, ambos serão responsáveis ao seu pagamento de forma solidária, clara e indiscutível exceção ao Princípio da Relatividade dos Contratos, insculpido do brocardo jurídico anteriormente suscitado (*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*).

Consagrou o artigo 1.644 do Código Civil Brasileiro a SOLIDARIEDADE FAMILIAR, a fim de impedir o óbvio locupletamento indevido do cônjuge não contratante (mas que também se beneficiou da avença) frente a terceiro lesado pelo inadimplemento obrigacional.

3. Da extinção da sociedade conjugal e da ausência de norma expressa de solidariedade

O estado de conjugalidade, no sentido de comunhão de desígnios, para em união perseguir o objetivo de constituir família (e patrimônio) em comunhão de esforços, pode ser, em si, encontrado até mesmo na ausência formal de um casamento. Encontrar-se-á verdadeira sociedade conjugal em Uniões Estáveis em que, por uma realidade fática, percebe-se a união de esforços entre pessoas ligadas, primordialmente, pelo afeto para constituir patrimônio único a dar sustentabilidade à família que se está a constituir ou que já resta constituída.

Perceba que a sociedade conjugal nada mais é que uma sociedade advinda de situação fática existente em qualquer esboço familiar, seja em Uniões Estáveis ou em Casamentos formais.

Neste diapasão, deve restar claro que, *uma vez percebida, no mundo fático, a comunhão de desígnios ao fim precípua de constituir uma família, estaremos diante de uma sociedade conjugal.*

A sociedade conjugal, entendida como a sociedade de fato formada com o desígnio de constituir família, independe do vínculo formal do casamento; representa, em verdade, situação fática juridicamente relevante.

Neste diapasão, resta claro, por via de consequência, que, uma vez operada a inequívoca separação fática dos que assim viviam em família, independentemente da forma legal a que estavam subsumidos, União estável ou Casamento, rompida estará a sociedade conjugal, pondo-se fim incontestemente à relação patrimonial até então existente.

Assim sendo, *deve restar claro ao leitor que o fim da sociedade conjugal se opera de forma fática, em dissonância completa ao vínculo conjugal, o qual deve ser desconstituído por ato voluntário formal e/ou por sentença desconstitutiva de divórcio.*

Deixe-se claro:

- *A separação de fato põe fim à sociedade conjugal*, ante a ausência da *affectio maritalis* necessária e imprescindível ao reconhecimento da existência de uma sociedade conjugal.

- *A decretação do divórcio põe fim ao vínculo conjugal*, extirpando todos os direitos até então existentes de cunho não societário, tal como o direito de sucessão *causa mortis*.

Necessária a presente explanação ante a indubitosa relevância destes conceitos paradigmáticos para que possamos buscar, aqui, a solução adequada às questões a serem respondidas por este breve estudo, para que as partes possam pôr um ponto final irremediável aos seus vínculos patrimoniais após o fim da relação afetiva.

Desta feita, nos parece que, evidenciado que uma vez desfeita a sociedade conjugal pela efetiva separação de fato, é inaplicável aos ex-cônjuges as regras normativas que lhes impõem uma solidariedade obrigacional, advinda da presunção legal insculpida nos artigos 1.643 e 1.644 do Código Civil/2002 de que dívidas contraídas para fins de manutenção da entidade familiar são de responsabilidade de ambos os cônjuges.

Se não mais existe sociedade conjugal, não há mais entidade familiar comum, logo, cada qual das partes, após a separação de fato, ao nosso ver, se divide em famílias distintas. Verdadeira cisão, não só afetiva, mas também patrimonial.

Logo, entendemos que dívidas, mesmo que realizadas para o amparo de prole comum, não podem ser tidas como de responsabilidade solidária, por força das normas supracitadas (artigos 1.643 e 1.644 do Código Civil/2002).

Deixe claro que a separação de fato, como dito, rompe a sociedade conjugal e implica a cisão familiar indiscutível, em que cada qual, a partir daí, passa a representar um núcleo familiar dissociado para fins patrimoniais e obrigacionais, mesmo que haja prole em comum.

Pensar diferente é trazer indubitável INSEGURANÇA JURÍDICA eterna às partes envolvidas em um divórcio. Pois certo é que, independentemente das cláusulas e condições previstas em sentenças e/ou acordos, sempre haverá a possibilidade de que comportamentos perdulários do ex-cônjuge frente a obrigações com a prole, produzam reflexos no patrimônio daquele que jamais contribuiu para o ato de inadimplência, bem como jamais se beneficiou de qualquer sorte de tais atos de irresponsabilidade.

Vejam os simples exemplos em que reste ao ex-cônjuge genitor a responsabilidade alimentar, fixada em sentença, de cobrir todos os gastos da prole comum advindos com educação. Neste caso, por óbvio, o pai irá ao estabelecimento escolar e firmará frente à instituição de ensino contrato em que será único e exclusivo responsável financeiro. Poderá, neste caso, ocorrendo a inadimplência de mensalidades escolares, ser responsabilizada solidariamente a ex-cônjuge genitora?

E, caso esta mesma cônjuge genitora tenha assinado o contrato apenas como responsável acadêmica (termo comum encontrado em contratos de instituições de ensino), ainda assim, poderia ela ser considerada responsável solidária por obrigações inadimplidas por seu ex-cônjuge, pai da prole comum?

E, caso os papéis se invertam, caso seja a ex-cônjuge virago a inadimplente frente à instituição de ensino, poderá ser o pai responsabilizado solidariamente, mesmo não tendo firmado o contrato como responsável financeiro?

Inúmeras são as hipóteses práticas de dívidas que são contraídas por pais e mães em favor da prole comum, mas certo é que inexistente norma expressa que possibilite o alcance do patrimônio de um ex-cônjuge por dívida de outro ex-cônjuge por dívidas contraídas em favor da prole.

Há, sim, normas constitucionais e legais que trazem a responsabilidade comum e igualitária para ambos os genitores de sustento da prole. Mas, não se pode confundir, de forma alguma, responsabilidade comum com responsabilidade solidária.

Alhos não são bugalhos.

Quanto ao tema, restam presentes na jurisprudência pátria dois julgados paradigmas. O primeiro exarado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Especial nº 1.472.316/SP, de relatoria do eminente Ministro Paulo de Tarso Severino. O segundo exarado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Especial nº 1.444.511/SP, de relatoria do eminente Ministro Luis Felipe Salomão.

Decisões que passamos a esmiuçar no próximo capítulo.

4. Dos julgados paradigmas

Em que pese a relevância dos julgados frente ao tema central deste estudo, certo é que o objeto dos julgados não fora propriamente a questão de direito material aqui abordada (se respondem ou não solidariamente os pais, independentemente de estarem ou não ainda em sociedade conjugal).

Como se pode perceber da simples leitura de ambos os julgados, o que efetivamente representa o ponto central, em ambos os julgamentos, se resume a questão se eventual execução pode ser redirecionada àquele genitor que não participou da fase cognitiva do processo.

Resumindo o que fora decidido, a 3ª Turma do STJ entendeu que pode haver o redirecionamento em virtude da solidariedade existente entre os pais.

Já a 4ª Turma decidiu que necessária a participação de ambos os pais desde o início da formação do processo, pois existe um litisconsórcio necessário que deve ser respeitado. *Data maxima venia*, para nós, este é o entendimento a ser seguido ante a boa ordem processual, o devido processo legal e o contraditório.

Todavia, não é essa a matéria objeto deste estudo. Não estamos aqui a abortar os aspectos processuais que trafegam sobre a órbita do tema.

Dizemos isso, pois, como se pode observar a questão efetivamente julgada, não fora a solidariedade dos cônjuges e/ou pais (mesmo que separados/divorciados) por dívidas contraídas por quaisquer deles em prol da prole em comum. O debate existente nos julgados, a questão principal, se deu em torno da possibilidade, ou não, de se atingir em execução o patrimônio de quem não foi parte do processo desde a sua formação.

Em que pese ser o tema central dos referidos julgados, diverso daquele que é o objeto central deste estudo, certo é que, na fundamentação existente em ambos os acórdãos, pode-se extrair conclusões sobre o tema aqui em análise: *Permanecem em solidariedade os genitores mesmo após o rompimento da sociedade conjugal?*

Não há uma resposta efetiva em nenhum dos acórdãos, todavia, em ambos, no bojo de suas fundamentações, pode-se, de forma clara, observar a linha de pensamento dos julgadores sobre o tema deste estudo.

Na fundamentação do julgado exarado pela 3ª Turma (Resp nº 1.472.316/SP), restou assim argumentado:

Ambos os pais têm o dever de garantir o sustento e a educação dos filhos, compreendendo, aí, também a manutenção do infante em ensino regular (art. 55 do ECA), pelo que deverão, solidariamente, responder pelas mensalidades da escola em que matriculado o filho.

Há de se entender como uma das formas de bem cumprir o direito à educação e à proteção integral do menor ou adolescente, a imposição aos pais da obrigação, solidária, de somar esforços a fazer solvidas as despesas para tanto.

Essa mútua responsabilidade, própria das dívidas contraídas por apenas um dos pais para o sustento do filho, não deixa de estar presente pelo fato de a dívida ter sido contraída posteriormente à separação/divórcio, pois é no poder familiar que ela encontra sua gênese.

Poder-se-á, sim, no curso da execução, esclarecer se o genitor que não é nominado no título não mais possui poder familiar, ou alguma outra situação excepcional em que possa sustentar a ausência de responsabilidade, mas, caso contrário, entendo, deverá ser chamado a adimplir com as dívidas contraídas em favor do seu filho. (grifo nosso)

Com base no parágrafo grifado, não nos restam dúvidas de que os *Julgadores da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendem que existe solidariedade, independentemente de estarem os pais em verdadeira sociedade conjugal*, apesar de não constar da ementa do julgado, abaixo transcrita, o trecho acima colacionado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MENSALIDADES ESCOLARES. DÍVIDAS CONTRAÍDAS EM NOME DOS FILHOS DA EXECUTADA. AUSÊNCIA DE BENS EM NOME DA MÃE PARA A SATISFAÇÃO DO DÉBITO. PRETENSÃO DE INCLUSÃO DO PAI NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO PELO SUSTENTO E PELA MANUTENÇÃO DO MENOR MATRICULADO EM ENSINO REGULAR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ATRAÇÃO DO ENUNCIADO 284/STF.

1. Controvérsia em torno da possibilidade de, no curso de execução extrajudicial baseada em contrato de prestação de serviços educacionais firmados entre a escola e os filhos do recorrido, representados nos instrumentos contratuais apenas por sua mãe, diante da ausência de bens penhoráveis, ser redirecionada a pretensão de pagamento para o pai.
2. A legitimidade passiva ordinária para a execução é daquele que estiver nominado no título executivo.
3. Aqueles que se obrigam, por força da lei ou do contrato, solidariamente à satisfação de determinadas obrigações, apesar de não nominados no título, possuem legitimidade passiva extraordinária para a execução.
4. Nos arts. 1.643 e 1644 do Código Civil, o legislador reconheceu que, pelas obrigações contraídas para a manutenção da economia doméstica, e, assim, notadamente, em proveito da entidade familiar, o casal responderá solidariamente, podendo-se postular a excussão dos bens do legitimado ordinário e do coobrigado, extraordinariamente legitimado.
5. Estão abrangidas na locução “economia doméstica” as obrigações assumidas para a administração do lar e, pois, à satisfação das necessidades da família, no que se inserem as despesas educacionais.
6. Na forma do art. 592 do CPC/73, o patrimônio do coobrigado se sujeitará à solvência de débito que, apesar de contraído pessoalmente por outrem, está vocacionado para a satisfação das necessidades comuns/familiares.
7. Os pais, detentores do poder familiar, têm o dever de garantir o sustento e a educação dos filhos, compreendendo, aí, a manutenção do infante em ensino regular, pelo que deverão, solidariamente, responder pelas mensalidades da escola em que matriculado o filho.
8. Possibilidade, assim, de acolhimento do pedido de inclusão do genitor na relação jurídica processual, procedendo-se à prévia

citação do pai para pagamento do débito, desenvolvendo-se, então, regularmente a ação executiva contra o coobrigado.

9. Doutrina acerca do tema.

10. RECURSO ESPECIAL EM PARTE CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 1472316/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 18/12/2017)

Em contraponto, *essa mesma conclusão não pode ser extraída do julgado proferido na 4ª Turma* daquele colendo Superior Tribunal.

No julgado da 4ª Turma, resta evidenciado que a solidariedade ali reconhecida se refere aos pais ainda em sociedade conjugal. Para que não parem dúvidas, colacionamos a ementa do julgado em questão:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. CONTRATO FIRMADO APENAS PELO PAI DOS MENORES BENEFICIÁRIOS. PRETENSÃO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O PATRIMÔNIO DO OUTRO CÔNJUGE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS PAIS PELAS DESPESAS COM EDUCAÇÃO DOS FILHOS. ECONOMIAS DOMÉSTICAS. PODER FAMILIAR QUE FUNDAMENTA A OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA, MAS É INSUFICIENTE PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PATRIMONIAL DE AMBOS OS CÔNJUGES. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

1. No âmbito do poder familiar estão contidos poderes jurídicos de direção da criação e da educação, envolvendo pretensões e faculdades dos pais em relação a seus filhos, correspondentes a um encargo privado imposto pelo Estado, com previsão em nível constitucional e infraconstitucional.

2. *As obrigações derivadas do poder familiar, contraídas nessa condição, quando casados os titulares, classificam-se como necessárias à economia doméstica, sendo, portanto, solidárias por força de lei e inafastáveis pela vontade das partes (art. 1644, do CC/2002).*

3. Nos casos de execução de obrigações contraídas para manutenção da economia doméstica, para que haja responsabilização de ambos os *cônjuges*, o processo judicial de conhecimento ou execução deve ser instaurado em face dos dois, com a devida citação e formação de litisconsórcio necessário.

4. Nos termos do art. 10, § 1º, III, CPC/1973 (art. 73, § 1º, CPC/2015), se não houver a citação de um dos *cônjuges*, o processo será válido

e eficaz para aquele que foi citado, e a execução não poderá recair sobre os bens que compoñham a meação ou os bens particulares do cônjuge não citado.

5. Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. Nesses casos, a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.44.511/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, data do Julgamento: 11/02/2020)

5. Conclusão

Levantado o quadro fático e jurídico que abraça a *quaestio* objeto deste estudo, entendemos que não há dúvidas de que, havendo uma sociedade conjugal, seja por meio de um casamento formal ou de uma união estável, independentemente do regime de bens adotado pelo casal, restaram ambos os genitores, responsáveis solidariamente por dívidas contraídas ao sustento da prole comum.

Neste específico caso, entendemos, também, acompanhando o entendimento exarado pela 4ª Turma do STJ no bojo do Resp nº 1.444.511/SP que necessária a formação litisconsorcial, desde a formação do processo, em respeito ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa.

Entretanto, uma vez rompida a sociedade conjugal pela separação de fato (lembre-se que sociedade conjugal se rompe pela mera separação de fato, diferentemente do vínculo conjugal, o qual somente se rompe pelo efetivo divórcio), rompida está a solidariedade, assim como rompido qualquer vínculo obrigacional tomado de forma individual por aqueles que não vivem mais em comunhão de desígnios.

Data maxima venia, pensar diferente é ir de encontro a SEGURANÇA JURÍDICA que se espera de sentenças e/ou acordos proferidos em ações de divórcio, partilha de bens e alimentos, pois certo é que, caso se conclua pela eterna responsabilização solidária, nunca haverá segurança para quaisquer das partes envolvidas em litígios que versem sobre o fim de relações conjugais e/ou afetivas onde haja uma prole em comum.

Além disso, importante lembrar que, apesar de atrativa a interpretação de se ter por solidária a responsabilidade de ambos os genitores por dívidas contraídas em favor da prole em comum, mesmo que o tenham sido firmadas de forma individual, certo é que não há precisão legal para tanto.

Lembramos que normas de imposição obrigacional devem ser interpretadas restritivamente, logo, nos parece forçoso estender a solidariedade legal prevista no bojo do artigo 1.644 do Código Civil/2002 de exclusiva aplicabilidade a sociedades conjugais a casos outros em que tal sociedade resta desfeita.

Não há, em nosso ordenamento jurídico, norma alguma que imponha a solidariedade entre genitores que não vivem em sociedade conjugal.

Há, sim, em verdade, normas, constitucionais e legais (art. 229 da CRFB/88, art. 22 do ECA e art. 1566 do CC/2002), que impõem a mútua obrigação de sustento e amparo à prole em comum por ambos os genitores. Todavia, inexoravelmente, a mútua obrigação se distingue, em muito, de uma obrigação solidária.

Deste modo, diante de tudo o que resta exposto, entendemos que a solidariedade entre pais somente resta presente em obrigações contraídas em prol da prole comum quando presente uma sociedade conjugal efetiva, aplicável ao casamento, assim como, extensível às uniões estáveis.

Não havendo sociedade conjugal, prevalece a individualidade patrimonial e obrigacional de cada qual dos responsáveis alimentares.

Não esperamos resolver toda a problemática fática e jurídica que envolve o tema. Todavia, acreditamos que, ao mínimo, estamos contribuindo para que soluções sejam buscadas, mesmo que não seja o caminho traçado netas linhas o escolhido pelos futuros julgados.

Rio de Janeiro, 27 de junho de 2022.

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2021.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família – Curso de Direito Civil*. São Paulo: Renovar, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Lei de Improbidade Administrativa: interpretação dos pedidos e Princípio da Congruência

Renato de Lima Castro*

Fernanda Prado**

Sumário

1. Introdução. 2. Individualização dos Atos de Improbidade Administrativa. 3. Natureza jurídica das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. 4. Interpretação dos pedidos da Ação de Improbidade e o Princípio da Congruência. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

A Constituição Federal proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, consagrando, expressamente, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5^a, inc. XXXV). Referida vedação assegura a tutela jurisdicional dos direitos individuais e coletivos constitucionalmente garantidos, entre os quais se destaca a moralidade administrativa (art. 37, § 4^o). Com o fim conferir uma adequada e efetiva proteção ao citado bem jurídico e, mais amplamente, ao interesse público, estabeleceu-se verdadeiro mandamento constitucional de punição dos atos que caracterizam improbidade administrativa pela via judicial. Todavia, inseriu-se, na Lei nº 8.429/92, previsão de nulidade da decisão de mérito da ação de improbidade administrativa que condena o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial (art. 17, § 10-F, inciso I, incluído pela Lei nº 14.230/2021), em evidente afronta a esses preceitos constitucionais. O presente estudo defende, justamente, a necessidade de afastamento dessa previsão de nulidade, ao demonstrar que a defesa incondicionada da regra da correlação, sem a constatação do efetivo prejuízo para a defesa, é incompatível com os princípios da economia e celeridade processuais, necessários para garantir uma tutela jurisdicional adequada e efetiva da probidade administrativa.

* Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2003). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (1999). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Coordenador Regional do Grupo Especializado na Proteção ao Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa.

** Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2019). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2016). Assessora de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Palavras-chave: Ação de Improbidade Administrativa. Interpretação dos pedidos. Princípio da Congruência. Inafastabilidade da jurisdição.

1. Introdução

A jurisdição, tida como uma técnica de solução de conflitos por um terceiro imparcial, que substitui a vontade das partes no caso concreto (heterocomposição), é uma atividade essencialmente criativa, não podendo ser entendida como uma mera aplicação concreta da vontade da lei, em atuação meramente declaratória do órgão jurisdicional.

Com a demanda inicial ou com regular curso de um processo, podem surgir questões complexas para o órgão julgador, que demandem uma postura mais inventiva, proativa e compatibilizadora com a ordem valorativa e força vinculante da Constituição Federal. Nesse viés, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma processual ao caso submetido à sua apreciação; exige-se, para o exercício da jurisdição, também uma atenta observância dos comandos normativos previstos na Constituição Federal.

Nesse cenário, o presente estudo busca suscitar algumas reflexões a respeito da atuação do magistrado nas ações de improbidade administrativa, especificamente no que se refere à previsão de nulidade da decisão de mérito que condena o réu por tipo diverso do definido na petição inicial (art. 17, § 10-F, da Lei nº 8.429/92), incluída pela Lei nº 14230/21.

Referida disposição processual deverá ser cotejada com os princípios da demanda, do juiz natural, do devido processo legal e da eficiência na prestação da tutela jurisdicional, no sentido de se avaliar se o julgador pode, em razão da prova contida nos autos, proferir sentença que defina juridicamente a conduta ímproba descrita na inicial de maneira diversa da indicada pelo autor, sem que com isso sejam violadas regras do Código de Processo Civil e garantias fundamentais das partes.

Para tanto, são trazidos conceitos e etapas necessárias à individualização dos atos de improbidade administrativa, capazes de auxiliar o legitimado ativo da ação na identificação de certa conduta como ato ímprobo e de qual espécie. Em seguida, realiza-se a análise acerca da natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, definindo-se, por consequência, o diploma processual aplicável, a fim de estabelecer a técnica interpretativa a ser adotada pelo órgão julgador, notadamente quando esse entende pela incidência de tipo ímprobo diverso do indicado pelo autor da ação.

Por fim, faz-se uma breve incursão crítica acerca da compatibilização, ou não, das normas processuais recém-criadas na Lei de Improbidade Administrativa, especialmente aquelas que exigem do magistrado o estrito cumprimento do princípio da congruência no âmbito da Ação de Improbidade Administrativa, à vista dos princípios constitucionais da eficiência, economicidade e da inafastabilidade da jurisdição.

2. Individualização dos Atos de Improbidade Administrativa

A Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, atendendo ao comando constitucional da norma insculpida no art. 37, § 4º, da lei básica, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública, praticam qualquer um dos atos de improbidade administrativa descritos nas três seções do capítulo II da referida lei, quais sejam: os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário (art. 10); e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Ao contrário do que ocorre no direito penal, a estrutura do tipo de injusto do ato de improbidade administrativa, com exceção do art. 11º da Lei nº 8429/92, não se submete ao princípio da tipicidade cerrada, já que são descritos, no *caput* das disposições, apenas os elementos fundamentais da figura típica, apontando-se, nos incisos dos artigos 9º e 10, hipóteses exemplificativas dos comportamentos proibidos.

Da leitura dos referidos dispositivos legais, conclui-se pela coexistência de três técnicas legislativas no momento de tipificação das condutas caracterizadas como ímprobas: a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, presentes no *caput* dos dispositivos tipificadores, permitindo o enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados; as previsões das situações que comumente consubstanciam a improbidade de natureza meramente exemplificativa, o que facilita a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no *caput*; e a última, de caráter taxativo, adotada no art. 11 da Lei Federal. (GARCIA; ALVES, 2017, p. 369-370)

Após a descrição das três tipologias de atos de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 elenca as sanções aplicáveis a cada espécie, de acordo com a maior/menor potencialidade lesiva dos atos. Nesse sentido, o art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa dispõe que:

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento

¹ Com o advento da Lei nº 14.230/2021, o art. 11 da Lei nº 8.429/92 passou a prever hipóteses taxativas das condutas que caracterizam ato de improbidade administrativa que violam os princípios da Administração Pública. Apesar de entender pela inconstitucionalidade da nova redação, diante da evidente ofensa ao direito fundamental à probidade administrativa resguardado pela Constituição Federal, esse tema não constitui objeto do presente estudo, demandando uma análise aprofundada e em separado do assunto.

de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos.

Ainda que seja possível a acumulação de pedidos, quando essa medida se apresentar como a mais adequada para a tutela do patrimônio público, o núcleo do pedido da ação de improbidade administrativa é justamente a aplicação das sanções previstas nos incisos de I a III da Lei nº 8.429/92. Assim, o legitimado ativo para a propositura da ação, após a descrição dos fatos que se ajustará a uma das hipóteses normativas previstas na lei federal como ato de improbidade administrativa (art. 17, § 10-D), requererá, sem prejuízo de eventuais outros pedidos pertinentes (como a declaração de nulidade dos atos ímprobos, indenização dos danos morais coletivos etc.), a aplicação da sanção correspondente prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

A gradação das sanções contida nos incisos do referido dispositivo legal permite concluir que as espécies de atos de improbidade administrativa previstas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 possuem diferentes graus de potencialidade lesiva, obedecendo uma ordem decrescente de gravidade das condutas, já que são cominadas as sanções mais severas para aos atos que geram enriquecimento ilícito, sanções intermediárias para os que causam lesão ao erário e as mais leves para os que violam os princípios regentes da administração pública.

Obedecendo aos princípios da proporcionalidade e a necessidade de aplicação de reprimendas capazes de punir e prevenir a prática de atos ímprobos, o legislador ordinário consignou, ainda, que as sanções previstas no art. 12, incisos I a III, da Lei nº 8.429/92 podem ser aplicadas de maneira isolada ou cumulada, cabendo ao magistrado, diante do caso concreto, definir a(s) pena(s) compatível(veis) com o

ilícito objeto da ação de improbidade e, assim, fixar a quantidade de pena suficiente e necessária para a proteção dos valores tutelados pela ordem jurídica.

Conforme afirmado, a propositura da ação que tenha como causa de pedir a prática de condutas caracterizadas como atos de improbidade administrativa terá como pedido necessário (mas não exclusivo) a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92. O legitimado ativo, ao identificar que determinada conduta se subsume às tipologias previstas na Lei de Improbidade Administrativa, provocará o Poder Judiciário, mediante a propositura de ação que descreverá detalhadamente os fatos e circunstâncias da conduta ilícita, com o enquadramento em um dos injustos ímprobos previstos na Lei nº 8.429/92 e o pedido de aplicação da sanção correspondente (art. 319, incisos III e IV, do CPC).

Para a identificação de certa conduta como ato de improbidade administrativa e, mais especificamente, para definir em qual dos tipos ela se enquadra, Garcia; Alves (2017, p. 445-449) afirmam a existência de cinco operações a serem realizadas sucessivamente pelo operador do Direito (leia-se promotor, magistrado, advogado): a primeira consiste na comprovação da incompatibilidade da conduta com os princípios regentes da administração pública; em seguida, passa-se a analisar o elemento subjetivo do agente; no terceiro momento, deve-se aferir se a conduta gerou outros efeitos, o que resultará na modificação da tipologia legal; posteriormente é preciso analisar se estão previstas as características dos sujeitos ativos e passivos exigidas nos arts. 1º e 2º da Lei de Improbidade; na última etapa, utiliza-se o critério da proporcionalidade entre a conduta do agente e as consequências decorrentes de eventual aplicação da Lei nº 8.429/92, podendo-se falar na coexistência da improbidade formal e da improbidade material:

Caso se constate que o ato, além de violar os princípios, a um só tempo, importou em enriquecimento ilícito do agente, causou dano ao erário ou acarretou a fruição de benefício indevido pelo contribuinte, a operação de subsunção haverá de ser complementada com o fim buscado pelo agente. (GARCIA; ALVES, 2017, p. 447-448)

Ao se percorrer esse caminho, nota-se que todo ato de improbidade administrativa caracterizar-se-á, no mínimo, como violador do regime jurídico-administrativo, não se excluindo a possibilidade de que a conduta também se enquadre em outras hipóteses previstas na Lei nº 8.429/92. Ocorre que a identificação do ato e a sua adequação a uma das tipologias previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade trata-se de elemento anterior e necessário para a formulação do respectivo pedido de condenação às sanções contidas no art. 12 da mesma lei. Por isso, é importante que o legitimado ativo, no momento de propositura da ação, tenha extrema cautela ao percorrer o *iter* de individualização do ato de improbidade administrativa e, ainda, descreva de maneira clara e detalhada os fatos e as circunstâncias que compõem a causa de pedir da demanda.

Isso porque a narração precisa e aprofundada dos fundamentos fáticos permitirá o pleno exercício do contraditório e impedirá eventual alegação de prejuízo para a defesa, caso o magistrado, diante do caso concreto, enquadre os fatos em hipótese diversa da imputada na inicial (o que, adiantando, não viola o princípio da congruência e nem acarreta a necessária nulidade da sentença), já que oportunizará ao requerido/réu da ação de improbidade administrativa manifestar-se sobre todos os fatos que lhe são atribuídos, ainda que, posteriormente, seja condenado por tipo diverso do contido na peça preambular.

Assim, o magistrado, diante do conjunto probatório contido nos autos, deverá não apenas aplicar as sanções necessárias à repressão e à prevenção da prática de condutas ímprobas com base no princípio da proporcionalidade, mas também reclassificar o ato ímprobo imputado na inicial para outro, ao entender que os fatos descritos se enquadram em hipótese diversa da indicada. Nesse último caso, a sentença proferida decorrerá de uma interpretação lógico-sistemática da petição inicial a seguir abordada.

3. Natureza jurídica das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa

O pedido de aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 integra o núcleo dos requerimentos da ação de improbidade administrativa. Portanto, antes de se desenvolver os estudos sobre a interpretação desse pedido, é imprescindível a delimitação da natureza jurídica das sanções previstas na referida lei, a fim de direcionar os princípios e o modelo processual aplicáveis à ação.

A norma contida no § 4º, art. 37, da Constituição Federal, ao estabelecer as sanções para os atos de improbidade administrativa, afirma a inexistência de prejudicialidade entre a propositura da ação que vise responsabilizar o sujeito ativo do ato ímprobo e eventual ação penal cabível, o que autoriza afastar, de imediato, qualquer tentativa de enquadramento dessas reprimendas como de natureza penal:

[...] muito se discutiu a respeito do caráter penal das sanções previstas no art. 12, I, II e III da Lei nº 8.429/92, resultando consagrado o entendimento de que não se trata de normas típicas penais ou sanções rigorosamente penais, seja pela dicção inquestionável do constituinte ordinário, seja, finalmente, a ausência de vedação constitucional a que se consagrem sanções extrapenais nos moldes previstos na Lei nº 8.429/92. (OSÓRIO, 1999, p. 19-31)

Superada a ideia de que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa possuem natureza penal, autores como Fábio Medina Osório defendem que o sistema de coibição das condutas ímprobas está incluído no aspecto do direito administrativo sancionador, conceituando a sanção administrativa como:

[...] conteúdo de um ato sancionador, jurisdicional ou administrativo, consistente no mal ou castigo imposto ao administrado ou jurisdicionado, em caráter geral e *pro futuro*, conforme com as regras e princípios do direito administrativo, como consequência da prática de um ilícito administrativo por omissão ou comissão, traduzindo-se como privação de direito ou imposição de deveres, excluída a liberdade de ir e vir, com a restrição das penas disciplinares militares, no interior do processo administrativo ou judicial, tendo por finalidade a repressão da conduta ilegal, como reação jurídica à ocorrência de um comportamento proibido. (OSÓRIO, 2020, n.p.)

Ao apresentar esse conceito, o autor busca separar o direito administrativo sancionador da presença necessária da Administração Pública no polo ativo da demanda e também do processo administrativo, situando-o, “em termos de possibilidade, também no processo judicial”, sendo que “[...] as sanções administrativas podem ser aplicadas ao abrigo da normativa de um direito administrativo sancionador que formaliza infrações e penas, protegendo bens jurídicos afetos a outras áreas, tal como se dá no direito penal.” (OSÓRIO, 2020, n.p.) Além disso, reconhece que:

[...] essas mesmas sanções podem ser aplicadas no interior de normas genuinamente administrativas, a partir de infrações que, na definição do legislador, configuram-se como de direito administrativo sancionador, já que sua ocorrência depende da violação de normas materiais de direito administrativo, tal como ocorre na tutela das funções públicas, constituindo suas penas as respectivas consequências jurídicas. (OSÓRIO, 2020, n.p.)

Esse parece ter sido o entendimento adotado pelo legislador infraconstitucional que, por meio da Lei nº 14.230/2021, inseriu o § 5º, no art. 1º, da Lei nº 8.429/92, determinando a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema da improbidade. Contudo, referida previsão legal não permite concluir que o sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa se confunde com o Direito Penal, com base na ideia equivocada de que seria um fragmento desse ramo do direito. Isso porque “esses sistemas sancionatórios não guardam similitude de lógica operativa e, embora os ordenamentos sancionatórios possam constituir manifestações de *ius puniendi*, seus perfis singulares exigem um esforço para caracterizar o campo em que eles podem ser utilizados.” (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 90)

O Direito Administrativo Sancionador cuida-se, na verdade, de disciplina própria, inserida no âmbito do Direito Administrativo, que tem como escopo a tutela do interesse coletivo e, mais amplamente, da moralidade administrativa, devendo com

eles ser cotejado no momento da aplicação dos princípios e da legislação inerentes a esse sistema de proteção:

[...] este ramo é dotado de singularidades que buscam um “equilíbrio fino” (“legitimação híbrida”), destacando: 1) as particularidades finalísticas e operacionais do DAS, atinentes à realização de objetivos de interesse público, sob enfoque prospectivo e conformativo, dissociado, como regra, de juízo de reprovação ético-social; 2) a instrumentalidade da sanção administrativa, que é compreendida como meio de gestão, e não fim em si mesmo. Instrumento de gestão e ferramenta institucional, governado por lógica de incentivos de conformidade, visando a efetividade dos objetivos de interesse público; 3) o componente funcional, que, segundo Voronoff, se desdobra no elemento funcional estático (órgão ou ente da Administração) e elemento funcional dinâmico (exigências impostas ao *modus operandi* da Administração). (Apud OLIVEIRA; GROTTI, p. 116)

É certo que, com o fim de evitar o exercício arbitrário do *ius puniendi* do Estado, a Lei de Improbidade Administrativa deve se submeter a princípios penais que asseguram um núcleo básico de direitos individuais em face desse poder punitivo, merecendo destaque os princípios da legalidade (artigo 5º, incisos II e XXXIX, e artigo 37, *caput*); da culpabilidade e da pessoalidade da pena (artigo 5º, inciso XLV); da individualização da sanção (artigo 5º, inciso XLVI); da razoabilidade e da proporcionalidade. Com isso, todavia, não se pode estabelecer uma identidade absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, sendo inquestionável que referidos sistemas de tutela possuem regimes jurídicos próprios, com normas e princípios que não se confundem entre si.

Definida a natureza jurídica da ação de improbidade, o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/92 determina a aplicação do procedimento comum previsto no Código de Processo Civil, no que não for contrário ao disposto na lei federal. A partir disso, torna-se possível analisar a questão proposta nesse estudo – interpretação dos pedidos da ação de improbidade – à luz do que dispõe o código de processo civil. Para tanto, é preciso destacar algumas regras da jurisdição que tutelam princípios constitucionalmente previstos, como o do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF), cuja inobservância acarretará a inevitável ofensa ao devido processo legal e, principalmente, no ilegítimo exercício do poder sancionador do Estado.

4. Interpretação dos pedidos da Ação de Improbidade e o Princípio da Congruência

O Estado Democrático de Direito, ao tomar para si a responsabilidade de solucionar os conflitos de interesses (art. 5º, XXXIV, CF) existentes em qualquer sociedade, precisa edificar um sistema contencioso capaz de garantir uma resposta imparcial e adequada às questões postas sob sua jurisdição. Esse dever revela-se mais substancial quando, por intermédio do Poder Judiciário, busca-se a aplicação de sanções, ainda que de natureza civil, ao agente que pratica um ato ilícito.

Nesse sentido, o princípio do juiz natural reivindica a utilização de regras objetivas e anteriores de competência jurisdicional, a fim de garantir a independência e a imparcialidade do órgão julgador. Ferrajoli (2002, p. 472), ao explicar o conteúdo do princípio do juiz natural, destaca três partes diferentes, porém conexas do seu significado: necessidade de um juiz pré-constituído pela lei; impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; e proibição de juízes especiais:

No primeiro sentido, expresso, por exemplo, pelo art. 25 da Constituição Italiana, o princípio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e, portanto, destinada a um resultado determinado. No segundo sentido, deduzível com alguma incerteza do mesmo art. 25 e do art. 102, par. 1º, designa a reserva absoluta da lei e a impossibilidade de alteração discricionária das competências judiciais. No terceiro sentido, expresso pelo art. 102, par. 1º, da Constituição, mas derogado pelas jurisdições especiais previstas pelo art. 103, como também pela justiça política reservada pelos arts. 90 e 134 da mesma Constituição Italiana aos crimes presidenciais. Trata-se de um princípio de organização que postula a unidade de jurisdição e o seu monopólio conservado em uma mesma classe. Enquanto a pré-constituição legal do juiz e a inalterabilidade das competências são garantias de imparcialidade, sendo voltadas a impedir intervenções instrumentais de tipo individual ou geral na formação do juiz, a proibição de juízes especiais e extraordinários é antes uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e os mesmos procedimentos. (FERRAJOLI, 2002, p. 472)

Esse aspecto formal do princípio do juiz natural precisa, todavia, ser compreendido com a sua vertente substancial, consistente na exigência da imparcialidade e na independência dos magistrados. (FERRAJOLI, 2002, p. 472) Assim, regras como a livre distribuição e a inércia da jurisdição são imprescindíveis para a concretização dessa garantia.

Dessa forma, o princípio da inércia da jurisdição, por condicionar e limitar a atividade jurisdicional, atua como um meio de concretização da indispensável imparcialidade do juiz, considerando a inevitável perda da posição desinteressada de um magistrado que dá início a um processo de ofício, uma vez que terá “a percepção, ainda que aparente, de existência do direito, o que o fará pender em favor de uma das partes.” (NEVES, 2016, p. 120)

Como reflexo das garantias constitucionais, o art. 2º do Código de Processo Civil consagra a regra de que a instauração do processo cabe à parte interessada. Nesse contexto, Neves (2016, p. 1392-1393) lembra que:

Pela previsão contida no art. 492 do Novo CPC, que consagra o princípio da congruência (correlação/adstrição), nota-se que não só a jurisdição depende de provocação para se movimentar, como o fará nos estritos limites definidos pelo objeto da demanda, que em regra é determinado pelo autor e excepcionalmente também pelo réu (reconvenção/pedido contraposto). Quanto ao que ficar fora do objeto da demanda, a jurisdição continuará inerte, não podendo haver prestação de tutela jurisdicional, salvo nas excepcionais hipóteses de “pedidos implícitos” e de aplicação da regra da “fungibilidade”, circunstâncias previstas por lei que autorizam a concessão de tutela não pedida.

Portanto, a fim de garantir a imparcialidade do juízo, é necessária não apenas a sua provocação (princípio da inércia da jurisdição), mas também que a atividade jurisdicional seja exercida nos limites estabelecidos no momento da propositura da ação, por intermédio da causa de pedir e da formulação dos respectivos pedidos (princípio da congruência). O autor, ao exercer o seu direito de ação, autoriza e restringe a atuação do órgão julgador aos estritos termos postos na sua peça preambular. Em uma análise mais aprofundada, o princípio da congruência é fundamentado, então, na inércia da jurisdição e no contraditório:

A inércia da jurisdição determina que o juízo só se movimenta quando provocado pelo interessado, sendo que essa movimentação ocorre nos estritos limites do pedido e causa de pedir elaborados pelo autor, bem como se limita aos sujeitos processuais. Por outro lado, o réu limita sua defesa tomando por base a pretensão do autor, não havendo sentido defender-se de pedido não elaborado, causa de pedir não narrada na petição inicial, ou contra sujeito que não participa do processo. Uma decisão proferida fora desses limites surpreenderá o réu, o que não se pode admitir em respeito ao princípio do contraditório. (NEVES, 2016, p. 121)

A petição inicial tem, por assim dizer, a função de retirar o Poder Judiciário do seu estado de inércia, funcionando como um projeto da sentença que estabelece os contornos (conteúdo) do que se almeja ser decidido. A causa de pedir e pedido são, portanto, verdadeiras garantias da imparcialidade, na medida em que limitam a prestação jurisdicional aos estritos termos por eles estabelecidos. É nesse ponto que surge a questão proposta nesse estudo: o magistrado, na ação de improbidade administrativa, ao enquadrar a conduta descrita em tipologia diversa da indicada na petição inicial viola o princípio da congruência e, mais amplamente, o do juiz natural?

A resposta é negativa. Apesar de o art. 17, § 10-F, inc. I, da Lei nº 8.429/92 afirmar a nulidade da decisão de mérito da ação de improbidade administrativa que condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial, referida norma deve ser interpretada restritivamente, só devendo ser aplicada nos casos de inegável prejuízo para a defesa, verificado, por exemplo, quando se procede a definição jurídica diversa de um fato baseada em elementos ou circunstâncias não contidos na peça inaugural.

O Código de Processo Civil exige, entre outros requisitos, que a petição inicial contenha causa de pedir e pedido (art. 319, inc. III e IV, do CPC), sendo que “compõe a *causa petendi* o fato (causa remota) e o fundamento jurídico (causa próxima)” (TUCCI, 2001, p. 154) Didier Jr. (2015, p. 552) ensina que o CPC adotou a teoria da substancialização da causa de pedir, que exige a indicação, na petição inicial, do fato jurídico e da relação jurídica dele decorrente, não bastando a indicação da relação jurídica (efeito do fato jurídico), como defendido pela teoria da individualização. E o mesmo autor ressalva que esse fundamento jurídico não pode ser confundido com fundamentação legal. (DIDIER JR., 2015, p. 553)

No mesmo sentido, Greco Filho (2000, p. 92) distingue fundamento jurídico de fundamento legal, afirmando que esse último consiste na “norma legal em que se apoia a pretensão, cuja referência não é exigida pelo Código, pois compete ao juiz formular o enquadramento legal da hipótese apresentada, segundo o princípio *‘iura novit curia’* (o juiz conhece o direito).”

O pedido, por sua vez, consiste no objeto imediato (providência jurisdicional pretendida) e mediato (resultado prático) da demanda e deve ser interpretado, segundo dispõe o art. 322, § 2º, do CPC, considerando o conjunto da postulação e com observância ao princípio da boa-fé.² Referida norma autoriza que o magistrado atue de maneira mais pertinente e eficaz, uma vez que possibilita a adoção de uma interpretação sistemática dos pedidos formulados na inicial, promovendo uma maior conexão com a vontade do autor.

Nesse ponto, cabe destacar a norma contida no art. 112 do Código Civil de que, nas declarações de vontade, deve-se atender mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem. A petição inicial, entendida como tal, deve

² Essa regra diferencia-se substancialmente do previsto no antigo Código de Processo Civil, no sentido de que os pedidos deveriam ser interpretados restritivamente. (art. 293, CPC/73)

ser assim interpretada. Todos esses princípios e regras devem ser considerados ao se afirmar a possibilidade de o magistrado reclassificar o ato ímprobo imputado na inicial para outro, quando entender que os fatos descritos se enquadram em hipótese diversa da indicada.

Inexiste, por assim dizer, violação ao princípio da congruência, tampouco do juiz natural, quando o magistrado, após longa e detida análise das provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, subsume a conduta ímproba imputada ao sujeito passivo da ação em hipótese legal diferente da apontada pelo legitimado ativo, desde que a descrição da causa de pedir tenha dado condições para o pleno exercício da defesa.

Descabida, de igual sorte, é a proibição contida no art. 17-C da Lei n.º 8429/92 (com alterações da Lei n.º 14329/21), ao exigir do juízo, na fase de saneamento, a indicação com precisão da “tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.” Esta disposição legal macula, uma vez mais e de forma indevida, o princípio da *mihi factum, dabo tibi jus*, há muito arraigado no sistema jurídico nacional.

Não restam dúvidas que mencionadas disposições legais (art. 17, §§ 10-C e 10-F, inc. I) limitam, de forma arbitrária e indevida, a independência da função judicial, com ostensiva violação à disposição constitucional encartada no art. 2º da Constituição Federal, além dos princípios da proporcionalidade, economicidade e eficiência, todos expressa ou implicitamente garantidos no texto constitucional.

É claro que o magistrado, após verificar a correta descrição dos fatos pelo Ministério Público e em observância ao princípio *iura novit curia*, poderá condenar o réu à prática de ato de improbidade administrativa diverso da capitulação jurídica imputada na peça acusatória, principalmente porque a “*causa petendi*, na Ação de Improbidade Administrativa, firma-se na descrição dos fatos, e não na qualificação jurídica dos fatos” (REsp 817.557/ES, 2010), o que afasta qualquer alegação de nulidade por violação aos princípios do contraditório, da congruência e ao dever de imparcialidade do juiz.

Portanto, as limitações impostas pela disposição contida no art. 17, §§ 10-C e 10-F, inciso I, da Lei n.º 8429/92, com as alterações promovidas pela Lei n.º 14230/21, violam princípios fundamentais consagrados no texto constitucional, especialmente da eficiência, economicidade, inafastabilidade da jurisdição e amesquinha o resguardo da probidade administrativa, ao promover uma tutela deficiente desse bem jurídico supraindividual (proporcionalidade em sentido estrito). Não é crível que se negue ao órgão jurisdicional o exercício de seu livre convencimento motivado, restringido seu poder-dever de apreciar o fato submetido à jurisdição, de forma independente (art. 2º da CF).

Imagine-se, por hipótese, que, após o transcurso da produção probatória em que o Ministério Público, no âmbito da ação de improbidade administrativa, descreveu na petição inicial, um comportamento do agente público que fraudou a concorrência de um certame licitatório, ocasionando dano ao erário (art. 10, inciso VIII, LIA). O magistrado, encerrada a instrução, convence-se que o órgão ministerial deixou de demonstrar

o dano ao erário, mas não pode condenar o réu nas disposições legais encartadas no art. 11, inciso V, da Lei n.º 8429/92 (frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de procedimento licitatório, com a redação dada pela Lei n.º 14230/21), já que há expressa norma proibitiva contida no art. 17, § 10-F, inc. I, da Lei n.º 8429/92.

Nessa ordem de ponderação, e partindo da hipótese exemplificativa apresentada, o art. 17, § 10-F, inciso I, da Lei n.º 8.429/92 encerra verdadeira norma que se incompatibiliza com os princípios da economicidade e eficiência e proporcionalidade em sentido estrito, já que exige a propositura de nova ação, agora com nova imputação do fato ímprobo doloso que violou os princípios fundamentais da Administração Pública (cujo fato, registre-se, adveio da instrução realizada no âmbito do devido processo legal anterior).

Claro que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, sob o aspecto da proteção suficiente da probidade administrativa, será maculado na hipótese de se exigir do Ministério Público a propositura de nova Ação de Improbidade Administrativa diante da concreta possibilidade de advir a prescrição intercorrente. Referidas previsões legais são incompatíveis com os princípios explícitos ou implícitos amalgamados na Constituição Federal, exigindo uma interpretação em conformidade com a norma superior.

Nesse cenário, o Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Londrina, Marcos José Vieira, reconheceu a inconstitucionalidade material (de forma incidental) das disposições legais hostilizadas, art. 17, § 10-C e § 10-F, inciso I, ambos da Lei n.º 8429/92 (redação dada pela Lei n.º 14230/21). As constantes lições desse magistrado, quer por sua exatidão técnica e propriedade científica, merecem ser colacionadas neste estudo:

Tenho como certo que esses dispositivos são manifestamente inconstitucionais.

A Constituição Federal instituiu e estruturou os órgãos jurisdicionais, conferindo garantias e prerrogativas a seus membros (arts. 92 a 126); erigiu a independência do Judiciário ao patamar dos princípios fundantes da República (art. 2º); e inseriu o acesso à Justiça no catálogo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso XXXV). Ao assim fazê-lo, optou o constituinte por um perfil de prestação jurisdicional que não se compatibiliza com leis que, sob o falso pretexto de tutelar o direito de defesa, restrinjam desarrazoadamente a liberdade do juiz de interpretar e aplicar o ordenamento jurídico. Com efeito, é inerente e essencial à atividade jurisdicional que, uma vez conhecidos os fatos alegados na demanda – e sobre os quais o réu teve oportunidade de defender-se –, possa o órgão judicial dizer o direito aplicável à espécie.

É claro que a liberdade de julgar muito longe está de ser ilimitada: o Poder Judiciário, tanto como os outros poderes da República,

está subordinado às leis e à Constituição. Sem isso, não haveria Estado de Direito.

Ocorre que o § 10-C e o § 10-F, inciso I, ambos do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, pretendem impedir o órgão jurisdicional de subsumir os atos ímprobos comprovados na instrução da causa aos dispositivos legais que realmente os tipificam. Dito de outro modo: beirando a esquizofrenia jurídica, o legislador, embora reconhecendo que os atos de improbidade encontram tipicidade em determinada disposição da Lei n. 8.429/1992 (art. 9º, por exemplo), está a proibir o juiz de aplicá-la quando da prolação da sentença. (autos nº 86408-67.2019.8.16.0014, seq. 809)

Por outro lado, e mediante raciocínio paralelo, observa-se que, na disposição processual penal contida no art. 383 do CPP, confere-se ao juiz o poder-dever de, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, atribuir definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha que aplicar pena mais grave. Trata-se da hipótese de *emendatio libeli* há muito consagrada no direito processual penal nacional.

Ainda, o diploma processual penal autoriza a nova definição jurídica do fato, em consequência de prova, nos autos, de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, desde que haja aditamento da denúncia ou queixa e que seja oportunizada a manifestação da defesa (art. 384 do CPP). Ou seja, nem mesmo no âmbito de um processo penal, que pode resultar na privação de liberdade do indivíduo, existe previsão legal que se antecipe e limite a tutela jurisdicional, como as vedações inseridas na Lei nº 8.429/92 (art. 17, §§ 10-C e 10-F, inciso I), evidenciando a desproporcionalidade e ofensa dessas disposições legais ao princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente (art. 5º, inc. XXXV).³

Tem-se como evidente que as hostilizadas disposições legais conferem ao bem jurídico de jaez constitucional – proibidade administrativa – uma proteção deficiente, já que esvazia a tutela jurisdicional em prol ou reverência a burocracias e limitações impostas ao órgão judicante despiciendas, ilegítimas, que servem única e exclusivamente para minimizar o já combalido combate à corrupção pública e à proteção do patrimônio público.

A restrição contida no art. 17, § 10-C, Lei nº 8.429/92 e a nulidade prevista no art. 17, § 10-F, inciso I, do mesmo diploma legal, precisam dialogar com os princípios da efetividade da tutela jurisdicional sempre que o magistrado precise, por intermédio de uma interpretação lógico-sistemática, adequar a prestação jurisdicional à manifestação

³ O STJ tem entendimento pacífico de que “não há julgamento *extra petita* quando o acolhimento da pretensão decorre da interpretação lógico-sistemática da peça inicial, devendo os requerimentos ser considerados pelo julgador à luz da pretensão deduzida na exordial como um todo.” (AgInt no AREsp 1448072/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 04/09/2019)

de vontade contida na petição inicial, mesmo que para isso utilize de fundamento legal diverso do apresentado pelo autor da demanda.

Em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*, a incidência da nulidade prevista no referido dispositivo legal deve ser afastada sempre que a redefinição jurídica da prática de ato de improbidade administrativa esteja baseada na descrição fática contida na inicial, que contenha os elementos objetivos e subjetivos exigidos para a caracterização de hipótese ímproba diversa da indicada pelo autor da demanda, porque, dessa forma, nenhum prejuízo terá a defesa. Dessa forma, garante-se uma prestação jurisdicional efetiva na tutela da probidade administrativa, sem se descuidar dos direitos e garantias processuais pertencentes ao sujeito ativo do ato ímprobo.

5. Conclusão

O princípio da congruência, materializado no art. 492 do Código de Processo Civil, veda ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, assim como de condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi demandado, devendo, portanto, ficar adstrito aos pedidos formulados pelo autor da ação. Essa regra da correlação busca garantir princípios constitucionalmente consagrados, como o do juiz natural e a sua correspondente imparcialidade. No mesmo sentido, o art. 17, § 10-F, inc. I, da Lei nº 8.429/92 afirma ser nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que condene o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial.

Contudo, a complexidade de certas demandas pode exigir a mitigação das citadas regras, a fim de que sejam observados princípios igualmente previstos pelo ordenamento jurídico nacional, como o da eficiência na prestação da tutela jurisdicional, albergado, entre outras previsões normativas, pela possibilidade de se conferir uma interpretação sistemática dos pedidos, considerando todo o contexto da peça inaugural (art. 322, § 2º, do CPC).

Assim, ao magistrado, deve ser possibilitado adequar o resultado do processo às reais nuances do caso concreto, existentes no momento da decisão, a fim de atribuir o máximo de eficiência à sentença, o que permite adaptar o provimento judicial às circunstâncias e às modificações da própria relação de direito material, as quais poderão ser contempladas ao término do exercício da atividade jurisdicional. Referida flexibilização à regra da correlação não implica, todavia, a tomada de decisões surpresas, que inobservem o contraditório e a ampla defesa, só sendo possível o juiz modificar a fundamentação jurídica se respeitados os fatos indicados pelas partes.

Nesse ponto, cabe enfatizar que a petição inicial e a contestação servem de ótimos referenciais para a precisa identificação do direito material objeto do litígio, quando a instrução probatória ou a própria descrição fática contida na causa de pedir deixam dúvidas acerca da adequada fundamentação jurídica aplicada ao caso. Oportunizar que as partes se manifestem antes de proferir decisão nesse sentido

também é fundamental para evitar eventuais prejuízos que possam resultar em uma violação ao devido processo legal e na respectiva nulidade processual.

A defesa absoluta da regra da correlação, mediante argumentos genéricos de violação aos princípios da demanda e do devido processo legal, sem a demonstração do efetivo prejuízo, inclusive nas ações que têm como causa de pedir a prática de atos de improbidade administrativa, é incompatível com os princípios da economia e celeridade processuais, que buscam garantir uma tutela jurisdicional adequada em um menor espaço de tempo, evitando a adoção e repetição de atos desnecessários. Preza-se, assim, pela obtenção do melhor resultado possível com o menor dispêndio de esforços, a fim de se conceder às partes tutela com maior efetividade e aptidão para promover a paz social.

Portanto, o magistrado não deve ser abstrata e integralmente impedido de decidir com base em fundamento jurídico distinto do escolhido pelo autor quando, verificada a correta descrição dos fatos, entender que, com base nos elementos de provas colhidos durante o processo, a causa de pedir da demanda enquadra-se em tipologia diversa da indicada na inicial.

Apesar de o núcleo dos pedidos da ação de improbidade ser a aplicação de algumas sanções consideradas graves (como a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública), a natureza jurídica da ação autoriza a aplicação das regras previstas no Código de Processo Civil, na parte que não contrarie as disposições contidas na Lei nº 8.429/92 e, evidentemente, sempre em consonância com os princípios constitucionais pertinentes à matéria.

Referências bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 817.557 / Espírito Santo*. Rel.: Herman Benjamin. Segunda Turma. Decisão: 02/12/2008. DJe.: 10/02/2010.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Interpretação jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica UNIJUS*, v. 11, nº 15, p. 67-90, Uberaba, nov./2008. Disponível em: <http://www.revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/view/1039/1216>. Acesso em: 03 nov. 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 472.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 47, nº 259, p. 19-31, maio 1999.

_____. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

ZOTARELI, Daniel Menegassi. *A regra da correlação à luz do código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Os riscos “pós-pandêmicos” da ponderação de direitos fundamentais na aplicação das medidas de combate à Covid-19

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução. 2. A pandemia e a colisão de princípios garantidores de direitos fundamentais. 3. A discricionariedade administrativa na imposição de medidas restritivas para o combate à pandemia do coronavírus: a discricionariedade técnica. 4. Os erros observados na adoção das medidas restritivas no combate à pandemia do coronavírus. 5. Os riscos à garantia dos direitos fundamentais: o novo normal. 6. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente trabalho pretende abordar as possíveis consequências decorrentes da violação do princípio da proporcionalidade no sentido restrito, na ponderação dos princípios garantidores dos direitos fundamentais à saúde e à liberdade durante a pandemia do coronavírus. Não sendo direitos com caráter absoluto, os direitos fundamentais devem ser constantemente sopesados, uma vez que alterações de fatores externos podem implicar a mudança do direito predominante. Essa dinâmica nem sempre foi observada na imposição de medidas restritivas à liberdade durante a pandemia, levando a questionamentos quanto à possível vulnerabilidade ao Estado de Direito.

Abstract

The presente work intends to adress the possible consequences arising from the violation of the principle of proportionality in the strict sense, in the consideration of the principles guaranteeing the fundamental rights to health and freedom, during the coronavirus pandemic. Not being rights with an absolute character, fundamental rights must be constantly weighed, considering that changes in external factors may imply a change in the prevailing law. This dynamic was not Always observed in the imposition of measures restricting freedom during the pandemic, leading to questions about the possible vulnerability to the rule of law.

* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professora Adjunta de Direito Administrativo da UFBA.

Palavras-chave: Pandemia. Colisão de direitos fundamentais. Direito à saúde. Direito à liberdade. Ponderação. Princípio da proporcionalidade. Riscos.

Keywords: *Pandemic. Collision of fundamental rights. Right to health. Right to freedom. Weighting. Principle of proportionality. Risks.*

1. Introdução

Em janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – ESPII, em razão da dispersão mundial do coronavírus, impactando todos os setores da existência humana, reconhecendo, em 11 de março de 2020, a pandemia da COVID-19. A partir daí, passou-se a exigir dos governos mundiais ações compatíveis, céleres e racionais para contenção da pandemia.

No Brasil, a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus, data de 03 de fevereiro de 2020, quando o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 188. No entanto, somente no mês de março de 2020 que os estados e municípios passaram a adotar medidas excepcionais voltadas à contenção da pandemia, exatamente após o Carnaval – festa popular que chega a comportar, em cidades específicas, mais de 2 milhões de pessoas –, que ocorreu entre os dias 20 e 25 de fevereiro.

Apesar dos instrumentos constitucionais existentes no ordenamento pátrio para situações excepcionais – o Estado de Defesa e o Estado de Sítio (arts. 137 a 141, da Constituição Federal) – e de Decreto Federal regulamentando o Estado de Emergência e Estado de Calamidade, também estados excepcionais (Decreto nº 7.257/2010 posteriormente substituído pelo Decreto nº 10.593/2020), a União optou por editar especificamente para o contexto da pandemia a Lei nº 13.979/2020.

No seu art. 3º, a Lei nº 13.979/2020 trouxe medidas de restrições de liberdades individuais para o combate à pandemia. Assim, apresenta o isolamento, a quarentena, a restrição temporária à locomoção intermunicipal e interestadual por rodovias, entre tantas outras. No contexto constitucional brasileiro, a adoção de tais medidas proporcionou, em diversas situações, a colisão de princípios informadores de direitos fundamentais, entre os quais, o princípio da proteção à saúde e o princípio da liberdade de locomoção.

Para o combate ao coronavírus, União, Estados e Municípios adotaram diferentes medidas, gerando conflitos federativos que, em certa medida, prejudicaram o controle da pandemia. A postura da União foi pautada mais pela preservação econômico-financeira, colocando-se contrária à maioria das medidas restritivas do direito de liberdade de locomoção. Por sua vez, Estados e Municípios adotaram medidas mais restritivas, produzindo uma descoordenação federativa e conseqüente intervenção judicial para solucionar o conflito travado entre princípios constitucionais.

Instado por inúmeras vezes a se pronunciar sobre temas diretamente relacionados ao enfrentamento da Covid-19, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se quanto à ponderação de princípios na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6343, na qual reconheceu, por maioria de votos, a constitucionalidade das medidas de restrições relativas à locomoção e transporte, desde que embasadas em recomendação técnica fundamentada de órgãos da vigilância sanitária, preservando-se o transporte de produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.

Nesse contexto, travaram-se infindáveis debates quanto à ponderação de princípios constitucionais e a discricionariedade técnica revelada nos “estudos técnicos” que subsidiaram as medidas restritivas impostas à população para conter a disseminação do vírus.

No último dia, 22 de abril de 2022, o Governo Federal anunciou o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), apesar de especialistas questionarem a ausência de critérios epidemiológicos consensualizados internacionalmente para tal decisão. Saliente-se que a Organização Mundial da Saúde (OMS) manteve a emergência de saúde internacional relacionada ao coronavírus, declarada em janeiro de 2020. Segundo a organização, os países ainda apresentam uma cobertura vacinal muito heterogênea e o comportamento imprevisível do vírus contribui com a continuidade do contexto de pandemia global.¹ Mesmo com as divergências existentes quanto ao fim da pandemia do coronavírus, a maioria dos Estados e Municípios brasileiros já flexibilizou quase que a totalidade das medidas restritivas impostas.

Este trabalho pretende demonstrar que o princípio da proporcionalidade nem sempre foi utilizado corretamente quando da colisão dos direitos fundamentais envolvidos no contexto da pandemia, com destaque para o direito à liberdade e à proteção da saúde. Por outro lado, busca-se ponderar os efeitos “pós-pandêmicos” ocasionados pela relativização de tais direitos fundamentais no contexto atual.

2. A pandemia e a colisão de princípios garantidores de direitos fundamentais

Segundo José Cretella Júnior,² os princípios de uma ciência são o conjunto de proposições básicas, fundamentais que condicionam o desenvolvimento das estruturas subsequentes. Os princípios seriam, então, o alicerce da construção da ciência.

Servindo às ciências em geral, os princípios, conforme aponta Miguel Reale, “são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia

¹ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/20/fim-da-emergencia-de-saude-da-covid-pode-impactar-legislacao-e-politicas-publicas>. Acesso em: 03.05.2022.

² CRETELLA JÚNIOR, José. Os Cânones do Direito Administrativo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97/5. p. 7, 1988.

de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade.”³

Agustín Gordillo⁴ leciona que os princípios são a base de uma sociedade livre e republicana, sendo os elementos fundamentais e necessários da sociedade e de todos os atos de seus componentes.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha “no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado.”⁵ Ainda, segundo o seu entendimento,⁶ transportando os princípios para o ramo da ciência jurídica, constituem os valores formulados e aplicados no meio social, absorvidos pelo Direito, como base do sistema, devendo ser observados dentro da estrutura do Estado. Tem-se, assim, que os valores superiores da sociedade, encarnados nos princípios dotados de normatividade e eficácia plena, são as raízes do sistema jurídico, exigindo que tanto a lei como o ato administrativo não só respeitem os seus limites, como também sigam sua mesma direção.

Eduardo García de Enterría,⁷ adotando a mesma linha, entende que os princípios são nódulos de condensação de valores ético-sociais e o centro de organização do regime positivo. Nos princípios estão o espírito e os fins do sistema jurídico, que demonstram a sua tendência ideológica.⁸ Eles exigem que tanto a lei como os atos administrativos respeitem seus limites e tenham o seu mesmo conteúdo, sigam sua mesma direção e realizem o seu espírito.⁹

De acordo com Bobbio,¹⁰ os princípios são normas fundamentais e generalíssimas do sistema. Argumenta que, como as normas são deduzidas dos princípios por meio de um procedimento de generalização sucessiva, subentende-se que princípios também são normas, afinal, “da espécie animal obtenho sempre animais e não flores ou estrelas.”¹¹ Assim, os princípios são normas que muitas vezes expressam direitos fundamentais.

Alexy,¹² manifestando-se quanto aos direitos fundamentais, afirma que são aqueles que tratam de interesses e carências humanas que necessariamente devem ser fomentados e protegidos pelo direito. Um interesse ou carência é fundamental

³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 60.

⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. 37-VI.

⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.

⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.

⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDES, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 84.

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 25.

⁹ GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. p. 177.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Colombia: Editorial Temis, 1999. p. 240.

¹¹ “de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas.”

¹² ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48.

quando sua violação ou não satisfação significa a morte ou padecimento grave ou acerta o âmbito nuclear da autonomia. Assim, são entendidos como tais os direitos de defesa liberais clássicos, bem como os direitos sociais, que asseguram o mínimo existencial.

A teoria geral dos direitos fundamentais no pós-guerra consolidou-se definitivamente como normas jurídicas que, pelo menos no que tange às liberdades públicas, conferem direitos subjetivos aos indivíduos.¹³

Analisando a Constituição Federal Brasileira de 1988, Alexy¹⁴ afirma que os direitos clássicos de liberdade e igualdade são regulados no seu art. 5º, e incisos e os direitos sociais no art. 7º e incisos, além de outras prescrições no Título Oitavo, que trata da Ordem Social. Segundo o autor, a análise de tais dispositivos permite observar a possibilidade de confronto entre estes. Assim, reportando-se à liberdade de manifestação de ideias como livre, estabelecida no art. 5º, IV, questiona se é possível a livre manifestação de ideias racistas, frente à proteção à honra constante do art. 5º, X. Afirma, então, a necessidade de fixação de barreira com auxílio de uma ponderação, como parte de um exame de proporcionalidade. No que se reporta ao sopesamento entre direitos fundamentais, cumpre acrescentar a posição de John Rawls,¹⁵ que rejeita um suporte fático amplo às liberdades fundamentais com o exato propósito de evitar colisões e consequente necessidade de sopesamento.

No caso da pandemia do coronavírus, de início, a ciência não foi capaz de apresentar resposta absoluta para sua contenção. O contágio rápido e agressivo do vírus se alastrou pelos continentes, com aumento desenfreado do número de mortos. Nesse contexto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou a Resolução nº 01/2020, em 10 de abril de 2020, com recomendações de isolamento social e medidas protetivas para o combate à pandemia voltadas aos países signatários. No Brasil, governadores e prefeitos começaram a seguir a referida Recomendação, criando mecanismos de contenção do vírus, por meio do isolamento social dos cidadãos, com restrições ao direito de locomoção e a suspensão de diversas atividades, não caracterizadas como “serviços essenciais,” inclusive de natureza educativa.¹⁶

Desta forma, instalou-se a colisão entre os princípios de proteção à saúde e aqueles que garantem o direito fundamental à liberdade, o que inclui a liberdade de locomoção, de reunião, de manifestação, de frequentar cultos religiosos etc.

Tratando da colisão no sentido restrito de direitos fundamentais, que em regra estão abrigados em princípios, Alexy informa que nasce “quando a realização de um

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 76.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 50.

¹⁵ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Colombia University Press, 1993. p. 289-371.

¹⁶ SOTERO, Ana Paula da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Constituição e Restrições a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão*. BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann (Coords.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus: segundo volume*. São Paulo: IASP, 2020. p. 95.

direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre os direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais.”¹⁷

Conforme informa Eros Roberto Grau,¹⁸ os princípios permitem que valores e interesses sejam balanceados e ponderados quando do conflito com outros princípios, aplicando-se aquele que, naquela situação, satisfaça o ideal de otimização. Desta maneira, havendo conflito entre princípios, este se resolve através de procedimento de ponderação, ou seja, diante da hipótese colocada ao juízo decisório, afasta-se o princípio cujo peso foi sobrepujado pelo outro. Pode, também, ocorrer que se aplique ambos os princípios colidentes até o limite das possibilidades que o peso de cada um comporta.

Alexy,¹⁹ reportando à matéria, refere-se aos espaços estruturais como aqueles que nascem dos limites daquilo que a constituição ordena e proíbe. No espaço estrutural têm-se: o espaço de *determinação da finalidade*, o *espaço de escolha médio* e o *espaço de ponderação*, que correspondem ao princípio da proporcionalidade.

No *espaço de determinação da finalidade*, o direito fundamental deixa em aberto os fundamentos da intervenção. Nesse espaço, deve-se selecionar as finalidades, bem como as medidas necessárias à sua realização. Seria o espaço do subprincípio da idoneidade, ou seja, a medida a ser adotada deve alcançar o objetivo pretendido. Já no *espaço de escolha médio*, havendo diversos meios idôneos, igualmente bons, para atingir o objetivo pretendido, porém com possibilidade de repercutirem negativamente, em medida diferente, sobre outros princípios, deve-se escolher o meio que represente menor sacrifício ao então princípio ameaçado. Neste caso, estar-se-ia diante do subprincípio da necessidade. Já no *espaço de ponderação*, quanto maior for o grau de não cumprimento de um princípio, tanto maior deve ser a importância de cumprimento do outro. A ponderação tem, então, três passos: *i*. Comprovação do não cumprimento ou prejuízo de um princípio; *ii*. Importância de cumprimento de princípio contrário; *iii*. Comprovar que a importância do cumprimento do princípio contrário justifica o não cumprimento do outro. Neste ponto, tem-se o princípio da proporcionalidade no sentido restrito.

O ponto decisivo para o *espaço de ponderação estrutural* deve considerar que a Constituição estabelece direitos fundamentais com paridade ou empate. A Constituição não decide a colisão. Se há empate de ponderação pela Constituição, é por ela liberado um espaço de ponderação estrutural, que deixa campo para argumentos jurídicos subconstitucionais que atribuem a um direito um peso maior que a outro.²⁰

¹⁷ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 55.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 100.

¹⁹ ALEX, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 83.

²⁰ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 85.

Nessa atividade, chama-se atenção para a necessidade de inserção dos princípios na realidade, na vida, caminhando do universal ao particular.

Percebe-se, por diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o enfrentamento da colisão do princípio de proteção à saúde frente aos princípios garantidores do direito fundamental à liberdade na imposição de medidas restritivas pelos diversos entes federados no combate à Covid. Assim, o STF reconheceu que, como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.²¹ A Corte também reconheceu o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras.²² Nessa linha, tratando da vacinação compulsória, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei nº 13.979/2020.²³ De acordo com a decisão, o Estado pode impor àqueles que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola). Em seu voto, o Ministro Barroso afirmou que não são legítimas as escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros, lembrando que a vacinação em massa é responsável pela erradicação de doenças, quando uma parcela significativa da população é imunizada, a fim de atingir a chamada imunidade de rebanho.

Percebe-se, então, a tendência de prevalência do princípio da proteção à saúde frente aos princípios garantidores da liberdade individual [liberdade de locomoção (art. 5º, XV, CF), liberdade de reunião (art. 5º, XVI, CF) e o livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único)]. Porém, como a ponderação entre princípios não é exata, o que coloca em zona de discussão o julgamento a propósito da maior importância de um princípio em relação a outro,²⁴ o STF se reporta em seus julgamentos à necessidade da medida restritiva se encontrar embasada em evidências científicas.

Nessa toada, ao emitir julgamento conjunto das ADIs 6421, 6422, 6424, 6427, 6428 e 6431, que trataram da MP 966/2020, o qual se reportou à responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19, o STF firmou tese segundo a qual:

²¹ Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341.

²² ADPF 672 MC-Ref., Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 19-10-2020.

²³ Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 95.

(...) a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

Tudo em consonância com o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 13.979/2020, que após elencar medidas restritivas, estabelece que:

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Nesta perspectiva, questiona-se o limite da discricionariedade conferida aos entes federados para estipulação de medidas restritivas voltadas ao combate à pandemia da Covid-19 e o papel desempenhado pelos estudos técnicos-científicos que servem de suporte às decisões administrativas.

3. A discricionariedade administrativa na imposição de medidas restritivas para o combate à pandemia do coronavírus: a discricionariedade técnica

Quando se reporta à discricionariedade administrativa, deve-se de antemão afastar a ideia de liberdade do administrador, típica do Estado de Polícia, onde aquele tinha sempre o direito de realizar novos fins que ele próprio delimitava, fora do quadro de qualquer norma legal.

Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández,²⁵ a discricionariedade é caso típico de remissão legal, sempre parcial. Parcial por consistir em uma simples aplicação do princípio da mensurabilidade de todas as competências públicas, ou de sua necessária limitação.

Com efeito, a discricionariedade aparece toda vez que a lei não tem condições de apresentar a solução adequada para a hipótese do mundo empírico, transferindo esta atribuição para o administrador. Observe-se que a intenção legal é que as decisões administrativas sejam as mais adequadas ao atendimento dos direitos fundamentais.

²⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 454.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁶ estaremos diante da competência discricionária quando o regramento não atingir todos os aspectos da atuação administrativa, deixando a lei uma certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma entre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Logo, o espaço decisório da administração deverá pautar-se em parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição Federal, pelas leis ou por atos normativos editados pelas entidades administrativas.

Gustavo Binenbojm²⁷ reporta-se à discricionariedade como um espaço carecedor de legitimação, ou seja, como campo de escolhas não puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.

Quanto às providências adotadas pelos gestores públicos no sentido de conter o avanço da pandemia da COVID-19, a Lei nº 13.979/2020, no seu art. 3º, arrolou diversas medidas restritivas a direitos fundamentais, permitindo que outras, além das previstas, fossem adotadas, o que retrata a concessão de discricionariedade ao gestor público na escolha da medida implementada.

Ocorre que a discricionariedade deve se apresentar embasada em motivação que demonstre a concretização de princípios, que deverão ser razoavelmente ponderados, em caso de colisões. Atente-se que as medidas limitadoras de direitos ou coercitivas, constantes do art. 3º da Lei nº 13.979/20, são excepcionais e devem ser pautadas na estrita necessidade, devidamente justificadas. Conforme lição de Carlos Ari Sunfeld:

Todo condicionamento é constrangimento sobre a liberdade. Esta só pode ser cumprida quando inevitável para a realização de interesses públicos. Daí a enunciação do princípio da mínima intervenção estatal na vida privada. Por força dele, todo constrangimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. O legislador não pode cultivar o prazer do poder pelo poder, isto é, constranger os indivíduos sem que tal constrangimento seja teleologicamente orientado.²⁸

Desta forma, a discricionariedade não pode servir de instrumento a ser manipulado por administradores inescrupulosos visando atender a pretensões político-partidárias, econômicas ou particulares. Daí porque não se confunde discricionariedade com arbitrariedade.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 40.

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. A Crise dos Paradigmas do Direito Administrativo. In: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39.

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 68.

Tomás R. Fernández²⁹ classifica como arbitrário todo ato desprovido de motivação e sem qualquer vínculo com a realidade, fruto da mera vontade e capricho do administrador. Acrescenta o autor que a arbitrariedade possui duplo significado: em um sentido genérico, arbitrariedade é o reverso da Justiça e do Direito; em um sentido mais concreto, arbitrário é tudo aquilo que se apresenta como carente de fundamentação objetiva, como incongruente ou contraditório com a realidade que serve de base para as decisões.³⁰

A arbitrariedade não traz motivação ou esta é eivada de contradições, revelando inautenticidade, conforme afirmam Eduardo García de Enterría e Ramón Fernandez.³¹ Os autores asseveram que Locke fixou um significado preciso do termo arbitrário, que alude não somente a um modo de governar identificado com o despotismo e a tirania, como também a raiz do poder que este modo de governar expressa, um poder sustentado na vontade e capricho de quem o detém, exercido com liberdade que não se presta a qualquer justificação.

Nesse viés, no que concerne à pandemia da Covid-19, não caberia a adoção de medida restritiva tendo como única motivação a necessidade de resposta à população por não ter seguido recomendações para evitar aglomerações. Assim, seria o exemplo de decreto municipal de fechamento de uma avenida, para qualquer tipo de circulação, em virtude da aglomeração de alguns grupos, verificada na véspera da publicação do ato normativo. Ora, nesta situação, o decreto mostra-se arbitrário por desvio de finalidade, ou seja, a atuação do gestor público foi movida pelo intuito de punir a população em face da desobediência e não conter a disseminação da pandemia. Questiona-se, também, o fechamento de praias através de decretos municipais e a concomitante redução da frota de ônibus para atender a população que se manteve laborando durante o período pandêmico. Ora, iniciativas dessa natureza desvirtuaram a discricionariedade normativa, revelando condutas administrativas arbitrárias.

Saliente-se que, no caso das medidas restritivas adotadas em razão da pandemia, a norma legal exigiu que as escolhas dos gestores públicos fossem respaldadas em evidências científicas (art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.979/2020), o que significa a incidência da chamada *discricionariedade técnica*.

António Francisco de Sousa³² acentua que a expressão *discricionariedade técnica* foi utilizada pela primeira vez em direito administrativo pelo professor da Escola de Viena, Bernatzik, no ano de 1864, significando aquele tipo de decisão que, apesar de não ser discricionária, estaria fora do controle judicial em virtude de o seu conteúdo exigir um elevado grau de conhecimentos técnicos, possuído apenas pelos administradores, diante de sua formação.

²⁹ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997. p. 81.

³⁰ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997. p. 160.

³¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 477.

³² SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 105.

O doutrinador português lança críticas à tese da discricionariedade técnica, que na jurisprudência portuguesa somente admite o controle judicial em caso de erro manifesto. Primeiro, aduz a imprecisão do que seja “decisão altamente técnica,” acrescentando que “onde começa e acaba o caráter ‘altamente técnico’ de uma decisão nunca foi nem nunca pode ser respondido em termos claros e precisos.”³³ Segundo, refere-se à possibilidade de o juiz recorrer a peritos para buscar esclarecimentos quanto aos fatos que decide, caso trate de matérias dotadas de complexidade técnica. Por fim, critica a limitação do controle judicial ao chamado “erro manifesto.” Inicialmente, porque não se pode dizer com precisão o que constitui um “erro manifesto.” Depois, por ser inadmissível aceitar-se um erro pelo fato de o mesmo “não ser manifesto,” uma vez que em ambos os casos se estará diante de ilegalidades.

Com efeito, de toda a crítica lançada por António Francisco de Sousa, chama-nos atenção o comentário do autor, segundo o qual:

A discricionariedade técnica perde assim o seu fundamento, pois, no Estado de Direito, a liberdade da Administração, como temos vindo a sublinhar, só pode emanar da vontade clara e inequívoca do legislador resultante da lei e não da imprecisão dos conceitos que emprega ou da dificuldade do controlo jurisdicional.³⁴

Conforme Juan Francisco Linares,³⁵ quando se trata de normas ditadas em base técnica menos precisa, a determinação de erro da normativa e de sua irrazoabilidade jurídica é mais difícil, havendo resistência de intervenção dos órgãos jurisdicionais, salvo em se verificando outros vícios. Acrescenta que se trata do problema de saber se a eleição de uma espécie de comportamento do órgão através de um ato administrativo, fundado em razões técnicas, configura-se atuação discricionária e, em caso afirmativo, se caberia o controle jurisdicional.

Nesse contexto, a discricionariedade técnica decorrente da complexidade técnico-científica das questões envolvidas com a tomada de decisões quanto às medidas restritivas e o seu alcance na contenção da pandemia do coronavírus, não deveria transformar a remissão à manifestação técnica como um simples endosso, mas em um endosso condicionado.³⁶ Nessa linha de pensamento, apesar da redução do controle jurisdicional, o Poder Judiciário não poderia furtar-se à declaração de nulidades diante de absurdos evidentes, ou seja, diante de situações flagrantemente despropositadas, inverossímeis e desarrazoadas.

³³ SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 107.

³⁴ SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 108.

³⁵ LINARES, Jean Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 276.

³⁶ LINARES, Jean Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 276.

Por fim, após verificada a evidência científica da eficácia da medida restritiva de direitos a ser adotada para minimizar os efeitos da pandemia com apresentação de parâmetros transparentes, caberia a demonstração da sua prevalência sobre outras medidas, porventura existentes, bem como o seu confronto com as consequências danosas advindas de tal restrição. Tal confrontação seria essencial para saber se os benefícios da medida justificam os prejuízos advindos. Além disso, tal confronto somente seria eficaz se efetivado com a análise da situação fática vivenciada. Ou seja, somente o contexto pandêmico, social e econômico do local afetado pela medida revelaria a correta ponderação principiológica.

4. Os erros observados na adoção das medidas restritivas no combate à pandemia do coronavírus

As medidas restritivas voltadas à contenção da pandemia do coronavírus, então previstas no art. 3º da Lei nº 13.979/2020, representavam condicionamentos de direitos individuais estabelecidos como medidas de polícia administrativa incidentes em direitos fundamentais. Neste sentido, apesar da discricionariedade conferida ao gestor na escolha da medida e da prevalência da proteção à saúde frente aos princípios garantidores do direito fundamental à liberdade, a norma legal exigiu expressamente que a decisão fosse fundamentada em evidências científicas, apresentadas por órgãos técnicos competentes. Tal exigência foi referendada pelo STF.³⁷

No entanto, observou-se que alguns entes federados passaram a impor medidas restritivas, sem a necessária fundamentação técnica. Assim, a Suprema Corte confirmou decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que sustou os efeitos de decreto municipal que restringira a circulação de pessoas com mais de 60 (sessenta) anos. Segundo o Relator, a simples existência da pandemia não poderia servir de justificativa para a restrição, que não estaria respaldada por recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.³⁸ A imprensa também noticiou a determinação de fechamento do calçadão de determinado trecho da orla marítima em certo município, anunciada um dia depois de verificada aglomeração no referido trecho. Ou seja, segundo noticiado, a medida decorreu do comportamento da população e não de estudo técnico.³⁹

No Brasil, a maioria dos estudos técnicos que respaldaram a imposição de medidas restritivas para combate à pandemia utilizou como um dos parâmetros a taxa de ocupação em leitos de UTI. Em alguns Estados, a taxa de ocupação de leitos de UTI Covid igual ou superior a 60% seria um parâmetro positivo para imposição de

³⁷ ADI 6343.

³⁸ Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar: SL 1309 São Paulo – 0089331-06.2020.1.00.0000.

³⁹ Disponível em: <<https://sociedadeonline.com/apos-video-polemico-acm-neto-anuncia-interdicao-do-farol-da-barra/>, <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/custou-carro-apos-domingo-de-aglomeracao-orla-da-barra-sera-fechada-por-uma-semana/>>. Acesso em: 06.05.2022.

medidas restritivas. Ocorre que, apesar de parecer bastante objetivo, tal parâmetro enfrentou questionamentos quando da sua utilização.⁴⁰

Em janeiro de 2021, o Brasil enfrentou o que chamou de “2ª onda” da pandemia da Covid-19, após um período de relativa estabilidade dos indicadores epidemiológicos. Acontece que, diante da referida estabilidade, diversos Estados divulgaram um “Plano de Desmobilização,” com a redução de leitos clínicos e de UTI para enfrentamento da pandemia.⁴¹ Segundo dados do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS, 2020), o país chegou a dispor de 20.770 (vinte mil, setecentos e setenta) leitos de UTI ofertados na rede de assistência à COVID-19 em dezembro de 2020, dos quais 12.003 (doze mil e três) encontravam-se habilitados pelo Ministério da Saúde, número que caiu drasticamente para 7.717 (sete mil, setecentos e dezessete) em janeiro de 2021, e 3.187 (três mil, cento e oitenta e sete) no mês de fevereiro de 2021.⁴² Vê-se, assim, que com a chegada da “2ª onda” da pandemia, a partir de fevereiro de 2021, logo se alcançou a taxa de ocupação de UTI-COVID de mais de 90%, subsidiando a imediata imposição de medidas mais restritivas à liberdade. Saliente-se que, muitas vezes, as informações quanto ao aumento da taxa de ocupação dos leitos de UTI-COVID foram desacompanhadas das notícias quanto à drástica redução dos referidos leitos pelos diversos Estados.

Por outro lado, muitos municípios impuseram as mais variadas medidas restritivas, que foram desde o fechamento de estabelecimentos comerciais, escolas, academias e praias, até a vedação de circulação em espaços públicos a partir de certo horário, porém não apresentaram qualquer providência para conter a constante aglomeração nos transportes públicos, principalmente em horários de pico. Muitos profissionais, principalmente aqueles vinculados à prestação de serviços essenciais, foram obrigados a enfrentar constantes aglomerações em transportes públicos, apesar das diversas medidas restritivas impostas à sua liberdade individual.

Situação dessa natureza ocorreu no Município de Salvador, no Estado da Bahia. Em março de 2020, referido município publicou Decreto com as medidas para enfrentamento da pandemia, autorizando a redução em até 30% (trinta por cento) da circulação da frota de ônibus, desde que a redução não ocorresse em horários considerados de pico, e que o plano de redução fosse previamente aprovado pela Secretaria Municipal de Mobilidade – SEMOB.⁴³ Posteriormente, no mês de agosto de 2020, com o início da retomada econômica, com a reabertura de mais de 30 mil estabelecimentos, não houve medida específica de retorno da frota original de ônibus. Ação Civil Pública, então proposta pelo Ministério Público, requerendo o retorno de

⁴⁰ Decreto nº 33.717/2020 (Município de Salvador).

⁴¹ No Estado da Bahia, foram desativados, a partir de setembro de 2020, 857 (oitocentos e cinquenta e sete) leitos, sendo 513 (quinhentos e treze) clínicos e 344 (trezentos e quarenta e quatro) de UTI. Para além disso, foram também desmobilizados hospitais de campanha. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/wpcontent/uploads/2020/11/Plano_de_Desmobilizacao_da_Rede_Assistencial_COVID_19.pdf>. Acesso em: 15.05.2022.

⁴² CONASS. Nota à imprensa – Habilitação de Leitos de UTI para COVID-19. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/nota-aimprensa-habilitacao-de-leitos-de-uti-para-covid-19/>>. Consulta em: 15/05/2022.

⁴³ Decreto Municipal nº 32.272/2020.

100% da frota, salienta que “não guarda coerência o Município de Salvador estabelecer medidas de distanciamento social, inclusive mantendo o fechamento de praias, quando a população se aglomera nos ônibus de Salvador, não para atividades de lazer, mas para seu deslocamento laboral.”⁴⁴ Argumentar a manutenção da frota reduzida em virtude da queda da demanda e a consequente necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão do serviço de transporte, significa ponderação principiológica em desacordo com o entendimento consolidado pelo STF, que afirma a preponderância da proteção à saúde em momento de pandemia.

Conclui-se, então, que diversos entes federados vulneraram indevidamente o direito fundamental à liberdade, cuja restrição, em diversas situações, não se fez acompanhar de ponderação racional, o que comprometeu fortemente a legitimidade de algumas medidas impostas, conforme relatado. Situação como essa coloca em risco o Estado Democrático de Direito, que requer efetiva garantia de direitos fundamentais.

5. Os riscos à garantia dos direitos fundamentais: o novo normal

O centro de gravidade dos direitos fundamentais é a Constituição. Nesta perspectiva, cabe ao Poder Judiciário, ou a algum de seus órgãos, a função de guarda da Constituição, com destaque à proteção dos direitos fundamentais.⁴⁵ A ausência de jurisdição constitucional colocaria em risco os direitos fundamentais, dependentes das eventuais condições das sociedades, dos governos e dos governantes.⁴⁶ Daí decorre que a democracia deve respeitar um conteúdo ético mínimo, substancialmente determinado na Constituição.

Por certo que o ideal é o estabelecimento de uma relação dialógica entre os poderes estatais para defesa e concretização dos direitos fundamentais. Por outro lado, há clara necessidade de se ampliar a participação no processo de interpretação do direito, evitando-se que o judiciário usurpe competência legislativa, preocupação manifestada por Jürgen Habermas.⁴⁷

No que se reporta à pandemia, o Supremo Tribunal Federal, após decidir, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341, a competência comum e concorrente dos entes federados para adoção de políticas públicas essenciais ao combate da pandemia da COVID-19, com o respeito ao princípio da predominância de interesses (arts. 23, II, 24, XII e 25, § 1º, da Constituição Federal), acrescentou que não competia ao Poder Executivo Federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotassem, no âmbito de seus respectivos territórios, medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de

⁴⁴ Ação Civil Pública nº 8112050-14.2020.8.05.0001 – 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador.
⁴⁵ PEIXOTO, Geovane. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 170.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 266.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297.

atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos. Com efeito, o STF reconheceu como legítimas a adoção de medidas restritivas a direitos fundamentais individuais e sociais,⁴⁸ como a liberdade e a educação, em prol da proteção à saúde, também direito fundamental.

Os direitos fundamentais, quase sempre expostos através de princípios, no momento aplicativo podem entrar em rota de colisão, conforme já exposto, necessitando da realização de exercício de ponderação, efetivado com base no princípio da proporcionalidade.

Considerar os direitos fundamentais como princípios significa aceitar que não são direitos com caráter absoluto, já que passíveis de restrições recíprocas. Neste sentido, o STF já se pronunciou quanto a inexistência no sistema constitucional brasileiro de direitos e garantias que se revistam de caráter absoluto, acrescentando que:

(...) razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas de prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1999)⁴⁹

No entanto, não se pode partir da ideia equivocada de que as proteções constitucionais são frágeis e que sempre poderão ceder ao “interesse público,” conceito jurídico indeterminado, que pode justificar quase tudo. Conforme salienta Élio Gaspari,⁵⁰ não se pode esquecer que o Brasil passou por uma ditadura militar, sendo comum, naquele momento, encontrar-se, no saguão dos elevadores da polícia de São Paulo, placas que diziam: “diante da pátria não há direitos.”

Trazendo tal citação para o cenário da pandemia do coronavírus, deve-se atentar para os riscos ao Estado Democrático de Direito afirmar-se que “diante da saúde não há direitos.” Apesar de a proteção à saúde constituir um direito fundamental, não é absoluto. Neste contexto, o STF ressaltou a necessidade de as medidas restritivas impostas estarem subsidiadas em recomendação técnica, segundo estabelecido na Lei Federal nº 13.979/2020.

Em 22 de abril de 2022, o Ministro da Saúde assinou portaria declarando o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), causada pela pandemia da Covid-19 no Brasil. As decisões oficializadas no documento começaram

⁴⁸ Os direitos sociais são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois garantem as condições necessárias à fruição de uma vida digna. (MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 190)

⁴⁹ STF, MS 23.452-RJ, rel. Min. Celso de Mello.

⁵⁰ GASPARI, Élio. *As Ilusões Armadas: a ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 17.

a valer 30 dias após a publicação no Diário Oficial da União. No entanto, conforme exposto, no dia 13 de abril de 2022, a Organização Mundial da Saúde (OMS) comunicou que a pandemia de Covid-19 continua a ser uma “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.” (PHEIC, *Public Health Emergency of International Concern*)

O certo é que no Brasil, em 19 de maio de 2022, mais de 80% (oitenta por cento) da população já se encontrava imunizada com as duas doses da vacina contra a Covid-19.⁵¹ Do dia 27/03/2022 a 20/05/2022, foram registrados 60 (sessenta) óbitos no país em virtude do coronavírus.⁵² Especificamente, no Estado da Bahia, Boletim Epidemiológico emitido em 18 de maio de 2022, relewa o registro de 04 mortes em razão do vírus, todas ocorridas entre janeiro e abril de 2021.⁵³

O que chama atenção é que mesmo com a redução vertiginosa dos casos letais decorrentes da Covid-19, alguns Estados e Municípios mantêm medidas restritivas ao exercício de direitos fundamentais. Assim, alguns entes federados continuam a exigir a apresentação de passaporte de vacinação para se ter acesso a serviços públicos essenciais. Como exemplo, tem-se o Estado da Bahia, que em maio de 2022 mantém a vigência do Decreto nº 20.907, de 25/11/2021, exigindo passaporte de vacinação para acesso a serviços essenciais, como transporte intermunicipal (art. 13), bem como para adentrar ao SAC – Serviço de Atendimento ao Cidadão, que fornece, em um mesmo local, atendimentos para emissão de documentos e realização de serviços, como a emissão de cédula de identidade, carteira nacional de habilitação, passaporte, título eleitoral e seguro-desemprego (art. 11).

A Suprema Corte brasileira, no julgamento das ADIs 6.586 e 6.587, deixou bem claro que a vacinação em massa é importante para proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis, e que:

(...) a obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expreso consentimento informado das pessoas.⁵⁴

Diversos países adotaram o “passaporte de vacinação” como medida para frear a disseminação da Covid-19 e incentivar a adesão à campanha de imunização.

⁵¹ Mapa de Vacinação. Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/>. Acesso em: 22.05.2022.

⁵² Disponível em: https://infoms.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html. Acesso em: 22.05.2022.

⁵³ Acesso em 22.05.2022. http://www.saude.ba.gov.br/wpcontent/uploads/2022/05/BOLETIM_ELETRONICO_BAHIAN_785___18052022.pdf. Acesso em: 22.05.2022.

⁵⁴ STF, ADI 6586/DF e ADI 6587/DF, relator ministro Ricardo Lewandowski, j. 17/12/2020.

O Conselho Constitucional Francês, por exemplo, pela Decisão nº 2021-824 DC, de 5 de outubro de 2021, afirmou que tais restrições são válidas exclusivamente por estarmos diante de um estado de urgência sanitária.⁵⁵

Conforme já abordado, condicionamentos ou restrições ao exercício de direitos assegurados constitucionalmente requerem ponderações capazes de externar a razoabilidade e proporcionalidade. Tais condicionamentos ou restrições devem ser constantemente reavaliados, com o propósito de verificar se alguma alteração ocorrida no cenário fático repercutiu ou não na manutenção da proporcionalidade da medida.

No que se reporta à exigência de passaporte de vacinação para acesso a serviços públicos, questiona-se se, diante da cobertura vacinal existente no país, que já ultrapassa 80% (oitenta por cento), com reflexos na contenção da pandemia, justificar-se-ia impedir que aqueles que optaram por não se vacinar, parcial ou integralmente, possam usufruir de tais serviços.

Cabe aqui lembrar que a colisão de princípios requer a realização de testes de adequação e necessidade, passando-se, então, para a proporcionalidade no sentido restrito.⁵⁶

Na situação posta, diante da elevada cobertura vacinal, é adequado e necessário manter-se a restrição de acesso a serviços essenciais à pequena parcela da população não vacinada? Além disso, o quadro atual não deve privilegiar o acesso a tais serviços frente a essa medida de contenção à pandemia?

Os riscos de manutenção de medidas restritivas, independentemente da análise da situação pandêmica contemporânea vivenciada, apontam o risco de um “*novo normal*”, caracterizado por constantes restrições a direitos fundamentais, decorrentes de atos administrativos, nem sempre pautados em fundamentações sustentáveis.

No período de 01/05/2022 a 22/05/2022, a Sociedade Brasileira de Cardiologia (2022) aponta mais de 23.000 (vinte e três mil) mortes no país em virtude de doenças cardiovasculares.⁵⁷ Nesse “*novo normal*,” tal cenário de indiscutível gravidade poderia levar a restrições a direitos fundamentais, sob argumento de possível colapso ao SUS decorrente do excesso de internamentos. Assim, determinado Estado poderia, através de decreto, proibir a venda de produtos gordurosos, bebidas alcoólicas ou cigarros àqueles que não apresentassem exames cardiológicos demonstrando a inexistência de cardiopatias.

O que se pretende com tais reflexões não é negar a crise mundial enfrentada frente à pandemia da Covid-19, nem tampouco a importância da vacinação para a

⁵⁵ Segundo o referido acórdão do Conselho de Estado: “*Le Conseil a également relevé que ces mesures ne peuvent être prononcées et mises en oeuvre que dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.*” chromeextension://efaidnbmnmbpccajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.conseilconstitutionnel.fr%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fas%2Froot%2Fbank_mm%2Fdecisions%2F2021824dc%2F2021824dc_ccc.pdf&clen=582990&chunk=true. Acesso em 22.05.2022.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 161.

⁵⁷ <http://www.cardiometro.com.br/>. Acesso em: 23/05/2022.

sua contenção, mas sim ponderar com que facilidade a sociedade pode se sujeitar a restrições de direitos fundamentais impostas por atos administrativos e em que limites tais restrições põem em risco o Estado Democrático de Direito.

A colisão de direitos fundamentais foi realidade vivenciada na pandemia, que levou às Cortes Superiores ressaltar, naquele momento, a importância suprema da proteção à saúde, direito fundamental capaz de justificar a imposição de medidas restritivas à liberdade, desde que pautadas em manifestações científicas. Tais manifestações tiveram o propósito de afastar a arbitrariedade como vetor de decisões impostas a uma sociedade aterrorizada e fragilizada.

Infelizmente, a vulnerabilidade social contribuiu para que medidas irrazoáveis e desproporcionais fossem adotadas, com ponderações principiológicas distorcidas, gerando prejuízos ao direito fundamental à liberdade, sem qualquer benefício real à proteção à saúde, fragilizando valores constitucionalizados.

No entanto, deve-se lembrar que as crises, como os vírus, tornam os organismos mais resistentes, imunes. Cientificamente, fala-se que o sistema, ao adquirir a imunidade, memoriza informações sobre ela. Isso permite um enfrentamento mais eficaz ao mesmo invasor no futuro. A imunidade é essa memória contra doenças.

Assim, acredita-se que a pós-pandemia contribuirá para o amadurecimento social, para que se instaure um verdadeiro espírito coletivo ponderativo, questionador, capaz de manter a racionalidade na análise da atuação administrativa, refutando-se discursos sobre “*novo normal*” que atentam contra o Estado Democrático de Direito.

6. Conclusão

As ponderações expostas ultrapassam a tratativa das restrições a direitos fundamentais impostas em razão da pandemia da Covid-19 e visam refletir sobre a facilidade com que os entes federados apresentaram diversas medidas desprovidas de fundamentos técnicos, pacificamente aceitas pela população.

Não obstante reconhecer-se a efetiva necessidade de imposição de medidas restritivas ao direito fundamental à liberdade para evitar a proliferação do vírus, essas deveriam ser feitas acompanhadas de fundamentações técnicas, com parâmetros amplamente divulgados à sociedade. Ocorre que, em diversas situações, a última palavra não foi dada pelos cientistas, mas sim pelos Tribunais Superiores, provocados como mediadores para solucionar impasses concernentes à pandemia.

Apesar dos fortes impactos trazidos pela pandemia, não se pode acatar o surgimento de um “novo normal” pautado em limitações desproporcionais ao exercício de direitos fundamentais. O Brasil consolidou-se como um Estado Democrático de Direito. A normalidade requer a manutenção do *status quo* de liberdade garantida e ponderada com base em parâmetros razoáveis e proporcionais. Vivenciou-se na pandemia uma “situação de exceção,” cujo risco de transformação em “novo normal” poderá ser afastado a partir de uma postura social ponderada, consciente e desconectada com a conveniente “cegueira deliberada.”

Referências

- ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALVES, Elias. *Após vídeo polêmico, ACM Neto anuncia interdição do Farol da Barra*. Sociedade, 15 jun. 2020. Notícias em destaque. Disponível em: <<https://sociedadeonline.com/apos-video-polemico-acm-neto-anuncia-interdicao-do-farol-da-barra/>>. Acesso em: 06 maio 2020.
- BINENBOJM, Gustavo. A Crise dos Paradigmas do Direito Administrativo. In: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Colombia: Editorial Temis, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Os Cânones do Direito Administrativo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97/5. p. 7, 1988.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997.
- GASPARI, Élio. *As Ilusões Armadas: a ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- _____. *Introducción al Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LINARES, Jean Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014.
- PEIXOTO, Geovane. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 170.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Colombia University Press, 1993. p. 289-371.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Gil. *Custou caro*: após domingo de aglomeração, Orla da Barra será fechada por uma semana. *Correio*, 15 jun. 2020. Coronavírus. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/custou-car0-apos-domingo-de-aglomeracao-orla-da-barra-sera-fechada-por-uma-semana/>>. Acesso em: 06 maio 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 161.

SOTERO, Ana Paula da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Constituição e Restrições a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão*. BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann (Coords.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*: segundo volume. São Paulo: IASP, 2020.

SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 105.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 68.

A participação do Ministério Público no inventário *causa mortis*: atuação multifacetada¹

The participation of the Public Prosecutor's in the inventory causa mortis: multifaceted action

Rodrigo Mazzei*

Sumário

1. Introdução. 2. A participação do Ministério Público no inventário sucessório: Ministério Público como *custos legis*. 3. A participação do Ministério Público no inventário *causa mortis* e a presença de incapaz. 4. O art. 616, VII, do CPC e a participação do Ministério Público: a (excepcional) forma de instauração. 5. A oitiva do Ministério Público como requisito ao registro e à confirmação de testamento. 6. A necessidade de atuação eficiente do Ministério Público no inventário. 6.1. A incompatibilidade do prazo do art. 178 em relação ao curso do inventário sucessório e o posicionamento topológico das manifestações do Ministério Público. 6.2. Da necessidade de redimensionamento da intervenção ministerial como *fiscal da ordem jurídica*. 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

A atuação do Ministério Público na seara processual, sobretudo no inventário *causa mortis*, é multifacetada, o que significa dizer que o seu labor pode se manifestar de diferentes maneiras. A sua forma de participação mais emblemática é a de *custos legis*, prevista no art. 178 do CPC. Porém, é importante ressaltar que essa não é a única, podendo o *Parquet* funcionar como instaurador do inventário quando há herdeiros (interessados) incapazes (art. 616, VII, do CPC) ou, ainda, sua oitiva ser necessária ao registro de testamento cerrado (art. 735, § 2º, do CPC) e à confirmação do testamento particular (art. 737, § 2º, do CPC). A intervenção ministerial está longe de ser um problema à fluidez procedimental, revelando-se como essencial ao bom

¹ O estudo é também resultado do grupo de pesquisa “Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos” – NEAPI, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7007047907532311#identificacao>. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

* Pós-Doutor pela UFES. Doutor pela FADISP. Mestre pela PUC/SP. Professor nos cursos de graduação e mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor da *FUCAPE Business School*. Líder do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI-UFES). Advogado. Consultor jurídico. Árbitro.

funcionamento da justiça. Nesse sentido, o presente estudo visa apresentar reflexões sobre a atuação do Ministério Público no inventário *causa mortis*, contemplando tanto a sua atuação como *custos legis* como as formas menos evidenciadas pela maioria dos escritos doutrinários.

Abstract

The action of the Public Prosecutor's in the procedural area, especially in the inventory causa mortis, is multifaceted, which means that its work can manifest itself in different ways. Its most emblematic form of participation is that of custos legis, provided for in art. 178 of the CPC. However, it is important to point out that this is not the only one role, as the Parquet can act as the proponent of the inventory when there are incapable (interested) heirs (art. 616, VII, of the CPC) or, even, its manifestation is necessary for the registration of a sawed will (art. 735, § 2, of the CPC) and confirmation of the private will (art. 737, § 2, of the CPC). The intervention of the Public Prosecutor's is far from being a problem to procedural fluidity, revealing itself as essential for the proper functioning of justice. In this sense, the present study aims to present reflections on the performance of the Public Prosecutor's in the inventory causa mortis, contemplating both its performance as custos legis and the forms less evidenced by most doctrinal writings.

Palavras-chave: Direito sucessório. Inventário. Participação do Ministério Público. Atuação multifacetada.

Keywords: Succession law. Inventory. Participation of the Public Prosecutor's. Multifaceted action.

1. Introdução

Em determinadas relações processuais, a oitiva do Ministério Público é medida que se impõe como obrigatória, revelando-se, inclusive, módulo constitucional do Direito Processual Civil cravado na Constituição Federal de 1988 (CF), notadamente em seus arts. 127-130. Quanto a esse aspecto, cumpre esclarecer que, independentemente de sua forma de manifestação, todas as interações ministeriais previstas em lei devem ser iluminadas pelos preceitos constitucionais, tal como ocorre com todo o diploma codificado (art. 1º do CPC) e as demais normas legais do ordenamento jurídico brasileiro.

Sem prejuízo da afirmativa posta, o presente trabalho analisa a atuação multifacetada do Ministério Público, trazendo reflexões acerca de seu papel mais conhecido (enquanto *custos legis* – art. 178 do CPC), bem como em relação a determinadas participações menos debatidas, sendo essas: a de figura que, excepcionalmente, pode requerer a instauração do inventário (art. 616, VII, do CPC) e a de personagem essencial ao registro e à confirmação de testamento (art. 735-737).

Além disso, também foi ponto de enfrentamento a necessidade de redimensionar a atuação do Ministério Público, favorecendo que esse seja visto como agente que coopera para que os interessados obtenham uma decisão de mérito prolatada em tempo razoável e que se revele justa e efetiva (art. 6º do CPC).

Para se alcançar a análise pretendida, será desenhada apertada síntese acerca da participação do Ministério Público nos inventários sucessórios enquanto *fiscal da ordem jurídica*, tendo como foco principal a presença do incapaz em tais processos. Ato contínuo, serão tratadas as formas de atuação do Ministério Público menos debatidas, ou seja, aquelas positivadas nos arts. 616, VII, e 735-737, ambos do CPC, consistindo na (excepcional) forma de instauração e na imprescindibilidade da oitiva do Ministério Público ao registro e à confirmação de testamento.

Ao final, convidar-se-á o interlocutor a pensar na participação do Ministério Público por uma ótica redimensionada, que permita enxergar o órgão ministerial como ator que deve atuar para o trâmite eficiente das ações, notadamente o inventário sucessório, facilitando a compreensão do magistrado a respeito de eventos e da (falta de) correspondência desses com o regulado pelo ordenamento jurídico, o que ocorre quando suas manifestações encontram-se revestidas de concentração e fundamentação adequada.

Almeja-se que este breve trabalho provoque reflexões relevantes sobre a atuação ministerial no inventário *causa mortis* e, quem sabe, ainda que de forma “pretensiosa,” sirva de base para futuras e novas discussões, voltadas aos eixos redimensionados e aos assuntos ora abordados.

2. A participação do Ministério Público no inventário sucessório: Ministério Público como *custos legis*

A atuação do Ministério Público, enquanto “*fiscal da ordem jurídica*”² (= *custos legis*), possui, como pilar central, na legislação infraconstitucional, o art. 178 do Código de Processo Civil (CPC) em vigor.³

Atendo-se ao texto normativo, percebe-se, mesmo que intuitivamente, que a *fiscalização* do Ministério Público nos inventários *causa mortis* se dará quando a sucessão contemplar a presença de *incapaz*, em observância ao inciso II do art. 178.⁴ Outra conclusão a que se chega, a partir da apreciação do dispositivo, é que os temas tratados nos incisos I (interesse público ou social) e III (litígios coletivos pela posse

² Registre-se que a expressão *fiscal da ordem jurídica*, que será prestigiada ao longo do texto, foi cravada na codificação Processual Civil de 2015, não estando presente no CPC de 1973.

³ Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

⁴ No mesmo sentido: ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Inventário e partilha*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 349.

de terra rural ou urbana) do art. 178 não possuem ligação (ao menos direta) com a realidade factual do direito sucessório.⁵

Embora a aproximação do art. 178 do CPC com o seu correspondente no diploma revogado (art. 82 do CPC de 1973)⁶ seja incontestável (mesmo com as diferenças facilmente perceptíveis), a sua interpretação não pode ser efetuada sem o amparo da Constituição Federal de 1988. Nessa esteira, a atuação do Ministério Público, independentemente da forma que assuma, deve se dar em observância ao que dispõe a Constituição Federal sobre o tema (arts. 127-130 da CF). Logo, é imprescindível que a leitura do art. 178 do CPC assim seja ultimada,⁷ comando que se extrai, inclusive, da própria codificação Processual Civil, em seu art. 1º.⁸⁻⁹

Cumpra elucidar que toda a legislação infraconstitucional que trata da atuação do Ministério Público como *fiscal da ordem jurídica* se submete aos contornos constitucionais e não apenas o art. 178 do CPC. Não há sentido algum em situar apenas a submissão do aludido dispositivo ao farol constitucional.

Desse modo, há de se ter atenção quando a legislação, em outros momentos, reclama a intervenção ministerial na qualidade de *fiscal da ordem jurídica*, pois, em qualquer oportunidade, pouco importa onde o assunto tenha sido regulado, há subordinação à Constituição Federal e aos ditames do art. 178 do CPC, dispositivo que acolhe os preceitos constitucionais, trazendo as questões atinentes à atuação do Ministério Público para o bojo da codificação processual.

Nesse sentido, já é possível inferir, conforme será tratado com mais vagar adiante, que a participação do Ministério Público na postulação judicial de registro de testamento, cuja previsão está contida nos arts. 735, § 2º, do CPC, está submetida ao filtro de controle de atuação do art. 178 do CPC, somente sendo justificada se presente

⁵ Com detalhamento sobre cada uma das bandejas do art. 178 do CPC, confira-se: ZANETI JR., Hermes. In: STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 282-291; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. III (arts. 119 a 187). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2019, p. 312-330; BENEDEZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. II (artigos 70-187). ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 390-394; MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. In: FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Org.). *Nova CPC anotado e comparado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 217-219.

⁶ Texto original: Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III - em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. O inciso III foi alterado pela Lei n. 9.415/96, passando a ter a seguinte redação: III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

⁷ No sentido: GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 58, out./dez. 2015, p. 236.

⁸ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

⁹ Por tal passo, as atribuições e atuação do Ministério Público deve ser feita a partir do esquadro constitucional, mergulhando-o nas normas fundamentais do CPC que foram gabaritadas a partir das opções constitucionais aplicadas ao Direito Processual. No tema: ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 49-78.

alguma hipótese dos seus incisos (normalmente a presença de interessado incapaz na sucessão – art. 178, II).¹⁰ Por outro lado, ainda a título de exemplificação (agora fora do corpo do CPC, mas seguindo a mesma concepção), não se traduz como obrigatória a participação do Ministério Público em todo e qualquer mandado de segurança, embora a leitura dos dispositivos da legislação especial que o regula (Lei nº 12.016/2009) propicie tal (equivocada) interpretação, pois nem sempre os interesses tutelados em tal via procedimental documentada estão gabaritados no art. 178 do CPC (repetita-se, enquanto receptor e distribuidor dos ditames constitucionais atrelados ao Ministério Público).¹¹

Quanto à participação do Ministério Público no inventário sucessório, salienta-se que o CPC não foi primoroso, uma vez que, além de não ter contemplado previsão específica – fixando apenas algumas orientações básicas – foi omissivo¹² e vacilante ao longo de alguns dispositivos. Em exemplo frisante, o art. 664, § 1º, do CPC,¹³ faz alusão genérica à participação do Ministério Público no arrolamento comum, indicando que a impugnação deste acerca da valoração conferida aos bens pelo inventariante deflagrará avaliação judicial. A boa interpretação da regra legal deve ser feita em simbiose com o art. 178, II, do CPC, no sentido de que a participação do Ministério Público no arrolamento comum não é automática (muito menos obrigatória), sendo necessária sua convocação se presente alguma situação legal que a justifique.¹⁴

Traçadas tais linhas iniciais e transportando as ideias para o inventário *causa mortis*, não restará embargo que o fato de tal processo sucessório possibilitar o

¹⁰ Igualmente: GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 58, out./dez. 2015, p. 236-237/244.

¹¹ Em tais situações, considerando a existência de texto legal que aponta pela participação do Ministério Público, a interpretação mais adequada é no sentido de que é necessária a convocação do órgão ministerial, a fim de que este, no caso concreto, avalie se há algum interesse que justifique a sua participação como *fiscal da ordem jurídica*. Em caso negativo, deverá o Ministério Público apresentar dicção fundamentada, explicitando o não encaixe ao art. 178 do CPC e/ou que a intervenção está fora do espectro constitucional. Próximo (ainda que com análise sobre o registro judicial do testamento): GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil*: dos procedimentos de jurisdição voluntária. V. XIV (arts. 719-770). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2018, p. 271. No tema, trazendo abordagem mais ampla e fixando a questão sobre a análise da *dominus interventinis*, confira-se: ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 192-204.

¹² Em exemplo, no caso de sucessão vinculada ao nascituro, o texto do art. 650 do CPC não faz alusão à intervenção do Ministério Público. Embora seja intuitiva a participação do Ministério Público em favor do nascituro, o dispositivo não anuncia que o procedimento de bens “reservados” ao nascituro terá a participação do órgão ministerial, sendo certo que más escolhas e/ou dimensionamentos equivocados poderão causar prejuízos ao nascituro.

¹³ Art. 664. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente de assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição de valor aos bens do espólio e o plano da partilha. § 1º Se qualquer das partes ou o Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará avaliador, que oferecerá laudo em 10 (dez) dias.

¹⁴ No tema: MAZZEI, Rodrigo. O (Desconhecido) Arrolamento Comum: peculiaridades procedimentais e sua aplicação. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. V. 45, nov./dez. 2021, p. 16. Com mais vagar, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo.

recolhimento de tributos, atraindo a participação do fisco, por si só, não será capaz de provocar a convocação ministerial. No sentido, inclusive, o parágrafo único do art. 178 do CPC é claro ao dispor que a participação da Fazenda Pública não configura, isoladamente, hipótese de intervenção do Ministério Público.¹⁵

No entanto, sem fugir das opções reproduzidas nas bandejas, art. 178 do CPC, a interpretação constitucional ao dispositivo legal exige que se faça o necessário *redimensionamento* de cada palavra e/ou expressão que está contida na norma, marcada em alguns pontos por vaguezas propositais (tais como “interesse público e social” – inciso I). Para o âmbito do inventário sucessório, interessa, em especial, o significado de “incapaz” que está fixado no inciso II do art. 178, não podendo este ser reduzido a uma interpretação restritiva absoluta. No particular, o Ministério Público poderá funcionar como fiscal da ordem jurídica em situações que envolvam os direitos dos idosos, verificando que estes se encontram em situação de vulnerabilidade, não sendo ocasional que o assunto esteja previsto no art. 5º, VIII, da Recomendação n. 34/2016 no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).¹⁶⁻¹⁷

O ponto acima destacado poderá ter, em ilustração, importância na aplicação do art. 1.831 do Código Civil,¹⁸ que prevê o direito de habitação sucessório ao cônjuge (e também ao companheiro)¹⁹ sobrevivente, independentemente deste figurar como herdeiro na sucessão ou do regime de bens que vigia preteritamente na relação conjugal (ou de convivência) com o falecido. Trata-se de regra protetiva que, não raras as vezes, deverá ser aplicada em favor de idoso “em situação de vulnerabilidade,” apesar de, em conceito “clássico,” este ser tratado como “pessoa capaz” (vide item 3, adiante). A exemplificação ratifica a premissa de que as peculiaridades da sucessão *causa mortis* e do inventário correspondente deverão ser explicitadas, permitindo o bom encaixe e atuação produtiva do Ministério Público.

¹⁵ Igualmente: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Inventário e partilha judicial e extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 32-33.

¹⁶ Art. 5º - Além dos casos que tenham previsão legal específica, destaca-se de relevância social, nos termos do art. 1º, inciso II, os seguintes casos: [...] VIII – os direitos dos menores, dos incapazes e dos idosos em situação de vulnerabilidade.

¹⁷ Salienta-se que apesar de não ser explícito, o art. 43 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) possui arquitetura que permite extrair o posicionamento do idoso em estado de vulnerabilidade, justificando a intervenção judicial em seu favor. Trata-se de regra que praticamente espelha, em repetição, a redação contida no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). O parelhamento dos dispositivos demonstra a preocupação normativa: *pessoas em quadro de vulnerabilidade em decorrência da sua idade*. Sobre o Ministério Público como *custos legis* no Estatuto do Idoso, confira-se: GODINHO, Robson Renault. *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos*: Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 95-100. Ainda que sem exata identidade, mas com ponto de contato, Ronaldo Porto Macedo Júnior fixa a ideia de que o Ministério Público terá atuação em caso de “interesses de hipossuficiente.” (MACEDO JR., Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, MT (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010 – *E-book*, p. 65-76).

¹⁸ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

¹⁹ No sentido, tem-se o Enunciado 117 do CJF (Jornada de Direito Civil): O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88.

Apesar de a atuação do Ministério Público no inventário sucessório estar assentada, em regra, na presença de “incapaz” (valendo-se de conceituação fluida de pessoa com *vulnerabilidade*), as suas manifestações, na qualidade de *fiscal da ordem jurídica*, devem ser feitas sempre com observância da lei. Isso significa que o órgão ministerial não funcionará advogando pelos interesses do incapaz, permitindo que adote *posição parcial* no sentido, pois sua atuação tem a aplicação da lei como guia.²⁰

A situação necessita ser amplificada, pois não é incomum que, diante da sua natureza *policêntrica* e *multipolar*,²¹ o inventário *causa mortis* aglutine interesses de mais de um incapaz, em situação de conflitos de tais atores. Como o Ministério Público age como *fiscal da ordem jurídica*, com imparcialidade, bastará a intervenção de um único representante, não se justificando a intervenção de membros em correspondência numérica aos números de incapazes que possuem interesses atrelados à sucessão, sejam eles colidentes ou não.²²⁻²³

Frise-se que, embora o *caput* do art. 279 do CPC²⁴ seja enfático ao dispor que haverá nulidade se o Ministério Público, como *fiscal da ordem jurídica*, não for intimado para se manifestar em processo que a lei assim impõe, situação flagrante no caso de presença de incapaz no inventário sucessório (art. 178, II, do CPC), é necessário que se

²⁰ No sentido: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Inventário e partilha judicial e extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 33; e GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 58, out./dez. 2015, p. 242. Parecendo concordar: BENEDEZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. V. II (artigos 70-187). ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 391; e GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 503-504. Com visão oposta: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. III (arts. 119 a 187). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2019, p. 323-324.

²¹ No tema: MAZZEI, Rodrigo. Ensaio sobre a multipolaridade e o policentrismo: com projeção aos conflitos internos do inventário *causa mortis*. In: DINAMARCO, Candido da Silva; CARMONA, Carlos Roberto; YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e; DINAMARCO, Pedro da Silva (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 1.152-1.773.

²² Igualmente: GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 503-504 e CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. IX. Tomo I (arts. 982 a 1.045). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17. Há decisão do STJ que, apesar de não ser exatamente no sentido, permite extrair a mesma conclusão, ao definir que a instituição do Ministério Público é “una e indivisível,” podendo o mesmo ato funcionar como “curador de resíduos” e “curador de família” (STJ, REsp 8.780/SP, 3ª Turma, j. 09/03/1992, DJ 13/04/1992, p. 4.993). Embora sem fazer específica alusão ao inventário *causa mortis*, adotando posição de que “conflitando os interesses de incapazes, devam oficiar tantos órgãos ministeriais quanto os incapazes cujos interesses conflitem,” confira-se: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 218. Bem próximo: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 575.

²³ O assunto se desdobra em várias questões, pois o Ministério Público poderá estar presente nos autos em posições jurídicas distintas, inclusive como “parte” e “fiscal da ordem jurídica.” No tema (citando outros julgados): “A intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, revela-se desnecessária, quando atua ele como parte” (STJ, AgInt no AREsp 155.681/SP, 2ª Turma, j. 10/05/2021, DJ 18/05/2021). Na doutrina, com análise panorâmica: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 570-575.

²⁴ Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. § 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado. § 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

análise no caso concreto se o atropelo causou algum prejuízo efetivo. Para tanto, os §§ 1º e 2º do art. 279 do CPC apontam que a nulidade somente será declarada após a oitiva do Ministério Público, dando-lhe ciência do enleio, cabendo a este, na oportunidade, se manifestar pela (in)existência de prejuízo, indicando-o expressamente para a apreciação do julgador.²⁵ Trata-se de regra legal que se comunica com o disposto nos arts. 282 e 283 do CPC,²⁶ que preconizam pelo aproveitamento dos atos processuais, ainda que com algum vício, se não for causado prejuízo às partes e/ou ao processo judicial.²⁷

3. A participação do Ministério Público no inventário *causa mortis* e a presença de incapaz

O item anterior já anuncia a importância do *dueto* (*capacidade e inventário sucessório*) para que se projetem as intervenções do Ministério Público, contendo na dupla (e no seu diálogo) particularidades que merecem a atenção do intérprete.

De plano, elucida-se que o art. 178, II, do CPC há de ser interpretado em consonância com o disposto nos arts. 610 e 659 da mesma codificação, pois ambos fazem alusão à capacidade no âmbito do inventário *causa mortis*. Conclui-se, a partir das expressões “interessado incapaz” (art. 610)²⁸ e “partes capazes” (art. 659),²⁹ que a *capacidade* não se limita aos herdeiros, mas diz respeito a qualquer pessoa que venha intervir com interesse jurídico no inventário *causa mortis*, como, por exemplo, o legatário, o cessionário e o cônjuge/companheiro sobrevivente não herdeiro.³⁰⁻³¹

²⁵ A jurisprudência já era pacífica no sentido, antes mesmo da entrada em vigor do CPC de 2015. No sentido (entre vários): “Segundo precedentes desta Corte, até mesmo nas causas em que a intervenção do *Parquet* é obrigatória em face a interesse de menor, é necessária a demonstração de prejuízo deste para que se reconheça a referida nulidade.” (STJ, REsp 1.010.521/PE, 3ª Turma, j. 26/10/2010, DJ 09/11/2010). Seguindo a linha (mais atual): STJ, AgInt no AgInt no REsp 1824674/SP, 1ª Turma, j. 14/03/2022, DJ 18/03/2022.

²⁶ Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte. § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. <http://corpus927.enfam.jus.br/legislacao/cpc-15-art-283>. Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

²⁷ No sentido, igualmente: ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Inventário e partilha*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 349; e BENEDEUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. II (artigos 70-187). ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 394. Analisando o tema sobre variantes diversas: BÉDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. III (arts. 119 a 187). GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Nunes (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2019, p. 333-345.

²⁸ Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

²⁹ Art. 659. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663.

³⁰ Parecendo concordar: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Inventário e partilha judicial e extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 32-33.

³¹ Posicionando-se no sentido de que somente se admitirá inventário extrajudicial (art. 610) e arrolamento sumário (art. 659) com interessados capazes, até que seja feita alteração legislativa no CPC, em interpretação literal, exclui-se de tais modalidades de inventário a participação do Ministério Público, tendo em vista que estará esvaziada a hipótese versada no art. 178, II, do CPC.

Pode-se dizer, *grosso modo*, que, em caso de presença de interessado sem capacidade plena, cuja citação se impõe no inventário *causa mortis*, será obrigatória a atuação do Ministério Público no processo sucessório. Para tanto, é fundamental entender que o rol do art. 626 do CPC³² é permeável, isto é, admitindo o pouso de outros personagens que não os listados expressamente no dispositivo legal.³³

Caso o incapaz não se enquadre no conceito de “interessado” ou “parte” (arts. 610 e 659 do CPC),³⁴ mas tenha participação setorizada para determinado incidente, a convocação do Ministério Público se dará especificamente para o referido debate. Situação clara no sentido ocorre quando há credor do espólio sem capacidade plena e este apresenta “habilitação de crédito” (art. 642 do CPC) nos autos do inventário *causa mortis*. O Ministério Público funcionará exclusivamente na faixa de interesse do incapaz, ou seja, seguindo a ilustração, no incidente respectivo à habilitação de crédito.³⁵

A “capacidade” tratada nos arts. 610 e 659 do CPC possui natureza tanto processual (tema dos arts. 70-76 do CPC), quanto material (assunto que outrora tinha os arts. 3º-5º do Código Civil como epicentro).

A *capacidade material* é tida como relevante para aplicação dos arts. 610 e 659 do CPC em razão dos atos patrimoniais dispositivos que as partes podem efetuar no curso do inventário (tendo com o objeto os seus direitos sucessórios), notadamente na partilha e por meio da renúncia. O inventário extrajudicial (art. 610) e o inventário sob o rito do arrolamento sumário (arts. 659-663) são marcados não só pela *consensualidade*, mas também pela presença de atos dispositivos materiais. A dispensa da presença do Ministério Público em tais procedimentos se opera justamente pela presunção de que os “interessados” (ou “partes”) possuem capacidade plena para tanto, não sendo hipótese alcançada pelo art. 178, II, do CPC.

A *capacidade processual* dos “interessados” (ou “partes”) é necessária, fique desde já assentado, para que o incapaz possa, validamente, participar da relação processual, com a *postulação e defesa ampla dos seus interesses em juízo* (arts. 70-76 do CPC). Não há, assim, confusão da *capacidade* no âmbito *processual* com a *capacidade material*, pois as concepções e projeções são diversas, apesar de ser viável que a

³² Art. 626. Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e da partilha, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os legatários e intimar a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamentário, se houver testamento.

³³ Sobre o rol permeável do art. 626 do CPC e a gama de “interessados” que abriga: MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo.

³⁴ Em tal situação, seguindo a legislação em vigor, far-se-á outra forma de convocação, não sendo necessária a citação real da pessoa (que não se enquadra nos textos do arts. 610 e 659 do CPC). Com crítica aos mecanismos e opções de convocação previstos no inventário *causa mortis* e propondo a importação de técnicas previstas na Lei n. 11.101/2005, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo.

³⁵ Bem próximo: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Inventário e partilha judicial e extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 33.

legislação as reclame simultaneamente em situações específicas, como ocorrem nas ilustrações trazidas e aplicáveis ao inventário *causa mortis* (arts. 610 e 659 do CPC).

A noção de *capacidade material* (e que se projetava preteritamente para os arts. 610 e 659 do CPC) foi alterada com a entrada em vigor da Lei n. 13.146/15, que instituiu o EPD (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Assim sendo, a intervenção ministerial estará sujeita ao exame de tal diploma legal, tendo em vista que o assunto não é mais tratado apenas pelos arts. 3º-5º do Código Civil.³⁶ Dessa forma, o ponto nevrálgico para se verificar a intervenção do Ministério Público – segundo a bandeja do art. 178, II, do CPC – está na verificação da *capacidade material* dos interessados do inventário *causa mortis*, empreitada esta que demanda a análise do caso concreto diante do disposto nos arts. 3º-5º do Código Civil e nos regramentos da Lei n. 13.146/15 (EPD).³⁷

Ademais, conforme já anunciado no item 2, a noção de “incapaz” contida do inciso II do art. 178 deve ser interpretada de forma fluida e não em sentido restrito, a fim de alcançar as pessoas que estejam em evidente situação de vulnerabilidade, incluindo-se em seu espectro os idosos em tal contexto, tal como corretamente alertado no art. 5º, VIII, da Recomendação n. 34/2016 no CNMP.

De toda sorte, é inegável que a participação mais corriqueira de incapazes nos inventários sucessórios estará atrelada à idade (arts. 3º e 4º, I, do Código Civil), provocando participação do Ministério Público nos processos respectivos. Sem dúvida, é comum que a abertura da sucessão (como fenômeno jurídico atrelado à morte da pessoa natural – art. 1.784 do Código Civil) envolva os interesses de incapazes em tais condições, fazendo com que a intervenção do Ministério Público não seja invulgar nos inventários *causa mortis*.

4. O art. 616, VII, do CPC e a participação do Ministério Público: a (excepcional) forma de instauração

Exorbitando a tradicional atuação de “*fiscal da ordem jurídica*,” na forma definida no art. 178, II, do CPC, o art. 616, VII,³⁸ do mesmo diploma, permite que o Ministério Público instaure o inventário sucessório “havendo herdeiros incapazes.”

Note-se, de plano, que há impropriedade no texto do inciso VII do art. 616, pois a autorização legal não se limita à presença de “herdeiro incapaz”, mas de “interessado”

³⁶ Com olhos nos influxos do EPD no inventário *causa mortis*, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo. Com breve anotação acerca da mudança do status depois do EPD, confira-se: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. III (arts. 119 a 187). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2019, p. 319.

³⁷ Flávio Tartuce, ao abordar a *capacidade para testar* depois do EPD, traz importantes contribuições ao tema (*capacidade material* e o *direito sucessório*). Confira-se: TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 50-73, jul./dez. 2016.

³⁸ Art. 616. Têm, contudo, legitimidade concorrente: [...] VII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes.

(sentido amplo) sem capacidade, tal como o cônjuge/companheiro sobrevivente e o legatário,³⁹ temática já tratada no item anterior.

No que se refere à própria atuação desenhada (= *ato de instauração do inventário*), é fundamental perceber que se trata de legitimação efêmera fixada de forma pontual para abertura do inventário, que não remete o Ministério Público para administrar o inventário ou para representar o incapaz ao longo do processamento daquele. Na verdade, instaurado o inventário pelo Ministério Público, este se posicionará para atuar, em sequência, na forma do art. 178, II, do CPC cabendo ao juiz nomear inventariante, pois as atribuições dos personagens do rol do art. 616 (= *legitimados para abrir o inventário*) não se confundem com as dos atores do cardápio do art. 617 (= *pessoas com aptidão para inventariança*). Com outras palavras, o que se afigura do inciso VII do art. 616 do CPC é uma legitimação especial do Ministério Público apenas para postular a abertura do inventário *causa mortis*, processo cuja instauração é obrigatória (art. 611 do CPC c/c art. 1.796 do Código Civil) e cuja falta de formalização poderá causar prejuízo ao incapaz que se posta como “interessado” na sucessão.

Ainda que com adaptações, a legitimidade fixada em lei é coerente com o entendimento cravado no texto da Súmula 594 do STJ,⁴⁰ que justamente se baseia na compreensão das funções do Ministério Público, tendo como fonte os arts. 127-130 da CF, entre as quais está a cautela com os incapazes. Interpretação severa do art. 616, VII, do CPC, por certo, também contaminará o art. 178, II, do mesmo diploma, em outras ações que envolvam os incapazes e possuam natureza patrimonial, impedindo que o Ministério Público tenha qualquer tipo de participação em tais casos.

Portanto, com olhos no CPC, mesmo que o inventário tenha sido instaurado em razão de postulação apresentada pelo Ministério Público (art. 616, VII), efetuada a nomeação do inventariante (art. 617) e lançadas as primeiras declarações (art. 620), será o órgão ministerial intimado (parte final do art. 626), atuando daí em diante com esteio no art. 178, II. Assim, a legitimação do Ministério Público para agir em nome do incapaz se esgota com a instauração do inventário *causa mortis*, todavia, em ato dinâmico, o órgão ministerial passará a ter sua atuação processual ditada pelo art. 178, II, do CPC.⁴¹

Há, portanto, uma intervenção dinâmica, marcada pela mobilidade, com traços bem peculiares quando se compara com a participação habitual do Ministério Público nos inventários sucessórios.

³⁹ Próximo: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XIV (arts. 982-1.045). Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 40.

⁴⁰ Súmula 594 do STJ: O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca (STJ, 2ª Seção, DJ 06/11/2017).

⁴¹ Analisando a invulgar intervenção dinâmica do Ministério Público, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo.

5. A oitiva do Ministério Público como requisito ao registro e à confirmação de testamento

Os arts. 735-737 do CPC dispõem sobre situação peculiar que provoca a intervenção do Ministério Público, mesmo que o inventário *causa mortis* envolva apenas interessados capazes. Isso porque tais dispositivos regulam o registro judicial do testamento, tendo o legislador fixado que tal procedimento terá a intervenção obrigatória do Ministério Público, consoante se extrai do art. 735, § 2º, do CPC,⁴² que não traz qualquer hipótese de exclusão para sua aplicação. A interpretação literal é indicativa de que será necessária a intervenção ministerial, ainda que todos interessados sejam capazes.

A imposição feita no art. 735, § 2º, do CPC, prestigiando-se a interpretação gramatical, navega contra a própria essência do testamento, instituto clássico de Direito Privado, em que as suas disposições estão, por excelência, na alçada da autonomia do testador, que deverá, por sua vez, ostentar capacidade específica para o negócio jurídico, conforme expresso no texto do art. 1.860 do Código Civil.⁴³

À exceção do que dispõe o parágrafo único do art. 1.860 da lei civil, um dos requisitos de validade para o testamento está na *capacidade civil* do autor do testamento, situação que conflita com a diretriz fixada no art. 178, II, do CPC, para a convocação do Ministério Público para atuar na “ação de registro judicial de testamento.”⁴⁴

Não obstante o cenário pintado, na doutrina prevalece o entendimento de que, em caso de registro judicial de testamento, será “obrigatória” a participação do Ministério Público, na qualidade de *fiscal da ordem jurídica*, mesmo que a abertura da sucessão somente contemple pessoas tidas como capazes (no plano do direito material).⁴⁵

⁴² Art. 735. Recebendo testamento cerrado, o juiz, se não achar vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, o abrirá e mandará que o escrivão o leia em presença do apresentante. [...] § 2º Depois de ouvido o Ministério Público, não havendo dúvidas a serem esclarecidas, o juiz mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento.

⁴³ Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

⁴⁴ Com forte crítica a opção fixada no § 2º do art. 735 do CPC, Robson Renault Godinho pontificou: “Diante do perfil constitucional do Ministério Público, não é admissível vinculá-lo à tutela de um negócio jurídico unilateral que visa a dispor dos bens da pessoa falecida, como se uma declaração de última vontade tivesse algum reflexo de incapacidade, indisponibilidade ou de interesse social, quando na verdade pressupõe a capacidade, a disponibilidade e é expressão eloquente do interesse privado. Com a não reprodução do art. 178 do CPC de hipótese de intervenção do Ministério Público quando houver ato de disposição de última vontade, fica ainda mais evidente a total incompatibilidade dessa previsão (art. 735, § 2º) que aparece deslocada e aparentemente restou esquecida quando da elaboração do CPC.” (*Comentários ao Código de Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*. V. XIV [arts. 719-770]. GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da [Coord.]. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 270)

⁴⁵ No sentido: PATIÑO, Ana Paula Corrêa. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 842; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.895; OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha: teoria e prática*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 253 e p. 313; GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XI (artigos 719-770). ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 377; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Inventário e partilha judicial e*

Tentando aproveitar o texto do art. 735, § 2º, do CPC, adequando-o ao art. 178 do mesmo código e conforme já anunciado no item 2, a convocação do Ministério Público deve objetivar o conhecimento da existência de determinado testamento, a fim de que o órgão ministerial – por meio de seu representante – avalie se há algum interesse que justifique sua participação como *fiscal da ordem jurídica*.⁴⁶ Dessa forma, a convocação do órgão ministerial está atrelada à própria verificação no caso concreto acerca da necessidade (ou não) de sua participação no procedimento, resposta esta que será efetuada a partir do correto esquadro do art. 178 do CPC, com plena iluminação constitucional.⁴⁷

Salienta-se, como já defendido em outra oportunidade,⁴⁸ que o registro judicial do testamento poderá ser efetuado no ventre do próprio inventário *causa mortis*, caso as partes lancem convenção processual (= *negócio jurídico processual*)⁴⁹ específica para o *mister*. No ponto, vale lembrar que a competência do juízo para a instauração do inventário (que é relativa) não é óbice para convenção processual.

Assim, mesmo que se adote a interpretação conservadora do art. 735, § 2º, do CPC, exigindo a intervenção do órgão ministerial, ainda que todos os interessados sejam capazes, diante da natureza *bifásica* do inventário *causa mortis* que trabalha com sucessão testamentária,⁵⁰ na primeira fase (abertura e registro judicial do

extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 32-33. Parecendo adotar semelhante linha: LIMA, Leonardo Ducan Moreira. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.047; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 995; ARAÚJO, Luciano Vianna. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 2 (arts. 539-925). BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 406; DELLORE, Luiz. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC 2015*. V. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1.273.

⁴⁶ Com posicionamento próximo, Robson Renault Godinho defende que: “[...] como há expressa previsão legal, deve o juiz intimar o Ministério Público, remetendo-lhe os autos, que apreciará se a hipótese é ou não de intervenção, preservando-se, assim, a regularidade procedimental e, ao mesmo tempo, a autonomia institucional.” (*Comentários ao Código de Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*. V. XIV [arts. 719-770]. GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Nunes da [Coord.]. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 271)

⁴⁷ A solução apresentada, além de aplicável a outras intervenções ministeriais (= fora do âmbito do direito sucessório), é compatível com noção de “*dominus interventionis*” que é trazida por ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 192-204.

⁴⁸ No tema (com detalhamento): MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Nunes da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo. No mesmo sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de. O cumprimento de testamento no novo Código de Processo Civil e a possibilidade de adaptação procedimental (cláusula geral negocial) do inventário. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; BARRADAS, Sérgio. *Famílias e Sucessões*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 656.

⁴⁹ Embora tenha se efetuado no corpo do texto, em caráter didático, a aproximação da “convenção processual” com “negócio jurídico processual”, registre-se que a primeira é uma espécie do segundo (gênero). A tipologia do negócio jurídico processual não é única, não se findando nas convenções processuais, admitindo-se, em exemplo o negócio jurídico unilateral (caso típico da renúncia). Na linha, com exame da tipologia dos negócios processuais, confira-se: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25-29. Com exemplificação de negócios jurídicos unilaterais: MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *Revista de Processo* (RePro). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 237, nov. 2014, p. 228.

⁵⁰ Confira-se (próximo): NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1.187. A natureza *bifásica* procedimental entre o registro judicial do

testamento), haverá a convocação do Ministério Público, situação que permite a convenção processual para a cumulação de procedimentos.

No caso de abertura da sucessão com presença de incapaz, a convenção processual regulando o cúmulo dos dois procedimentos resultará na concentração do labor de único representante do Ministério Público no dueto de etapas, situação que fugirá do controle unificado se, no caso concreto, forem distribuídas duas “ações”, uma referente ao registro judicial do testamento e outra concernente ao inventário *causa mortis*.⁵¹

A exemplificação feita no presente item já demonstra a importância de se analisar a participação do Ministério Público nos negócios jurídicos processuais,⁵² uma vez que a convenção ilustrada, trazendo para bandeja processual única o registro judicial do testamento e o inventário sucessório (cumulação dos procedimentos), diminui os custos financeiros e otimiza a máquina judiciária, além de favorecer a ocorrência de provável ganho temporal no curso do processo.

6. A necessidade de atuação eficiente do Ministério Público no inventário

O Ministério Público – ao funcionar como *fiscal da ordem jurídica* – não deve ser visto como figura repressora ao bom andamento do inventário *causa mortis*, muito menos como o ator que se posiciona contrariamente às postulações efetuadas pelas partes no processo sucessório. Nessa lógica, é importante que sejam examinados alguns pontos que – ainda que involuntariamente – acabam por contribuir para que seja lançada a pecha negativa ao Ministério Público, imputando-lhe responsabilidade pela falta de fluidez procedimental do inventário sucessório.

6.1. A incompatibilidade do prazo do art. 178 em relação ao curso do inventário sucessório e o posicionamento topológico das manifestações do Ministério Público

Inicialmente, o prazo fixado no *caput* do art. 178 do CPC, que prevê 30 (trinta) dias para a *intervenção* do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, afigura-se desconectado com a bússola temporal do art. 611 do mesmo diploma, que reclama que o inventário sucessório seja encerrado em 12 (doze) meses da sua instauração (qualquer

testamento e o inventário sucessório foi atestado pelo STJ, no julgamento do REsp 1.808.767/RJ, 4ª Turma, j. 15/10/2019, DJ 03/12/2019, ao se decidir que, na ultimada a primeira etapa (= registro do testamento no Poder Judiciário), é viável que a segunda fase tenha ambiência cartorária, bastando que estejam presentes os requisitos previstos no art. 610 (que trata do inventário extrajudicial).

⁵¹ A postura demonstra, também por este aspecto, racionalidade na distribuição de labor aos membros do Ministério Público. No ponto, a medida vai ao encontro da posição de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, no sentido de que deve o mesmo representante do Ministério Público funcionar no registro judicial do testamento e no inventário. (*Inventário e partilha judicial e extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 33)

⁵² No sentido: MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo. Importante mencionar que já está em fase de elaboração, por este autor, trabalho que trata especificamente da atuação do Ministério Público nos negócios jurídicos processuais em sede de inventário *causa mortis*.

que seja sua modalidade).⁵³ Considerando a aplicação do art. 219 do CPC na hipótese (*computo apenas dos dias úteis*), a situação fica bem agravada, notadamente porque o esquema procedimental do inventário *causa mortis* é composto de várias etapas, sendo perfeitamente possível que o Ministério Público tenha que apresentar manifestações variadas ao longo do curso processual, na medida do avanço de cada fase.⁵⁴

Salienta-se que, embora o CPC de 2015 tenha aumentado alguns prazos no âmbito do inventário *causa mortis*, o prazo máximo para manifestação das partes e de outros atores funcionais é de 15 (quinze) dias, consoante pode se inferir dos seus arts. 623, 627, 628, 629, 635, 637, 641, 647 e 652.⁵⁵ Para a elaboração das primeiras declarações, atividade exclusiva do inventariante (que funciona como a espinha dorsal do inventário e reconhecidamente é a peça mais trabalhosa de todo processo sucessório), foi destinado o prazo de 20 (vinte) dias.

Buscando compatibilizar o art. 178 com a aceleração processual determinada pelo art. 611, não é desarrazoado interpretar que o aludido dispositivo se volta para o primeiro prazo de manifestação do Ministério Público, tendo em vista que a letra da lei concede 30 (trinta) dias para que ocorra a *intervenção* ministerial no processo, oportunidade em que se dará o conhecimento geral (e inicial) sobre a questão (no caso, o inventário sucessório). Os demais prazos, já no curso do processo, não se referem a sua *intervenção* no sentido aqui trazido (primeira manifestação) e, considerando que o Ministério Público já estará – em tal momento – presente nos autos, as demais dicções envolverão opinamentos pontuais sobre determinados assuntos. Muito provavelmente, o nível de complexidade das falas seguintes à

⁵³ Não se diga que o art. 611 do CPC não é um dispositivo utópico, sem nenhuma aplicação prática. Por exemplo, ao fixar o prazo de 12 (doze) meses para o desfecho do inventário, o dispositivo produz reflexos variados para o processo sucessório, presumindo-se que as prestações de contas ordinárias do inventariante serão apresentadas anualmente (= 12 meses), efetuando-se interpretação dialogada do comando legal com o art. 618, VII, do CPC. Com análise ampla do art. 611, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Os prazos para instauração e encerramento do inventário sucessório: pontos obrigatórios e nervosos sobre o tema. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, ano 16, v. 24, n. 2, p. 1136-1161, maio/ago. 2022. O tema também está tratado, pelo mesmo autor, no seguinte texto: MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo.

⁵⁴ Em exemplo simples, seguindo apenas a modelagem da legislação processual, configura-se a hipótese do art. 178, inciso II, do CPC, o Ministério Público poderá ser chamado para se manifestar sobre as primeiras declarações (art. 626), sendo posteriormente convocado para falar sobre a avaliação dos bens (art. 635). Caso ocorra debate sobre a colação, a convocação será necessária antes da decisão respectiva (art. 641), assim como em relação aos incidentes previstos nos arts. 627 e 628 e as eventuais “habilitações de crédito” (art. 642). Não suficiente, manifestação também se impõe antes da decisão que define o cálculo do imposto (art. 635), assim como em relação às deliberações sobre os quinhões (art. 647), análise do esboço (art. 652) e do julgamento da partilha (art. 654).

⁵⁵ Fique registrado que o mal andar do legislador do CPC de 2015 quanto aos prazos internos do inventário sucessório, por certo, não pode ficar restrito apenas ao que foi destinado ao Ministério Público no *caput* do art. 178 do CPC. O alargamento de prazos processuais para as partes e a aplicação do art. 219 do CPC em todas as manifestações (fixando a contagem em dias úteis) também contribuem para que encerramento do inventário *causa mortis* não seja efetuado na forma determinada no art. 611 (*in fine*). Com quadro descritivo, demonstrando o improvável cumprimento da parte final do art. 611, caso seja necessário superar todas as etapas do inventário sucessório, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Os prazos para instauração e encerramento do inventário sucessório: pontos obrigatórios e nervosos sobre o tema. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, ano 16, v. 24, n. 2, p. 1136-1161, maio/ago. 2022.

intervenção inicial será menor, autorizando que se aplique ao órgão ministerial prazo semelhante aos destinados às partes e outros atores funcionais (como é o caso do inventariante e do testamenteiro).

No bojo do CPC, há regra legal indicativa de que, no curso do processo, os prazos voltados ao Ministério Público não se submetem ao *caput* do art. 178. Com efeito, no caso de alegações finais por escrito, o prazo a ser observado será de 15 (quinze) dias, prazo este aplicável também ao Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, consoante se vê da redação do art. 364, § 2º.⁵⁶ Assim, considerando o disposto na referida regra legal e que a maioria dos prazos aplicáveis ao longo do inventário sucessório é de 15 (quinze) dias, poderia se aplicar igual prazo para as manifestações do Ministério Público no curso do inventário *causa mortis*, ressaltando-se o prazo de 30 (trinta) dias para a sua intervenção primeira.

Como se vê, a exegese em voga considera não apenas o disposto na parte final do art. 611 do CPC, mas também o fato de que a participação do Ministério Público deverá ocorrer em vários momentos ao longo do inventário *causa mortis*.⁵⁷ A interpretação proposta, contudo, não foi até agora implementada – ao menos em escala – nos inventários judiciais. Segue-se o modelo geral do art. 178 do CPC para toda e qualquer manifestação do Ministério Público no âmbito dos processos sucessórios, na contramarcha da parte final do art. 611, fato que cria ambiência para que sejam lançadas queixas quanto à perda de velocidade que a referida convocação provoca no inventário *causa mortis*.

O cenário posto e a compreensão de que o inventário sucessório será palco (muito provavelmente) de múltiplas manifestações do Ministério Público demonstram que o legislador não andou bem ao deixar de fixar prazos mais curtos para a atuação do órgão ministerial, como forma de compatibilizar a sua atuação com a celeridade imposta pelo art. 611, o que poderia ser corrigido pela interpretação acima lançada (que, repita-se, não é aplicada em escala).

A perplexidade em relação à aplicação do prazo previsto no *caput* do art. 178 para toda e qualquer manifestação do Ministério Público no curso do inventário fica ainda mais evidente quando se analisa o art. 12 da Lei n. 12.016/2009,⁵⁸ aplicável ao mandado de segurança, que prevê que o opinamento do Ministério Público deve ser efetuado, no máximo, em 10 (dez) dias. Ora, tanto o inventário quanto o mandado de segurança são espécies de *processos documentais*, ou seja, procedimentos que ditam

⁵⁶ Art. 364. [...] 2º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos.

⁵⁷ Descrevendo hipóteses que permitem várias manifestações do Ministério Público no mesmo inventário sucessório, confira-se: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 308-309.

⁵⁸ Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do *caput* do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.

que – por regra – somente deve se admitir no curso do processo a juntada de prova documentada, postura esta que se opera justamente para que não ocorra a perda de cadência processual.⁵⁹

A natureza documentada do inventário é inegável, bastando analisar o art. 612 do CPC,⁶⁰ dispositivo que não admite – salvo exceção legal⁶¹ – o transporte para o processo sucessório de prova outra que não a documentada, justamente para que o curso processual não seja interrompido.⁶²

Vale dizer, ainda, que, no mandado de segurança, não há a presunção de várias manifestações no curso do processo, pois, diferente do inventário *causa mortis*, seu procedimento não prevê etapas e incidentes tão demarcados, dependentes de deliberações interlocutórias. Não é desarrazoado cogitar no transporte da técnica do art. 12 da Lei n. 12.016/2009 ou do art. 364, § 2º, do CPC, para as manifestações do Ministério Público no curso do inventário sucessório (em 10 ou 15 dias), sem prejuízo da aplicação do prazo do art. 178 do CPC para a sua dicção inicial, prestigiando-se a nomenclatura da legislação processual no detalhe (convocação para *intervenção*).⁶³

⁵⁹ No particular, as lições de Arruda Alvim sobre o mandado de segurança merecem ser trazidas: “[...] os fatos só podem ser provados por documento e liminarmente. É evidente que à Administração dá-se o direito de responder e contraprovar, mas sempre de forma documental. Pode dizer-se, diante disso, que o mandado de segurança filia-se àquilo que, no Direito europeu, conhece-se como *processos documentais*. É evidente, também, que essa ideia de processo documental ancora-se na outra ideia, condicionante anterior, que se tem da própria finalidade do mandado de segurança, qual seja, a da sua celeridade, e que, por definição, não comporta uma fase probatória.” (*Mandado de segurança e direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 349) Com foco nos *processos documentais*, a doutrina aponta que: “A técnica de sumarizar através da redução dos meios de prova é também antiga, mas mantida no direito moderno, objetivando sempre uma solução mais célere da demanda. Aqui, o que se limita é o campo probatório, excluindo-se da decisão judicial os fatos que exigem para sua comprovação prova complexa e temporalmente dilatada [...]. Indubitável que a redução dos meios de prova documental provoca sensível encurtamento das atividades processuais, com lucro temporal imediato, colocando-se à disposição das partes instrumento processual bastante célere e eficaz.” (*Mandado de segurança e direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 349)

⁶⁰ Art. 612. O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas.

⁶¹ No inventário *causa mortis* tal comando é excepcionado em determinadas situações, pois em tal plataforma é admitida prova técnica para a avaliação de bens (art. 630 e 663) e a ampla dilação probatória no incidente de remoção do inventariante (art. 623). Sobre o tema, trabalhando com as exceções, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo.

⁶² Gerson Fischmann, apesar de não fazer o agrupamento em relação ao gênero (*processo documentado*), reconhece que há ponto de toque do inventário *causa mortis* judicial com o mandado de segurança no sentido de que a técnica de atos documentos têm, por objetivo, a aceleração processual, evitando retardos com dilações probatórias no curso processual. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42)

⁶³ O transporte de técnicas estará autorizado pela eficiência da medida e pela afinidade do mandado de segurança com o inventário sucessório, já que são figuras (= espécies) que advêm do gênero *processo documentado*. No tema: MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo. Sobre o traslado de técnicas processuais em sentido mais amplo, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Processo de execução e cumprimento da sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 27-32; e DIDIER JR., Fredie; CABRAL,

A exposição efetuada, embora traga proposta interpretativa e até para reparo legislativo, tencionou demonstrar – acima de tudo – que o prazo de 30 (trinta) dias para qualquer manifestação do Ministério Público na dinâmica do inventário *causa mortis* acaba por conspirar contra a celeridade desejada no inventário, situação que é frustrante, notadamente sob o prisma das partes interessadas.

Note-se, ainda, que a situação acima descrita ficará agravada quando a manifestação do Ministério Público é feita sem a preocupação de *concentração*, não aproveitando-a para trazer todas as contribuições possíveis. Dessa forma, instado para se pronunciar sobre determinada questão, em especial se atrelada ao próprio desfecho do inventário e/ou aos interesses subjetivos em jogo, ainda que algum tema formal seja vislumbrado pelo órgão ministerial, a análise e manifestação do quadro deverão ser feitas de forma completa, isto é, evitando o quanto possível o fracionamento de fala e/ou a postergação de parte desta para momento futuro. Em ilustração, sendo convocado para se manifestar acerca da formalização de reserva de bens em favor de herdeiro nascituro (art. 650 do CPC), ainda que o Ministério Público vislumbre algum atropelo formal no curso do inventário (por exemplo, falta de complementação do pagamento de custas judiciais já determinadas pelo juízo sucessório e/ou não publicação de edital para citação de interessados desconhecidos – art. 626, § 1º, do CPC), a dicção ministerial deverá alcançar – o quanto possível – a própria questão que motivou a sua intimação, sem prejuízo de contemplar também no opinamento as providências de saneamento e/ou resolução formal que entender como necessárias.⁶⁴

Outrossim, não pode ser esquecido que a manifestação do Ministério Público – *fiscal da ordem jurídica* – possui posicionamento estratégico. Isso porque, a teor do art. 179, I, do CPC,⁶⁵ o Ministério Público terá a fala derradeira, a última que antecede à deliberação judicial. A própria concepção de opinamento final coloca o Ministério Público no foco do inventário *causa mortis*, na medida em que cria expectativa das partes, notadamente diante do tempo que foi destinado para a sua manifestação.

Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 77-95.

⁶⁴ A aplicação do *princípio da concentração* às manifestações do Ministério Público nos *processos documentados* é evidente, bastando observar o disposto no art. 12 da Lei n. 12.016/2009, pois este trata o seu prazo como improrrogável, ou seja, sem a possibilidade de qualquer tipo de dilação (ainda que em forma de fracionamento). Aqui se percebe diferença, inclusive, do disposto no art. 12 da Lei n. 12.016/2009 em relação à redação do art. 180, § 1º, do CPC. Embora, nos dois dispositivos, fique autorizado que o juiz decida depois de esgotado o prazo (mesmo que não ocorra manifestação do Ministério Público), a lei especial é enfática em dispor que o prazo é improrrogável, dispondo ainda que os autos serão conclusos imediatamente para decisão, ao passo que a regra codificada projeta a “requisição judicial dos autos,” para que o juiz dê andamento ao processo. A diferença de redação se justifica pelo fato de que o mandado de segurança, repita-se, deve ser decidido com celeridade, situação aplicável também ao inventário sucessório (a teor da parte final do art. 611 do CPC).

⁶⁵ Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público: I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

Desse modo, nada obstante as suas peculiaridades, as manifestações do Ministério Público no inventário se submetem aos influxos peculiares dos processos documentais, notadamente em relação aos prazos curtos e à necessidade de concentração.

6.2. Da necessidade de redimensionamento da intervenção ministerial como *fiscal da ordem jurídica*

Diante do *status* diferenciado (maior prazo e posicionamento topográfico privilegiado), é natural que ocorra insatisfação das partes quando a dicção do Ministério Público é apresentada de forma imperfeita (por exemplo, incompleta e/ou sem fundamentos claros). Ainda que o opinamento do Ministério Público não vincule o juízo sucessório,⁶⁶ por vezes, a dicção negativa – sem fundamentação e/ou proposições para o caso em exame – acaba por criar embaraço do curso do inventário *causa mortis*, tendo em vista que a fala ministerial terá que ser motivadamente superada, não sendo raro que a decisão judicial provoque nova rodada de manifestações envolvendo os interessados na sucessão, em especial quando a fala não se opera de forma concentrada.

Não há dúvida que o panorama especial, aliado às próprias pretensões que são íntimas do inventário sucessório (= *resultado patrimonial*), projeta quadro de expectativas em relação ao opinamento do Ministério Público, que, repita-se, ficam absolutamente frustradas quando a manifestação respectiva não colaborou efetivamente para o bom curso do processo sucessório. Dessa forma, para suprir as expectativas e evitar desencantos, a atuação do Ministério Público – sem perder sua função de *fiscal da ordem jurídica* – deve ser efetivamente contributiva ao curso do inventário *causa mortis*, desapegando-se de qualquer tipo de labor protocolar ou de fim improdutivo.

Seguindo a nomenclatura já trazida pela doutrina, deve ser evitada que a participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica seja traduzida em “parecerismo”, que, em resumo, se corporifica como postura que aproxima as dicções do órgão ministerial às decisões judiciais, notadamente em seu aspecto formal, fato que afasta as manifestações do objetivo que enseja a própria intervenção do fiscal da ordem jurídica e da situação que a autorizou.⁶⁷

A participação cooperativa do Ministério Público, trazendo o art. 6º do CPC⁶⁸ para sua atuação, exige não só que o opinamento seja feito de forma fundamentada, sendo possível se extrair os motivos (= *fundamentos*) da posição firmada (notadamente

⁶⁶ Na mesma direção: GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XI (artigos 719-770). ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 377.

⁶⁷ A nomenclatura (“parecerismo”) parece ter sido criada por MACEDO JR., Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, MT (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 65-76. Adotando-a, com a referência devida ao citado autor: GODINHO, Renault Godinho (O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 58, out./dez. 2015, p. 236).

⁶⁸ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

quando contrária às postulações trazidas pelas partes). Mais ainda, deve o Ministério Público trazer – sempre que possível – alternativas e/ou proposições que possam ser aplicadas no caso concreto, de modo que sua manifestação tenha caráter *participativo*, em prol dos interesses protegidos pela sua atuação como *fiscal da ordem jurídica* e para o regular, célere e eficiente desfecho do processo judicial (arts. 4º e 5º do CPC).⁶⁹⁻⁷⁰⁻⁷¹

Perceba-se, com olhares ao texto, que há ratificação do que foi dito no item 6.1. acerca da necessidade de respeito, sempre que possível, ao *princípio da concentração*. As manifestações do Ministério Público – além de fundamentadas – deverão alcançar todos os assuntos possíveis a cada etapa processual, situação fundamental no inventário (procedimento com várias fases).

O Ministério Público é peça chave para que a parte final do art. 611 do CPC seja cumprida, a fim de que o inventário *causa mortis* seja encerrado no prazo (ou ao menos próximo) de 12 (doze) meses da sua instauração. Com tal bússola, as suas manifestações devem levar em conta a dimensão temporal e as técnicas de organização do processo inerentes ao inventário sucessório, que se notabiliza, como já dito, como um *processo documentado*, projetado para *célere desfecho*.⁷²

Dessa forma, em respeito ao dever de primar pela rápida solução do conflito, as dicções do Ministério Público devem ponderar acerca das técnicas de organização e aceleração processual especiais do inventário sucessório, tais como a de *remessa* (art. 612 do CPC) e da *sobrepartilha prospectiva* (art. 2.021 do Código Civil).⁷³

As técnicas gerais também devem ser analisadas, como, por exemplo, o *calendário processual* (art. 191 do CPC). Às claras, não há qualquer tipo de embaraço para que o Ministério Público proponha a confecção de *calendário* aplicável ao inventário *causa mortis*, com a redução dos prazos processuais, inclusive o previsto no *caput* do art. 178 do CPC,⁷⁴ a fim de que a meta da parte final do art. 611 do diploma processual seja cumprida.

⁶⁹ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa; <http://corpus927.enfam.jus.br/legislacao/cpc-15-art-5-art-5>. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁷⁰ Bem próximo: GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 58, out./dez. 2015, p. 237. Também no tema: ZANETTI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 94-130.

⁷¹ Embora o foco do dispositivo seja outro, o texto do art. 20, especialmente seu parágrafo único, da LINDB (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) pode ser usado como base para as manifestações propositivas do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, confira-se: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

⁷² No tema: MAZZEI, Rodrigo. Os prazos para instauração e encerramento do inventário sucessório: pontos obrigatórios e nervosos sobre o tema. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, ano 16, v. 24, n. 2, p. 1136-1161, maio/ago. 2022.

⁷³ Sobre as técnicas de aceleração e organização específicas do processo de inventário *causa mortis*, com foco especial na sobrepartilha prospectiva, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Sobrepartilha no inventário. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, ano 16, v. 23, n. 1, p. 1375-1402, jan./abr. 2022.

⁷⁴ A proposta e/ou participação do Ministério Público no calendário processual é fundamental, pois o juiz não pode reduzir os prazos legais (art. 139, VI, do CPC), situação que cria embaraço, em ilustração, acerca da diminuição do prazo fixado no art. 178 do Diploma Processual Civil.

O Ministério Público (ainda que como *custos legis*) possui, com tal visão, participação importante no saneamento e na organização do inventário sucessório,⁷⁵ pois, como fiscal da ordem jurídica, deve primar e atuar para que o art. 611 do CPC, em sua parte derradeira, seja cumprido. É inviável que se faça interpretação gramatical do art. 179, II, do CPC,⁷⁶ para se sustentar que não é dado ao Ministério Público atuar nas etapas de saneamento e organização do processo na forma acima posta, ou seja, como fiscal da ordem jurídica para que o art. 611 seja cumprido e o inventário sucessório tenha cadência processual eficiente. Invoca-se, aqui, o art. 8º do CPC⁷⁷ para se obter a adequada interpretação do art. 179, II, especialmente quanto à *eficiência*.

Sob outro prisma, não pode o Ministério Público fugir da missão que lhe foi confiada no art. 3º, § 3º, do CPC,⁷⁸⁻⁷⁹ no sentido de que é um ator com protagonismo e que deve estimular a autocomposição.⁸⁰ Note-se que, mesmo antes da entrada em vigor do CPC 2015, o CNMP já tinha editado a Resolução n. 118/2014, que traz a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, fato que indica o acerto do 3º, § 3º, do CPC em incluir o órgão ministerial em seu espectro.⁸¹

Conclui-se, do acima dito, que as manifestações do Ministério Público devem ser calibradas não só quanto aos seus impactos, mas também atentas que devem estimular ou pelo menos que não inibam a autocomposição. Às claras, o teor e o tom

⁷⁵ Sobre o Ministério Público (na função de *custos legis*) e o saneamento do processo, Robson Renault Godinho atribui a Ronaldo Porto Macedo Júnior a nomenclatura (“parecerismo”), adotando-a. (O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 58, out./dez. 2015, p. 238-239).

⁷⁶ Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público: [...] II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.

⁷⁷ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

⁷⁸ Art. 3º [...] § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁷⁹ Sobre o alcance do art. 3º, § 3º, do CPC, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; FIGUEIREDO, Helena Lanna (Org.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. V. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 113-128.

⁸⁰ No tema: ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 305-339.

⁸¹ Analisando a necessidade de mudança de comportamento dos “atores processuais,” incluindo o Ministério Público, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de relação de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Grandes temas do Novo CPC – Justiça Multipartas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada dos conflitos. V. 9. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 67-89. Consoante tratado no citado texto, o estímulo à autocomposição é aplicável a qualquer ator do processo, não estando o Ministério Público fora de tal radar (vide, em especial, p. 84). A inclusão de todos os atores do processo judicial na ciranda do tratamento adequado dos conflitos vem sendo reafirmada pela legislação, citando-se, em exemplo recente, a Lei n. 11.101/05, que passou a prever (após as alterações efetuadas pela Lei n. 14.112/20): art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: I – na recuperação judicial e na falência: [...] estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros, na forma do § 3º do art. 3º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Para a compreensão macro do assunto, fundamental a leitura de CARLOS, Helio Antunes. *O Microssistema de Autocomposição*. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

da proposição efetuada pelo Ministério Público poderão inibir a autocomposição, na contramão do que foi pretendido pelo art. 3º, § 3º, do CPC.

Ademais, o Ministério Público – ao efetuar as suas manifestações – deve ter atenção especial na identificação dos pontos litigiosos do inventário, assim como dos sujeitos correspondentes que estão envolvidos em cada conflito. A estrutura do inventário *causa mortis*, como plataforma procedimental voltada para dar cabo ao condomínio hereditário, após processo de liquidação (arts. 1.791 e 1.796 do Código Civil),⁸² permite que sejam aglutinados diversos conflitos entre os interessados, muitas vezes, com autonomia (ainda que relativa) entre os debates.

O inventário sucessório possui ambiente *policêntrico* em relação aos litígios, de modo que cada um deles deve ser depurado, uma vez que é perfeitamente admissível soluções apartadas, seja por autocomposição, seja por decisão adjudicada, em cada área demarcada. A abertura da sucessão propicia que interesses variados possam ter colisão no inventário *causa mortis*, sendo certo que as partes envolvidas poderão ter posicionamentos diversos em cada um dos pontos conflitantes, situação que decorre da *multipolaridade* que lhe é inerente.⁸³ Assim, para que as manifestações do Ministério Público sejam eficientes de fato, as suas falas deverão descrever os conflitos, depurando-os um a um, fazendo o reconhecimento respectivo das partes que estão em cada litígio e os seus posicionamentos a partir da situação pontual de cada questão em debate.

Seguindo-se o referido farol, com a setorização dos pontos nervosos e seus protagonistas, cria-se ambiência para sedimentação e resolução dos conflitos internos, tratando-os adequadamente e de forma particular, ou seja, separadamente e de acordo com as suas peculiaridades. É perfeitamente viável, em simples exercício de ilustração, que ocorra a autocomposição acerca de determinado ponto conflitante, resolvendo-o e prosseguindo-se com o inventário em relação à(s) outra(s) questão(ões) litigiosa(s).

Frise-se que a melhor exegese do art. 3º, § 3º, do CPC alcança não apenas o estímulo à solução imediata dos conflitos, mas também a confecção de ferramentas que sejam usadas para tal mister, sendo, pois, o negócio jurídico processual exemplo radiante no sentido.⁸⁴ No particular, as convenções processuais – além de serem fruto

⁸² No tema: MAZZEI, Rodrigo; FREIRE, Deborah Azevedo. Nomeação do Inventariante: critérios para (interpretar) e aplicar o art. 617 do CPC. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, v. 41, p. 09-13, mar./abr. 2021.

⁸³ Com análise mais aguda sobre o *policentrismo* e a *multipolaridade* no inventário sucessório e suas repercussões práticas, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Ensaio sobre a multipolaridade e o policentrismo: com projeção aos conflitos internos do inventário *causa mortis*. In: DINAMARCO, Candido da Silva; CARMONA, Carlos Roberto; YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz; DINAMARCO, Pedro da Silva (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 1.152-1.773.

⁸⁴ No sentido, Leonardo Carneiro da Cunha – ao comentar o art. 3º do CPC – arrola os negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190 do CPC) como uma das “regras que reforçam o objetivo de se buscar a melhor e mais adequada solução do conflito” (In: STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da [Coord.]. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36). Fredie Didier Jr, comentado o mesmo dispositivo, leciona que: “Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento

de autocomposição – visam alterar o procedimento (ainda que em situações pontuais) para que as partes alcancem a solução final do conflito, passando por ambiência de menor área de litígio, uma vez que a trilha e/ou opção foi por elas próprias forjada.⁸⁵ A questão não passou despercebida pelo CNMP que, no corpo da Resolução n. 118/2014, inseriu orientação firme para que os membros do Ministério Público venham a se valer de convenções processuais, consoante pode se inferir dos seus arts. 15, 16 e 17.⁸⁶⁻⁸⁷

A participação efetivamente cooperativa do Ministério Público como *fiscal da ordem jurídica* contribuirá para que a imagem repressora e de personagem que conspira ao bom andamento dos processos judiciais (especialmente no inventário sucessório) seja retirada. Para tanto, é inegável que deve adotar postura em relação aos negócios jurídicos processuais, não devendo o Ministério Público se recolher como fiscalizador destes, mas também, de forma ativa, estimulando-os e/ou propondo-os, sem prejuízo da sua atuação como *fiscal da ordem jurídica*.

7. Considerações finais

Em apertada síntese, a atuação do Ministério Público no inventário *causa mortis* deve ser regida à luz das normas Constitucionais (nos moldes dos arts. 127-130 da CF e 1º do CPC), sendo necessária a (re)interpretação de dispositivos que não se encaixam no modelo constitucional que está recepcionado no CPC.

Visitando-se as disposições legais, depreende-se que a necessidade de intervenção do órgão ministerial demanda postura reflexiva, que culmine na conclusão de que nem toda situação justificará a sua atuação, devendo, além de ser analisado se corresponde a alguma das hipóteses previstas em lei, se averiguar a pertinência da participação no caso em tela. Salienta-se que, mesmo quando se reputa, em decorrência da lei, necessária a atuação do órgão ministerial, se essa não se efetuar,

da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também, por isso, forte caráter democrático” (In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo [Coord.]. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 09).

⁸⁵ Também entendendo pela viabilidade dos negócios jurídicos processuais no inventário *causa mortis*, ainda que com outras premissas, confira-se: ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Inventário e partilha*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 321-324.

⁸⁶ Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais; Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais; Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.

⁸⁷ Sobre o assunto, confira-se: CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 541-558; e ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 127-133.

deverá ser constatado que houve prejuízo, caso contrário, a nulidade prevista no art. 279 do CPC não se justifica.

Além disso, o Ministério Público – na posição de *custos legis* – não defende interesses específicos, isto é, não atua com parcialidade, uma vez que age como fiscal da ordem jurídica. Não há óbice, pois, para a atuação de um único representante, mesmo que se constate no bojo do inventário *causa mortis*, interesses diversos entre pessoas que estão albergadas por situação que reclama a participação do órgão ministerial (por exemplo, conflito interno entre incapazes no curso do inventário).

O art. 178, II, do CPC, é uma bandeja que admite interpretação elástica para alcançar determinadas pessoas que, embora possam ser tidas como “capazes” estão em situação de “vulnerabilidade”, exemplo claro do idoso que se encaixe em tal conceituação. De outra banda, a atuação do órgão ministerial como *custos legis* necessita receber novo calibramento, levando-se em conta os ditames do EPD (Lei nº 13.146/2005), uma vez que o sistema de capacidade (no plano material) foi alterado em grande monta pela referida lei extravagante.

Transbordando a tradicional atuação de *fiscal da ordem jurídica*, prevista no art. 178, II, do CPC, o art. 616, VII, do mesmo diploma, permite que o Ministério Público instaure o inventário sucessório “havendo herdeiros incapazes”, o que, conforme exposto em linhas anteriores, pode ser entendido como “interessados incapazes”, no sentido mais amplo da expressão. É importante elucidar no ponto que se trata de atuação efêmera, uma vez que o órgão ministerial retomará sua posição ordinária e funcionará, mais adiante, na forma tracejada pelo art. 178, II, do CPC.

Fugindo também da expectativa de atuação do Ministério Público apenas àquela presente no art. 178, II, do CPC, os arts. 735-737 do CPC regulam o registro judicial do testamento e dispõem sobre a intervenção obrigatória do Ministério Público (735, § 2º, do CPC) mesmo que o inventário *causa mortis* envolva apenas interessados capazes. Em tal ocasião, será o próprio órgão que analisará a necessidade (ou não) de atuação, em observância aos ditames legais e constitucionais.

É de fácil constatação que a atuação do Ministério Público é multifacetada, de modo que possui mais de uma possibilidade de se fazer presente no curso do inventário *causa mortis*, podendo ocupar o papel de *custos legis*, ser legitimado a instaurar o inventário sucessório e/ou, ainda, ter oitiva determinante ao registro judicial do testamento. O que precisa ser enfatizado é que sua atuação sempre estará iluminada pelos contornos constitucionais e dentro das diretrizes do modelo adotado pelo CPC em vigor.

Quanto ao prazo para que sejam apresentadas as suas manifestações, revela-se mais coerente que a previsão contida no art. 178 (30 dias) corresponda tão somente à primeira intervenção do Ministério Público, devendo as demais manifestações – que tendem a ser mais pontuais, isto é, sobre aspectos específicos – ocorrer no prazo de 10 ou 15 dias, em consonância ao prazo para encerramento do inventário sucessório

(art. 611 do CPC) e para as demais manifestações previstas no curso do processo (arts. 623, 627, 628, 629, 635, 637, 641, 647 e 652).

Evidencia-se que urge o redimensionamento amplo a respeito da atuação do Ministério Público enquanto fiscal da ordem jurídica, ou seja, a sua intervenção precisa estar atrelada à marcha processual adequada, que atende e respeita os contornos legais, e não como causadora de morosidade desnecessária ou que cria barreiras à fluidez procedimental. Para tanto, a participação do órgão ministerial não deve se restringir ao “parecerismo”, mas se revestir de postura cooperativa em prol de uma solução mais célere, justa e efetiva.

Assim, a participação ministerial, como *fiscal da ordem jurídica*, não deve ser vista como figura opressora, que cria entraves ao bom andamento do inventário *causa mortis*, nem tampouco como ator que sempre se posiciona contrário às postulações das partes. Ao contrário, a sua atuação deve corroborar para o tramite adequado da ação, facilitando a compreensão do magistrado a respeito de eventos e da (falta de) correspondência desses com o disposto no ordenamento jurídico, o que precisa ser feito de forma esclarecida e fundamentada.

Com tal enfoque, permite-se considerar, inclusive, que o Ministério Público deve primar por técnicas de aceleração processual (como as previstas nos arts. 612 do CPC e 2.021 do CC), bem como funcionar criando mecanismos para o saneamento e organização do inventário *causa mortis*. Não se deve olvidar que o *Parquet* possui um importante papel no que tange ao estímulo à resolução consensual do litígio (art. 3º, § 3º, do CPC). Ademais, o Ministério Público deverá incentivar e propor negócios jurídicos processuais, além de fiscalizá-los.

Sublinhe-se, em arremate, que nenhuma das atuações “não tradicionais” do Ministério Público prejudica ou extingue a sua participação enquanto fiscal da ordem jurídica, ao contrário, essas estão em perfeita conformidade com seu papel constitucional, as diretrizes fixadas no CPC e contribuem para a mitigação de desvios normativos, o que é benéfico a todos os interessados e, em ampla escala, a toda sociedade.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALVIM, Arruda. *Mandado de segurança e direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 2 (arts. 539-925). BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. III (arts. 119 a 187). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2019.

BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. II (artigos 70-187). ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CARLOS, Helio Antunes. *O Microsistema de Autocomposição*. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. IX. Tomo I (arts. 982 a 1.045). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Inventário e partilha judicial e extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 1998.

DELLORE, Luiz. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC 2015*. V. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 3º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Ensaios sobre negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*. V. XIV (arts. 719-770). GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 58, out./dez. 2015.

GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XI (artigos 719-770). ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Leonardo Ducan Moreira. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, MT (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010 – E-book.

MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XXII (arts. 610 a 673). GOUVÊA, Jose Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, no prelo.

_____. Ensaio sobre a multipolaridade e o policentrismo: com projeção aos conflitos internos do inventário *causa mortis*. In: DINAMARCO, Candido da Silva; CARMONA, Carlos Roberto; YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz; DINAMARCO, Pedro da Silva (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022.

_____. O (Desconhecido) Arrolamento Comum: peculiaridades procedimentais e sua aplicação. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. V. 45, nov./dez. 2021.

_____. Os prazos para instauração e encerramento do inventário sucessório: pontos obrigatórios e nervosos sobre o tema. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, ano 16, v. 24, n. 2, p. 1136-1161, maio/ago. 2022.

_____. Sobrepartilha no inventário. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, ano 16, v. 23, n. 1, p. 1375-1402, jan./abr. 2022.

_____; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *Revista de Processo (RePro)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 237, nov. 2014.

_____; _____. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de relação de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Grandes temas do Novo CPC – Justiça Multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada dos conflitos. V. 9. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; _____. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; FIGUEIREDO, Helena Lanna (Org.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil*: avanços, desafios e perspectivas. V. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

_____; FREIRE, Deborah Azevedo. Nomeação do Inventariante: critérios para (interpretar) e aplicar o art. 617 do CPC. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, v. 41, p. 09-13, mar./abr. 2021.

_____; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Processo de execução e cumprimento da sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

_____; MERÇON-VARGAS, Sarah. In: FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Org.). *Novo CPC anotado e comparado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha: teoria e prática*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PATIÑO, Ana Paula Corrêa. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. XIV (arts. 982-1.045). Rio de Janeiro: Forense, 1977.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Inventário e partilha*. Salvador: Juspodivm, 2019.

TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; BARRADAS, Sérgio. *Famílias e Sucessões*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 50-73, jul./dez. 2016.

ZANETI JR., Hermes. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

Contributos spinozanos à crítica ao conceito de identidade social

Rogério Pacheco Alves*

Sumário

1. Introdução. 2. Identidade enquanto essência. 3. Identidade e individualização. 4. Identidade e o comum. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é o de problematizar o conceito de identidade social, usualmente mobilizado nas discussões sobre minorias e populações vulneráveis, a partir do pensamento de Spinoza (1632-1677). A problematização que ora se propõe pretende pôr em xeque a concepção da identidade social enquanto essência, analisando também a relação entre identidade e o processo de individualização, a identidade social e o conceito spinozano de comum, bem como a possibilidade de se pensar um devir identitário capaz de fugir do essencialismo, mas sem desprezar a existência de humores ou temperamentos individuais e sociais, forjados pela experiência histórica. A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema, com incursões nos campos da filosofia e da sociologia.

Abstract

The aim of the present work is to problematize the concept of social identity, usually mobilized in discussions about minorities and vulnerable populations, based on Spinoza's (1632-1677) thinking. The problematization that is being proposed seeks to put into question the conception of social identity as essence, also analyzing the relationship between identity and the individualization process, social identity and the spinozano concept of common, as well as the possibility of thinking about an identity becoming able to escape essentialism, but without neglecting the existence of individual and social moods or temperaments, forged by historical experience. The methodology will consist of bibliographical review on the subject, with incursions in the fields of philosophy and sociology.

Palavras-chave: Direitos humanos. Globalização. Minorias. Identidade social. Essência. Individualização. Comum. Spinoza.

* Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF).

Keywords: *Human rights. Globalization. Minorities. Social identity. Essence. Individualization. Common. Spinoza.*

1. Introdução

Na experiência ocidental, a organização do poder do Estado se dá a partir da visão da maioria, cuja vontade é periodicamente aferida por intermédio das eleições, uma ocasião política que ao mesmo tempo sintetiza e comprime a expressão democrática. Há, contudo, um vínculo intrínseco entre a limitação do poder do Estado através da consagração de direitos e a opção pela democracia. É neste contexto que surge o tema dos direitos das minorias e de grupos vulneráveis, ou seja, da relação entre democracia e o respeito à diferença. E é também neste contexto que pode ser problematizada a eficácia do conceito de identidade social, usualmente mobilizado nesse debate, pois parece haver certo consenso no sentido de que o conceito de minoria é um conceito construído, e não um dado.

A identidade pode ser entendida como um conjunto de atributos e características que permitem a individualização das pessoas na sociedade e que surge de nosso pertencimento a culturas étnicas, raciais, linguísticas, religiosas e nacionais, ou seja, a identidade é sempre social e possui diversas camadas: é sempre social na medida em que pertencimentos brotam, necessariamente, da interação com o grupamento social a que se está historicamente vinculado; possui diversas camadas uma vez que não há pertencimentos simples e unívocos, os pertencimentos são sempre complexos e plúrimos, fazendo com que todos nós tenhamos diversas identidades que convivem ora em harmonia, ora em conflito, todas elas psicologicamente e socialmente ancoradas. Além disso, a identidade social marca, a um só tempo, a similaridade que possuímos relativamente a outras pessoas ou grupos, e também aquilo que nos distingue de outras pessoas e grupos (sou brasileiro, falo português, não falo alemão).

Contudo, quando associada às minorias e populações vulneráveis o conceito de identidade vai apresentar vários problemas. Inicialmente, já que há dois processos inseparáveis na formação da identidade, o relacional (identidade para o outro) e o biográfico (identidade para si), a primeira dificuldade é saber por quem a identidade é formada (pelo grupo ou pelo indivíduo?), sendo a identidade a partir “de fora” um processo de normalização em que hierarquias e classificações cumprem o papel de definir “o que fica dentro” e “o que fica fora”, em um verdadeiro tribunal moral. No processo de normalização, cuida-se de eleger uma identidade como parâmetro e de atribuir a essa identidade características positivas em oposição às outras identidades, avaliadas negativamente. Nesse sentido a identidade se assemelha a *status*, isto é, a papéis sociais hierarquizados de acordo com a honra e o prestígio social, elementos presentes, por exemplo, no pensamento medieval. Os papéis sociais dependem do *status* social, que determina formas esperadas e típicas de comportamento: por exemplo, no Brasil do século XIX, do negro escravizado se esperava um comportamento dócil e pronto para o trabalho determinado pelo colonizador; no Brasil contemporâneo

se espera da mulher um comportamento “adequado”, discreto e honesto (a “mulher honesta” da legislação penal brasileira).

Nos processos formativos da identidade social há também a questão, crucial, sobre a possibilidade de um tipo de *drop out* (“cair fora”) da etiqueta identitária socialmente colada em todos nós, sem que o “cair fora” implique severas censuras morais, em algum tipo de “traição” ao passado e às origens ou “raízes”. Há aqui um importante elemento a demonstrar a complexidade da formação das identidades e a permanente tensão entre o relacional e o biográfico.

Para além de tais problemas, os pertencimentos identitários, sendo complexos e plúrimos, podem se chocar em um mesmo indivíduo ou grupo. Por exemplo, a identidade negra pode chocar-se com os interesses identitários femininos a partir de recortes de classe (a empregada doméstica negra que cuida dos filhos da patroa branca). Além disso, os pertencimentos identitários podem ser estrategicamente acionados, sem que a identidade mobilizada aniquile a identidade provisoriamente “posta de lado” (em um presídio brasileiro, a identidade religiosa pode valer mais do que outras, por exemplo).

Quando correlacionados ao tema da globalização, os problemas se tornam ainda maiores. De fato, se entendermos a globalização como uma fase da economia global em que se dá a articulação dialética entre o local e o global, atravessada por um processo de imposição de uniformidades econômicas, mas também políticas, sociais e culturais, parece que o conceito de identidade perde a sua força e utilidade. Se há uma nova configuração do binômio tempo-espaco e do próprio espaco social, e se decisões tomadas pelo centro (Europa e EUA) repercutem sobre a periferia (América Latina, por exemplo) evaporando a ideia de que haja espacos isolados, ou seja, se a globalização impõe um processo contínuo e irreversível de interdependência, parece pouco operativo, na perspectiva da resistência e da defesa dos direitos humanos, articular um conceito de pertencimento cultural ou social cujas origens, muitas vezes, remontam a tempos imaginários e imemoriais (a formação das nações e dos povos, a pureza das raças etc.), isto é, a sistemas simbólicos que não mais se sustentam.

Mas há aqui uma evidente tensão se consideramos que a globalização opera também no registro contra-hegemônico que valoriza a dimensão cultural, habitada por sujeitos que não se deixam domesticar facilmente, tais como os movimentos negros, os femininos, os LGBT's etc. Naturalmente, o processo de globalização não é vivenciado da mesma forma pelos indivíduos e pelos grupos sociais. Questões de gênero e raça, só para citar dois exemplos, impõem desigualdades na experimentação da globalização. Mas, de todo modo, se há um processo hegemônico, é também preciso articular um enfrentamento a partir das linhas de fuga que esse processo oferece (culturais, tecnológicas, migratórias etc.), arrostar a globalização com uma contra-globalização. Contudo, nessa dimensão de resistência parece que estamos diante de algo diferente, não mais de uma identidade já dada e imóvel, mas de um devir que escapa a qualquer tipo de identidade enquanto essência.

Postas tais balizas, o objetivo do presente trabalho, a partir de revisão bibliográfica, com incursões nos campos da filosofia e da sociologia, é o de problematizar o conceito de identidade social, aparentemente um conceito central no campo das minorias, a partir do pensamento de Baruch de Spinoza (1632-1677), o judeu polidor de lentes que foi expulso de sua comunidade religiosa em razão de suas “ousadas” ideias, e que, justamente por isso, viveu em sua própria história pessoal a experiência identitária, suas dores e delícias. A problematização que ora se propõe pretende pôr em xeque a concepção da identidade social enquanto essência, analisando também a relação entre identidade e o processo de individualização, a identidade social e o conceito spinozano de comum, bem como a possibilidade de se pensar um devir identitário capaz de fugir do essencialismo, mas sem desprezar a existência de humores ou temperamentos individuais e sociais, forjados pela experiência histórica.

2. Identidade enquanto essência

Como já referido, a existência de uma pluralidade de identidades surgidas da combinação das variáveis gênero, raça, orientação sexual etc. (mulher, negra e homossexual; homem, negro e heterossexual; mulher, branca e heterossexual; homem, branco e homossexual; mulher, negra e heterossexual; homem, negro e homossexual etc.) gera uma série de conflitos na definição do papel a ser desempenhado em situações específicas e concretas, sobretudo em situações de risco (em uma blitz policial, em um presídio, em um manicômio, no campo de concentração etc. qual seria a identidade prevalente?). A rigor, o conflito é anterior à definição do papel social a ser desempenhado, na medida em que a existência de variadas identidades tem como pressuposto lógico a possibilidade de convivência, no interior de cada indivíduo, de “essências identitárias” também variadas. Tais constatações já permitem problematizar o conceito de identidade social enquanto essência.

Entender a identidade social enquanto essência significa afirmar a existência de elementos comuns compartilhados por vários indivíduos e grupos, isto é, que determinados indivíduos e grupos (as mulheres, por exemplo) possuiriam determinadas características em razão de uma dada essência, uma natureza compartilhada e universal. (AGUILAR, 2019) A essência seria a própria atestação da existência de determinados indivíduos e grupos, a marca distintiva (a identidade enquanto diferença) e ao mesmo tempo constitutiva (a identidade enquanto sinal da existência de elementos comuns). Para além das perspectivas do indivíduo ou do grupo, diz-se também que as culturas e práticas sociais, que moldam as identidades sociais, possuiriam suas próprias essências, constatáveis a partir de determinadas qualidades ou características singulares: por exemplo, a identidade do futebol brasileiro, sua essência, consistiria no gingado e no drible, diferentemente da essência do futebol europeu, caracterizado pela organização tática e pela participação coletiva.

Na formação dessa identidade enquanto essência há o concurso de diversos elementos. Nessa linha, evoca-se a existência de imemoriais vínculos de parentesco ou consanguinidade (a raça ariana, por exemplo) ou a existência de um passado

compartilhado (as “gloriosas batalhas” por independência travadas com outros povos), imagens que formam uma memória coletiva e uma história autêntica. (WOODWARD, 2002) Aqui rituais e símbolos cumprem um papel fundamental e são mobilizados como memoriais da existência de essências que se pretende preservar nas mentes e corações das atuais e futuras gerações. Rituais e símbolos, mitos de origem etc. geram segurança, ligando passado e presente, sobretudo em situações de crise e de risco de ruptura social que demandam unidade. Além de tais elementos, que aparecem muito claramente na formação das identidades nacionais e étnicas, a identidade pode ancorar-se também em elementos naturais e biológicos, como ocorre nos campos do gênero e da sexualidade, muito embora também aqui a mobilização de elementos culturais cumpra um papel importante (SILVA, 2014), como se dá na formação da imagem de que as mulheres seriam mais frágeis, física e psicologicamente.

Um primeiro problema que surge do essencialismo é a sua forte feição binária, a sua inclinação à negação da possibilidade de ambiguidades e ambivalências (WOODWARD, 2002), em um horizonte existencial de um purismo que busca manter a ordem social (WOODWARD, 2014), mas que a “vida como ela é” nega a todo instante. Ou seja, a identidade enquanto essência tende a forjar modelos existenciais que se opõem a modos de existência tidos por imperfeitos e impuros, uma cesura entre “nós” e “eles”. A formação de uma identidade “europeia” em oposição a uma identidade “muçulmana” é um bom exemplo do binarismo a que nos referimos. Há aqui uma positividade (“o que sou”), a qual, contudo, “é parte de uma extensa cadeia de ‘negações’, de expressões negativas de identidade, de diferenças.” (SILVA, 2014, p. 75)

Um segundo problema do essencialismo identitário é a sua rigidez, a tendência à cristalização de determinadas visões de mundo e práticas sociais, o que gera a imagem de um passado fixo com uma história linear e simples que não acomoda as divergências, as mudanças ou qualquer tipo de flexibilidade, interditando a possibilidade de reconstrução das identidades. (WOODWARD, 2002; HALL, 2014)

Tanto a negação da diferença (feição binária e excludente) quanto a rigidez do essencialismo identitário decorrem de um certo idealismo que forja a identidade e põe essência e existência em campos distintos, o que a imanência de um existir sempre concreto problematizará de diversas formas. Já para Spinoza, essência e existência são inseparáveis: “Digopertenceràessência de uma certa coisa aquilo que, sedado, a coisa é necessariamente postae que, seretirado, a coisa é necessariamente retirada; em outras palavras, aquilo sem o qual a coisa não pode existir nem ser concebida e vice-versa, isto é, aquilo que sem a coisa não pode existir nem ser concebido.” (EII, Def. 2)¹

A inseparabilidade de essência e existência, ou seja, a concepção de que a essência é sempre atual e concreta, indicia a filiação materialista de Spinoza, sua ancoragem à imanência, a negar a proeminência do ideal sobre o mundo sensível (dualismo). Na verdade, o cavalo não existe, nem tampouco a “cavalidade” (essência)

¹ Utilizaremos uma forma abreviada de citação das obras de Spinoza, em que E = Ética; II = livro; P = proposição; D = demonstração; def. = definição; esc. ou escólio = escólio; TP = Tratado Político; TTP = Tratado Teológico Político.

do cavalo (coisa), o que existem são este cavalo, aquele cavalo etc. Da mesma forma, nessa linha, a negritude não existe, o que existem são este negro, aquele negro etc.

Se, por um lado, a essência põe a coisa, por outro, sem a coisa não há essência, isto é, sem a coisa a essência sequer pode ser concebida. E a coisa, como veremos adiante, é interna e externamente plural, conflituosa, tensa em sua composição e em suas relações, jamais uma coisa estática e pura. Assim, contra a tradição, Spinoza estabelece uma relação de simetria entre essência e coisa, “a essência sendo essência da coisa, e a coisa, essência da essência.” (RAMOND, 2010, p. 36) É exatamente o que se dá na matemática, em que a coisa e sua essência (definição) são idênticas.

Tal simetria, quando bem compreendida, implode o conceito de identidade social, pois a essência identitária não pode ser uma abstração inerente a indivíduos ou grupos, mas sim, a manter-se a utilidade do conceito,² o resultado do conjunto das relações sociais que tais indivíduos ou grupos travam em suas existências sempre concretas.

O que surpreende na definição de essência de Spinoza não é tanto a sua primeira parte, coincidente com a definição tradicional e mesmo usual de essência (essência enquanto “natureza”), mas justamente a sua segunda parte, que, como já referido, estabelece uma relação de simetria entre coisa e essência. Assim, se, por um lado, retirar a essência da coisa significa retirar a própria coisa, por outro, uma essência não pode existir sem a coisa a qual se refere, o que está a indicar que a essência tem uma realidade física (DELEUZE, 2014), uma positividade que lhe é inerente, é um agir. (MACHEREY, 1997) Spinoza estabelece, desse modo, uma lógica que impede que a essência de uma coisa possa ser identificada a um gênero abstrato “indiferente à sua essência de coisa singular” (MACHEREY, 1997, p. 22), ou seja, para nosso autor, a natureza de algo não pode ser concebida senão como existente.³

Ainda sobre o problema da essência, referindo-se agora especificamente ao homem, Spinoza afirmará que o desejo “(...) é a própria essência ou natureza de cada um, à medida que ela é concebida como determinada em virtude de algum estado preciso de cada um, a realizar algo” (EIII, P. 56, demonstração) e que “um afeto qualquer de um indivíduo discrepa do afeto de um outro tanto quanto a essência de um difere da essência de outro.” (EIII, P. 57) A realização desse “algo” é precisamente delineada: “o apetite [ou desejo] é a própria essência do homem, enquanto determinada a agir de maneiras que contribuem para a sua conservação.” (EIII, definições dos afetos, 1, Explicação)⁴ Em razão disso, trata-se sempre de uma *essência singular* (a essência de

² Como defendido por Hall (2014, p. 104), em razão de sua centralidade para a questão da (*agency*), ou seja, o elemento ativo da ação individual.

³ Por exemplo, o Deus de Spinoza é um ponto de partida objetivo, não um criador, é *causa sui*, isto é, “aquilo cuja essência envolve a existência, (...) aquilo cuja natureza não pode ser concebida senão como existente.” (EI, Definição 1)

⁴ Spinoza chamará de *conatus* a essência atual de uma coisa singular (“O esforço pelo qual cada coisa se esforça por perseverar em seu ser nada mais é do que a sua essência atual” – EIII, P. 7). O *conatus* é o esforço em perseverar na existência, presente em todas as coisas. Ao mesmo tempo em que pontua o *conatus* como um tipo de amor a si mesmo, Spinoza relembra ser totalmente impossível que não precisemos de nada que nos seja exterior para conservar o nosso ser e que vivamos apartados das coisas que estão fora

Maria) e não da essência de uma identidade ou da identidade enquanto essência (a identidade das “mulheres”).

A atualidade da essência contra a rigidez identitária decorre da concepção de Spinoza de que cada coisa “esforça-se, tanto quanto está em si, por perseverar em seu ser” (EIII, P.6), ou seja, que há em todas as coisas um esforço em perseverar na existência (*conatus*) enquanto um tipo de dinamismo positivo de resistência a tudo que a elas se opõe e aos perigos inerentes ao viver,⁵ uma estratégia de guerra e de resolução de problemas postos pelas situações de risco (BOVE, 2012), o que faz com que o conceito de identidade perca muito de sua operacionalidade em razão de sua natureza estática.

Em suma, a concepção da identidade enquanto essência, diversamente do proposto por Spinoza, prescreve modos de vida fundados na distinção entre existência e essência, o que, em razão da pluralidade e dos conflitos identitários já referidos, abre a possibilidade de juízos, por vezes morais, mas sempre negativos, de que o homem não seja, de fato, o que é “potencialmente,” isto é, “de não ser o que deveria ser.”

3. Identidade e individualização

O conceito de identidade social vai encontrar também uma entrada crítica a partir do conceito de indivíduo de Spinoza, ou seja, a concepção da multiplicidade interna do indivíduo e a ideia do indivíduo enquanto uma multiplicidade tensa.

Uma das originalidades do pensamento de Spinoza consiste em estabelecer uma relação de igualdade, ou paralelismo, entre mente e corpo, contrariamente à tradição, especialmente a Descartes que, a partir do cogito e da concepção hierarquizada entre corpo e mente, considerava possível a existência da alma, isto é, da mente, independentemente da existência do corpo, mera extensão não pensante, sendo a essência do homem unicamente o pensar. Diversamente, Spinoza dirá que “a mente não conhece a si mesma senão enquanto percebe as ideias das afecções do corpo” (EII, P. 23) e que “o objeto da ideia que constitui a mente humana é o corpo” (EII, P. 13), o que está a significar que a mente não é autofundante.

Em sua Ética, o tema do corpo é tratado na parte em que Spinoza investigará a natureza e a origem da mente (livro II). A partir da proposição n. 13, utilizando-se dos paradigmas da Física do Século XVII, Spinoza discorrerá sobre a natureza do corpo humano, a união entre mente e corpo, a dinâmica corporal de movimento e repouso, a singularidade dos corpos etc. É também na Proposição 13 da EII que aparecerá o conceito de indivíduo, mais especificamente no momento em que Spinoza expõe a sua “pequena física” a respeito dos corpos:

de nós. Assim, o desejo supõe uma relação e só pode ser concebido no interior da interação que o homem estabelece com outros homens ou outras coisas.

⁵ “(...) nenhuma coisa tem em si algo por meio do qual possa ser destruída, ou seja, que retire a sua existência (...); pelo contrário, ela se opõe a tudo que possa retirar a sua existência.” (EIII, P. 6, Demonstração)

Quando corpos quaisquer, de grandeza igual ou diferente, são forçados, por outros corpos, a se justaporem, ou se, numa outra hipótese, eles se movem, seja com o mesmo grau, seja com graus diferentes de velocidade, de maneira a transmitirem seu movimento uns aos outros segundo uma proporção definida, diremos que esses corpos estão unidos entre si, e que, juntos, compõem um só corpo ou indivíduo, que se distingue dos outros por essa união de corpos. (EII, P. 13, Definição)

Essa concepção é complementada pelas afirmações no sentido de que “o corpo humano compõe-se de muitos indivíduos (de natureza diferente), cada um dos quais é também altamente composto” (EII, P. 13, Postulado 1), de que “os indivíduos que compõem o corpo humano e, conseqüentemente, o próprio corpo humano, são afetados pelos corpos exteriores de muitas maneiras” (EII, P. 13, Postulado 2) e de que “o corpo humano tem necessidade, para conservar-se, de muitos outros corpos, pelos quais ele é como que continuamente regenerado.” (EII, P. 13, Postulado 4)

Para Spinoza, o indivíduo é uma união de corpos em um corpo composto (o homem, por exemplo) e como tal é finito (uma coisa que pode ser limitada por outra da mesma natureza – EI, Definição II) e particular (é uma afecção dos atributos de Deus, ou seja, é um modo pelo qual os atributos de Deus se exprimem – EI, P. 25, Corolário). Poderá ser também um singular quando contribui com outros indivíduos para uma mesma ação: “Por coisas singulares compreendo aquelas coisas que são finitas e que têm uma existência determinada. E se vários indivíduos contribuem para uma única ação, de maneira tal que sejam todos, em conjunto, a causa de um único efeito, considero-os todos, sob este aspecto, como uma única coisa singular.” (EII, Definição 7)

O singular pode ser simples ou composto (o povo brasileiro, por exemplo), mas jamais será um singular fechado em si. Por sua peculiar dinâmica de movimento e repouso, o indivíduo é distinto de outros indivíduos,⁶ também eles peculiares, o que confere ao indivíduo uma “identidade,” mas em um sentido muito diferente do uso *mainstream* do conceito de identidade.

Esse “um só corpo” que é o indivíduo, e não sua mente, o distingue dos outros indivíduos, também eles compostos por uniões específicas de corpos cujos movimentos se dão segundo uma proporção definida. Somente nessa perspectiva pode-se dizer que o indivíduo tem uma “identidade,” a qual, de todo modo, jamais será uma essência imutável ou rígida. Vê-se, portanto, que a multiplicidade é essencial ao indivíduo e nele haverá um “comércio contínuo de movimentos em determinações mútuas.” (CAMPOS, 2010, p. 85) Por isso, “(...) a formação do comum em corpo não cumpre o pré-estabelecido de uma harmonia perfeita, mas é resultado de um jogo

⁶ “Os corpos se distinguem entre si pelo movimento e pelo repouso, pela velocidade e pela lentidão, e não pela substância.” (EII, P. 13, Lema 1)

de tensões entre corpos que estão relacionados entre si à força.” (CAMPOS, 2010, p. 85) Além da multiplicidade, os corpos compostos são, intrinsecamente, relações por excelência, relações que marcam justamente a sua individualidade, contra qualquer tipo de essencialismo estático.

Mas haverá sempre a tensão relacional entre o indivíduo e o seu entorno. Aqui o conceito de transindividualidade (BALIBAR, 1996) dará conta de forma bastante clara dessa relação entre o individual e o supraindividual (ou multitudinário, que pode ser uma “nação”) a partir das premissas segundo as quais a individualidade em Spinoza é a forma de existência necessária e, portanto, real; a de que o indivíduo é uma unidade composta de partes distintas; e, fundamentalmente, a ideia de que a construção do indivíduo e sua atividade implicam uma relação com outros indivíduos, pois os processos que autonomizam os indivíduos não são separados, mas recíprocos e interdependentes. (BALIBAR, 1996, p. 37) Como consequência, “(...) o conatus de cada essência (...) implica, ao mesmo tempo, uma resistência à sua destruição por outras coisas e uma combinação ou coalizão com outras coisas ‘semelhantes’ contra a adversidade.” (BALIBAR, 1996, p. 37)

Além disso, se o desejo é a significação efetiva do conatus, o outro nome desse perseverar no ser (EIII, Definições dos Afetos 1, Explicação), que é a própria essência do homem tomado na perspectiva da afirmação de uma essência individual, há a afirmação de uma individualidade que convive com a constatação do desejo enquanto condição natural de todos os homens, o que faz com que ora o desejo apareça como um traço comum a todas as coisas singulares, ora como “partido em tantos tipos e identidades diferentes quantos sejam as combinações possíveis de sujeitos e objetos do desejo.” (RAMON, 2010, p. 33) Evidentemente, o ser próprio a todos os homens não induz à fundação de uma identidade, pois “(...) o desejo de um indivíduo discrepa do desejo de um outro, tanto quanto a natureza ou a essência de um difere da essência do outro.” (EIII, P. 57, Demonstração) De fato, “(...) quando comparamos os homens entre si, nós os distinguimos unicamente pela diferença dos afetos, chamando uns de intrépidos, outros de tímidos e outros ainda, enfim, por outro nome.” (EIII, P. 51, Escólio) Para Spinoza, os afetos se distinguem pelos objetos aos quais são referidos (EIII, P. 56, Escólio) e um mesmo homem pode ser “afetado de diferentes maneiras relativamente a um mesmo objeto e, sob tal condição, ele é volúvel.” (EIV, P. 33, Demonstração)

A partir de tais aportes spinozanos é possível compreender que os processos de individuação são interdependentes e recíprocos (BALIBAR, 1996) e que a conformação de um indivíduo sempre estará em relação com outros indivíduos (AGUILAR, 2019), em um processo contínuo. Daí se segue que a formação de “identidades” será sempre um movimento sem fim de (permanente) interpenetração e de atravessamentos causados pela dinâmica das relações desejantes dos indivíduos e dos grupos.

Talvez seja o caso de falar-se, então, não mais em identidade social, mas em “devir” (ou “devires”). Como nos ensinará Deleuze:

Devir é nunca imitar, nem fazer como, nem se conformar a um modelo, seja de justiça ou de verdade. Não há um termo do qual se parta, nem um ao qual se chegue ou ao qual se deva chegar. Tampouco dois termos intercambiantes. A pergunta “o que você devém?” é particularmente estúpida. Pois à medida que alguém se transforma, aquilo em que ele se transforma muda tanto quanto ele próprio. Os devires não são fenômenos de imitação, nem de assimilação, mas de dupla captura, de evolução não paralela, de núcias entre dois reinos. (DELEUZE, 1998, p. 184)⁷

4. Identidade e o comum

O conceito de identidade tomado em sua concepção *mainstream* é um universal racional (*a priori*) que marca tanto a diferença (a identidade exclusiva e diferente dos demais) quanto a semelhança (a identidade com outros).

Os universais são um conceito da razão e uma invenção do pensamento grego e da tradição judaico-cristã incorporada pela tradição ocidental (ex. democracia, cidadania, natureza humana etc.). É possível distinguir, contudo, dois tipos bastante diversos de universal: o universal em sentido “fraco,” da ordem da experiência e de juízos de fato que fazemos ordinariamente (“o homem é um animal bípede”; “os bebês choram”); e o universal em sentido “forte,” que poderíamos denominar de universal abstrato pois é anterior à experiência (*a priori*) e forma juízos necessários e imperativos (tudo ou nada, “é ou não é”), juízos prescritivos. Os universais abstratos são da ordem do “dever-ser” – daí a sua utilização privilegiada pelo direito –, e nascem como uma exigência da ciência, que demanda validade universal, necessária e objetiva (legitimidade e verdade). Naturalmente, haverá problemas na utilização dos universais abstratos pelas ciências sociais, que envolvem indagações sobre a passagem das leis da natureza aos valores, à ética, à política, à cultura etc.

O problema do universal abstrato se liga, mais amplamente, à formação do “UM” (unidade) próprio da civilização ocidental (na política, a formação do Estado “contratualizado” e de um “povo” como forma de conter a pluralidade explosiva da multidão), que na tradição judaico-cristã se expressa na criação de todas as coisas por um único Deus e no humanismo universalista de S. Paulo, que encontrará na conversão de Constantino e no nascimento do Império Cristão (312 d.C.) um ponto de culminância.⁸

⁷ “(...) num devir qualquer (devir-animal, devir-mulher etc.), não é o término que é buscado (o animal ou a mulher que nos tornamos), mas sim o próprio devir, ou seja, as condições de um relançamento da produção desejante ou da experimentação.” (ZOURABICHVILI, 2004, p. 18)

⁸ No contemporâneo, como apontado por JULIEN (2009), surge o uniforme enquanto repetição do “UM” do universal (*uni-versus*). Da ordem da regularidade, da série, da imitação e da produção (princípio da funcionalidade), produto da globalização e corruptela do universal, o uniforme adornece, produz a monotonia e o “mesmo.” A uniformização não se limita aos bens materiais, invade o imaginário (o imaginário adolescente, por exemplo), sendo o seu oposto a diferença (com relação ao outro ou a si), que gera o direito a uma história própria e cria tensões (o “imperfeito,” o “anormal,” o “imoral” etc.).

Os universais abstratos habitam a imaginação e surgem da representação mutilada das coisas singulares pelos sentidos, ou seja, dos signos formados pela memória, pela linguagem e pela imaginação. Para Spinoza resultam da confusão do corpo na formação de imagens e do ultrapassamento de sua capacidade de imaginar diferenças entre coisas singulares (como, por exemplo, a cor, o tamanho etc. de cada um):

(...) essas noções não são formadas por todos da mesma maneira. Elas variam, em cada um, em razão da coisa pela qual o corpo foi mais vezes afetado, e a qual a mente imagina ou lembra mais facilmente. Por exemplo, os que frequentemente consideram com admiração a estatura dos homens compreenderão, pelo nome de homem, um animal de estatura ereta; os que estão acostumados a considerar um outro aspecto formarão dos homens outra imagem comum, por exemplo, que é um animal que ri, que é bípede e sem penas, que é um animal racional. E, assim, cada um, de acordo com a disposição do seu corpo, formará imagens universais das outras coisas. (Escólio 1 da Proposição 40 da EI)

A identidade social seria, então, se tomarmos a sério a advertência de Spinoza, nada mais do que uma representação imaginária e mutilada das diversas camadas de diferença relativamente ao gênero, raça, nacionalidade etc. um esforço, débil, de unificação da pluralidade e da singularidade. De fato, é extremamente problemático falar em uma identidade feminina, dada a diversidade de indivíduos “mulher”; da mesma forma, falar em “identidade brasileira” (ou francesa, italiana, alemã etc.), para citar mais um exemplo, ignora a imensa diversidade de nossa formação histórica, social e cultural; a existência de uma identidade negra também seria questionável, pelas mesmas razões.

Diversamente de conceitos universais de toda a ordem, que são impostos e já dados, o conceito de comum não é da ordem da razão (lógica), mas da ordem do político, é aquilo que é partilhado e do qual participamos (o pertencimento a uma família, a uma cidade), ou seja, uma comunidade de vida, de trabalho, de cultura, a construção de espaços comuns etc. (JULIEN, 2009)

O comum enraíza-se na experiência – uma significativa diferença relativamente aos universais abstratos –, aprofunda-se nela e a enriquece. Embora tenha um prévio, um originário (a família, a nação, a raça, o gênero), nos qual todos nós estamos desde sempre orgulhados, esse “prévio” não é necessário pois sempre se pode investir em novas relações do comum (uma nova nação, uma nova família, uma nova sexualidade etc.) Por isso o comum é da ordem da decisão política e não da ordem da moral, ou seja, não é um universal prescritivo e necessário. (JULIEN, 2009) A vinculação ao comum é realizada na coisa (*in re*), a abstração do universal é ulterior, ou seja, *post*

rem. (JULIEN, 2009, p. 39) Além disso, a extensão do comum é gradual: "(...) tenho algo em comum com os da minha cidade; em uma outra escala, com meus compatriotas; ou, mais amplamente, no estágio da comunidade europeia ou da comunidade ou 'família humana'; até mesmo, ainda mais amplamente, com todos os seres racionais, incluindo os deuses (idem)."

Em Spinoza há elementos que são comuns a todas as coisas, e que existem igualmente na parte e no todo: "existem certas ideias ou noções comuns a todos os homens" (todos os corpos estão ou em movimento ou em repouso; o homem é bípede e ri). As noções comuns mais universais são as menos úteis por representarem uma similitude ou comunidade de composição em um nível mais geral (mas não abstrato), ou seja, a partir de um ponto de vista ainda externo. Já as noções comuns menos universais são as mais úteis, pois estabelecem uma similitude entre corpos que convêm diretamente, a partir de seu próprio ponto de vista (o que é comum ao meu corpo e a certos corpos exteriores). Neste caso, tem-se a criação de conveniências pelos encontros (e não de identidades). As noções comuns menos gerais, por resultarem dos encontros específicos, formam-se em nós antes das noções comuns mais universais e é precisamente ao nível do "menos universal" que conquistamos nossa potência de agir: "à medida que uma coisa concorda com a nossa natureza, ela é necessariamente boa." (EIV, P. 31) Enfim, o comum é da ordem da troca, da circulação e da comunicação e não se opõe nem ao individual singular (não há "achatamento") nem ao diferente. Tem-se aqui um comum "aberto."

Mas o comum pode ser também "fechado" e excludente, ou seja, um comum que cria fronteiras, muros, cercas e muralhas (ex-comunga), a xenofobia, por exemplo. (JULIEN, 2009) Assim, o identitário, se concebido enquanto um "comum fechado", ou seja, enquanto enclausuramento baseado em operações de inclusão e exclusão, se contrapõe ao comum spinozano, aberto às relações que se formam a partir do encontro de conveniências (e não de identidades universais, insista-se) dos encontros que os homens travam com outros homens com os quais possuem algo em comum, em quem identificam uma utilidade de comunidade, mas que não serão necessariamente identitários, pois "nossa potência de agir (...) pode ser determinada e, conseqüentemente, estimulada ou refreada pela potência de outra coisa singular que tem algo em comum conosco, e não pela potência de uma coisa cuja natureza é inteiramente diferente da nossa." (Demonstração da Proposição 29 da EIV) Assim, "uma coisa singular qualquer, cuja natureza é inteiramente diferente da nossa, não pode estimular nem refrear a nossa potência de agir e, absolutamente, nenhuma coisa pode ser, para nós, boa ou má, a não ser que tenha algo em comum conosco." (EIV, P. 29)

E não serão necessariamente identitários, pois as coisas exteriores ou serão de tal modo diferentes a ponto de serem neutras ou indiferentes para nós (não são "boas" ou "más" para nós), ou elas terão alguma coisa em comum conosco, e por isso contribuirão à nossa potência de agir (serão "boas" para nós) ou lhe farão obstáculo (serão "más" para nós). Esse repertório é exaustivo (MACHEREY, 1997) e a partir dele podemos compreender que as coisas que têm algo em comum conosco (o gênero, por exemplo)

podem ser, mas não serão necessariamente boas para nós, ou seja, não concordarão necessariamente com a nossa natureza. Podem concordar, ou não. Para Spinoza, “à medida que uma coisa concorda com a nossa natureza, ela é necessariamente boa” (EIV, P. 31) e “(...) quanto mais uma coisa concorda com a nossa natureza, tanto mais útil ou melhor é para nós.” (EIV, P. 31, Corolário) Como se vê, concordar é muito mais do que “ter algo em comum” – embora o ter algo em comum seja um antecedente lógico ou um pressuposto da concordância – e é necessariamente bom. Nas proposições 35, 36 e 37 da EIV⁹ Spinoza cuidará especificamente da concordância nas relações inter-humanas, ou seja, em que medida os homens são úteis e bons uns aos outros, o que também põe em xeque o conceito de identidade enquanto um mero universal abstrato ou mesmo um “ter algo em comum.”

Enfim, se o comum for o ato de compartilhar uma essência, os outros indivíduos que não compartilhem dessa essência serão incompatíveis com a possibilidade de cooperação, ou seja, incapazes de formarem alianças. (AGUILAR, 2019) Trata-se de um imenso risco, fruto, em parte, da tendência, sobretudo europeia, de encarar a identidade não como uma questão de pertencimento mútuo (copertencimento), mas sim como uma relação do mesmo com o mesmo. (Mbembe, 2018)

5. Conclusão

Spinoza vive em uma Holanda economicamente forte e “globalizada,” um dos centros comerciais e culturais de seu mundo, a maior província da República dos Países Baixos. É expulso, em 27 de julho de 1656, do círculo dos judeus portugueses de Amsterdã sob a acusação de que suas ideias e seus escritos colocavam em risco a harmonia social, política e religiosa de sua comunidade. A ex-comunhão (*cherem, ex-comunga*) representou para Spinoza um difícil processo de rompimento identitário, dado que sua família gozava de considerável prestígio, sendo a exclusão um tipo de expulsão física e social. Mas talvez justamente por isso seu pensamento esteja em condições de nos fornecer elementos críticos para pensar o conceito de identidade social no contemporâneo.

Naturalmente, há elementos compartilhados universalmente, o que a experiência demonstra, mas que não são universais abstratos: o corpo feminino, a cor da pele, a língua compartilhada desde a infância etc. Além disso, os indivíduos e os povos possuem, cada qual, o seu *ingenium*, termo que em Spinoza pode ser traduzido como “compleição”, “temperamento”, “humor”, “constituição”, “maneira” ou “modo”¹⁰ ou ainda como “caráter”:¹¹ os ingleses apreciam o chá da tarde e são pontuais; os

⁹ “Apenas à medida que vivem sob a condução da razão, os homens concordam, sempre e necessariamente, em natureza” (EIV, P. 35); “O supremo bem dos que buscam a virtude é comum a todos e todos podem desfrutá-lo igualmente” (EIV, P. 36); “Todo aquele que busca a virtude desejará, também para os outros homens, um bem que apetece para si próprio, e isso tanto mais quanto maior conhecimento tiver de Deus.” (EIV, P. 37)

¹⁰ Tratado Político, Capítulos I, § 5º, 2, § 9º, 2, § 18, 3, § 3º, e 5, § 2º.

¹¹ Tratado Político, Capítulos 7, § 30, 8, § 37, e 10, § 7º.

espanhóis são calorosos e gostam da sesta; os brasileiros são festeiros e religiosos, e por aí vai. O *ingenium* individual ou coletivo é um acúmulo histórico, um modo de ser individual e coletivo que nasce da interação social a partir de determinadas coordenadas de espaço e tempo, de relações historicamente consolidadas, mas que não são uma essência.

Sabe-se que não há mais um sujeito capaz de encarnar uma vulnerabilidade universal (o trabalhador marxista, por exemplo), constatação que abre o campo dos direitos humanos à diferença. Mas, sem prejuízo disso, também não há “a cor absoluta”, mas a cor em relação com outra cor ou com outros elementos (a luz, o fundo). Por isso, talvez seja o caso de evitar os “Tribunais Identitários”, ou seja, simplesmente identificar aquilo que nos convém ou desconvém de modo a permitir a chegada e o florescer de novos modos de existência. Em suma, do pensamento de Spinoza brota uma complexa articulação entre similitude e diferença que não se deixa reduzir à simplicidade e às amarras do conceito de identidade.

Referências

AGUILAR, Claudia. *Mujeres: Resignificación, Resistencia y Alianzas*. Uma propuesta desde la teoria de la individualidad spinoziana. Buenos Aires: Ragif Ediciones, 2019.

BALIBAR, Étienne. Individualité et Transindividualité chez Spinoza. In: *Architectures de la Raison*. Mélanges offerts à Alexandre Matheron. Paris: ENS Éditions, 1996.

BOVE, Laurent. *La Stratégie du Conatus*. Affirmation et Résistance chez Spinoza. Paris: VRIN, 2012.

CAMPOS, André Santos. *Jus Sive Potentia*. Direito Natural e Individuação em Spinoza. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2010.

DELEUZE, Gilles. *Crítica e Clínica*. 2ª ed. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2011.

_____. *Spinoza et le Problème de L'Expression*. Paris: Les Éditions de Minuit, 2014.

_____; PARNET, Claire. *Diálogos*. São Paulo: Escuta, 1998.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. *Conceitos Essenciais de Sociologia*. 2ª ed. Tradução de Cláudia Freire. São Paulo: Editora UNESP, 2017.

HALL, Stuart. Quem Precisa da Identidade. In: *Identidade e Diferença: a Perspectiva dos Estudos Culturais*. SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a Proteção das Minorias e dos Grupos Vulneráveis: os Desafios Conceituais e de Estratégias de Abordagem. In: *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. Vol. I. JUBILUT, Liliana Lyra et alii (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2013.

JULIEN, François. *O Diálogo entre as Culturas. Do Universal ao Multiculturalismo*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

MACHEREY, Pierre. *Introductions à l'Étique de Spinoza. La Seconde Partie. La Réalité Mentale*. Paris: PUF, 1997.

MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. Tradução de Sebastião Nascimento. 3ª ed. São Paulo: n-1 edições, 2019.

RAMOND, Charles. *Vocabulário Espinosa*. Tradução de Cláudia Berliner e Homero Santiago. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, Tomaz Tadeu da. A Produção Social da Identidade e da Diferença. In: *Identidade e Diferença: a Perspectiva dos Estudos Culturais*. SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SPINOZA, Baruch. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

_____. *Tratado Político*. Tradução de Manuel de Castro. In: *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

WOODWARD, Kath. Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: *Identidade e Diferença: a Perspectiva dos Estudos Culturais*. SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____. *Questioning identity: gender, class, ethnicity*. London: Routledge, 2004.

_____. *Understanding Identity*. London: Hodder Education, 2002.

ZOURABICHVILI, François. *O Vocabulário de Deleuze*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Centro Interdisciplinar de Estudo em Novas Tecnologias e Informação, 2004 (versão eletrônica).



Lei da Boa Razão

MERCED VIXIT

Consolidação

Observatório Jurídico



OP
F
F

Dns
Lris
Civis

Independência funcional no MP deve ir além da não responsabilização por opiniões

Cláudio Henrique Viana*

Felipe Ribeiro**

Há tantos Ministérios Públicos quanto o número de seus integrantes?

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito já se discutiu a respeito do Ministério Público brasileiro e de como o constituinte reforçou sua importância para garantir a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Há 33 anos, o Ministério Público brasileiro vem sendo pensado e construído por seus membros, servidores e sociedade civil, num processo contínuo de aprimoramento institucional somente possível graças ao tratamento constitucional dado à instituição pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988.

Além de investir no seu fortalecimento, sem o qual o Ministério Público dificilmente resistiria aos solavancos próprios da democracia, os constituintes ampliaram também os poderes de cada membro da instituição, assegurando-lhe *autonomia e liberdade na atuação funcional*.

É nesse contexto que surge o princípio da *independência funcional do Ministério Público*. Não bastava empoderar a instituição. Era preciso empoderar também seu membro. Sem isso, imaginou o constituinte, os resultados alcançados não seriam aqueles esperados; de nada serviria fortalecer o Ministério Público e não garantir aos seus integrantes a prerrogativa de atuar segundo à própria consciência, livres de interferências internas e externas.

Conquistado esse fundamental espaço de independência funcional, novos desafios têm despontado no horizonte do Ministério Público. Afinal, o integrante da instituição, sob o manto da independência funcional, pode interpretar o direito com a máxima liberdade? O cidadão, destinatário de seus serviços, pode receber da instituição tratamento jurídico desigual a depender do entendimento de cada membro? Há tantos Ministérios Públicos quanto o número de seus integrantes?

Não há resposta fácil a essas perguntas. Contudo, é chegada a hora de se refletir sobre elas sob pena de, em nome da máxima independência, dar à sociedade respostas ministeriais completamente diferentes – muitas vezes até contraditórias.

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj).

** Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Diretor da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj).

Valendo-nos das lições do filósofo americano Ronald Dworkin, se o Direito não pode depender daquilo que seu intérprete come no café da manhã, sobretudo quando está em jogo a tutela de direitos fundamentais, pelo mesmo motivo a atividade do Ministério Público também deve evitar oscilar de acordo com a volatilidade dos posicionamentos de seus membros.

Compreender que o Ministério Público não é um fim em si mesmo parece-nos mais do que fundamental. Sua atuação destina-se ao cidadão, e o princípio da independência funcional não pode servir de fundamento para que os serviços prestados pela instituição sejam absolutamente desiguais, sem qualquer compromisso com a ideia de unidade institucional.

Por isso, a uniformização de temas é mais do que necessária; indivíduo e instituição precisam estar integrados, numa tentativa de harmonização de posicionamentos da qual exsurgirá o verdadeiro pensamento ministerial, apto a garantir ao cidadão tratamento minimamente igualitário.

No plano individual, onde prevalece o princípio da independência funcional, deve-se abandonar a ideia de que o Direito é uma “tela em branco”, como se o sentido das normas jurídicas pudesse ser ajustado às próprias inspirações/aspirações pessoais de cada membro. O solipsismo jurídico, prática comum entre aqueles que apenas atribuem verdade ao que deriva das próprias experiências, fragmenta o Direito em infinitas partes – ou, no caso do Ministério Público, em infinitos Ministérios Públicos –, causando espanto naqueles que esperam da ordem jurídica alguma dose de previsibilidade.

Compreender que o Direito é fruto de uma construção coletiva, na qual o indivíduo deve se inserir sem desconsiderar um passado de reflexões, parece-nos essencial para que se possa dar início a uma aproximação entre independência funcional e unidade institucional.

Mas não se pode parar por aí. Nenhum efeito surgirá da reflexão de cada membro do Ministério Público sobre a importância de se prestar ao cidadão serviços menos desiguais se a própria instituição deixar de intervir para a formação de um pensamento ministerial – ou atuar de cima para baixo, sem considerar aquilo que se discute e debate nos órgãos de execução. O princípio da independência funcional autoriza o membro a interpretar o Direito, contudo é o princípio da unidade do Ministério Público que obriga a instituição a organizar esse conhecimento circulante, consolidando, a partir do trabalho de cada membro, seus precedentes.

Valorizar verdadeiramente a independência funcional importa em conferir relevância extrema à produção ministerial individual, identificando pontos de convergência capazes de justificar a formação de precedentes sobre os mais diversos temas. Partindo do indivíduo e de seus posicionamentos, os órgãos da administração superior do Ministério Público devem ajudar a consolidar o pensamento institucional, oficializando consensos com maior aptidão para assegurar ao cidadão respostas mais previsíveis e direcionadas à igualdade de tratamento. É deste trabalho permanente

de monitoramento que a independência funcional se diluirá na unidade institucional, como partículas unem-se ao todo, fazendo com que o cidadão enxergue com clareza um único Ministério Público.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico



Breves reflexões filosóficas sobre a hipocrisia e a vaidade no mundo jurídico

Adolfo Borges Filho*

“Vaidade de vaidades, disse o Eclesiastes; vaidade de vaidades, tudo é vaidade.”

(Livro do Eclesiastes,1-2)

Sumário

1. Introdução: Sobre hipocrisia e vaidade no mundo jurídico. 2. O excesso de formalismo na área cível e suas repercussões. 3. O excesso de formalismo na área penal e suas repercussões. 4. Um caso verídico que desconstrói o binômio hipocrisia-vaidade. 5. Conclusão: A obrigação ética de nos livrarmos das máscaras.

Resumo

O propósito deste artigo é refletir sobre a presença do binômio hipocrisia-vaidade no mundo jurídico, pondo-se ênfase nas áreas cível e penal.

Abstract

The purpose of this article is to reflect on the binomial hypocrisy-vanity in the legal world, putting emphasis on the civil and criminal areas.

Palavras-chave: Hipocrisia. Vaidade. Mundo jurídico. Foucault. Nietzsche.

Keywords: *Hypocrisy. Vanity. Legal world. Foucault. Nietzsche.*

1. Introdução: Sobre hipocrisia e vaidade no mundo jurídico

Durante todos esses anos de trabalho no Ministério Público e, mesmo no magistério do Direito, sempre me preocupei com o excesso de formalismo que sobrecarrega determinados processos e que impõe uma linguagem rebuscada e enigmática em peças processuais, textos e livros acadêmicos. Na verdade, existe uma interligação dessas formas rebuscadas que contaminam a atuação do Direito nas suas diversas áreas. Quando falo em “atuação” estou me referindo obviamente aos

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RJ.

advogados, aos professores e aos que optaram por seguir carreiras jurídicas. E não podemos deixar de fora, nessa relação, os legisladores que têm a responsabilidade de elaborar leis que, democraticamente falando, deveriam primar pela clareza e pela facilidade de compreensão por parte dos cidadãos.

A legislação eleitoral, por exemplo, se constitui num emaranhado de leis infraconstitucionais que acabam ensejando a expedição de inúmeras resoluções emanadas do Poder Judiciário, formando-se um labirinto legislativo que propicia, em muitos casos, a impossibilidade de se alcançar uma decisão justa. As exegeses jurisprudenciais se tornam obrigatórias para que as peças do quebra-cabeça se encaixem e se tenha, ao final de determinado procedimento, uma conclusão. O que o eleitor (mesmo os mais letrados) sabe sobre as ações que podem ser movidas contra o candidato corrupto ou que, na corrida eleitoral, esteja cometendo abuso do poder econômico ou do poder político? E pensar que a “soberania popular” deveria ser o pressuposto fundamental do Direito Eleitoral... A representação política dela derivada deveria primar por uma “atuação” compatível com as expectativas do povo e que se traduzisse em normas palatáveis e compreensíveis para a maioria dos cidadãos.

O que me vem à mente é a existência de um monopólio do conhecimento jurídico, concentrado na elite da sociedade e que, à população, em geral, ficam reservadas “informações jurídicas” de cunho mais impactantes, como sói acontecer na esfera penal, por exemplo. E graças à mídia, os cidadãos mais pobres – que no nosso país atinge um número alarmante – tomam conhecimento de que podem recorrer à Justiça para garantia de direitos fundamentais, como, *v.g.*, o direito à saúde, ensejando a instauração de milhares de processos na busca desesperada de tratamento médico ou de fornecimento de medicamentos.

Quando ousou perquirir, filosoficamente, o que estaria na base de todo esse faz de conta, chego ao binômio *hipocrisia- vaidade* ou *vaidade-hipocrisia*. Não sei, sinceramente, o que vem em primeiro lugar. Penso que a vaidade é a vestimenta preferida da hipocrisia. O hipócrita vive em permanente encenação, escondido por detrás de uma máscara que encobre, figurativamente falando, todo o conteúdo de sua verdadeira personalidade. A utilização da *persona* permite-lhe representar papéis dos mais variados tipos e, na maioria quase absoluta das vezes, visa a obter, além da fama, um considerável aumento nos seus ganhos financeiros. Não se pode confundir o papel do ator ou da atriz que, de forma consciente, trabalha o seu *ego* para representar uma personagem ficcional, sem deixar que a hipocrisia sirva de conteúdo para a performance desejada:

A arte do ator é a arte de enganar; a arte é um engano. Ser capaz de enganar é o grande feito, e permitir-se ser enganado é tão grande quanto. Portanto, não se deve poder e não se deve querer ver o ator por detrás de sua fantasia; portanto, é o ápice da arte quando o ator torna-se um com o que ele representa, porque este é o ápice do engano.
(Soren Kierkegaard)

Fato é que a arte da hipocrisia é uma maneira de agir tão incorporada à sociedade que o Professor Gustavo Bezerra do N. Costa publicou um excelente livro intitulado *Hipocrisia como criação de si. Arte do engano. Arte do ator*. (Campinas, SP: Editora Phi, 2016) Recorrendo a Nietzsche, ele assinala que “Na hipótese genealógica delineada em *O andarilho e sua sombra*, a vaidade mostra-se como mais forte meio de proteção e preponderância *do indivíduo* em face de outros:

A vaidade como a grande utilidade – Originalmente o indivíduo forte trata não só a natureza, mas também a sociedade e os indivíduos mais fracos como terrenos de uso intensivo: ele os explora ao máximo e depois segue adiante [...]. Sua manifestação de poder é também expressão de vingança contra seu estado de dor e de angústia: ele quer ser tido por mais poderoso do que é, e por isso abusa das ocasiões: o acréscimo de medo que ele produz, é o seu acréscimo de poder. Logo ele percebe o que o sustenta ou o derruba: não aquilo que é, mas aquilo que é *tido* – eis a origem da *vaidade*. O poderoso busca, com todos os meios, aumentar a *crença* no seu poder. – Os assujeitados, que o servem e tremem diante dele, também sabem que valem exatamente aquilo pelo que *são tidos* por ele: de modo que trabalham em vista dessa apreciação, e não de sua própria satisfação. Conhecemos a vaidade apenas em suas formas atenuadas [...]: originalmente ela é a grande utilidade, o mais forte meio de conservação. E a vaidade será tanto maior quanto mais sagaz for o indivíduo: pois o aumento da crença no poder é mais fácil que o aumento do poder, mas apenas para aquele que tem espírito – ou, como deve ser em condições primitivas, que é *astuto e dissimulado*. (WS/AS § 181)

2. O excesso de formalismo na área cível e suas repercussões

O excesso de formalismo se materializa com a dissertação supérflua, as citações deslocadas (muitas vezes em língua estrangeira) e os malabarismos vocabulares sem sentido. O processo se transforma, paulatinamente, num calhamaço de difícil e cansativa leitura, emperrando a máquina judicial e ferindo, de forma acintosa, o *princípio da celeridade processual*. A vaidade concretizada em páginas de linguagem rebuscada serve, num número razoável de casos, de roupagem à tão decantada chicana processual, tornando-se o instrumento de manobras ardilosas do “grande causídico” na defesa de seu cliente endinheirado.

Não se pode negar a presença da estética no Direito. A petição escorregada, com dizeres incisivos e citações latinas, recheada de jurisprudência recente e retocada com doutrina atualizada, impressiona e é válida. Isso se aplica também ao parecer do *Parquet* e às decisões judiciais. O excesso de formalismo se materializa quando páginas

e páginas são escritas como se cada uma delas representasse um quadro a óleo que merecesse contemplação e admiração. O processo se transforma em pinacoteca; infelizmente, de quadros falsos... A preocupação se volta para a forma; o conteúdo passa ao segundo plano porque efetivamente inexistente. Nesse “jogo estético” corre-se o risco de repetir o direito feudal... FOUCAULT descreve o sistema de provas vigente na Borgonha do século XI:

Havia em segundo lugar provas de tipo verbal. Quando um indivíduo era acusado de alguma coisa – roubo ou assassinato – devia responder a esta acusação com um certo número de fórmulas, garantindo que não havia cometido assassinato ou roubo. Ao pronunciar estas fórmulas podia-se fracassar ou ter sucesso. Em alguns casos pronunciava-se a fórmula e perdia-se. Não por haver dito uma inverdade ou por se provar que havia mentido, mas por não ter pronunciado a fórmula como devia. Um erro de gramática, uma troca de palavras invalidava a fórmula e não a verdade do que se pretendia provar. A confirmação de que ao nível da prova só se tratava de um jogo verbal, é que, no caso de um menor, de uma mulher ou de um padre, o acusado podia ser substituído por outra pessoa. Essa outra pessoa, que mais tarde se tornaria na história do direito o advogado, era quem devia pronunciar as fórmulas no lugar do acusado. Se ele se enganava ao pronunciá-las, aquele em nome de quem falava perdia o processo.¹

O processo civil é o terreno fértil para as manifestações narcísicas. Até porque o nosso Código de Processo Civil, se mal utilizado, pode levar o vaidoso ao clímax do formalismo. Quanto mais complicada a questão, quanto mais dinheiro estiver em disputa, maior número de páginas terá o feito. Abundam as citações, as digressões, as explicações, as interpretações, as empolações. Qualquer decisão merece um agravo ou os famosos embargos de declaração. E o parecer encomendado a um grande jurista? Como diz Roberto Lyra Filho no seu grandioso livrinho “O que é Direito:” *Catar frases é um passatempo de quem só faz negócio com assinatura de avalista e vive procurando uma firma célebre e desprevenida para as suas promissórias. Um pensamento, uma filosofia é um organismo em movimento, uma resposta intelectual aos estímulos duma práxis e cada noção, conceito, proposição têm de ser não pinçados, mas inseridos no movimento da obra.*² Fato é que a decisão final parece inalcançável. Sofre aquele que possui o bom direito porque num determinado momento, cansado da espera e sem entender as explicações de seu advogado, numa atitude de defesa psicológica, começa a achar que não tem razão... O bom direito se perdeu no labirinto processual...

¹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Departamento de Letras da PUC/RJ. 1991, p. 46.

² FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito*. Editora Brasiliense, 1982, p. 111.

E por detrás desse binômio hipocrisia-vaidade se esconde a astúcia do chamado “bom advogado.” Se o direito não beneficia seu cliente o melhor é encher o processo de páginas. Ele joga com o tempo de leitura e de contestação da parte contrária. Conta com o cansaço de um juiz assoberbado de trabalho que levará horas para digerir aquele emaranhado de postulações. E esse cansaço pode dar início aos célebres despachos procrastinatórios como o “diga o autor,” “fale o réu sobre os documentos,” “diga o MP” etc. E o MP, também assoberbado, pode dar início a requerimentos de diligências, também protelatórias... Pode ser que o juiz ou o membro do *Parquet*, agravando ainda mais o quadro dilatatório, resolvam entrar no jogo da vaidade elaborando decisões e pareceres do tamanho de monografias, consumindo dias para trazê-los à vida e deixando atrasar outros feitos “menos importantes.” TOURINHO FILHO, ao analisar os requisitos da sentença, faz a seguinte colocação: “*Não se esqueçam os Juízes que a sentença é ato de autoridade e não dissertação de concurso, adverte Manzini, e, por isso mesmo, devem os Magistrados evitar as disquisições teóricas, rebuscadas, de citações inoportunas e discussões mais ou menos acadêmicas.*” (Tratado, cit., v. 4, p. 493)³ Trágico é quando essas autoridades encampam a hipocrisia e se tornam coautoras da injustiça.

A ética profissional é, assim, posta de lado. O importante é “vencer.” Jean-Marie Guéhenno, no seu ensaio “O Fim da Democracia,” afirma que na sociedade capitalista, *A profissionalização dos interesses dilui a política numa multiplicidade de oposições particulares.*⁴ E *O dever do advogado é sempre o de obter, em qualquer contrato, o máximo. A outra parte não entenderia se fosse diferente, e em alguns casos, o juiz poderia chegar a acusar de conluio e concorrência restrita qualquer empresa que não tenha forçado a obtenção de todos os seus direitos.*⁵

3. O excesso de formalismo na área penal e suas repercussões

Interessante notar que esse “jogo estético” é discriminatório e antidemocrático, concentrando-se, especialmente, nos processos que envolvem partes de poder aquisitivo alto. Tanto assim que em sede penal, onde a clientela predominante se constitui de pobres, predomina a concisão, a laconicidade e o desenfeite. E o processo se torna rápido e contundente. A vaidade está presente, mas de molde a não atrapalhar o desenrolar do feito: ela é apenas cerimonial. Quando promotor criminal arrisquei o seguinte verso:

O julgamento começou...
Não é o final,
aquele da Bíblia.
É o aniquilamento paulatino

³ TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, 4º vol., Editora Saraiva, 1990, p. 181.

⁴ GUÉHENNO, Jean-Marie. *O Fim da Democracia*. Editora Bertrand Brasil S.A., 1994, p. 35.

⁵ *Ibidem*, p. 36.

de um desvalido.
Observem a pose do juiz, do promotor,
do advogado de defesa.
Que cenário bonito o recinto ostenta!
Bem acima do juiz pende um crucifixo,
aflito,
representando a grande contradição da
chamada Justiça.
O réu é um ladrão desconhecido,
que aguarda mais um veredicto.
Ele se “humilha” porque acredita,
na boa vontade do magistrado.
A humilhação é apenas aparente
porque do crime,
não se penitencia.
Toda aquela encenação não faz sentido.
Dos atores daquela peça,
o papel autêntico é o do ladrão.
Ele está sendo o que efetivamente pode ser.
Não teve opção porque sua “escolha” foi dirigida.
Ele aguarda a sentença
que significa simplesmente,
um atestado de permanência,
naquela existência...
imposta, pré-fabricada,
pelo sistema.
O Código Penal é a Bíblia
que ele conhece e respeita,
porque o define como “gente”.
Juiz, Promotor, Advogado de Defesa,
cuidado com o Sistema!

E o cuidado principal que o magistrado deve ter é o de não se transformar naquele “juiz asséptico” de que fala Zaffaroni e que a magistrada Maria Lucia Karan muito bem conceituou: *o juiz técnico, neutro, que decide de forma supostamente*

*imparcial e, portanto, reproduz a desigualdade inerente ao direito da sociedade capitalista, sendo, conseqüentemente, também um primeiro passo no sentido da produção de uma jurisprudência comprometida com os interesses das classes capazes de construir a nova sociedade e com a perspectiva de realização dos direitos humanos.*⁶

Quando o criminoso é do colarinho branco, a realidade processual se transforma; corrupção, tráfico de influência e interesses políticos podem se fundir numa fórmula explosiva. Na fase investigatória, o sonho dourado de advogados inescrupulosos é que a polícia se transforme na filial de seus próprios escritórios, produzindo as “testemunhas de viveiro” e as perícias de encomenda. É preciso afastar os policiais honestos e combater o poder investigatório e fiscalizatório do Ministério Público, distorcendo a própria Constituição Federal, para que a defesa criminosa não seja surpreendida com a descoberta da verdade. Na fase processual, propriamente dita, entram em cena as nulidades dando ensejo às preliminares de mérito. Os *habeas corpus* são impetrados no afã de se conseguir a liberdade provisória do “bacana injustiçado”; ou mesmo o trancamento da ação penal por ausência de “justa causa”. E a punição que a sociedade espera vai se distanciando e, ao fim e ao cabo, assoma como inexistente. Quantas decisões judiciais justas são posteriormente declaradas nulas por tribunais superiores com base em argumentos formais totalmente infundados? E quem são os réus beneficiados? A vaidade mascara a hipocrisia. NIETZSCHE, em “Assim Falou Zaratustra”, escreveu:

E esta hipocrisia foi a pior que encontrei entre eles: que também aqueles que mandam fingem as virtudes daqueles que servem.

“Eu sirvo, tu serves, nós servimos” – assim reza também, aqui, a hipocrisia dos dominantes – e aí quando o primeiro senhor é somente o primeiro servidor!

Historicamente, a hipocrisia contribuiu também, de maneira dissimulada, no surgimento de institutos e, mesmo, de personagens da Justiça que permanecem até os dias de hoje. Foucault nos apresenta uma síntese bastante clara acerca do que acabamos de colocar:

Uma noção absolutamente nova aparece: a infração. Enquanto o drama judiciário se desenrolava entre dois indivíduos, vítima e acusado, tratava-se apenas de dano que um indivíduo causava a outro. A questão era a de saber se houve dano, quem tinha razão. A partir do momento em que o soberano ou seu representante, o procurador, dizem “Também fui lesado pelo dano,” isto significa que o dano não é somente uma ofensa de um indivíduo a outro, mas também uma ofensa de um

⁶ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Editora Luam, 1991, p. 111.

indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado; um ataque não ao indivíduo, mas à própria lei do Estado. Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano. A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval. Vemos assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação interindividual dos litígios da Alta Idade Média. (op. cit. páginas 68/69)

4. Um caso verídico que desconstrói o binômio hipocrisia- vaidade

Eu era um jovem Promotor de Justiça atuando em uma Vara Criminal da cidade do Rio de Janeiro. De acordo com a lei de tóxicos então vigente, a pena aplicada ao usuário de drogas podia chegar a 2 (dois) anos de detenção. A sala de audiência estava lotada. Era dia de julgamentos e, um deles, tinha como réu um rapaz de 18 anos, preso em flagrante, próximo a uma boca de fumo situada num subúrbio carioca, quando acabara de adquirir uma “trouxinha de maconha”. Não fui o autor da denúncia; tampouco o juiz era o mesmo que a recebera. Quando o réu adentrou a sala, devidamente escoltado e algemado, a sua aparência de menino gerou uma perplexidade geral compartilhada, também, por mim e pelo magistrado. O defensor público estava presente e tomava conhecimento do processo naquela oportunidade. As duas testemunhas policiais foram ouvidas e confirmaram que o réu havia sido preso portando a “trouxinha de maconha”. No interrogatório, já realizado anteriormente noutra audiência e por outro juiz, o “menino” confessara o fato dizendo, em resumo, que saíra de sua cidade natal, no interior do Estado, para tentar a vida na capital. E teve a curiosidade de experimentar um “baseado”. Após a oitava das testemunhas, o juiz olhou para mim e, num cochicho, me perguntou: “Você vai sustentar a denúncia?” E eu respondi que com as provas colhidas, ficava difícil partir para um pedido de absolvição. No entanto, me veio à mente uma sugestão – prevista na lei processual – que passei ao magistrado: por que não interrogar novamente o réu e criar uma aparente contradição com base numa mentira? Com isso, traríamos à lume o brocardo *in dubio pro reo!* Restava falar com o defensor para que orientasse o réu nesse novo interrogatório. E isso foi feito como num filme norte-americano. O juiz pediu que ele se aproximasse da mesa e o enredo foi combinado. O magistrado suspendeu a audiência e pediu aos policiais que conduzissem o acusado até a sala da Defensoria, onde ele teria a oportunidade de ser ouvido e orientado pelo representante da defesa. Cerca de quinze minutos se passaram até que os personagens retornassem às suas posições iniciais. O juiz, de forma solene, procedeu ao novo interrogatório, que surpreendeu a todos os presentes naquela sala de audiência. Desconstruindo o *script* da peça recém montada e, consequentemente, pondo fim à hipocrisia, o rapaz apontou para o defensor e bradou: “aquele senhor que está sentado ali mandou que

eu mentisse para o juiz e o promotor!” Claro que não me lembro exatamente a ordem em que as palavras foram proferidas. O defensor ficou pálido... O juiz ainda insistiu, mas o réu confirmou integralmente o que já dissera no interrogatório anterior e não desautorizou as declarações prestadas pelos policiais. Até hoje, quando me lembro dessa história, o sentimento que aflora é o mesmo: perplexidade e incredulidade. Para terminar essa breve narrativa, o juiz resolveu abrir os debates e eu simplesmente enalteci a pessoa do réu, a sua honestidade e o que seria deixar aquele jovem, ainda em formação, por mais tempo numa prisão do Estado ou mesmo sob obrigações impostas por eventual concessão de *sursis*. E foi prolatada, em seguida, o decreto absolutório. Creio que foi feita a verdadeira Justiça.

Como bem salientado por Gustavo Bezerra do N. Costa, quase que repetindo o discurso de Zaratustra acerca dos “seres pequenos”:

Mas há muita impostura nos seres pequenos. Há alguns deles que querem, mas a maioria é apenas meio do querer de outrem. Alguns são autênticos, mas a maioria é de maus atores. Há, entre eles, atores sem saber e atores sem querer – os homens autênticos são cada vez mais raros, especialmente os atores autênticos. (Z, “Da virtude amesquinhadora” § 2) (*op. cit.* p. 298)

5. Conclusão: A obrigação ética de nos livrarmos das máscaras

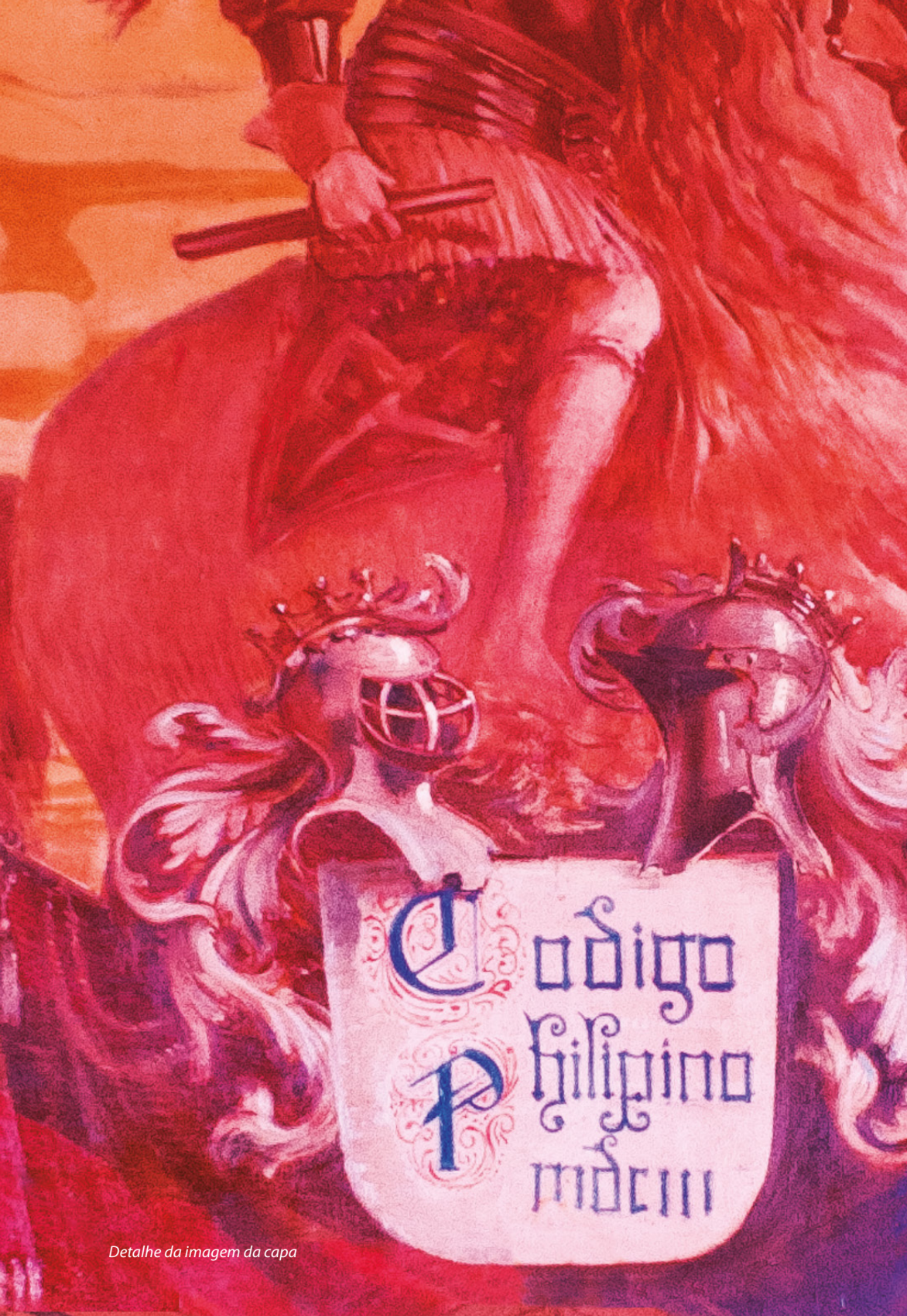
No prefácio da obra “Hipocrisia como criação de si”, o professor Miguel Angel de Barrenechea, começa o primeiro parágrafo do seu texto, com a seguinte afirmação que Nietzsche faz de si mesmo: “*Eu sou o mais mascarado dos mascarados*”.

Penso que o título que atribuí à conclusão deste breve artigo já diz, ao meu sentir, o que todo profissional do Direito deve fazer para que não adote, na sua prática jurídica, o malfadado binômio hipocrisia-vaidade. Consciência é a primeira resposta. E dela decorre a *obrigação ética* de se deixar sempre à mostra o *rosto* autêntico; o *rosto* como arquétipo da filosofia de Levinas.

Comecei este texto citando o Eclesiastes e o encerro com excerto do poema *Tabacaria* de Fernando Pessoa, poeta maior de nossa língua e um grande incentivador de reflexões:

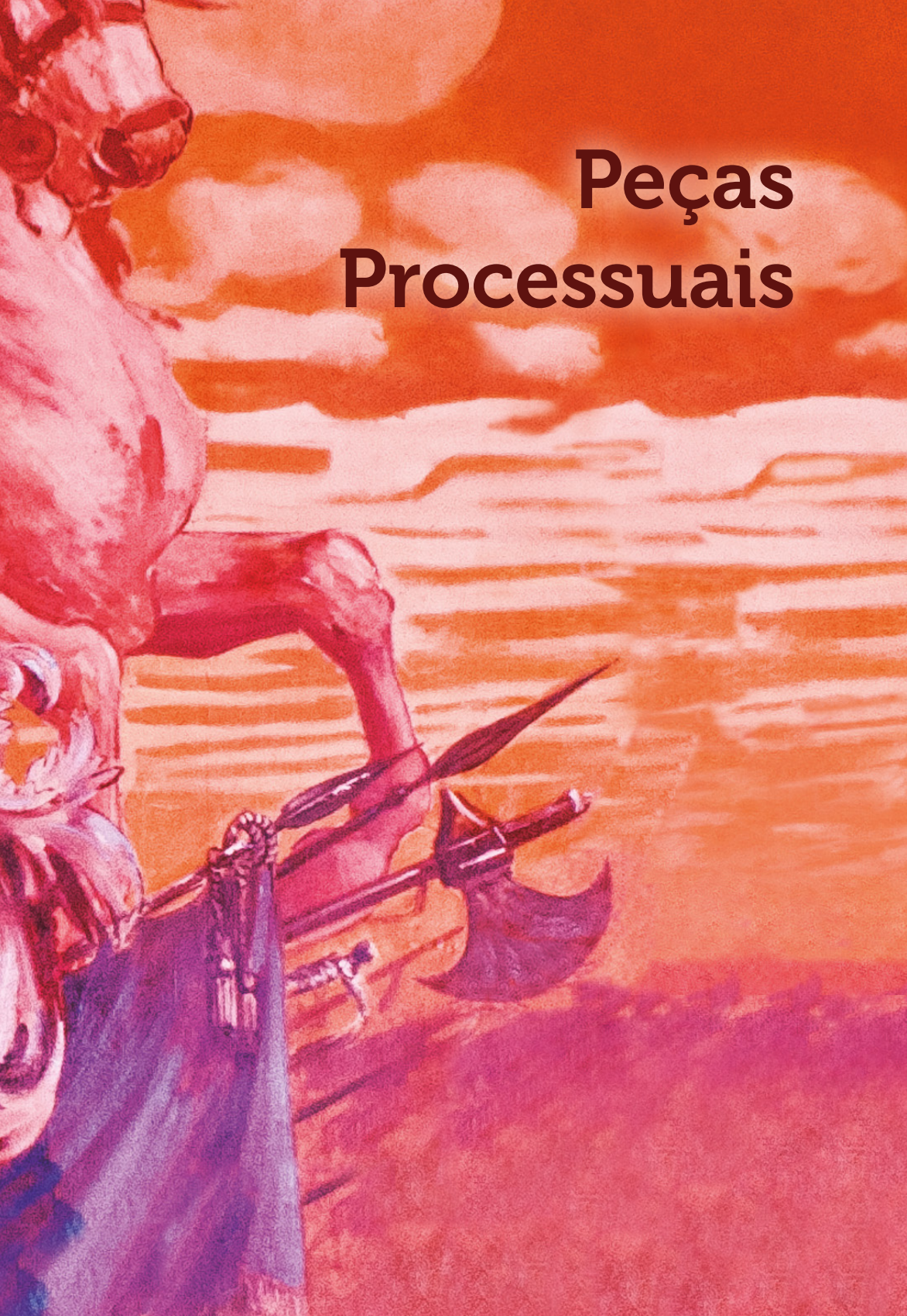
*Fiz de mim o que não soube,
E o que podia fazer de mim não o fiz.
O dominó que vesti era errado.
Conheceram-me logo por quem não era e não desmenti, e perdi-me.
Quando quis tirar a máscara,
Estava pegada à cara.*

*Quando a tirei e me vi no espelho,
Já tinha envelhecido.
Estava bêbado, já não sabia vestir o dominó que não tinha tirado.
Deitei fora a máscara e dormi no vestiário
Como um cão tolerado pela gerência
Por ser inofensivo
E vou escrever esta história para provar que sou sublime.*



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Peças

• • •

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Grupo de Atuação Especializada em Educação – GAEDUC
MPRJ nº 2018.00293473
Ref.: IC nº 036/18

EXMO. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA COMARCA DE ANGRA DOS REIS/RJ

Ref.: IC nº 036/18 (MPRJ nº 2018.00293473)

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através do Grupo de Atuação Especializada em Educação, situado na Av. Marechal Câmara 350, 6º andar, Centro da Cidade do Rio de Janeiro, vem, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 129, III, da Constituição da República, art. 34, VI, da Lei Complementar Estadual n. 106/03 e no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92, ajuizar a presente:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

em face do MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS, pessoa jurídica de direito público interno, CNPJ/MF 29.172.467/0001-09, com endereço na Praça Nilo Peçanha, Centro, Angra dos Reis, CEP nº 23.900-010.

I) DOS FATOS

Em novembro de 2018, a 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva – Núcleo Angra dos Reis recebeu, por declínio de atribuição, Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público Federal.

No âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), o Inquérito Civil recebeu nova numeração (MPRJ nº 2018.00293473, IC nº 36/2018).

A representação encaminhada traz no seu bojo informações sobre irregularidades cometidas na utilização dos recursos públicos vinculados da quota-parte do Salário-Educação do Município de Angra dos Reis (período 2013/2016).

As investigações tiveram início por meio do Parecer do Controle Interno nº 017/2017,¹ em que foram apontadas “inconsistências contábeis e financeiras” no valor de R\$ 20.908.935,14 (vinte milhões e novecentos e oito mil e novecentos e trinta e cinco reais e quatorze centavos) na conta destinada ao recebimento do Salário-Educação.

Deve ser mencionado que o Parecer supramencionado não está datado. Todavia, o ofício de encaminhamento das conclusões, expedido pela Secretaria Municipal de Educação, Ciência e Tecnologia para outros órgãos (entre eles a Controladoria-Geral do Município), data de 25 de abril de 2017.

Instada oficialmente pela Secretaria Municipal de Educação, a Controladoria-Geral do Município, após análise dos dados contábeis e financeiros, confirmou diversas irregularidades na movimentação dos recursos públicos vinculados do Salário-Educação, conforme se extrai do Relatório de Auditoria² encaminhado.

De forma sintética, o Município de Angra dos Reis relatou os seguintes achados:

- a) Valor a restituir para conta do Salário-Educação – R\$ 18.255.967,46 (dezoito milhões e duzentos e cinquenta e cinco mil e novecentos e sessenta e sete reais e quarenta e seis centavos);
- b) Movimentação de recursos financeiros entre a conta Salário-Educação e outras contas do Poder Executivo comprometendo, assim, a segregação e o controle dos recursos para garantia do financiamento da política pública educacional, possibilitando sua aplicação ilegal.

Resta evidente, pelos documentos contidos no procedimento investigativo, que as transferências para a conta do Tesouro Municipal foram a causa principal de um débito de mais de dezoito (18) milhões de reais na conta Salário-Educação e que devem ser ressarcidos pelo Município de Angra dos Reis para a conta do Salário-Educação. *Tal valor é incontroverso.*

Atualmente, conforme é possível extrair dos documentos de fls. 37 e seguinte, a conta bancária existente para recebimento dos valores do Salário-Educação tem como titularidade a Prefeitura Municipal de Angra dos Reis e não a Secretaria Municipal de Educação.

Cliente - Conta atual	
Agência	460-X
Conta corrente	28047-X PM ANGRA DOS REIS-QSE
Período do extrato	01 / 2014
Lançamentos	
	Documento Valor R\$ Saldo

¹ Fls. 24/26, IC nº 036/18 – (fls. 40/42, doc. eletrônico).

² Fls. 02/17, IC nº 036/18 – (fls. 10/33, doc. eletrônico).

Ressalte-se que a abertura e manutenção da conta bancária com titularidade diversa da Secretaria Municipal de Educação contraria o art. 9º do Decreto nº 6.003/2006.

No entanto, os achados identificados pelo relatório da Controladoria-Geral do Município somente trazem ao lume os efeitos deletérios da gestão dos recursos públicos vinculados à Educação. Senão vejamos.

É possível depreender do Relatório de Auditoria que os valores depositados na conta do Salário-Educação serviam como uma espécie de “cheque especial” para o Município. Toda vez que o ente federativo percebia que não conseguiria fazer frente às despesas, num determinado período de tempo, eram utilizados os recursos do Salário-Educação.

Numa manobra contábil e financeira, os recursos do Salário-Educação eram transferidos para outras contas e, posteriormente, eram ressarcidos na medida em que recursos outros fossem ingressando na Conta Única do Tesouro.

Veja, Exa., que as irregularidades somente vieram à tona quando o Município de Angra dos Reis não logrou ressarcir os valores “emprestados” da conta Salário-Educação. Diante da impossibilidade de reposição dos recursos indevidamente transferidos, ao longo do tempo, o montante devido somente foi crescendo.

Destaque-se que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ) não promove qualquer tipo de análise e controle destes valores nas Prestações de Contas Anuais que os chefes do Poder Executivo são obrigados a prestar, de modo que a ausência de controle pela Corte de Contas contribui para a gestão ilegal dos recursos.

Portanto, o cenário em questão era propício e permitiu que o artifício fosse utilizado por longa data, com a realização das mencionadas transferências entre contas ante a completa ausência de fiscalização.

Neste ponto, entende o Ministério Público que a prática de transferência de recursos vinculados da Educação para outras contas é medida vedada, *uma vez que é antecedente lógico da própria garantia da vinculação e da vedação do desvio de finalidade na utilização dos recursos públicos vinculados, conforme disposto no art. 8º, parágrafo único da LC nº 101/2000.*³

Resta claro que a transferência dos recursos vinculados da conta específica do Salário-Educação para outras contas do Tesouro municipal tem por objetivo permitir sua aplicação em outras despesas que não aquelas relacionadas à educação.

Acrescente-se que Secretaria de Educação, em razão da manobra realizada, permaneceu por longo período sem disponibilidade financeira dos recursos do

³ Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a Lei de Diretrizes Orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso. (Vide Decreto nº 4.959, de 2004) (Vide Decreto nº 5.356, de 2005)

Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Salário-Educação para fins de aplicação em ações de manutenção e desenvolvimento do Ensino (MDE).

De acordo com o relatório da Controladoria-Geral do Município, os valores recebidos anualmente não eram integralmente aplicados pelo ente federativo, conforme se extrai da tabela a seguir:

Movimentação Orçamentária dos Recursos do SALÁRIO EDUCAÇÃO				
Exercício	Orçado Final	Empenhado	Liquidado	Pago
2013	14.263.895,24	7.291.846,94	5.629.193,02	5.603.570,77
2014	26.913.529,62	8.413.212,05	5.888.482,12	5.173.825,42
2015	16.667.000,00	9.361.226,36	7.316.098,61	7.017.652,19
2016	14.647.000,00	11.828.570,26	10.397.686,80	10.332.148,25
TOTAL		36.894.855,61	29.231.460,55	28.127.196,63

Se compararmos com a receita recebida, vamos ter o seguinte:

Movimentação Orçamentária dos Recursos do SALÁRIO EDUCAÇÃO Comparada com a Receita Recebida				
Exercício	Receita Total*	Empenhado	Liquidado	Pago
2013	9.792.946,89	7.291.846,94	5.629.193,02	5.603.570,77
2014	11.492.050,09	8.413.212,05	5.888.482,12	5.173.825,42
2015	13.089.347,81	9.361.226,36	7.316.098,61	7.017.652,19
2016	12.135.931,24	11.828.570,26	10.397.686,80	10.332.148,25
TOTAL	46.510.276,03	36.894.855,61	29.231.460,55	28.127.196,63

*Receita total: Transferência recebida do FNDE somada ao juros de aplicação financeira

Os valores residuais não destinados à política pública educacional seriam aqueles transferidos para outras contas bancárias do município.

Ultrapassada a questão relacionada ao recebimento dos valores à título de Salário-Educação, destaca-se a tentativa da Controladoria-Geral do Município em rastrear os caminhos percorridos pelo recurso dentro de cada exercício financeiro.

No ano de 2013, foi possível identificar a transferência de R\$ 7.480.000,00 (sete milhões e quatrocentos e oitenta mil reais) entre os meses de agosto/outubro de 2013 para outras contas do Município (Conta Movimento e Conta ICMS).

Em dezembro de 2013, valor equivalente ao transferido ilegalmente foi creditado novamente na conta do Salário-Educação.

Veja que a justificativa encontrada nos extratos para a realização da movimentação financeira seria o pagamento de fornecedores e TED.

Acrescente-se que o Município de Angra do Reis não possui qualquer informação contábil sobre a utilização dos recursos durante o período em que foi transferido, haja vista que tal movimentação *sequer foi registrada pela Secretaria de Finanças (SFI)*.

Analisando este único fato já é possível perceber que o Município de Angra dos Reis não realizava a correta segregação e não possuía (ou não possui) qualquer tipo de controle quanto à destinação dos recursos vinculados da Educação.

A situação dá causa a uma série de violações, pois uma vez que os recursos são transferidos para outra conta corrente (conta movimento), fato este aliado à falta de registros contábeis, perde-se a possibilidade de identificação e rastreo dos recursos e o controle de sua aplicação.

É provável que os recursos tenham sido utilizados para fins contrários à legislação. Aliás, essa é a presunção *juris tantum* que se faz. A transferência para outras contas e a reunião com recursos outros, entretanto, inviabiliza a verificação das despesas efetivamente pagas com os recursos provenientes da conta Salário-Educação. Esse, em verdade, era o intuito do gestor público.

Proseguindo na análise, a Controladoria-Geral do Município identificou no ano de 2014 algumas ilegalidades contundentes no uso do Salário-Educação.

No período de 2014 houve movimentação financeira no patamar de R\$ 16.888.000,00 (dezesseis milhões e oitocentos e oitenta e oito mil reais), sendo que somente foi restituída a quantia de R\$ 2.148.000,00 (dois milhões e cento e quarenta e oito mil reais).

Se a movimentação financeira por si só já não bastasse para determinar a conduta como sendo ilegal, *restaram ainda a restituir a quantia de R\$ 14.740.000,00 (catorze milhões e setecentos e quarenta mil reais)*. Portanto, houve uma transferência ilegal com a consequente geração de débito também ilegal.

Destaque-se que as transferências se dão ao arrepio das necessidades da política pública educacional, além de se destinarem, mais uma vez, a despesas para as quais estaria vedado o uso dos recursos do Salário-Educação.

No ano de 2014, os recursos do Salário-Educação *alimentaram cinco (05) contas bancárias* em diferentes instituições financeiras.⁴

O dinheiro fora utilizado de forma *ILEGAL* para o pagamento de parte da folha de servidores municipais, complementação de empréstimos consignado na Caixa Econômica Federal, Fundação Municipal de Saúde e outros.

Conforme o mesmo relatório, os recursos do SALÁRIO-EDUCAÇÃO foram utilizados na *complementação* do pagamento de folha de pagamento dos servidores municipais, contribuição previdenciária, repasse financeiro ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto, Secretaria Especial de Defesa Civil e Trânsito e Fundação de Saúde de Angra

⁴ Fls. 11.

dos Reis e complemento de pagamento de empréstimo consignado na Caixa Economia Federal.⁵

A transferência da quantia de R\$ 9.600.000,00 (nove milhões e seiscentos mil reais) logo no início do ano de 2014 coincide com o período em que o ente federativo realiza despesas com pagamento do funcionalismo público e, portanto, reforça a informação e o uso ilegal dos recursos para fins do custeio de despesa absolutamente vedada pela legislação que rege o Salário-Educação.

Já no ano de 2015, a manutenção da prática perniciosa de transferência de valores ocasionou um desfalque na conta do Salário-Educação de R\$ 3.316.840,00 (três milhões e trezentos e dezesseis mil e oitocentos e quarenta reais), haja vista que houvera a transferência de R\$ 4.950.000,00 (quatro milhões e novecentos e cinquenta mil reais) e foi restituído à conta específica o valor de R\$ 1.633.160,00 (um milhão e seiscentos e trinta e três mil e cento e sessenta reais).

Mais uma vez, os valores foram transferidos para três (03) contas bancárias, sendo que uma delas pertencente ao Fundo Municipal de Assistência Social. Não existe justificativa legal para que os valores do Salário-Educação sejam encaminhados para o mencionado Fundo, haja vista que a razão de ser deste último é custear única e exclusivamente gastos com a assistência social do Município de Angra dos Reis.⁶

Também houve complementação da folha de pagamento dos servidores municipais com o dinheiro oriundo do Salário-Educação, além de gasto com procedimento cirúrgico que deveria ser custeado com recursos da Saúde.⁷

Por último, no ano de 2016, os valores transferidos atingiram a marca de R\$ 5.770.000,00 (cinco milhões e setecentos e setenta mil reais) e fora devolvida a quantia de R\$ 5.788.000,00 (cinco milhões e setecentos e oitenta e oito mil reais).

A restituição dos valores à conta específica, ainda que em valor maior (R\$ 18.000,00), é incapaz de sanar a ilegalidade praticada.

O perfil de algumas das despesas custeadas com os recursos vinculados, identificadas pela Auditoria, não guarda correlação com os fins permitidos pela legislação vigente. Foram identificados gastos com a folha de pagamento de servidores municipais, pagamento de empréstimos consignados contratados pelos servidores municipais, precatórios e repasses para o Fundo Municipal de Saúde.

⁵ Fls. 11/11v.

⁶ Fl.11v.

⁷ Fl.11v.

2013

Essas transferências da conta-corrente, no total de R\$ 7.480.000,00, (sete milhões e quatrocentos e oitenta mil reais) são identificadas no extrato apenas como PAGAMENTO A FORNECEDORES e TED (transferência eletrônica disponível).

No sistema informatizado, o histórico dessa movimentação descreve que esses recursos foram transferidos para outras contas da Prefeitura, a primeira do Banco do Brasil Movimento (c/c nº 73.200-1) e os dois últimos para a conta Bradesco

(...)

Isso nos leva a concluir que recursos do SALÁRIO EDUCAÇÃO foram “transferidos” da conta-corrente e depois restituídos antes do término do exercício.

Não foi possível saber qual foi a utilização dada aos recursos que temporariamente foram transferidos da conta-corrente. O relatório apresentado pela SFI não inclui a movimentação ocorrida no exercício de 2013.

2014

EDUCAÇÃO foram utilizados na complementação do pagamento de folha de pagamento dos servidores municipais, contribuição previdenciária, repasse financeiro ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto, Secretaria Especial de Defesa Civil e Trânsito e Fundação de Saúde de Angra dos Reis e complemento de pagamento de empréstimo consignado na Caixa Econômica Federal.

2015

Identifica-se também diversos depósitos, que totalizam R\$1.633.160,00 (um milhão, seiscentos e trinta e três mil e cento e sessenta reais), que objetivaram restituir parte dos valores transferidos naquele ano.

Os recursos debitados foram transferidos para as c/c nº 88100-7 e 37667-1 do Banco Bradesco, ambas da Prefeitura Municipal, e conta nº 73346-6 do Banco do Brasil, pertencente ao Fundo Municipal de Assistência Social.

Conforme relatório da Secretaria Municipal de Finanças, esses recursos foram utilizados para complementar pagamento de folha de pagamento dos servidores municipais e de contribuição previdenciária, repasse financeiro ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto, a Fundação de Saúde de Angra dos Reis e ao Fundo Municipal de Assistência Social.

Ademais, deve ser consignado que a movimentação dos recursos entre contas e a omissão do gestor público na realização de despesas oriundas do Salário-Educação, de modo a atender a sua finalidade precípua (manutenção e desenvolvimento do Ensino da Educação Básica), por si só, são condutas ilegais e ímprobas.

O quadro descrito pelo Controle Interno, e corroborados posteriormente pela Controladoria- Geral do Município, evidencia um descontrole no uso dos recursos do Salário-Educação.

É fato que a atual gestão atuou com agilidade para apurar as irregularidades ocorridas na gestão pretérita. Todavia, a mesma agilidade não foi observada por parte do ente federativo quanto à recomposição dos valores para fins de aplicação na Educação.

Exercício	Total Transferido	Total Devolvido	Saldo
2013	7.480.000,00	7.480.000,00	0,00
2014	16.888.000,00	2.148.000,00	-14.740.000,00
2015	4.950.000,00	1.633.160,00	-3.316.840,00
2016	5.770.000,00	5.788.000,00	18.000,00
TOTAL	35.088.000,00	17.049.160,00	-18.038.840,00

Cabe mencionar, nesse sentido, o fato de que o Município de Angra dos Reis está ciente da situação desde outubro de 2017 e até a presente data não verteu nenhum centavo para recompor os valores desviados.

Ressalte-se que não é justificativa por parte do ente federativo a busca pelos órgãos de controle para noticiar os fatos, haja vista que tal conduta não afasta o dever imediato de recompor a conta Salário-Educação.

A ação administrativa de recomposição do déficit apurado deve ser imediata e integral, sem que haja a necessidade de intervenção por parte de qualquer esfera de controle, pois é dever ínsito à municipalidade.

Não obstante, o Município de Angra dos Reis protelou por quase um (01) ano tratativas para assinatura de TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, conforme se depreende dos documentos acostados aos autos.⁸

Veja que a negativa do Município de Angra dos Reis para não assinar o TAC recai sobre cláusula que já havia concordado, pois figurava na minuta desde as primeiras tratativas. Ademais, a exclusão de tal cláusula iria perpetuar a possibilidade de que os recursos do Salário-Educação continuassem sendo usados para outros fins que não a Educação.

Inicialmente, o único obstáculo existente por parte do Município de Angra dos Reis para fins de celebração do TAC seria no tocante ao número de parcelas que deveriam ser pagas.

O ente federativo opinou pela fixação de 60 (sessenta) parcelas mensais para fins de recompor o dano existente e reconhecido dos recursos do Salário-Educação. Todavia, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro fixou o parcelamento em quarenta e oito (48) meses, haja vista que ficaria proporcional ao número de prestações a serem cumpridas neste mandato, bem como no subsequente, sem que fosse onerado o erário.

De acordo com o documento de fl. 511, a única objeção do ente federativo foi a quantidade de prestações. Quanto às demais cláusulas nada foi mencionado pelo ente, o que indica que não haveria qualquer obstáculo.

O Município de Angra dos Reis tinha ciência do TAC desde *18 de janeiro de 2019*, pois foi encaminhado por via digital (e-mail), sendo que a resposta solicitando a alteração na quantidade de prestação fora encaminhada apenas no dia *21 de março de 2019*. Ou seja, dois (02) meses.

Segue abaixo a Cláusula Terceira que regula o prazo de recomposição, *in verbis*:

CLÁUSULA TERCEIRA: O MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS se obriga a ressarcir o montante apurado, com recursos próprios, no importe

⁸ Fl. 492 (data de recebimento no GAEDUC), fls. 494/495 (data da reunião em que foi proposto o TAC), fls. 502/503 (encaminhamento da minuta do TAC) e fls. 551/552 (data da negativa em celebrar o TAC).

de R\$ 18.255.967,46 (dezoito milhões, duzentos e cinquenta e cinco mil, novecentos e sessenta e sete reais e quarenta e seis centavos), referentes ao período de 2013 a 2016, em 48 (quarenta e oito) parcelas mensais e sucessivas de R\$ 380.332,65 (trezentos e oitenta mil trezentos e trinta e dois reais e sessenta e cinco centavos).

Parágrafo primeiro: O vencimento das prestações estipuladas ocorrerá todo dia 10 de cada mês;

Parágrafo segundo: O vencimento da primeira parcela está programado para ocorrer no dia 10 de AGOSTO de 2019 sendo que a última ocorrerá no dia 10 de AGOSTO de 2023.

Em 23 de agosto de 2019, o Município de Angra do Reis confirma que não celebrará o Termo de Ajustamento de Conduta. Portanto, o Município levou 8 meses para decidir não iria parcelar um débito que deveria ser originalmente PAGO À VISTA.

Veja, Exa., é a mesma sistemática utilizada na ação nº 0000741-65.2019.8.19.0003, distribuída e já sentenciada na 1ª Vara Cível desta Comarca, na qual é conferida a exclusividade da gestão dos recursos para a Secretária de Educação.

II) FUNDAMENTOS

II. A) RECURSOS VINCULADOS, CONTA ESPECÍFICA DE GESTÃO EXCLUSIVA DO SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO E DEPÓSITO PERMANENTE DOS RECURSOS

O Salário-Educação é uma contribuição social destinada ao financiamento de programas, projetos e ações voltados para a educação básica pública, nos termos do § 5º do art. 212 da CRFB:

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

A contribuição social em análise foi regulamentada pelo artigo 15 da Lei nº 9.424/1996, posteriormente disciplinada pela Lei nº 9.766/1998, com alterações trazidas pela Lei nº 10.832/2003, nos seguintes termos:

Art. 15. O Salário-Educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas,

a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 1º O montante da arrecadação do Salário-Educação, após a dedução de 1% (um por cento) em favor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, calculado sobre o valor por ele arrecadado, será distribuído pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, observada, em 90% e no Distrito Federal, em quotas, da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003)

I - Quota Federal, correspondente a um terço do montante de recursos, que será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis socioeducacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

II – Quota Estadual e Municipal, correspondente a 2/3 (dois terços) do montante de recursos, que será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental. (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003)

No que toca à destinação dos recursos do Salário-Educação, portanto, o regramento jurídico limita a aplicação dos recursos às *ações, projetos e programas vinculados à educação básica pública, vedada apenas a sua utilização para pagamento de pessoal (Lei nº 9.766/1998)*.

No mesmo sentido, o Decreto nº 6.003/2006, no seu art. 9º, define:

Art. 9º O montante recebido na forma do art. 8º será distribuído pelo FNDE, observada, em noventa por cento de seu valor, a arrecadação realizada em cada Estado e no Distrito Federal, em quotas, da seguinte forma:

I - quota federal, correspondente a um terço do montante dos recursos, será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização da educação básica, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

II - quota estadual e municipal, correspondente a dois terços do montante dos recursos, será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e em favor dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações voltadas para a educação básica.

Até o presente momento restam evidenciadas as seguintes questões: a) o Salário-Educação é recurso vinculado; b) a utilização do Salário-Educação está restrita à Educação Básica; c) vedação na sua utilização para pagamento de pessoal.

No entanto, questão crucial reside na necessidade de conferir à gestão exclusiva destes recursos para o Secretário Municipal de Educação, bem como mantê-los em depósitos permanentes na respectiva conta.

A Lei nº 9.766/1998 determina que as contas específicas dos Estados e Municípios destinadas à movimentação das quotas do Salário-Educação serão abertas pelo FNDE e mantidas pelos entes em *instituição financeira oficial*, devendo referidas contas serem abertas no *CNPJ das Secretarias de Educação* dos respectivos entes, conforme explicitado no art. 9º do Decreto nº 6.003/2006, para crédito automático e mensal em favor dos referidos órgãos setoriais.⁹

Veja, Exa., que o raciocínio neste ponto é o mesmo daquele exposto no *processo nº 0000741-65.2019.8.19.0003*, que inclusive já foi objeto de sentença de procedência ao pleito ministerial.

Com efeito, o direito à educação não pressupõe, apenas, a criação de conta bancária aberta estritamente para o propósito de movimentação de seus recursos, mas também a autonomia do órgão responsável pela educação para a sua gestão.

Nesta linha argumentativa é pertinente a colação de decisão exarada pelo Tribunal de Contas do Mato Grosso¹⁰ que, ao analisar as contas da Secretaria Estadual de Educação, Esporte e Lazer do ente federativo, concluiu pela ilegalidade e proibição de transferência de recursos da conta Salário-Educação para Conta Única do Tesouro.

Processos nºs: 28.060-7/2018, 10.813-8/2017 (3 volumes), 12.219-0/2017 (3 volumes), 14.248-4/2017 (5 volumes), 17.384-3/2017 (4 volumes), 20.512-5/2017(4 volumes), 23.372-2/2017 (3 volumes), 26.724-4/2017 (4 volumes), 29.058-0/2017 (3 volumes), 32.583-0/2017 (4 volumes), 35.040-0/2017(4 volumes), 8.499-9/2018 (4 volumes) e 11.535-5/2018 (5 volumes)

Interessada: SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO, ESPORTE E LAZER

⁹ O Art. 8º do Decreto-Lei nº 1.805/80, que dispõe sobre a transferência aos Estados, Distrito Federal e Municípios das quotas-partes dos recursos tributários arrecadados pela União, prevê que as parcelas do Salário-Educação serão creditadas nos mesmos prazos previstos nos arts. 1º e 2º do mesmo diploma legal.

¹⁰ Acórdão nº 146/2019.

Assunto: Contas anuais de gestão do exercício de 2017 e balancetes referentes aos meses de janeiro a dezembro

Relator Conselheiro Interino: JOÃO BATISTA CAMARGO

Sessão de Julgamento: 16-4-2019 – Tribunal Pleno

ACÓRDÃO Nº 146/2019 – TP

Resumo: SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO, ESPORTE E LAZER. CONTAS ANUAIS DE GESTÃO DO EXERCÍCIO DE 2017. JULGAMENTO PELA REGULARIDADE DAS CONTAS. DETERMINAÇÃO E RECOMENDAÇÃO À ATUAL GESTÃO. RECOMENDAÇÃO AO GOVERNADOR DO ESTADO. Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 28.060-7/2018. ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 1º, II, 21 e 22, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), c/c o artigo 193 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por unanimidade, acompanhando o voto do Relator e de acordo com o Parecer nº 885/2019 do Ministério Público de Contas, em: a) julgar REGULARES, com recomendações e determinação legal, as contas anuais de gestão da Secretaria de Estado de Educação, Esporte e Lazer, relativas ao exercício de 2017, gestão do Sr. Marco Aurélio Marrafon, neste ato representado pelo procurador Gustavo Adolfo Almeida Antonelli – OAB/MT nº 10.042, sendo os Srs. Marioneide Angélica Kliemaschewsk – atual secretária, Josiane Fátima de Andrade – ex-secretária adjunta de Gestão Financeira e Convênios, Antenor Lemos Jacob – ex-coordenador de transporte escolar, Benedito Alves Ferraz Júnior e Rafael de Felice Simões – ex-coordenadores financeiros; b) *determinar à atual gestão que se abstenha de transferir os recursos referentes ao Salário-Educação (fonte 110) para a Conta Única do Estado de Mato Grosso, movimentando-os em conta específica*; c) recomendar à atual gestão que envide esforços para que haja visitas *in loco* nas rotas de transporte escolar realizadas pelos municípios mato-grossenses, visando à realização de revisão e contabilização da quantidade de quilômetros utilizados para a base de repasses aos Municípios e d) recomendar ao atual Governador do Estado de Mato Grosso, Sr. Mauro Mendes Ferreira, que encaminhe projeto de lei ao Poder Legislativo e faça gestão perante esse Poder no sentido de que haja a aprovação de lei instituidora que possibilite a criação de conta especial para receber e movimentar os valores oriundos do Salário-Educação, proporcionando, dessa forma, a

realização dos devidos pagamentos relacionados à finalidade da mencionada contribuição.

A impossibilidade de realizar transferência de valores entre contas do ente federativo decorre da própria natureza dos recursos, quais sejam vinculados e de depósito permanente,¹¹ Assim, o ato remanejar os recursos depositados na conta do Salário-Educação para outras contas do ente público é ilegal.

A única interpretação possível oriunda do art. 2º, parágrafo único da Lei nº 9.766/98¹² (redação dada pela Lei nº 13.530/2017), é clara o suficiente em revelar que a real intenção do agente regulador é de segregar os recursos bem como a sua respectiva manutenção em conta até a efetiva utilização.

Admitir a possibilidade de que os recursos possam ser remanejados para outras contas do ente federativo réu seria o mesmo que endossar o não cumprimento da segregação dos valores exigidos, ou melhor, é fazer de tábua rasa o dispositivo legal acima transcrito.

Desse modo, a transferência de recursos da conta específica (Conta Salário-Educação) para a Conta Única do Tesouro (CUT) ou outra correspondente (recursos próprios ou outra) é medida ilegal, uma vez que a sua transferência impede o correto controle da aplicação dos valores transferidos em despesas com MDE passíveis de custeio pela fonte adicional de financiamento em análise.

Outro argumento para manutenção dos recursos do Salário-Educação na respectiva conta específica reside no dever de transparência inerente à própria atividade da Administração Pública (Princípio da Publicidade – art. 37, *caput*, CRFB/88). Ademais, o próprio controle a ser exercido pela sociedade ou pelos órgãos competentes fica mais efetivo.

A transferência de recursos vinculados (no caso em questão do Salário-Educação) pode ensejar utilização em finalidades diversas daquela prevista na legislação.

Também é possível arguir que a segregação dos recursos da Educação (aqui estão inseridos os valores do Salário-Educação) serve para prevenir ocorrência de bloqueios judiciais em decorrência de dívidas diversas no qual figure o Município de Angra dos Reis como devedora. Portanto, a medida auxilia o próprio Poder Judiciário na efetivação das medidas constritivas.

Outro argumento favorável no sentido de segregar os recursos do Salário-Educação seria tornar transparente a sua aplicação. Assim, os pagamentos utilizando os recursos financeiros do Salário-Educação deveriam ocorrer apenas por transferência bancária em

¹¹ TCE/SC-10/00765056. Rel. Cons. Luiz Roberto Herbst. Para o Relator restou caracterizada a infração, pois “é irregular a transferência, ainda que temporária, de recursos do Salário-Educação da conta corrente específica para outra conta do ente público.”

¹² Art. 2º (...) *Parágrafo único*. As contas específicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à movimentação das Quotas do Salário-Educação serão abertas pelo FNDE e mantidas, a critério do respectivo ente federado, em instituição financeira oficial.

favor do prestador de serviços ou fornecedor de bens, possibilitando uma efetiva análise da destinação final do recurso.

A transferência de recursos entre contas bancárias do ente federativo, ainda que ocorra sob o argumento de pagamento de fornecedores. Gera grave prejuízo ao controle, pois existe verdadeira “pulverização” dos valores em conta diversa tornando o rastreamento difícil.

É justamente este o ponto que ensejou a presente demanda, pois o ente federativo réu identificou no período de 2013/2016 movimentações ilegais dos recursos do Salário-Educação para diversas contas que nada tinham a ver com a Educação (gastos com MDE).

II. B) DAS DESPESAS PASSÍVEIS DE CUSTEIO PELO SALÁRIO-EDUCAÇÃO

Uma vez que o Salário-Educação tem natureza de contribuição social, pertinente atentar para a finalidade da espécie tributária em comento, com base no disposto nos artigos 149, 194 e 195 da CRFB.

Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal,¹³ é da União a competência para instituição da tratada contribuição social geral, uma vez que art. 149 da CRFB, ao se referir à competência tributária da União relativamente a contribuições, permitiria a instituição, não somente das contribuições sociais para o financiamento da seguridade social (art. 195), das contribuições sobre intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, mas de outras contribuições sociais que tivessem a finalidade de financiar quaisquer dos direitos sociais previstos na Constituição da República.

Por ocasião da decisão prolatada na ADI nº 2.556-2/DF,¹⁴ que examinava a constitucionalidade das contribuições instituídas pela Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, o relator, Ministro Moreira Alves, classificou as espécies em debate como “contribuições sociais gerais”, fundamentadas na competência outorgada pelo art. 149 e que tinham finalidade eminentemente social – atender ao direito referido o inciso III do art. 7º da Constituição da República:

E, em assim sendo, pelo menos em exame compatível com a apreciação do pedido de liminar, enquadram-se as duas contribuições sociais instituídas pela LCP nº 110/2001 na subespécie contribuições sociais gerais, que se submetem à regência do art. 149 da Constituição, e não à do art. 195 da Carta Magna. (p. 14 do voto do relator)

¹³ O Art. 8º do Decreto-Lei nº 1.805/80, que dispõe sobre a transferência aos Estados, Distrito Federal e Municípios das quotas-partes dos recursos tributários arrecadados pela União, prevê que as parcelas do Salário-Educação serão creditadas nos mesmos prazos previstos nos arts. 1º e 2º do mesmo diploma legal.

¹⁴ ADI nº 2.556-2/DF.

O julgamento em questão reforça a competência da União para instituir contribuições destinadas a financiar os direitos sociais previstos nos arts. 6º e 7º da CRFB, com a edição de lei ordinária e respeito à anterioridade, ainda que se trate, *in casu*, de contribuição social já existente quando da promulgação da CRFB/1988 e, por ela, expressamente mantida.¹⁵

Ultrapassados os aspectos introdutórios sobre o Salário-Educação, necessário agora identificar as despesas passíveis de serem custeadas pela referida contribuição social.

Instituído pela Lei nº 4.440, de 27/10/1964,¹⁶ o Salário-Educação foi criado para que as empresas contribuíssem para o custeio da educação primária dos filhos de seus empregados. Posteriormente, foi incluído na Constituição de 1967 (art. 178, regulado pelo Decreto-Lei nº 1.422, de 23/10/1975), tendo sido recepcionado pela Constituição da República de 1988 e estabelecida sua natureza tributária.

Não se trata aqui de recursos públicos, mas do financiamento do direito social pela própria sociedade, a partir da escolha do Constituinte Originário, pautada pelo princípio da solidariedade social, que impõe ações positivas ao Estado nas respectivas áreas e legitimam, em caráter secundário, a cobrança das contribuições. Trata-se, portanto, de fonte adicional de recursos oriundos das empresas privadas, recolhidos ao INSS ou ao FNDE (art. 4º da Lei nº 9.766/1998), para o custeio de despesas inerentes à educação básica.

Importa lembrar as determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000, que dispõe sobre normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal pelos gestores públicos brasileiros, no sentido de que:

Lei Complementar nº 101/2000

Art. 8º - Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

Parágrafo único. *OS RECURSOS LEGALMENTE VINCULADOS A FINALIDADE ESPECÍFICA SERÃO UTILIZADOS EXCLUSIVAMENTE PARA ATENDER AO OBJETO DE SUA VINCULAÇÃO, AINDA QUE EM EXERCÍCIO DIVERSO DAQUELE EM QUE OCORRER O INGRESSO.* (grifos nossos)

¹⁵ ADI 1.417/DF.

¹⁶ Art. 1º É instituído o salário-educação devido pelas empresas vinculadas à Previdência Social, representado pela importância correspondente ao custo do ensino primário dos filhos dos seus empregados em idade de escolarização obrigatória e destinado a suplementar as despesas públicas com a educação elementar.

Estabelecidas as premissas acima, tem-se que a aplicabilidade da contribuição social será balizada pela *finalidade da despesa*, de modo que deve atender aos seguintes parâmetros:

A) FINANCIAMENTO DE AÇÕES, PROJETOS E PROGRAMAS DA EDUCAÇÃO BÁSICA PÚBLICA

Considerada a finalidade legal do Salário-Educação, contribuição social consistente em fonte adicional de financiamento das ações, projetos e programas da educação básica, resta claro que a essência da norma é a de permitir, de forma complementar, o custeio de ações que se encontrem inseridas em projetos e programas relativos a esse nível da política pública educacional.

O custeio de despesas desvinculadas de projetos e programas educacionais da educação básica vai de encontro à *ratio* do sistema jurídico de instituição e disciplina do Salário-Educação.

Destaque-se que os sistemas de ensino são constituídos pelos estabelecimentos de ensino (escolas) e pelos órgãos municipais de educação (LDB, art. 18, incisos I e III), sendo que, entre estes últimos, estariam inseridos, exemplificativamente, Secretarias de Educação e Conselhos de Educação, tudo nos termos do que a legislação local dispuser, de forma que as despesas inerentes ao próprio funcionamento das estruturas do sistema de ensino poderiam ser custeadas pela contribuição social em análise, ressalvadas as despesas com esporte e cultura, nas hipóteses em que as Secretarias de Educação atendam também a outras áreas.

B) RESPEITO ÀS ÁREAS DE ATUAÇÃO PRIORITÁRIAS DE CADA ENTE FEDERADO

À conta dos recursos do Salário-Educação, poderão ser financiadas todas as ações, programas e os projetos que se coadunem com o cumprimento dos ditames constitucionais vinculados à educação básica, em especial a divisão de competências entre estados e municípios, conforme dispõe o art. 211, parágrafos 2º e 3º, da CRFB¹⁷ e arts. 9º a 11 da LDB.

C) VINCULAÇÃO AOS ARTS. 70 E 71 LDB

A despeito da menção genérica à fonte de financiamento adicional da educação básica, há que se considerar que a previsão constitucional do Salário-Educação se encontra inserida em um dos parágrafos do artigo 212, que prevê a aplicação mínima da receita de impostos na “manutenção e desenvolvimento do ensino”.

¹⁷ TCE/RS, Processos nº 926-02.00/07-0 e 6898-0200/11-2.

Uma interpretação sistemática permite concluir que as despesas custeadas com o Salário-Educação não devem se distanciar da finalidade da garantia de universalização, equidade e qualidade do ensino, materializada através de ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, desde que inseridas no contexto das ações, projetos e programas da educação básica.

Desse modo, despesas com aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino, poderiam ser custeadas com recursos do Salário-Educação, em face dos citados ditames do art. 70 da LDB e em decorrência de estarem vinculados a programas, projetos ou ações inerentes, no âmbito municipal, à educação básica.

D) PROGRAMA SUPLEMENTAR DE ALIMENTAÇÃO, MATERIAL DIDÁTICO-ESCOLAR, TRANSPORTE E ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A despeito de sua vinculação aos arts. 70 e 71 da LDB, tendo em vista a norma revista nos arts. 212, parágrafo quarto, e 208, VII, da CRFB, não há vedação ao financiamento, com os recursos do Salário-Educação, dos *programas suplementares de alimentação, material didático-escolar, transporte e assistência à saúde, por expressa previsão constitucional.*

E) VEDAÇÕES

Diante de todo o exposto, por outro lado, são vedadas:

E.1) Despesas de pessoal (art. 7º, Lei nº 9766/1998): Por expressa disposição legal, considerada a natureza de despesa corrente, é vedado o custeio de despesas de pessoal e encargos sociais;

E.2) Despesas com escolas privadas de qualquer nível de ensino, ainda que conveniada ao poder público;

E.3) Despesas com ensino superior (público ou privado);

E.4) Despesas da Seguridade Social;

E.5) Despesas consideradas para cumprimento do percentual de MDE.

II. C) DA NECESSÁRIA RECOMPOSIÇÃO DO DÉFICIT FINANCEIRO DA CONTA SALÁRIO-EDUCAÇÃO

Ultrapassadas as questões relacionadas à necessidade de manutenção dos recursos em conta específica, gestão exclusiva dos recursos pelo Secretário Municipal de Educação e a impossibilidade de pagamentos de despesas fora dos balizamentos previstos nos arts. 70 e 71 da LDB, resta a determinação da necessária e imediata recomposição do déficit financeiro da conta Salário-Educação.

Conforme explicitado anteriormente, o Município de Angra dos Reis não realizou qualquer movimento fático desde que descobriu as irregularidades para fins de

ressarcimento dos valores. Na verdade, a única medida adotada foi o encaminhamento dos documentos para os órgãos de controle.

Na tentativa de celebrar um acordo extrajudicial para fins de composição, o Ministério Público, por intermédio deste Grupo de Atuação Especializada, oportunizou o parcelamento dos valores devidos em 18 (dezoito) prestações.

A fixação do prazo levou em conta a distribuição do ônus financeiro entre as gestões administrativas, haja vista que tanto a atual administração quanto a futura (aquela que assumirá em 2021) teriam praticamente o mesmo quantitativo de prestações. Todavia, a medida foi rechaçada pela municipalidade.

Como visto, trata-se de *fonte adicional de recursos, recebida em conta própria e vinculada à finalidade própria, devendo ser destinada às despesas relativas ao direito social à educação*.

Identificado, ao final do período investigado, o déficit de R\$ 18.255.967,46 (*dezoito milhões, duzentos e cinquenta e cinco mil e novecentos e sessenta e sete reais e quarenta e seis centavos*), *caberá ao município a imediata compensação financeira do déficit verificado*, de modo que a execução orçamentária possa garantir a integral aplicação dos recursos do Salário-Educação nos termos determinados pelo ordenamento jurídico vigente.

A compensação financeira aqui tratada, como resta claro, *deverá se ocorrer com recursos próprios do município*, não podendo para tanto serem utilizados aqueles vinculados às despesas obrigatórias como educação e saúde.

A recomposição do déficit financeiro deverá ser realizada, portanto, com recursos arrecadados pelo poder público municipal no exercício de sua função tributária e resultantes de transferências, desde que não vinculados à finalidade própria.

A existência e disponibilidade desses recursos (próprios), no entanto, vem sendo comprometidas pela municipalidade não em razão da falta de arrecadação, mas especialmente *em razão da previsão e execução de despesas orçamentárias que violam as prescrições constitucionais e legais para a sua realização*.

Da mesma forma, *a realização de despesas de forma contrária à lei consome os recursos arrecadados e impede a correta, necessária e imediata recomposição do déficit da conta Salário-Educação*.

O argumento de escassez de recursos orçamentários, como se verá, não se sustenta. A contrário, a eventual indisponibilidade de recursos ocorre em razão da má gestão e a realização de despesas ilegais.

Dito isto, passará o Ministério Público a descrever as previsões orçamentárias que serão objeto de impugnação e deverão ser alvo de controle judicial, uma vez que realizadas em frontal violação aos princípios da legalidade, eficiência e da vedação à proteção insuficiente de direitos fundamentais.

II. D) DA ILEGALIDADE DAS ISENÇÕES CONCEDIDAS PELO PODER PÚBLICO

A isenção é a dispensa do pagamento de um tributo devido em face da ocorrência de seu fato gerador. Constitui exceção instituída por lei à regra jurídica da tributação (ADI nº 286, Min. Maurício Corrêa) e, como tal, deve obedecer a rígidos critérios de concessão e controle, conforme previsão do art. 14 da LRF.¹⁸

Destaque-se que as isenções devem ser temporárias, não podendo ultrapassar o período de concessão de três (03) anos.

Tratando-se de renúncia de receitas, em especial a de impostos, a sua concessão indevida afeta diretamente a política pública municipal, uma vez que a queda na arrecadação de impostos tem por consequência a redução do volume de recursos financeiros que serão aplicados na educação, nos termos do art. 212 da CRFB.

Assim, o manejo do mecanismo usado para o fomento de atividades no território há que ser adequado e representar ganhos efetivos para a coletividade, que deverão ser mensurados durante o período de concessão de forma a justificar sua manutenção, atendendo a requisitos de legalidade, impessoalidade, eficiência e economicidade.

De outra forma, a concessão de isenções de forma ilegal é medida que deve ser rechaçada pelo Poder Judiciário, como garantia do adequado financiamento da política educacional, através do que se garante o direito fundamental à educação.

A análise do orçamento municipal indica a previsão de incentivos fiscais que não atendem aos comandos legais e constitucionais, na modalidade de isenção, uma vez que *violam os critérios formais previstos na LRF, em especial no seu art. 14, e violam a ordem constitucional prioritária da realização de despesas, ao que são equivalentes as renúncias de receitas fiscais do ente federado.*

Como a seguir será demonstrado, as renúncias de receitas praticadas pelo Município de Angra dos Reis demandam imediata suspensão uma vez que estão em

¹⁸ 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: (Vide Medida Provisória nº 2.159, de 2001) (Vide Lei nº 10.276, de 2001)

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, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

i) desconformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF); ii) as isenções concedidas beneficiam segmentos não prioritários em face da Educação, em desatendimento ao dever de custeio mínimo da educação.

A) DAS VIOLAÇÕES À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

O desatendimento aos critérios legais previstos no art. 14 da LRF torna as isenções ilegais e inválidas, extrapolando os limites da discricionariedade do gestor público e, portanto, sujeitas ao controle judicial.

Estabelece, ainda, o art. 209, § 6º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

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.

A Lei Orgânica do Município de Angra dos Reis, por sua vez, é omissa quanto às questões relativas aos impactos fiscais regionais.

De acordo com o Anexo XIV da Lei de Diretrizes Anual de 2019¹⁹ é possível perceber que o Município de Angra dos Reis *previu a concessão de renúncias, na modalidade isenção, a mais de nove (09) milhões de reais em impostos entre os anos de 2019/2021.*

ESTIMATIVA E COMPENSAÇÃO DA RENÚNCIA DE RECEITA 2019

AMF Demonstrativo VII (LRF, art. 4º, § 2º, inciso V)			RENÚNCIA DE RECEITA PREVISTA			COMPENSAÇÃO
TRIBUTO	MODALIDADE	SETORES/ PROGRAMAS/ BENEFICIÁRIOS	2019	2020	2021	
IPTU	ISENÇÃO	Contribuintes de baixa renda (Lei nº 264/93)	R\$ 80.061,07	R\$ 83.263,51	R\$ 86.594,05	Incremento de ações fiscais, recadastramento
		Lei nº 262/84 (art. 19 e 21)	R\$ 5.584.377,23	R\$ 5.807.752,32	R\$ 6.040.062,41	
		Incentivo Fiscal Cultural Lei 1.919/2007	R\$ 700.000,00	R\$ 728.000,00	R\$ 757.120,00	Incremento de ações fiscais e recadastramento
ISS	ISENÇÃO	Lei nº 1.000/00 e Lei nº 1.805/07	R\$ 2.581.652,06	R\$ 2.684.918,14	R\$ 2.792.314,87	Incremento de ações fiscais e recadastramento
		Incentivo Fiscal Cultural Lei 1.919/2007	R\$ 800.000,00	R\$ 832.000,00	R\$ 865.280,00	Incremento de ações fiscais e recadastramento
TOTAL			R\$ 9.746.090,36	R\$ 9.303.933,97	R\$ 9.676.091,33	R\$ 28.726.115,67

FONTE: Lei nº 262/84, Lei nº 264/93, Lei nº 1.000/00, Lei nº 1.805/07 e Lei 1.919/07

Veja, Exa., que a justificativa utilizada pela municipalidade para permitir a renúncia de receita seria o “incremento das ações fiscais, recadastramento”. Chama atenção, entretanto, que o valor concedido corresponda a aproximadamente 50% do que deve ser ressarcido para a conta Salário-Educação.

¹⁹ Lei Municipal nº 3.792, de 21 de setembro de 2018 (LDO 2019).

Deve ser destacado que as medidas de renúncia de receitas *não vieram acompanhadas de comprovação da manutenção do equilíbrio fiscal*, tampouco da *previsão das medidas compensatórias necessárias para tanto*. Na verdade, a municipalidade, ano após ano, se limita a apontar, a título de compensação, de forma absolutamente genérica, o “incremento de ações fiscais e recadastramento”.

Por óbvio, a mera indicação da intenção de “incremento de ações fiscais e recadastramento” *não atende a exigência legal do art. 14 da LRF*, que determina que seja apresentado *estudo de impacto orçamentário-financeiro da concessão de isenções, além de indicar a ausência de impacto nas metas de resultados fiscais consideradas na LDO ou as medidas compensatórias que serão adotadas para o restabelecimento do equilíbrio fiscal*.

Analisando as peças orçamentárias (LDO) relativas aos anos de 2017 a 2020, é possível perceber a completa falta de controle dos recursos renunciados pela municipalidade, haja vista que os valores previstos são meramente atualizados, sem qualquer estudo de impacto fiscal. O planejamento orçamentário e as isenções concedidas, portanto, desconsideram qualquer variação na realidade fática do Município de Angra dos Reis sob o prisma fiscal, pois receitas variáveis como ISS são apenas atualizadas.

As renúncias de receitas foram aceleradas a partir de 2000 com a edição da Lei Municipal nº 1000/2000²⁰ (Alterada pela Lei Municipal nº 1.129/2001).

Em sua redação original, a Lei Municipal nº 1.000/00 previa a isenção de impostos (IPTU e ISS) pelo prazo de dez (10) e cinco (5) anos, respectivamente, a contar da data de instalação para sociedade empresária, voltada para indústria naval e petróleo. No caso do ISS, a partir do sexto, haveria uma redução progressiva das alíquotas.

Assim, em sua redação original, a Lei Municipal nº 1.000/00, o IPTU ficaria isento por dez (10) anos sem qualquer contrapartida, bastando apenas à instalação de sociedade empresária no território delimitado.

Para o ISS, apesar de o art. 2º instituir uma limitação temporal para a renúncia (prazo de cinco (05) anos), o artigo 3º acabou por prolongar a renúncia para aproximadamente dez (10) anos, conforme se extrai dos seus incisos.

Com a entrada em vigor da Lei Municipal nº 1.129/01, a regulamentação da renúncia referente ao ISS sofreu grande alteração no que se refere à redução da alíquota no tempo. Houve a retirada da possibilidade de isenção de 100% do imposto após o sexto ano de vigência como estava previsto originalmente.

Independente da redação (original ou vigente), ponto pacífico é que a vigência da renúncia fiscal, tanto de IPTU ou ISS, com base na Lei Municipal nº 1.000/2.000, teve o seu fim em 2010. Portanto, a manutenção da renúncia ocorrer de forma ilegal.

²⁰ Dispõe sobre incentivo fiscal a ser concedido às empresas de engenharia e reforma relativas à indústria naval, a plataformas destinadas à exploração de petróleo e gás, bem como às do ramo náutico que se instalarem no Pólo Industrial Náutico do bairro Jacuacanga, e dá providências.

É possível perceber pelas últimas LDO que as renúncias, apesar de terem fixação temporal expressa (vigência por 10 anos), permaneceram até a presente data, conforme se extrai dos informes abaixo.

LDO 2017 – Lei Municipal nº 3.614/16

AMF Demonstrativo VII (LRF, art. 4º, § 2º, inciso V) R\$ 1,00

TRIBUTO	MODALIDADE	SETORES/ PROGRAMAS/ BENEFICIÁRIOS	RENÚNCIA DE RECEITA PREVISTA			COMPENSAÇÃO
			2017	2018	2019	
IPTU	ISENÇÃO	Contribuintes de baixa renda (Lei nº 264/93).	R\$ 78.758,60	R\$ 49.977,56	R\$ 51.227,00	Incremento de ações fiscais, recadastramento e revisão da planta de valores.
		Indústria naval e ramo das indústrias náuticas - Polo Industrial Náutico Verolme (Lei nº 1.000/00).	R\$ 243.997,09	R\$ 0,00	R\$ 0,00	
		Lei nº 262/84 (art. 19 e 21)	R\$ 3.470.866,27	R\$ 3.557.637,93	R\$ 3.646.578,88	
ISS	ISENÇÃO	Lei nº 1.000/00 e Lei nº 1.805/07	R\$ 2.457.253,60	R\$ 2.518.684,94	R\$ 2.581.652,06	Incremento de ações fiscais, recadastramento
TOTAL			R\$ 6.250.875,56	R\$ 6.126.300,43	R\$ 6.279.457,94	R\$ 18.656.633,93

FONTE: Lei nº 262/84, Lei nº 264/93, Lei nº 1.000/00 e Lei nº 1.805/07

LDO 2018 – Lei Municipal nº 3.714/17

AMF Demonstrativo VII (LRF, art. 4º, § 2º, inciso V) R\$ 1,00

TRIBUTO	MODALIDADE	SETORES/ PROGRAMAS/ BENEFICIÁRIOS	RENÚNCIA DE RECEITA PREVISTA			COMPENSAÇÃO
			2018	2019	2020	
IPTU	ISENÇÃO	Contribuintes de baixa renda (Lei nº 264/93).	R\$ 74.475,42	R\$ 80.061,07	R\$ 84.064,13	Incremento de ações fiscais, recadastramento e revisão da planta de valores.
		Lei nº 262/84 (art. 19 e 21)	R\$ 5.194.769,52	R\$ 5.584.377,23	R\$ 5.863.596,09	
ISS	ISENÇÃO	Lei nº 1.000/00 e Lei nº 1.805/07	R\$ 2.518.684,94	R\$ 2.581.652,06	R\$ 2.646.193,37	Incremento de ações fiscais, recadastramento
TOTAL			R\$ 7.787.929,88	R\$ 8.246.090,36	R\$ 8.593.853,59	R\$ 24.627.873,83

FONTE: Lei nº 262/84, Lei nº 264/93, Lei nº 1.000/00 e Lei nº 1.805/07

LDO 2019 – Lei Municipal nº 3.792/18

ESTIMATIVA E COMPENSAÇÃO DA RENÚNCIA DE RECEITA 2019

AMF Demonstrativo VII (LRF, art. 4º, § 2º, inciso V) R\$ 1,00

TRIBUTO	MODALIDADE	SETORES/ PROGRAMAS/ BENEFICIÁRIOS	RENÚNCIA DE RECEITA PREVISTA			COMPENSAÇÃO
			2019	2020	2021	
IPTU	ISENÇÃO	Contribuintes de baixa renda (Lei nº 264/93).	R\$ 80.061,07	R\$ 83.263,51	R\$ 86.594,05	Incremento de ações fiscais, recadastramento
		Lei nº 262/84 (art. 19 e 21)	R\$ 5.584.377,23	R\$ 5.807.752,32	R\$ 6.040.062,41	
		Incentivo Fiscal Cultural Lei 1.919/2007	R\$ 700.000,00	R\$ 728.000,00	R\$ 757.120,00	
ISS	ISENÇÃO	Lei nº 1.000/00 e Lei nº 1.805/07	R\$ 2.581.652,06	R\$ 2.684.918,14	R\$ 2.792.314,87	Incremento de ações fiscais e recadastramento
		Incentivo Fiscal Cultural Lei 1.919/2007	R\$ 800.000,00	R\$ 832.000,00	R\$ 865.280,00	Incremento de ações fiscais e recadastramento
TOTAL			R\$ 9.746.090,36	R\$ 9.303.933,97	R\$ 9.676.001,33	R\$ 28.726.115,67

FONTE: Lei nº 262/84, Lei nº 264/93, Lei nº 1.000/00, Lei nº 1.805/07 e Lei 1.919/07

LDO 2020 – Lei Municipal nº 3.915/19

AMF Demonstrativo VII (LRF, art. 4º, § 2º, inciso V)

R\$ 1,00

TRIBUTOS	MODALIDADE	SETORES/ PROGRAMAS/ BENEFICIÁRIOS	RENÚNCIA DE RECEITA PREVISTA			COMPENSAÇÃO
			2020	2021	2022	
IPTU	ISENÇÃO	Contribuintes de baixa renda (Lei nº 264/93)	R\$ 83.263,51	R\$ 86.594,05	R\$ 103.912,86	Incremento de ações fiscais, recadastramento
		Lei nº 262/84 (art. 19 e 21)	R\$ 4.807.752,32	R\$ 5.040.062,41	R\$ 5.342.065,53	
		Incentivo Fiscal a Projetos Culturais e Esportivos Lei 3.821/2018	R\$ 728.000,00	R\$ 757.120,00	R\$ 794.976,00	Incremento de ações fiscais e recadastramento
		Lei nº 3827/2018	R\$ 146.581,28	R\$ 168.568,47	R\$ 193.853,74	Incremento de ações fiscais e recadastramento
ISS	ISENÇÃO	Lei nº 1.000/00 e Lei nº 1.805/07	R\$ 2.184.900,00	R\$ 2.293.000,00	R\$ 2.405.000,00	Incremento de ações fiscais e recadastramento
		Incentivo Fiscal a Projetos Culturais e Esportivos Lei 3.821/2018	R\$ 832.000,00	R\$ 865.280,00	R\$ 899.900,00	Incremento de ações fiscais e recadastramento
TOTAL			R\$ 8.782.497,11	R\$ 9.210.634,93	R\$ 9.739.708,13	R\$ 27.732.830,17

FONTE: Lei nº 262/84, Lei nº 264/93, Lei nº 1.000/00, Lei nº 1.805/07 e Lei 1.919/07

A conduta municipal, quanto à instituição de renúncias de receitas, portanto, não observou as determinações constitucionais e legais previstas nos art. 165, § 6º, da CRFB/88 e arts. 4º, § 2º, V, e 5º, inciso II, todos da LRF.

Cabe colacionar as orientações²¹ exaradas pela ATRICOM (Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil) para fins de concessão de renúncia fiscal, mais precisamente aquelas contidas na Diretriz nº 16, *in verbis*:

16.5 Se o Anexo de Metas Fiscais contém demonstrativo com a quantificação da estimativa e compensação da renúncia de receita (inc. V, § 2º, art. 4º, LRF) e se foi elaborado em consonância com o Manual de Demonstrativos Fiscais da STN;

(...)

16.9 Se o projeto de lei orçamentária é acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito sobre as receitas e despesas, decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia (inc. II, art. 5º, LRF; § 6º, art. 165, CF);

(...)

16.40 Se há controle das exclusões e extinções dos créditos tributários, inscritos ou não em dívida ativa, e se é assegurado tratamento isonômico entre contribuintes em condições equivalentes;

16.41 Se a Administração avalia o custo-benefício da abertura de programas de recuperação de créditos e se avalia os indicadores de resultado periodicamente;

²¹ Resolução ATRICOM nº 06/2016.

16.42 Se foram implantados controles para o acompanhamento das execuções fiscais da cobrança judicial da dívida ativa, inclusive daquela cuja inscrição decorre de débitos imputados pelos Tribunais de Contas;

16.43 Se há inventário, registro e controle das decisões judiciais que afetam a obrigação tributária, de forma a identificar os efeitos administrativos da aplicação das decisões judiciais que tenham por objeto a receita pública;

(...)

16.51 Se a concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios de natureza tributária dos quais decorram renúncia de receita (anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado) cumpre os seguintes requisitos (art. 14, LRF):

a. estar acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes;

b. atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias;

c. atender a pelo menos uma das seguintes condições:

- demonstrar que a renúncia de receita foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária e de que não afetará as metas de resultados fiscais; ou
- implementar medidas de compensação de renúncia de receita por meio de aumento de tributos.

16.52 Se os incentivos fiscais concedidos com o objetivo de atrair investimentos e proporcionar o desenvolvimento econômico e social são permanentemente avaliados quanto à eficiência e ao alcance do retorno e resultados esperados;

16.53 Se a Administração Tributária controla e mensura a fruição dos benefícios fiscais pelos contribuintes, de forma a subsidiar os demonstrativos publicados no Anexo de Metas Fiscais e na Lei Orçamentária Anual, bem como o acompanhamento e avaliação da política de incentivo pelos órgãos competentes;

16.54 Se há normatização da política de incentivos e benefícios fiscais que discipline as etapas de instituição, acompanhamento, controle e avaliação dos resultados, estabelecendo, no mínimo:

- a) o órgão responsável pela quantificação e avaliação;
 - b) a periodicidade da avaliação e
 - c) as informações necessárias para a avaliação.
- (...)

16.59 Se é disponibilizado, a qualquer pessoa física ou jurídica, o acesso às informações referentes ao lançamento e ao recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários (art. 48-A, LRF);

16.60 Se há publicidade e transparência na concessão dos benefícios ou incentivos fiscais (art. 37, CF, e LC 131/09);

16.61 Se há publicidade e transparência dos valores dos benefícios concedidos, bem como dos métodos utilizados na sua mensuração;

16.62 Se há publicidade e transparência dos resultados socioeconômicos dos benefícios concedidos, bem como dos métodos utilizados para o seu monitoramento e avaliação.

Pelas Diretrizes acima transcritas é possível perceber que o Município de Angra dos Reis não adotou todas as medidas legais previstas da LRF, pois *não fixam quaisquer critérios para reavaliar os benefícios da isenção ao longo do tempo, muito menos os resultados decorrentes da política de renúncia fiscal* (social ou mesmo econômico).

Frise-se que a concessão de renúncias fiscais não representa um fim em si mesmo. Ao contrário, é medida instrumental, devendo reverter-se, ao final do período, em benefícios para a coletividade.

O que se verifica no Município de Angra dos Reis é a concessão de renúncias fiscais de forma desconectada de qualquer política pública minimamente planejada, pois inexistente reavaliação periódica ou publicação de resultados baseados em parâmetros sérios e técnicos que possam subsidiar a conduta estatal.

B) DAS ISENÇÕES CONCEDIDAS EM DESATENDIMENTO À ORDEM CONSTITUCIONAL PRIORITÁRIA E DO DEVER DE CUSTEIO MÍNIMO DA EDUCAÇÃO

Dada a natureza das isenções concedidas no período, verifica-se violado o dever de custeio mínimo e prioritário da política educacional.

Tal constatação decorre da *concessão das isenções durante o período em que os recursos financeiros do município deveriam ter sido destinados à educação, através da recomposição do déficit financeiro da conta Salário-Educação, impedindo a realização de despesas da política educacional que garantem o dever de custeio mínimo do direito fundamental à educação.*

Veja, Exa., que o que se questiona na presente demanda não é o conteúdo material das isenções concedidas, análise que caberá ao administrador público, no âmbito da sua discricionariedade administrativa.

Ao contrário, a presente demanda trata, neste ponto, da violação à ordem constitucional prioritária de realização de despesas, não estando autorizado o Poder Executivo à realização de despesas não prioritárias em detrimento do seu dever de custeio mínimo dos direitos fundamentais sociais previstos no art.6º da CRFB, que elencou como primeiro deles a educação.

Em apertada síntese, não é facultado ao administrador realizar despesas não essenciais enquanto não equacionado o seu dever de custeio mínimo dos direitos fundamentais.

Especificamente no que toca a educação, o dever de custeio mínimo abrange não só a realização de despesas em patamar mínimo mediante a *efetiva aplicação dos recursos vinculados* (art. 212, *caput* e parágrafo 5º, da CRFB, art. 60 do ADCT, Lei nº 12.895/2013 e todos os programas suplementares da União), mas também e, essencialmente, a garantia do padrão de qualidade educacional previsto no art. 206, VII, da Constituição Federal. Mais do que realizar gastos, é preciso realizar gastos de qualidade.

Dessa forma, enquanto não garantido o custeio mínimo da política educacional (gasto quantitativo e qualitativo), não é lícito ao município a concessão de renúncias fiscais, uma vez que este comportamento administrativo viola a ordem constitucional prioritária de garantia dos direitos fundamentais e do seu adequado financiamento.

C) DOS SUBSÍDIOS CONCEDIDOS DE FORMA ILEGAL PELO PODER PÚBLICO

Da mesma forma, devem ser considerados ilegais os subsídios concedidos pela administração municipal para o transporte público, através do Projeto de Lei que deu origem à Lei Municipal nº 3.838/19, que vem alterar a Lei Municipal nº 2.767/2011, até que seja integralmente ressarcida a conta Salário-Educação.

“Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Município de Angra dos Reis, o Programa Passageiro Cidadão, destinado a assegurar aos munícipes, usuários do serviço convencional de transporte coletivo municipal de passageiros, a concessão de subsídio para as tarifas “A”, “B” e “C”, na seguinte forma:

I – a tarifa “A” será subsidiada em R\$ 0,35 (trinta e cinco centavos);

II – a tarifa “B” será subsidiada em R\$ 0,40 (quarenta centavos);

III – a tarifa “C” será subsidiada em R\$ 0,50 (cinquenta centavos).

§1º Os beneficiários do Programa Passageiro Cidadão pagarão, no ato do embarque, com recursos próprios, o valor correspondente à diferença entre o valor das tarifas e o valor subsidiado pelo Município de Angra dos Reis.

§ 2º Os titulares devidamente cadastrados no Programa Federal Bolsa Família gozarão de subsídio nas tarifas “A”, “B” e “C” no montante de R\$ 1,00 (hum real), na forma do parágrafo acima.” (NR)

D) DAS VIOLAÇÕES À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei Municipal nº 2.767/2011 regula o Programa Novo Cidadão, através do qual o Município de Angra dos Reis subsidia o valor da passagem nos transportes coletivos da cidade para *todos os cidadãos, inclusive aqueles que fariam jus à gratuidade do serviço.*

Os requisitos para inclusão no “Programa Passageiro Cidadão” estão previstos no art. 5º e incisos.²² A Lei nº 2.767/2011 não cria nenhum requisito específico (critério diferenciador) para a sua concessão, o que torna absolutamente questionável o subsídio da passagem do transporte público, considerando que os valores fixados no momento da concessão do serviço público e, posteriormente, nos reajustes anuais do contrato de concessão, já deveriam servir para alcançar o valor justo da tarifa, já consideradas as gratuidades.

A estimativa de recursos públicos que serão vertidos para criação e manutenção do subsídio supera o valor de 10 (dez) milhões de reais anuais, conforme se extrai dos dados abaixo colacionados.²³

²² Fls. 557 v.

²³ Fls. 566/566 v. e 567 v.

ESTIMATIVA DE GASTOS

Especificação da Despesa		2018	2019	2020
Subsídio relacionado as Passagens Beneficiários do Programa Passageiro Cidadão	Bolsa Família base 9.549 Família	R\$ 496.548,00	R\$ 6.054.066,00	R\$ 6.054.066,00
	Outros Beneficiários base 54.000 passageiros	R\$ 1.067.040,00	R\$ 13.009.680,00	R\$ 13.009.680,00

Base de cálculo do Bolsa Família referente a outubro de 2016 para fixação da despesas.

Base de cálculo Outras Beneficiários referente a outubro de 2016 - Cadastro Passageiro Cidadão para fixação da despesa.

ORIGEM DOS RECURSOS

Especificação da Receita		2018	2019	2020
Subsídio relacionado as Passagens Beneficiários do Programa Passageiro Cidadão. Fonte Própria - 0000	Bolsa Família	R\$ 496.548,00	R\$ 6.054.066,00	R\$ 6.054.066,00
	Outros Beneficiários	R\$ 1.067.040,00	R\$ 13.009.680,00	R\$ 13.009.680,00

DEMONSTRATIVO DA MEMÓRIA E METODOLOGIA DE CÁLCULO PASSAGEIRO CIDADÃO

Quantidade				Beneficiários	2018	2019	2020	
Tarifas	Dias	Passagens	Subsídio					
A	R\$ 3,25	507	2	0,25	32.438	R\$ 588.680,00	R\$ 7.119.598,00	R\$ 7.198.560,00
B	R\$ 3,50	317	2	3,49	16.288	R\$ 336.960,00	R\$ 4.136.336,00	R\$ 4.938.320,00
C	R\$ 5,10	317	2	3,58	5.465	R\$ 140.400,00	R\$ 1.711.800,00	R\$ 1.711.800,00
Total				R\$ 1,25	54.191	R\$ 1.067.040,00	R\$ 13.009.680,00	R\$ 13.009.680,00

100,00%	R\$ 1.067.040,00	R\$ 13.009.680,00	R\$ 13.009.680,00
80,00%	R\$ 853.632,00	R\$ 10.407.744,00	R\$ 10.407.744,00
70,00%	R\$ 597.542,40	R\$ 9.106.776,00	R\$ 9.106.776,00
60,00%	R\$ 359.525,44	R\$ 7.805.808,00	R\$ 7.805.808,00
50,00%	R\$ 179.262,72	R\$ 6.504.840,00	R\$ 6.504.840,00

No que toca aos aspectos formais, deverá a concessão de subsídios, assim como nas isenções, obedecer aos requisitos *de comprovação da manutenção do equilíbrio fiscal*, mediante comprovação de que os subsídios foram considerados na estimativa de receita, ou a *previsão das medidas compensatórias necessárias para tanto, além do respeito às diretrizes previstas na LDO, nos termos do art. 14, caput e 1º, da LRF*.

No entanto, *não foi apresentada pelo Poder Público uma estimativa de impacto nas metas de resultado fiscal, tampouco medidas compensatórias que garantam o equilíbrio fiscal.*

Veja, Exa., que o Projeto de Lei, convertido posteriormente em Lei Municipal nº 3.838/19, foi apresentado no final de 2018 e utiliza dados do Programa Bolsa Família datados de 2016, ou seja, com dois anos de defasagem.

A análise dos documentos apresentados pelo Município de Angra dos Reis que integraram o Projeto de Lei que originou a Lei nº 3.838/19 denuncia que o custeio do transporte público com recursos públicos ocorreu de forma aleatória, haja vista que os valores destinados para os “outros beneficiários” (leia-se, qualquer munícipe que precise ou não do transporte ou mesmo do subsídio) será o dobro daqueles que estão cadastrados no Programa Bolsa Família.

Não é possível à sociedade sequer ter conhecimento do número de passageiros que se beneficiam da medida administrativa, tampouco se a estima de custo está correta e menos ainda a análise do impacto fiscal no município.

Na verdade, a conduta do ente federativo configura um verdadeiro aumento dos valores repassados para a concessionária de transporte público, fora daquelas hipóteses previstas no contrato de concessão, do que uma política pública específica.

E) DOS SUBSÍDIOS CONCEDIDOS EM DESATENDIMENTO À ORDEM CONSTITUCIONAL PRIORITÁRIA DO DEVER DE CUSTEIO MÍNIMO DA EDUCAÇÃO

Aqui, mais uma vez, resta clara a pouca importância dada para fins de ressarcimento das verbas da Educação. O Chefe do Executivo, já ciente do rombo existente nas contas do Salário-Educação, optou por encaminhar o Projeto de Lei que foi convertido na Lei Municipal nº 3.838/19, que altera dispositivos legais da Lei Municipal nº 2.767. A escolha política nesse caso, no entanto, viola a ordem jurídica.

Há aqui uma completa inversão de prioridades cometidas pelo ente federativo e que não pode permanecer até que os valores do Salário-Educação sejam ressarcidos.

Assim, necessária a suspensão imediata dos subsídios aqui apontados.

II. E) DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE DESPESAS EM VIOLAÇÃO À ORDEM CONSTITUCIONAL PRIORITÁRIA DE CUSTEIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – SUSPENSÃO

Outras medidas devem ser adotadas pelo Poder Executivo para garantia do custeio mínimo do direito fundamental à educação, em atendimento à ordem prioritária estabelecida pela Constituição Federal.

Para alcançar tal desiderato, a Constituição estabeleceu o mecanismo da vinculação de recursos, compreendido como cláusula pétrea inserida no art. 60, IV, uma vez que ao direito corresponde a garantia que o assegura.

Até que sejam cumpridas as obrigações materiais de fazer que cabem ao Poder Público municipal, aqui compreendida como a correta e integral aplicação dos recursos do Salário-Educação, em atendimento ao padrão mínimo de qualidade educacional, não poderão ser realizadas despesas não prioritárias que representem o subfinanciamento da política pública educacional no município.

Isso porque os recursos públicos são finitos e limitados, de modo que a prioridade constitucional precisa ser atendida de forma imperiosa sob pena de violação do direito da coletividade à educação pública de qualidade.

Por tais razões, deverá o município, *enquanto não ressarcida à conta Salário-Educação*:

- a. Suspender temporariamente a realização de despesas com publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos municipais, ou das entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida judicialmente, bem como ressalvada a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado;
- b. Abster-se de custear parcial ou integralmente festividades e contratação de shows artísticos (a exemplo do Carnaval, Réveillon, Festa do Aniversário ou padroeiro da cidade), ainda que por meio de renúncia de receitas ou quaisquer outras formas de fomento;
- c. Assumir despesa com novos serviços e obras, sem que estejam assegurados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço já em andamento e com cronograma prefixado, ressalvados os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;
- d. Conceder, majorar ou renovar renúncias de receitas sem lastro na correspondente e indispensável medida compensatória, sobretudo as que são concedidas por prazo indeterminado, diante do seu impacto fiscal desarrazoado em face das premissas contidas no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- e. Reconhecer espontaneamente prescrição da dívida ativa, sem que se tenha buscado esgotar todas as formas lícitas de executá-la, como, por exemplo, o protesto extrajudicial, sob pena de dano ao erário, na forma do artigo 10, X, da Lei nº 8.429/1992;
- f. Assumir qualquer responsabilidade de custeio de despesas de competência de outros entes, em rota de lesão não só ao próprio artigo 62 da LRF, mas também aos deveres de cooperação técnico-financeira que a União e os Estados têm para com os Municípios (artigo 30, incisos VI e VII da Constituição Federal);

g. Realizar pagamento a agentes públicos de quaisquer espécies de auxílio, reembolso ou ressarcimento em decorrência da realização de gastos pessoais ou de familiares com a aquisição de serviços na rede privada de ensino.

As medidas acima exemplificadas ganham maior relevância quando analisadas sob a luz dos argumentos abaixo formulados.

Não pairam dúvidas sobre o direito à Educação figurar como um dos elementos do núcleo mínimo essencial que devem ser garantidos os cidadãos. Ademais, o direito à Educação figura como faceta da própria Cidadania, bem como ser concretizadora do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A própria Suprema Corte já fora acionada diversas vezes para apresentar manifestação sobre o assunto e reafirmou a condição de direito fundamental aqueles relacionados a temática da Educação:

CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais,

portanto, as espécies de *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira.”

(RE 888815, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019)

O direito defendido na presente demanda é justamente o da Educação (correto, adequado e efetivo uso dos recursos vinculados da Educação), por isso tamanha a importância da presente ação. Tal direito deve ser tratado com absoluta prioridade pela Administração Pública, seja no que tange a gestão dos recursos, seja no investimento em políticas públicas. Portanto, não se pode relegar a um segundo plano a efetivação prática e real de tal direito, malgrado o interesse dos governantes nessa efetivação.

Os direitos sociais são uma das espécies de direitos fundamentais. Como característica dos direitos fundamentais é possível sustentar a imposição para o ente federativo de assegurar um mínimo de condições para que o homem viva com dignidade.

São prestações positivas devidas pelo ente federativo, previstas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que buscam equalizar a situação de desigualdade existente na sociedade.

Caso paradigmático de concretização dos direitos fundamentais²⁴ foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal, que concluiu pela possibilidade de atuação do Poder Judiciário, no âmbito das políticas públicas, em caso de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, *in verbis*:

²⁴ ADPF nº 45/04.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.” O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei

nº 10.707/2003) – supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da Lei Orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: “Art. 1º O art. 59 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: ‘Art. 59 (...) § 3º Para os efeitos do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.’ (NR).” Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão – que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental – entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da Lei Orçamentária Anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País – recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição

constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) - A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 05, 1987, Coimbra: Almedina), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem,

vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*, 1999, New York: Norton), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*,

p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando,

como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (*Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação

adequada como princípios ou condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de

constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD – ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar – enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) – o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)”. (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Diante deste posicionamento histórico da Suprema Corte, é possível concluir que o Estado deve estar atento ao aumento das demandas sociais, sobretudo quando se trata de direito à Educação (aqui estaria incluso os consectários financeiros para plena execução das atividades).

É dever do Poder Público se organizar de forma a viabilizar uma prestação de serviço público de forma eficiente, na forma como preconizado no art. 37, *caput*, da Constituição da República, sob pena de ensejar aquilo que o Ministro Celso de Melo designou de “promessa constitucional inconsequente”.

Diante dos argumentos até aqui expostos, é possível concluir que os recursos do Salário-Educação são de natureza vinculada e devem ser mantidos em conta específica para fins de cumprimento do requisito do depósito permanente.

Ademais, os recursos que compõem o Salário-Educação estão destinados para programas, atividades e ações de Manutenção e Desenvolvimento da Educação, que, por sua vez, nada mais são de prestações estatais positivas para efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

A destinação dos valores do Salário-Educação para outras finalidades que não tenham vinculação com a Educação, além de se caracterizar desvio de finalidade, configura, também, omissão estatal no campo da Educação, o que permite a atuação do Poder Judiciário.

Por outro lado, não é possível o Município de Angra dos Reis despender recursos financeiros para outras searas sem que antes recomponha os valores do Salário-Educação. Como mencionado anteriormente, os recursos do Salário-Educação são

prioritários em relação a qualquer outro tipo de gasto que não tenha vinculação com o direito fundamental.

Veja, Exa., que os recursos de Salário-Educação são destinados para política pública educacional que, ao final, atende, na grande maioria, crianças e adolescentes.

Neste campo, podemos mencionar que os valores destinados para publicidade, realização de eventos esportivos ou festivos, aumento de cargo de provimento precário, contratação temporária despida dos requisitos previstos em lei, concessão de renúncias fiscais, são completamente irrazoáveis.

Em um simples exercício de ponderação de valores, é fácil concluir que os recursos destinados para eventos festivos e aplicação de renúncias fiscais nunca poderão prevalecer sobre a obrigação de ressarcimento da conta do Salário-Educação, haja vista que os valores desta conta servem para efetivar um direito fundamental basilar, qual seja, o direito à Educação.

Assim, cabe ao Poder Judiciário, com base na atual estrutura constitucional, garantir que a inércia ou omissão dos demais poderes não se tornassem *ad eternum*. Por um lado, coube-o pôr fim a impasses que impeçam a efetivação de direitos fundamentais; por outro, lhe foi incumbido dar início a um exercício digno da vida humana. Portanto, a interferência jurisdicional na esfera de atuação dos demais poderes vai para além das linhas teóricas do sistema de pesos e contrapesos (*check and balance*), alcançando a vivência prática, podendo significar, assim como no caso em tela, a vida de alguém.

Apenas a título de argumentação, não há falar, *in casu*, em aplicação da Reserva do Possível, pois é dever do Estado pôr como prioridade, inclusive orçamentária, a consecução de direitos constitucionalmente previstos. Não se pode alegar de maneira abstrata e genérica a insuficiência de recursos financeiros em casos de tamanha importância.

Conforme já colacionado, o STF, no julgamento da ADPF nº 45, firmou a seguinte tese:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar

nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais imprugnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

A Constituição da República persegue um objetivo precípuo, qual seja, a proteção de um mínimo existencial dos indivíduos, sem o qual o paradigma central de toda a ordem jurídica resta violado. Portanto, somente após alcançado o mínimo existencial é que se confere aos gestores a opção de, com os recursos remanescentes, fazer escolhas de aplicação dos mesmos.

Também acerca da inércia estatal na busca pela realização dos mandamentos constitucionais, é de suma importância que colacionemos trecho de julgamento do Colendo Supremo Tribunal Federal:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostram ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (ARE 639337 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/08/2011)

Por todos os fatos e fundamentos expostos, é de suma importância a pronta intervenção judicial no sentido de impedir gastos não essenciais, ou seja, desprovidos do cunho da efetivação dos direitos fundamentais até o completo ressarcimento dos valores da conta do Salário-Educação.

III – DA TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER LIMINAR

À luz do artigo 300 do Código de Processo Civil, é cediço que o deferimento da tutela de urgência encontra-se condicionado à reunião de requisitos inafastáveis, quais sejam: a probabilidade do direito invocado, somada ao perigo de dano, ou a probabilidade do direito invocado, somada à evidência do direito substancial objeto da ação.

Especificamente no que pertine à tutela de urgência, observa-se que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* conjugam-se, mitigando, em verdade, o juízo de probabilidade, mais imanente à tutela de evidência.

Assim, a despeito do teor do parágrafo 3º do artigo 300 do Estatuto Processual Civil, é de bom alvitre consignar tal ponderação para concluir que a irreversibilidade

na tutela de urgência deve ser interpretada *cum grano salis*. Outra não é a lição sempre abalizada de Elpídio Donizetti, que assim pontifica:

O contrassenso fez que doutrina e jurisprudência mitigassem o requisito da reversibilidade. Há situações em que, não obstante a irreversibilidade do provimento a ser concedido, a urgência é tão premente que a espera pela cognição exauriente é capaz de inviabilizar a própria utilidade da medida. É um caso de potencial irreversibilidade para ambas as partes, diante da qual permite-se ao julgador proceder a um juízo de ponderação e assim propender à proteção daquele que, não possuindo o bem da vida naquele momento, sofrerá maior impacto. Exemplo: consumidor que precisa fazer uma cirurgia de emergência, mas o fornecedor (plano de saúde) alega não haver previsão de cobertura. Nesses casos, a jurisprudência entende plausível a mitigação deste requisito negativo, sob a égide do princípio da proporcionalidade. Espera-se que a jurisprudência cada vez mais mitigue o requisito da reversibilidade, uma vez que a interpretação literal do citado dispositivo impede que crises do direito material, eivadas de extrema urgência, sejam de pronto estancadas com a concessão da tutela adequada, violando o próprio fim a que o instituto se destina. Na tutela da evidência, em razão da situação (de evidência) do direito em que se sustenta, não se exige o tal requisito da irreversibilidade. (DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 472)

Ademais, por ser norma específica de regramento, o artigo 12 da Lei nº 7.347/85²⁵ (LACP – Lei da Ação Civil Pública) tem incidência inafastável.

Acerca do tema da liminar em Ação Civil Pública, leciona Rodolfo de Camargo Mancuso:

Em dois dispositivos trata a Lei nº 7.347/85 sobre a tutela cautelar dos interesses difusos. Dá-lhes ação cautelar, propriamente dita, no art. 4.º e prevê a possibilidade de concessão de mandado liminar, “com ou sem justificação prévia”, no artigo 12 (...). Cabe ressaltar, desde logo, que o art. 4.º contém uma particularidade: a cautela não apenas preventiva, como seria curial, mas pode conter um comando, uma determinação para um *non facere*, ou mesmo para um *facere*, tudo em ordem a “evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor (...)” etc. Conjugando-se os arts. 4.º e

²⁵ Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

12.º da Lei nº 7.347/85, tem-se que essa tutela de urgência há de ser obtida através de liminar que, tanto pode ser pleiteada na ação cautelar (factível antes ou no curso da ação civil pública) ou no bojo da própria ação civil pública, normalmente em tópico destacado da petição inicial. Muitas vezes, mais prática será a segunda alternativa, já que se obtém a segurança exigida pela situação de emergência, sem a necessidade de ação cautelar propriamente dita (in *Ação Civil Pública*, 6.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1999).

Da análise dos dispositivos acima elencados, conclui-se que a tutela de urgência é permitida em sede de Ação Civil Pública, sempre que a cognição sumária evidenciar a plausibilidade do direito alegado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Na presente *quaestio*, a plausibilidade do direito se depreende: a um, dos documentos anexados, que comprovam o montante retirado da conta do Salário-Educação no período de 2013/2016; a dois, o próprio ente federativo reconhece o valor retirado, o que torna o fato incontroverso.

Já o perigo de dano substancia-se na possibilidade da postergação do ressarcimento dos valores essenciais para Educação em razão do Município de Angra do Reis efetuar gastos não prioritários, conforme elencados anteriormente. O não ressarcimento dos valores para a conta do Salário-Educação acaba gerando graves prejuízos para os municípios, já vista que não conta com recursos suficientes para investir na melhoria da Educação.

Assim, a concessão do provimento liminar pleiteado é medida imprescindível para evitar condutas lesivas ao financiamento da Educação (ações, serviços e programa de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino), inclusive porque aguardar a sentença de mérito ensejaria prejuízo irreparável para os usuários do sistema público de ensino e ao mesmo sinalizaria para gestor público inconsequente que os custos da conta ilegal não recairiam sobre a sua gestão ante o largo lapso temporal que permeia as ações judiciais.

Ainda nesse sentido, não é despiciendo repisar que os artigos 12, *caput*, e 21 da Lei nº 7.347/85, bem assim o 300 do CPC/15, consagram a possibilidade de o julgador, diante da relevância do fundamento da demanda e do justificado receio de ineficácia do provimento final, conceder liminarmente a tutela pretendida pelo Autor da ação.

Especificamente no que tange à questão do reverso da medida de antecipação, o artigo 300, § 1º, do Código de Processo Civil, preconiza que a concessão da tutela de urgência exigirá a prestação de uma caução de contracautela, que pode ser real ou fidejussória, com a finalidade de se proteger a parte contrária contra o risco de que venha a sofrer danos indevidos.

Ao analisar a medida, Alexandre de Freitas Câmara (*in O Novo Processo Civil Brasileiro*) informa que o objetivo é acautelar o assim chamado *periculum in mora* inverso, isto é, o perigo de que o demandado sofra, em razão da demora do processo, um dano de difícil ou impossível reparação (que só será identificado quando se verificar que, não obstante provável, o direito do demandante na verdade não existia). No entanto, cabe a ressalva segundo a qual deve ser a caução dispensada nos casos em que o demandante, por ser economicamente hipossuficiente, não puder oferecê-la, nos termos do mesmo artigo 300, § 1º, parte final. Segundo o referido autor, “afinal, não se pode criar obstáculo econômico ao acesso à justiça, que não é garantido só aos fortes economicamente, mas é assegurado universalmente.”

IV. DOS PEDIDOS

IV. A) PEDIDO DE CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA

Ante o exposto, requer o Ministério Público liminarmente:

- a) Que o município se abstenha de realizar qualquer transferência de recursos financeiros da conta Salário-Educação (Banco do Brasil, Agência nº 460-X, Conta Corrente nº 28047-X) para outras contas de titularidade do Município de Angra dos Reis ou de outras Secretarias Municipais;
- b) A imediata suspensão das isenções concedidas pelas Leis n. 1.000/2000, 1.129/2001, 1.805/07, bem como os seus atos normativos regulamentadores, em razão do descumprimento dos requisitos previstos no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- c) A imediata suspensão do Programa Passageiro Cidadão, criado pela Lei Municipal nº 2.767/2011, alterada pela Lei Municipal nº 3.838/19, em razão do descumprimento dos requisitos previstos no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal;
 - c.1) Subsidiariamente, em caso de não suspensão integral do programa que seja deferida a suspensão parcial do mesmo, ficando restrito apenas para os beneficiários do Programa Bolsa Família;
- d) Que se abstenha o município de conceder, majorar ou renovar renúncias de receitas sem lastro na correspondente e indispensável medida compensatória, sobretudo as que são concedidas por prazo indeterminado, diante do seu impacto fiscal desarrazoado em face das premissas contidas no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- e) Suspensão imediata dos procedimentos administrativos, e respectivos empenhos, até que sejam ressarcidos os déficits financeiros relativos à conta Salário-Educação, relacionados aos seguintes temas:

e.1) a realização de despesas com publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos municipais, ou das entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública;

e.2) realização de despesas referente ao custeio de transporte para universitários (previsto pela Lei Municipal nº 2.215/09, alterada pela Lei Municipal nº 2.496/10, e regulamentada pelo Decreto nº 7405/10), custeados com recursos do Tesouro Municipal (Fonte 00);

f) Subsidiariamente, caso não sejam acatados os itens “a”, “b”, “c”, “d” e “e”, que seja determinado ao Município apresentar plano de recomposição integral e à vista dos valores devidos para a recomposição do Salário-Educação, no prazo de 30 dias.

g) Se abstenha o município, enquanto não ressarcido o déficit da conta Salário-Educação, de:

g.1) custear parcial ou integralmente festividades e contratação de shows artísticos (a exemplo do Carnaval, Réveillon, Festa do Aniversário ou padroeiro da cidade), ainda que por meio de renúncia de receitas ou quaisquer outras formas de fomento;

g.2) reconhecer espontaneamente prescrição da dívida ativa, sem que se tenha buscado esgotar todas as formas lícitas de executá-la;

g.3) Realizar pagamento a agentes públicos de quaisquer espécies de auxílio, reembolso ou ressarcimento em decorrência da realização de gastos pessoais ou de familiares com a aquisição de serviços na rede privada de ensino;

h) Determinar que o Município apresente todos os dados relativos às isenções fiscais (período 2017/2020) e subsídios e que comprovem o integral cumprimento dos requisitos previstos no art. 14 da LRF, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de suspensão das inserções e, ao final, a declaração de sua invalidade, consistente em:

h.1) estudo de impacto financeiro nas metas fiscais;

h.2) quais medidas compensatórias foram efetivadas, indicando as origens e valores arrecadados;

h.3) análise dos resultados das renúncias/isenções fiscais/subsídios;

h.4) comprovação de que tais renúncias/isenções/subsídios não estão afetando as metas fiscais, acostando a devida declaração do gestor;

i) suspender liminarmente todas as renúncias/isenções concedidas pelo Município de Angra dos Reis, até o ressarcimento integral da conta Salário-Educação (conta corrente nº 28047-X, Agência nº 460-X, Banco do Brasil) referente às Leis Municipais nº 1.000/2.000, nº 1.129/2001, nº 1.805/07 (no que se refere a renúncia de receita), nº 2.767/2011, nº 3.838/19, bem como todos os instrumentos normativos regulamentadores das mencionadas leis;

j) Dada a natureza antecipatória da medida, seja aplicado o efeito da estabilidade da decisão, na hipótese de não ocorrer recurso, na forma do artigo 304 do CPC/15.

IV. B) PEDIDOS DEFINITIVOS

Requer, também, o Ministério Público que se digne Vossa Excelência a:

1. Determinar a citação do Município de Angra dos Reis, através dos seus Procuradores (art. 75, II, do CPC), para apresentar resposta, sob pena de revelia e seus conseqüências;

2. **JULGAR** procedente a demanda para:

2.1. Confirmar o provimento liminar e condenar o Requerido ao cumprimento da obrigação de ressarcir a Conta Corrente nº 28047-X, Agência nº 460-X, Banco do Brasil, no montante de *R\$ 18.255.967,46 (dezoito milhões e duzentos e cinquenta e cinco mil e novecentos e sessenta e sete reais e quarenta e seis centavos)*, corrigidos com juros e correção monetária até o momento da efetiva liquidação, com **RECEITAS DE RECURSOS PRÓPRIOS não vinculados à finalidade específica**;

2.2. Fixar obrigação de não fazer no sentido de vedar qualquer transferência de recursos da conta Salário-Educação (Conta Corrente nº 28047-X, Agência nº 460-X, Banco do Brasil,) para outras contas de titularidade do Município de Angra dos Reis;

2.3. Determinar que os pagamentos, decorrentes dos empenhos e liquidações, que tenham como lastro os recursos vinculados do Salário-Educação sejam efetivados diretamente da conta corrente nº 28047-X, Agência nº 460-X, Banco do Brasil;

2.4. Determinar a suspensão de todas as renúncias/isenções concedidas pelo Município de Angra dos Reis, até o ressarcimento integral da conta Salário-Educação (conta corrente nº 28047-X, Agência nº 460-X, Banco do Brasil), confirmando o pedido do item "h" do pleito liminar;

2.5. Determinar que o Município de Angra dos Reis transfira a titularidade e gestão exclusiva da conta bancária do Salário-Educação (conta corrente nº 28047-X, Agência nº 460-X, Banco do Brasil) para o titular da Secretaria Municipal de Educação;

2.6. Decretar a invalidade das renúncias (isenções e subsídios) concedidas pelas Leis municipais nº 1.000/2.000, 1.129/2001, 1.805/07 (no que se refere à renúncia de receita) em razão do não atendimento aos requisitos previstos no art.14 da LRF, bem como pelo extrapolar do limite temporal para concessão dos benefícios;

2.7. Subsidiariamente, caso não sejam acatados os itens 2.4 e 2.6, que seja determinado ao Município apresentar plano de recomposição integral e à vista dos valores devidos para a recomposição do Salário Educação, no prazo de 30 dias;

2.8. Ser fixada multa por descumprimento de quaisquer dos pedidos formulados nesta ação civil pública no patamar de 3 (três) vezes o valor dos gastos, ou em valor diário a ser prudentemente arbitrado por V. Exa., mas não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a incidir, em especial, sobre o Prefeito e sobre os Secretários Municipais de Educação e de Fazenda que se encontrarem em exercício quando do descumprimento, conforme admite o artigo 77, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

3. Condenar o demandado ao pagamento de custas processuais e demais ônus sucumbenciais.

Requer, outrossim, a produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, a juntada de documentos e a realização de perícias, reservando-se o direito de indicar assistente técnico.

Dá-se à causa o valor de R\$ 18.255.967,46 (*dezoito milhões e duzentos e cinquenta e cinco mil e novecentos e sessenta e sete reais e quarenta e seis centavos*), para efeitos meramente fiscais.

P. deferimento.

Angra dos Reis, 01 de junho de 2020.

RENATO LUIZ DA SILVA MOREIRA

Promotor de Justiça

GAEDUC

MARCELLO MARCUSSO BARROS

Promotor de Justiça

GAEDUC

PATRÍCIA CESÁRIO DE FARIA ALVIM

Promotora de Justiça

GAEDUC

PHILIPPE MELLO FIGUEIREDO

Promotor de Justiça

GAEDUC

RENATA VIEIRA CARBONEL CYRNE

Promotora de Justiça

GAEDUC

MICHELLE BRUNO RIBEIRO

Promotora de Justiça

GAEDUC

LEONARDO ZULATO BARBOSA

Promotor de Justiça

GAEDUC

PATRÍCIA BRITO E SOUZA

Promotora de Justiça

GAEDUC

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Grupo de Atuação Especializada em Educação – GAEDUC

Ref.: MPRJ nº 2020.00292820

EXMO. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL/RJ

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, através do Grupo de Atuação Especializada em Educação, situado na Av. Marechal Câmara, nº 350, 6º andar, Centro da Cidade do Rio de Janeiro, vem, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 129, III, da Constituição da República, art. 34, VI, da Lei Complementar Estadual n. 106/03, e no art. 11, II da Lei nº 8.429/92, ajuizar a presente:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

em face do **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público interno, CNPJ nº 42.498.600/0001-71, na pessoa do Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sr. Wilson Witzel, com endereço na Rua Pinheiro Machado, s/nº, CEP nº 22.231-901, Laranjeiras, Rio de Janeiro ou na pessoa do Procurador-Geral do Estado, Dr. Marcelo Lopes da Silva, com endereço na Rua do Carmo, nº 27, CEP nº 20.011-020, Centro, Rio de Janeiro.

I) DOS FATOS

Trata-se de ação civil pública que tem por objeto o dever estatal de correto e adequado financiamento da política pública de alimentação escolar executada pelo Estado do Rio de Janeiro durante o período de suspensão das aulas presenciais da rede pública estadual determinado em razão da pandemia causada pela COVID-19, em respeito às regras de direito orçamentário e financeiro que regem as receitas arrecadadas e as despesas realizadas pela administração pública, em especial aquelas relativas à sistemática da vinculação de recursos financeiros, com base nas normas constitucionais e legais que regem a matéria.

As investigações tiveram início a partir de notícias que aportaram na 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital, noticiando irregularidades acerca do fornecimento de alimentação aos alunos da rede estadual durante o período no qual as aulas estejam suspensas o que ensejou a instauração do Inquérito Civil registrado sob o MPRJ nº 2020.00292820, pela 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital, passando a ser presidido pelo Grupo de Atuação Especializada em Educação (GAEDUC), tendo

por objeto a análise e fiscalização das ações administrativas adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro para garantia da segurança alimentar dos alunos matriculados na rede pública estadual, tendo por base o direito humano à alimentação adequada e as condições de vulnerabilidade social desses indivíduos, no contexto da pandemia causada pela COVID-19.

Em 13 de março, o Decreto Estadual nº 46.970/2020, publicado em edição especial, dispôs sobre medidas temporárias de prevenção ao contágio e de enfrentamento da Emergência em Saúde Pública de Importância Estadual e Internacional, decorrente do novo coronavírus (COVID-19), no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e determinou a suspensão por 15 dias, dentre outras atividades, “das aulas, sem prejuízo da manutenção do calendário recomendado pelo Ministério da Educação, nas unidades da rede pública e privada de ensino, inclusive nas unidades de ensino superior”, regulamentado pela Resolução SEEDUC nº 5.838 de 16 de março de 2020, onde o Secretário de Estado de Educação antecipou o recesso escolar para o período compreendido entre 16 de março e 29 de março.

Em seguida, o Governo do Estado fez publicar o Decreto Estadual nº 46.973 em 16 de março de 2020, por meio do qual reconhece a situação de emergência na saúde pública do estado do Rio de Janeiro e estabelece novas medidas temporárias de prevenção ao contágio e de enfrentamento da emergência em saúde determinada pela COVID-19.

A Superintendência de Gestão das Regionais Administrativas remeteu, em 27 de abril de 2020, uma Comunicação Interna para as Diretorias Regionais Administrativas e Direções das Unidades Escolares acerca da questão da distribuição de gêneros alimentícios, adquiridos no âmbito do PNAE, às famílias dos estudantes, a critério do poder público local, autorizando, em caráter excepcional, tal fornecimento. Em tal comunicação a Superintendência de Gestão das Regionais Administrativas informou que a relação de alunos beneficiados com os kits deverá ser providenciada pela Direção da Unidade Escolar, levando em consideração a condição de necessidade social do aluno e que tal recorte social para a seleção dos alunos com vistas ao recebimento do kit deverá ser de total responsabilidade do Diretor da Unidade.

No dia 11 de maio de 2020, por meio do Decreto nº 47.068/2020, o Estado do Rio de Janeiro prorrogou mais uma vez a suspensão das aulas presenciais, agora até o dia 31 de maio de 2020, sem prejuízo da manutenção do calendário recomendado pelo MEC, nas unidades da rede pública e privada de ensino, inclusive nas unidades de ensino superior, em razão da situação de emergência na saúde pública do Estado do Rio de Janeiro.

Neste sentido, a Secretaria de Estado de Educação fez publicar, também no dia 11 de maio de 2020, a Resolução SEEDUC nº 5.843, estabelecendo regime especial de atividades escolares não presenciais para as unidades de ensino da rede SEEDUC, em todas as etapas e nas modalidades ofertadas, durante o período em que vigorar a suspensão das aulas presenciais e as medidas de isolamento social, decorrentes da excepcionalidade em função da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19).

Indagado a respeito das ações administrativas adotadas e quanto às fontes de recursos utilizadas para o custeio das despesas correlatas, o Estado permaneceu silente até o presente momento.

A falta de informações claras quanto às ações adotadas pelo Governo do Estado e absoluta ausência de informações quanto aos recursos financeiros destinados ao financiamento ensejou a expedição da Recomendação GAEDUC nº 009/2020, em síntese, para que o Estado garanta a segurança alimentar de todos os alunos matriculados na rede através da correta execução e adequado financiamento da política pública estadual, mediante oferta de alimentação em qualquer das duas modalidades, respeitadas as necessidades nutricionais e especificidades de cada faixa etária e condições de saúde dos destinatários, o respeito às regras de aquisição da agricultura familiar, as condições sanitárias que o momento de crise exige, as vedações atinentes à aplicação dos recursos vinculados à educação para o custeio de despesas com alimentação escolar e as regras de transparência que envolvem as contratações para esta finalidade.

A Recomendação GAEDUC/MPRJ nº 009/2020 trouxe especial destaque para a impossibilidade da realização de despesas de alimentação escolar com recursos vinculados à educação, pelas razões ali expostas, no que se inclui a aquisição de cestas básicas ou a entrega de cartão-alimentação para as famílias dos alunos matriculados na rede pública, com fulcro no art. 71, IV da LDB e art. 212, § 4º da CRFB.

As razões aduzidas na Recomendação perpassam a análise da regular prestação do serviço educacional no estado, através da oferta de ensino a distância durante o período de fechamento das escolas, uma vez que a oferta de alimentação escolar a ele se vincula, o que será objeto de abordagem específica e detalhada no curso da presente inicial, uma vez que a natureza da atividade pedagógica desenvolvida pela municipalidade é de suma importância para definição da fonte de recursos constitucional e legalmente autorizada para o seu custeio.

Os recursos utilizados de forma ilegal e indevida deverão ser objeto de ressarcimento às contas da educação, de forma serem destinados ao custeio regular das despesas previstas pelo ordenamento jurídico para garantia do direito fundamental à educação, mediante a realização de ações de manutenção e desenvolvimento do ensino.

Expedida a Recomendação GAEDUC/MPRJ nº 009/2020 com a finalidade de zelar pelo correto financiamento da política pública estadual, com o necessário resguardo dos recursos vinculados à Educação, que restou desatendida pelo Estado, não resta alternativa ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que não seja a propositura da presente ação.

Em maio de 2020, foi ajuizada na 1ª Vara da Infância e Juventude da Capital pela Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro ação civil pública em face do Estado e Município do Rio de Janeiro que tem por objeto a condenação dos réus à oferta de alimentos aos alunos matriculados nas respectivas redes públicas de ensino,

como forma de garantir a sua segurança alimentar mediante a distribuição de gêneros alimentícios e transferência de renda. (Proc. Eletrônico nº 0093472-52.2020.8.19.0001)

A despeito do louvável intuito da referida demanda, sendo certo se tratar de direito fundamental a que corresponde a obrigação alimentar estatal, em especial em contextos de emergência e calamidade que o determinem, o respeito às normas legais orçamentárias e financeiras de financiamento da despesa pública se impõe como garantia da legalidade dos atos administrativos, sob pena de brutal afronta ao Estado Democrático de Direito, sendo este o objeto da presente demanda, que não inclui a discussão acerca do dever de prestar ou não alimentos durante o período de suspensão das aulas, tratada na ação judicial prestacional proposta pela Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro acima mencionada, o que motivou o ajuizamento da presente demanda, uma vez não atendidos os termos da Recomendação expedida pelo GAEDUC/MPRJ.

II) DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1) DA COMPETÊNCIA

Conforme é possível extrair da narrativa acima, a presente ação civil pública, de natureza orçamentário-financeira, tem por objeto principal o financiamento da política pública de alimentação a ser implementada pelo Estado do Rio de Janeiro no contexto da pandemia causada pela COVID-19, bem como as questões de natureza orçamentária que as regem, aí incluídas as obrigações de planejamento e execução das despesas correlatas, tudo em respeito às normas constitucionais e legais.

Ponto central da demanda é o uso correto dos recursos financeiros do ente público para a execução da política pública diante da sistemática de vinculação de recursos, controle contábil, transparência e demais normas do direito constitucional e financeiro previstas no ordenamento jurídico brasileiro para o custeio das despesas públicas.

Neste caso, as regras de competência aplicadas serão aquelas previstas no art. 52 e seu parágrafo único do CPC/15 c/c art. 44, inciso I da Lei Estadual nº 6.956/15 que apontam os juízos da comarca da Capital como aptos para receber a presente demanda:

Art. 52. É competente o foro de domicílio do réu para as causas em que seja autor Estado ou o Distrito Federal.

Parágrafo único. Se Estado ou o Distrito Federal for o demandado, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou na capital do respectivo ente federado.

Art. 44. Compete aos juízes de direito em matéria de interesse da Fazenda Pública processar e julgar:

I - causas de interesse do estado e de município, ou de suas autarquias, empresas públicas e fundações públicas;

II.2) DA POLÍTICA PÚBLICA EDUCACIONAL ALIMENTAR

A Constituição Federal, no seu art. 6º¹, trouxe como direito social, componente da dignidade da pessoa humana, o dever estatal de formular e executar políticas públicas voltadas para a garantia de alimentação adequada para população que dela necessite.

A garantia do direito à alimentação adequada pode ser compreendida a partir de duas dimensões principais: o direito de acesso ao alimento, entendido, de forma ampla, como o direito de estar livre da fome, e o direito à alimentação adequada, compreendida como aquela que atende aos padrões mínimos de qualidade e segurança, segundo orientações dos órgãos competentes.

Visando normatizar e dar efetividade ao direito à alimentação adequada, foi promulgada a Lei nº 11.346/2006², que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e assim dispôs:

Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

§ 1º A adoção dessas políticas e ações deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais.

§ 2º É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

Nos expressos termos da Lei (art. 3º), a Segurança Alimentar e Nutricional reside na “realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais.” Não é difícil compreender a importância desse direito para a fruição de

¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

² Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências.

todos os demais, sendo certo que inúmeras pesquisas sinalizam para as consequências da desnutrição e subnutrição para o desenvolvimento do ser humano e para o completo exercício da cidadania.

Portanto, com fundamento no dispositivo constitucional e na regulamentação legal supramencionado, é forçoso concluir que o gestor público de qualquer esfera federativa tem o dever de elaborar e executar políticas públicas voltadas para dar segurança alimentar e nutricional adequada aos seus cidadãos.

O Estado deve prover alimentos diretamente a indivíduos ou grupos incapazes de obtê-los por conta própria, até que alcancem condições de fazê-lo. As ações podem se relacionar com as políticas de transferência de renda ou renda básica, entrega de alimentos em conformidade com as especificidades de cada grupo, população ou comunidade ou outras ações de seguridade social.

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, que definiu a política nacional de alimentação escolar no Brasil e instituiu o Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. A execução do programa de forma eficiente é, na verdade, apenas um dos mecanismos de que dispõe o poder público para a garantia da segurança alimentar da população, mas não o único. Este, por sua vez, prevê requisitos para a sua execução bem como vinculações orçamentárias legais e constitucionais, o que será objeto de análise no capítulo seguinte.

II.3) O CORRETO E ADEQUADO FINANCIAMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR CONSUBSTANCIADA PELO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR

Antes de adentrarmos à análise das regras de financiamento da política pública educacional, de forma introdutória ao tema, traremos considerações basilares sobre o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) como espécie de política pública para garantia da segurança alimentar no contexto da Educação, a ser executada pelo respectivo órgão setorial.

II.3.1) DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE) COMO POLÍTICA SETORIAL EDUCACIONAL E OS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 208, VII³, definiu que o dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento ao educando, por meio, dentre outros, de *programas suplementares de alimentação escolar*, como forma de garantir alimentação adequada aos estudantes haja vista seus impactos na aprendizagem.

³ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de (...) VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

Foi justamente em razão dos reconhecidos impactos na aprendizagem, que o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014) definiu como meta para o país o fomento da qualidade da educação em todas as etapas da educação básica e, para tanto, estabeleceu como uma de suas estratégias a ampliação de programas e ações de atendimento aos alunos através de programas de alimentação escolar, dentre outros⁴.

No que toca à natureza do programa suplementar de alimentação escolar, o próprio comando constitucional do art. 208, VII, a, informa ao estabelecer o seu caráter suplementar ao ensino, de modo que a alimentação escolar é, por natureza, aquela vinculada à prestação do serviço educacional. Trata-se, portanto, de política pública educacional.

A despeito da previsão constitucional do dever estatal de oferta de alimentação no contexto educacional, a legislação brasileira não previu como despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas relativas aos “programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social”, nos termos do art. 71, inciso IV da LDB⁵.

Assim é que não se pode confundir a definição legal de política pública educacional alimentar com a natureza da despesa que a concretiza. A classificação da despesa como de natureza assistencial é expressa e decorre de texto de lei, conforme destacado, a despeito de relevante componente do processo educacional de qualidade. Trataremos das consequências dessa classificação mais adiante.

A política nacional de alimentação escolar brasileira foi prevista e consubstanciada pela Lei nº 11.947/2009 que definiu o Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, regulamentada pela Resolução FNDE nº 26/2013, tendo por objetivo contribuir para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos, por meio de ações de educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo.

Assim, a oferta de refeições que atendam às necessidades nutricionais dos estudantes, durante o período letivo, configura-se como uma das estratégias para o alcance dos objetivos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), conforme estabelece a Lei nº 11.947/2009, que objetiva contribuir para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos.

⁴ 7.17) ampliar programas e aprofundar ações de atendimento ao (à) aluno (a), em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

⁵ Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com: (...) IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;

A alimentação escolar é, portanto, um direito dos alunos da educação básica pública, configurando-se como dever do Estado a efetiva execução da política, em consonância com as diretrizes presentes na legislação vigente.

Sobre os princípios que regem o programa, destaca-se o *princípio da universalidade*, pelo qual *todos os alunos matriculados* na rede de ensino devem ser atendidos, *independentemente de sua inscrição e cadastro em programas assistenciais como Bolsa Família*, conforme disposto no art. 2º, inciso III da Lei nº 11.947/2009.

Outro importante princípio que rege o PNAE é o *princípio da igualdade*, pelo qual se deve garantir acesso igualitário à alimentação adequada a todos os alunos, respeitadas as suas faixas etárias, condições de saúde e necessidades nutricionais individuais e específicas, conforme preconiza o art. 2º, inciso VI da Lei nº 11.947/2009.

No contexto da alimentação escolar, a unidade escolar se torna, durante pelo menos duzentos (200) dias letivos do calendário escolar, um espaço estratégico para a oferta de refeições e o acesso à alimentação adequada e saudável, principalmente para famílias e pessoas em situação de vulnerabilidade social e consequente insegurança alimentar e nutricional.

Por se tratar de política pública que exige o dispêndio de vultosos recursos financeiros, devendo ser sempre e cada vez mais fortalecidas as formas de controle, o Conselho de Alimentação Escolar (CAE) é órgão fiscalizador da política de alimentação escolar, com função permanente, deliberativa e normativa, sendo responsável pela emissão de parecer conclusivo sobre o uso dos recursos a ela destinados, além do controle da qualidade, condições de higiene e cardápio da alimentação escolar.

II.3.2) DAS FONTES DE CUSTEIO DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE)

Dispõe o art. 5º da Lei nº 11.947/2009⁶ que os recursos financeiros que a União tenha consignado em seu orçamento para financiamento do PNAE serão transferidos, independentemente de convênio, a Estados e Municípios.

A fonte de recursos proveniente das transferências voluntárias da União, entretanto, não deve ser a única destinada ao financiamento da política de alimentação escolar.

Isso porque que devem ser utilizados recursos financeiros necessários e suficientes para garantia das necessidades nutricionais dos alunos, respeitada a diferença biológica entre as faixas etárias e condições de saúde individuais,

⁶ Art. 5º Os recursos financeiros consignados no orçamento da União para execução do PNAE serão repassados em parcelas aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às escolas federais pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, em conformidade com o disposto no art. 208 da Constituição Federal e observadas as disposições desta Lei.

considerados aqueles que necessitem de atenção específica ou se encontrem em vulnerabilidade social, nos termos do art. 2º, VI, da Lei nº 11.947/2009⁷.

Por tais razões, a programação financeira do ente público estadual deverá considerar a sua contrapartida, com recursos próprios, para fins de cumprimento da meta nacionalmente estabelecida (meta 7, estratégia 7.1 do PNE) e dos critérios definidos para o atendimento pelo programa suplementar de alimentação escolar (Lei nº 11.947/2009), conforme determina o art. 10 do PNE⁸.

Seguindo os comandos legais acima destacados, a Resolução FNDE nº 26/2013 repisou, no art. 6º, 3º, VI, que os entes deverão custear com recursos próprios a diferença entre as necessidades de custeio do programa, atendido o padrão de qualidade nutricional e os recursos financeiros transferidos pela União⁹.

Premissa inafastável para o correto e adequado financiamento da política de alimentação escolar, com a alocação de recursos financeiros para o cumprimento das dotações orçamentárias necessárias à plena execução do programa de alimentação escolar é a efetiva prestação do serviço educacional, compreendida como a ocorrência de efetivo trabalho escolar, *ainda que de modo não presencial*, uma vez que se trata de programa suplementar ao ensino, nos termos já mencionados em capítulo anterior e que será retomado nas linhas abaixo.

II.3.3) DAS VERBAS DE TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DA UNIÃO

O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) previu em seu artigo 5º¹⁰, como forma de financiamento a transferência voluntária de recursos federais pela União a Estados e Municípios, em atenção ao regime de colaboração que rege a política educacional, nos termos dos arts. 23¹¹ e 211¹² da CRFB. Em meio ao contexto da

⁷ Art. 2º. São diretrizes da alimentação escolar: (...) VI - o direito à alimentação escolar, visando a garantir segurança alimentar e nutricional dos alunos, com acesso de forma igualitária, respeitando as diferenças biológicas entre idades e condições de saúde dos alunos que necessitem de atenção específica e aqueles que se encontram em vulnerabilidade social.

⁸ Art. 10. O plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão formulados de maneira a assegurar a consignação de dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias deste PNE e com os respectivos planos de educação, a fim de viabilizar sua plena execução.

⁹ IV – por assegurar que a oferta da alimentação nas escolas se dê em conformidade com as necessidades nutricionais dos alunos, inclusive complementando a aquisição de gêneros alimentícios com recursos financeiros próprios, caso necessário.

¹⁰ Art. 5º. Os recursos financeiros consignados no orçamento da União para execução do PNAE serão repassados em parcelas aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às escolas federais pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, em conformidade com o disposto no art. 208 da Constituição Federal e observadas as disposições desta Lei.

§ 1º. A transferência dos recursos financeiros, objetivando a execução do PNAE, será efetivada automaticamente pelo FNDE, sem necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante depósito em conta corrente específica.

¹¹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

¹² Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

pandemia causada pela COVID-19 e dos impactos vivenciados pela política alimentar no Brasil, a Lei nº 11.947/2009, que dispõe sobre o Programa de Alimentação Escolar – PNAE, foi alterada pela Lei nº 13.987 de 07 de abril de 2020, que nela incluiu o art.21-A, com a finalidade de autorizar, *em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica em razão da situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de kits compostos por gêneros alimentícios* adquiridos com recursos financeiros recebidos à conta do PNAE¹³.

Veja-se que o novel art. 21-A da Lei nº 11.947/2009 flexibilizou os requisitos legais de *tempo e espaço* ao autorizar a distribuição de gêneros alimentícios através de kits, em período de suspensão das aulas, por emergência ou calamidade pública, aos responsáveis pelos estudantes, mantendo, entretanto, a vinculação dos recursos à *natureza da despesa*, qual seja a aquisição de bens (gêneros alimentícios básicos) relacionados à alimentação escolar, nos termos do art. 12 da referida lei.

A Resolução FNDE nº 2, de 9 de abril de 2020, que dispõe sobre a execução do PNAE durante o período de estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública decorrente da COVID-19, estabelece que os gêneros alimentícios poderão ser distribuídos em forma de kits definidos pela equipe de nutrição local, devendo ser observado o *per capita* por faixa etária e o período em que o aluno estaria na unidade escolar, de modo que a entrega dos alimentos deverá ser proporcional à carga horária que o aluno cumpra na escola (período parcial ou integral), considerado assim o número de refeições consumidas por dia.

A alteração legislativa teve lugar em razão da suspensão das aulas presenciais nas unidades escolares e com a finalidade de assegurar, ao menos em parte, a segurança alimentar dos alunos no momento em que as escolas, espaço onde comumente se garante parte da necessidade nutricional diária, se encontram fechadas, permanecendo vigentes as restrições ao uso dos recursos vinculados.

Dessa forma, a distribuição dos recursos financeiros, através de cartões-merenda ou através de aplicativos de pagamento para que venham a ser utilizados pelas famílias não foi autorizada de forma expressa pela recente alteração legislativa que, por trazer situação excepcional, deve ser interpretado de forma restritiva.

Tal se dá em razão do escopo do Programa Nacional de Alimentação Escolar, que objetiva, por opção da União Federal, beneficiar diretamente os alunos matriculados nas redes de ensino com a entrega de alimentos *in natura*, entendida como a forma mais segura de garantir a sua nutrição, através do acesso direto aos alimentos.

O Programa seria desnaturado em seus objetivos e amplamente prejudicado no escopo acima destacado caso fosse autorizada a entrega direta dos recursos financeiros às famílias, através de cartões-alimentação ou similares, uma vez que,

¹³ Art. 21-A. Durante o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica em razão de situação de emergência ou calamidade pública, fica autorizada, em todo o território nacional, em caráter excepcional, a distribuição imediata aos pais ou responsáveis dos estudantes nelas matriculados, com acompanhamento pelo CAE, dos gêneros alimentícios adquiridos com recursos financeiros recebidos, nos termos desta Lei, à conta do PNAE.

desta forma, os recursos financeiros se tornam passíveis de utilização diversa, *exempli gratia*, a compra de bebidas alcoólicas ou o custeio de dívidas pregressas das famílias.

Outro escopo do Programa que restaria violado seria a destinação de 30% dos recursos financeiros transferidos pela União aos entes para a compra de gêneros da agricultura familiar. Somente a aquisição dos gêneros pelos entes, para posterior distribuição aos alunos, permite o cumprimento da norma legal, que permanece vigente, mesmo no contexto de pandemia.

À finalidade principal de acesso e o estímulo à alimentação mais saudável trazida pela norma, soma-se o fomento ao trabalho e renda das famílias agricultoras, que restaria absolutamente prejudicado com os termos da liminar pretendida neste ponto.

A distribuição dos recursos recebidos à conta do PNAE, em contrariedade ao disposto, é conduta vedada por lei, podendo sujeitar o gestor à responsabilização civil e administrativa, sendo devida a recomposição das contas do PNAE com recursos próprios nas hipóteses de uso indevido, além da possibilidade de suspensão do repasse dos recursos federais, e, como vemos, expressivas verbas do PNAE foram recebidas pelo Estado do Rio de Janeiro (com relação às unidades situadas no Município do Rio de Janeiro), desde meados de fevereiro de 2020 até junho corrente, englobando todo o período da pandemia ultrapassando o valor de 32 milhões de reais, o que denota a importância da fiscalização desses recursos.

II.3.4) OUTROS RECURSOS DE FINANCIAMENTO DA ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (RECURSOS PRÓPRIOS E SALÁRIO-EDUCAÇÃO)

Como já explicitado, outros recursos financeiros, além daqueles resultantes de transferências voluntárias da União, deverão ser destinados ao custeio das despesas (uma vez que as verbas federais sabidamente são insuficientes para tanto¹⁴) e constituirão fontes de recursos de financiamento da política pública de alimentação escolar no estado.

a) A veação do art. 71, IV, da LDB

b) O período letivo em curso no estado

Para que se verifique as demais fontes de financiamento passíveis de custeio dessa política, imprescindível a análise quanto à destinação legal das fontes de recursos que serão utilizadas, não sendo passível de utilização as fontes de recursos vedadas para a finalidade de alimentação. A análise de que aqui se trata envolve duas premissas legais já tratadas nos capítulos anteriores:

¹⁴ No ano de 2020, o Município do Rio de Janeiro recebeu o montante de R\$ 33.699.989,28. Disponível em: https://www.fnede.gov.br/pls/simad/internet_fnede.liberacoes_result_pc

A primeira indica que, não sendo as despesas com alimentação escolar consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino, *está vedada a utilização de recursos vinculados à educação* (arts. 71, inciso IV da LDB), assim compreendidos como aqueles destinados à finalidade específica (art. 8º da LRF).

A segunda premissa, que considera o curso do ano letivo, indica que, com fechamento das escolas, sem que seja ofertado ensino a distância substitutivo do presencial (art. 32, § 4º, *in fine*, LDB) a oferta de refeições diárias assumirá contornos desvinculados da política suplementar de ensino (art. 208, IV, CRFB), as despesas vinculadas à alimentação escolar não serão financiadas com recursos do Salário-Educação.

Isso porque os recursos da contribuição social do Salário-Educação, fonte adicional, a despeito da autorização constitucional que permite o financiamento das despesas alimentares, *vincula a sua utilização à mesma premissa fática – ano letivo em curso* – ao dispor que tais recursos, que são por lei destinados ao financiamento de programas, projetos e ações voltadas para a educação básica¹⁵, poderão ser destinados ao *programa suplementar de alimentação escolar* (exclusivamente em razão da expressa autorização constitucional do art. 212, § 4º, CRFB), que como visto anteriormente, vincula-se ao período letivo em curso.

Excluídas das fontes de financiamento do PNAE os recursos vinculados à educação, dentre eles o Salário-Educação, resta clara a conclusão de que deverão ser utilizados como fontes os recursos próprios dos entes federados, assim compreendidas as receitas de impostos de arrecadação própria e de transferências constitucionais *não incluídas no percentual de 25% vinculados à educação*.

De forma sintética, caberá ao gestor, de forma discricionária, destinar ao financiamento do programa suplementar de alimentação no Estado, em vista da sua natureza de despesa que aqui tratamos, *os recursos provenientes de impostos, de arrecadação própria ou resultantes de transferências, à sua escolha, sendo vedada aplicação dos recursos vinculados às despesas constitucionais educacionais obrigatórias* (art. 212, CF).

II.4) DA VINCULAÇÃO DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE) AO CALENDÁRIO LETIVO E AS CONSEQUÊNCIAS NO FINANCIAMENTO

Em razão da existência de relação direta entre o elemento temporal da execução do PNAE e as fontes de recursos autorizadas para o seu custeio, passaremos a tecer considerações relevantes para o correto financiamento da política.

A Lei do PNAE define o conceito de alimentação escolar, promovendo direta relação desse conceito com o ambiente e o calendário escolar, conforme artigo 1º da lei que prevê o programa¹⁶.

¹⁵ Lei nº 9.766/99 e Art. 9º do Decreto 6.003/96.

¹⁶ Art. 1º Para os efeitos desta Lei, entende-se por alimentação escolar todo alimento oferecido no ambiente escolar, independentemente de sua origem, durante o período letivo.

Nos termos da Lei nº 9.394/96 (LDB), o *período letivo* é aquele em que se desenvolve o *efetivo trabalho escolar*, durante *peelo menos oitocentas (800) horas distribuídas em pelo menos duzentos (200) dias letivos*. Os requisitos estabelecidos para o que se considera período letivo, como se verifica do comando normativo, são *cumulativos, conforme consta dos artigos 24 e 31 do referido diploma legal*¹⁷.

A vinculação da execução do PNAE ao calendário letivo é importante marco na explanação que passaremos a expor na presente demanda. Relevante, doravante, será a compreensão de que o *efetivo trabalho escolar*, elemento do calendário letivo na educação básica, será ofertado de modo presencial, podendo, entretanto, ser ofertado, conforme artigo 32, § 4º da LDB, através de:

- i) *ensino a distância complementar ao ensino presencial*;
- ii) *ensino a distância em situações emergenciais*.

Será considerado ensino a distância complementar à aprendizagem o trabalho escolar desenvolvido mediante a realização de atividades pedagógicas remotas, em complementação e de modo articulado com o ensino presencial ofertado pelas redes de ensino, a qualquer tempo e independente do contexto fático em que se realizam, para garantia da qualidade da educação no escopo da aprendizagem e desenvolvimento dos alunos.

As atividades pedagógicas *complementares à presencial*, por sua acessoriedade e função de apoio à aprendizagem ocorrida por meio da oferta do ensino presencial, *não são consideradas como dias e horas letivos para fins de cumprimento do disposto nos arts. 24, I e 31, II da LDB*.

Por sua vez, será *considerado ensino a distância em situação emergencial* o trabalho escolar desenvolvido *de modo exclusivo* e em *substituição* ao ensino presencial, *justificado em razão do contexto emergencial* que impede a realização do último, tais como estado de guerra, epidemias e calamidades.

As atividades pedagógicas consideradas *substitutivas à presencial*, uma vez que ofertadas de forma exclusiva, em substituição às atividades presenciais em razão do contexto emergencial que as determina, poderão ter a carga horária ofertada computada, para fins de cumprimento do disposto nos arts. 24, I e 31, II da LDB, *quando atendam aos requisitos previstos para o seu reconhecimento e validação*, de forma que se preserve o padrão de qualidade previsto no inciso IX do artigo 3º da LDB e inciso VII do artigo 206 da Constituição Federal.

¹⁷ Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

I - a carga horária mínima anual será de oitocentas horas para o ensino fundamental e para o ensino médio, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver;

Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

(...) II - carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional;

Nos termos dos art. 10 e 17 da LDB, no que toca aos sistemas estaduais de ensino, caberá aos Conselhos Estaduais de Educação deliberar e normatizar quanto aos requisitos necessários para que, no âmbito da rede estadual de ensino e, respeitada sua autonomia, o ensino a distância possa ser reconhecido como substitutivo do ensino presencial em razão de situação de emergência. *Este o primeiro requisito para fins de cômputo da carga horária letiva no contexto atual.*

Superada a autorização normativa pelo órgão do sistema de ensino competente, são requisitos mínimos aqueles trazidos pela LDB, sem prejuízo daqueles, em acréscimo, previstos pelos atos normativos dos Conselhos de Educação, a quem caberá a validação das horas de ensino ofertadas:

- i) conteúdo curricular, em atenção à base nacional comum e em respeito às diretrizes que o regem (arts. 26 e 27 da LDB);*
- ii) efetivo trabalho escolar com método de avaliação do desempenho dos alunos (art. 24, V da LDB);*
- iii) método de controle de frequência (art. 24, VI da LDB);*
- iv) atividades desenvolvidas, orientadas e ministradas por profissionais habilitados (arts. 61, I e 67, II da LDB).*

Os requisitos legais acima apresentados, exigidos em contexto de normalidade serão, com mais razão, exigidos nas hipóteses em que se pretenda o reconhecimento e cômputo das horas letivas ofertadas no contexto do ensino a distância em situação emergencial.

Sem prejuízo, outras tantas questões deverão ser objeto de consideração pelos Conselhos de Educação e pelas redes de ensino, em especial aqueles que dizem respeito às vulnerabilidades do território e as dificuldades de acesso ao ensino a distância, mais especificamente nos casos em que se pretenda a utilização de tecnologias digitais que demandam acesso a redes de internet¹⁸.

¹⁸ Por exemplo, de acordo com a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), os estudantes brasileiros de 15 a 16 anos de alto nível socioeconômico estão quase 3 anos de aprendizagem em Leitura à frente daqueles de nível socioeconômico baixo, da mesma idade. Tais dados são do *Programme for International Student Assessment (Pisa 2018)*, da OCDE: "Foram considerados como estudantes de nível econômico alto aqueles que estão entre os 33% dos alunos com maior nível socioeconômico entre os que fizeram o Pisa 2018 em casa país. O índice de nível socioeconômico reflete o status econômico, social e cultural do estudante. O indicador é construído considerando as posses domésticas do aluno – se a família possui carro e se ele tem um quarto quieto para estudar, por exemplo – e escolaridade e ocupação dos pais. Os estudantes brasileiros de nível socioeconômico alto obtiveram média em Leitura de 492,2, enquanto aqueles que estão entre os 33% de nível socioeconômico mais baixo, 389,6. A diferença entre os grupos foi, portanto, de 102,6 pontos – a terceira maior dentre os 79 países que participaram da avaliação em 2018. Só apresentaram diferenças mais altas Israel (121 pontos) e Filipinas (107 pontos). Especialistas consideram que cada 35 pontos equivalem a 1 ano de aprendizagem (...)." Disponível em: <https://www.portaliiede.com.br/pisa-2018-brasil-e-um-dos-paises-com-amaior-diferenca-de-desempenho-educacional-entre-alunos-ricos-e-pobres/>. Acesso em: 13 abr. 2020.

No cenário atualmente vivenciado em razão da pandemia e no exercício de sua competência para normatizar quanto ao sistema estadual de ensino, o Conselho Estadual de Educação expediu a Deliberação CEE-RJ nº 376/2020 que, de modo temporário e excepcional, autoriza às mantenedoras e às instituições de ensino, atendidos os requisitos legais, a adoção de medidas que possibilitem a continuidade do efetivo trabalho escolar na modalidade que denominou em regime especial domiciliar, que consiste na realização do ensino a distância de forma substitutiva.

Sobre os requisitos necessários para a oferta do ensino a distância substitutivo, realizado em razão de situação de emergência, o Conselho Nacional de Educação já havia se manifestado oportunamente por ocasião do período de suspensão das aulas causado pela gripe H1N1, no ano de 2009, e merece transcrição trecho do Parecer CNE/CEB nº 15/2007, reproduzido no Parecer CNE/CEB nº 19/2009, no sentido de que:

O efetivo trabalho escolar pode e deve ser desenvolvido em sala de aula, mas as atividades escolares podem ser realizadas em outros locais adequados a trabalhos teóricos e práticos, a leituras, pesquisas ou atividades em grupo, treinamento e demonstrações, contato com o meio ambiente e com as demais atividades humanas de natureza cultural e artística, visando à plenitude da formação de cada aluno. A atividade escolar, portanto, também se caracterizará por toda e qualquer programação incluída no projeto político pedagógico da escola, *sempre com frequência exigível e efetiva orientação, presença e participação de professores habilitados.*

O órgão autorizativo e normativo do sistema nacional de ensino destacou a *exigência de cumprimento de requisitos legais para que o ensino a distância possa ter a carga horária ofertada, validada e computada como horas letivas*, para fins de cumprimento dos arts. 24, I e 31, II da LDB pelas redes de ensino.

O longo período de suspensão das aulas presenciais em função da pandemia, sem perspectiva do seu retorno, determinou a deliberação e edição de novo ato normativo pelo Conselho Nacional de Educação – Parecer CNE/CP 05/2020 que, aprovado por unanimidade e homologado pelo Ministério da Educação em 29/05/2020 (homologado parcialmente pelo MEC em 01/06/2020), assim tratou do tema:

O desenvolvimento do efetivo trabalho escolar por meio de atividades não presenciais é uma das alternativas para reduzir a reposição de carga horária presencial ao final da situação de emergência e permitir que os estudantes mantenham uma rotina básica de atividades escolares mesmo afastados do ambiente físico da escola.

Nesse sentido, a Nota de Esclarecimento do CNE indicou possibilidades da utilização da modalidade Educação a Distância (EaD) previstas no Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017 e na Portaria Normativa MEC nº 2.117, de 6 de dezembro de 2019, os quais indicam

também que a competência para autorizar a realização de atividades a distância é das autoridades dos sistemas de ensino federal, estaduais, municipais e distrital.

(...)

Neste sentido, a fim de garantir atendimento escolar essencial, propõe-se, excepcionalmente, a adoção de atividades pedagógicas não presenciais a serem desenvolvidas com os estudantes enquanto persistirem restrições sanitárias para presença completa dos estudantes nos ambientes escolares. Estas atividades podem ser mediadas ou não por tecnologias digitais de informação e comunicação, principalmente quando o uso destas tecnologias não for possível.

A realização destas atividades encontra amparo no Parecer CNE/CEB nº 5, de 7 de maio de 1997, que indica não ser apenas os limites da sala de aula propriamente dita que caracterizam com exclusividade a atividade escolar. Esta se caracterizará por toda e qualquer programação incluída na proposta pedagógica da instituição, com frequência exigível e efetiva orientação por professores habilitados.

Cabe salientar que a realização das atividades pedagógicas não presenciais não se caracteriza pela mera substituição das aulas presenciais e sim pelo uso de práticas pedagógicas mediadas ou não por tecnologias digitais de informação e comunicação que possibilitem o desenvolvimento de objetivos de aprendizagem e habilidades previstas na BNCC, currículos e propostas pedagógicas passíveis de serem alcançados através destas práticas.

Como consequência, as redes de ensino que não cumprirem os requisitos legais para a oferta do ensino a distância em situação de emergência deverão repor a carga horária faltante quando do retorno das aulas presenciais, quando somente então seguirão no cumprimento do calendário letivo.

A absoluta excepcionalidade do cenário determinada pela pandemia da COVID-19 e pelas indispensáveis medidas para sua prevenção e controle, associada ao entendimento historicamente adotado pelo CNE quanto à possibilidade de desenvolvimento de atividades escolares em outros ambientes pedagógicos e a autorização expressa da LDB no sentido de que, em situações emergenciais, o ensino a distância poderá ser adotado, não afasta a necessidade do cumprimento dos requisitos legais para que somente então, após manifestação do Conselho de Educação, se possa considerar o ano letivo em curso.

II.4.1) DA NATUREZA COMPLEMENTAR DO ENSINO A DISTÂNCIA OFERTADO PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No exercício da sua competência normativa, o Conselho Estadual de Educação do Rio de Janeiro editou a Resolução CEE-RJ nº 376 em 23 de março de 2020¹⁹ e tal ato normativo trouxe requisitos para que atividades pedagógicas realizadas no

¹⁹ Art. 1º. As instituições vinculadas ao Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro, públicas ou privadas da Educação Básica e públicas de Educação Superior poderão reorganizar suas atividades escolares, a

período de suspensão das atividades presenciais possam vir a ser reconhecidas como ensino a distância em situação de emergência para fins de cômputo de horas letivas. Ademais, a este se somam os requisitos legalmente exigidos, conforme tratado no capítulo anterior.

Neste sentido, apenas em 11 de maio de 2020, a Secretaria Estadual de Educação publicou a Resolução SEEDUC nº 5.843, disciplinando o regime especial de atividades escolares não presenciais para as unidades de ensino da rede SEEDUC, em todas as etapas e nas modalidades ofertadas, durante o período em que vigorar a suspensão das aulas presenciais e as medidas de isolamento social, decorrentes da excepcionalidade em função da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19).

Consta ainda ofício do Conselho Estadual de Educação CEE/PRS nº 32/2020 dirigido à SEEDUC aprovando formalmente o Plano de Ação Pedagógica apresentado, fazendo, contudo, uma série de recomendações, demonstrando algumas insuficiências do plano apresentado²⁰. Ressaltamos que ainda não há relatório final de aprovação pelo referido Conselho.

Importante destacar que o Plano de Ações Pedagógicas é o documento orientador das atividades pedagógicas a ser realizadas no período de exceção, como o vivenciado no contexto da pandemia, que indicará não apenas a opção do gestor

partir de seus projetos pedagógicos, a serem realizadas pelos estudantes e profissionais da educação em regime especial domiciliar.

Art. 2º. Para garantir o direito à educação com qualidade, à proteção, à vida e à saúde de estudantes, professores, funcionários e comunidade escolar, exclusivamente, nesse período de excepcionalidade, as atividades domiciliares, em regime especial, somente serão admitidas para o cômputo do calendário letivo 2020, nos termos que seguem:

I - As instituições de ensino devem divulgar, junto à comunidade escolar, as formas de prevenção e cuidados, de acordo com os órgãos de saúde, bem como o período de suspensão das atividades presenciais na própria instituição;

II - As instituições de ensino básico devem, com a participação de seu corpo docente, planejar e organizar as atividades escolares, a serem realizadas pelos estudantes fora da instituição, indicando:

a) os objetivos, métodos, técnicas, recursos, bem como a carga horária prevista das atividades a serem desenvolvidas de forma não presencial pelos alunos, de acordo com a faixa etária;

b) formas de acompanhamento, avaliação e comprovação da realização das mesmas por parte dos alunos.

§ 1º. O plano de ação pedagógica deverá ser divulgado a toda a comunidade escolar, com efeito imediato, respeitando a legislação em vigor, os currículos das instituições e a presente Deliberação.

§ 2º No caso da rede privada uma cópia do plano de ação pedagógica deve ser remetida à Inspeção Escolar, por meio eletrônico, para ciência, em até 30 dias.

§ 3º O plano de ação pedagógica da rede pública estadual deve ser enviado para o Conselho Estadual de Educação, em até 30 dias.

§ 4º Nos locais de difícil acesso, onde houver impossibilidade de acompanhamento aos estudantes, deve-se garantir que não haja prejuízos aos mesmos.

²⁰ Recomendações ao Plano de Ação Pedagógica

A Deliberação CEE nº 376/2020 estabelece no Art. 1º que a reorganização das atividades escolares deve se pautar nos Projetos Pedagógicos das Instituições de ensino, o que pressupõe a participação da Comunidade Escolar. Esse aspecto é reforçado no Art. 2º.

- Como se deu o processo de elaboração do Plano de Ação? Houve a participação do Corpo Docente das escolas ou sua representação na elaboração do Plano de Ação da Seeduc/RJ? Os Projetos Pedagógicos foram consultados?

- Considerando que os Projetos Pedagógicos das escolas devem ter em seus marcos referenciais e respectivos diagnósticos informações sobre as características dos estudantes, quais os quantitativos de estudantes não têm possibilidade de fazer uso de plataformas digitais? Essa consulta ou pesquisa foi realizada? Há algum mapa específico de localização para o necessário acompanhamento? O material impresso oferece

pela implementação do ensino a distância em situação de emergência nos termos autorizados pelo art. 32, § 4º, *in fine*, mas a forma em que se dará a oferta, de modo alinhado ao projeto político-pedagógico das escolas que orienta as atividades realizadas em contexto de normalidade (art. 14, I da LDB) e em atenção às especificidades do seu território e condições de acesso. Tais elementos, se compatíveis com os requisitos legais e normativos do sistema de ensino, autorizarão a validação da carga letiva ofertada. Assim, as insuficiências apontadas já previamente pelo Conselho Estadual de Educação possuem relação direta com a qualidade da atividade educacional a ser ofertada aos alunos.

Acrescentamos por fim, que ainda não houve expedição de parecer pelo Conselho Estadual de Educação do Rio de Janeiro no sentido de reconhecer, de forma justificada, as atividades à distância ofertadas pela rede estadual de ensino como substitutivas da presencial, autorizando o cômputo das horas letivas ofertadas.

as mesmas oportunidades de aprendizagem daquelas que serão vivenciadas pelos estudantes que utilizarão a plataforma?

- O § 1º do Art. 2º define que o Plano deve ser divulgado a toda a comunidade escolar. Fica claro no documento que essa ação foi realizada. No entanto, não encontramos a data de início prevista para o início do Plano;
- O Plano deve estabelecer uma correlação entre o conteúdo, habilidades e competências previstas no currículo adotado hoje na Rede para disciplina de cada série do ensino básico, com a semana em que iniciou o processo de ensino remoto, correlacionado com o número da semana após o fechamento das escolas. Exemplificando, não menciona o conteúdo que será abordado pelos alunos na disciplina de matemática, na segunda série do ensino médio, na terceira semana após o fechamento das escolas. Esse é um elemento essencial na organização das atividades dos professores no planejamento de um processo de ensino remoto, que necessita concatenar a rede como um todo, e deve ser acrescentado de forma detalhada no Plano ou em documento complementar;
- O Plano poderia especificar o timing do processo de capacitação dos professores para esta metodologia, em termos de semana da reclusão social, e especificar o percentual de professores da Rede que tem como meta e os mecanismos de avaliação da efetividade desta formação;
- O Plano não especifica a proposta da carga horária semanal prevista das atividades a serem desenvolvidas de forma não presencial pelos alunos, de acordo com a faixa etária e série do ensino básico, nem traz o percentual por tipo de atividade, tais como videoconferência, estudos dirigidos e outras. Entende-se a necessidade de um melhor detalhamento desse item proposto, ou seja, informar se como se comporta o planejamento da carga horária semanal que será atendida pelos alunos em cada atividade no espaço virtual e, no caso de não haver o acesso naquele determinado horário, informar como será o procedimento;
- O Plano não especifica, de forma clara, como se dará a dinâmica do processo de ensino e aprendizagem para os alunos que não têm acesso ao Google Classroom e, em particular, como se dará o acompanhamento de suas atividades;
- O Plano poderia especificar como irá verificar o nível de envolvimento dos alunos com as atividades propostas, e as margens que considera aceitável para aquele aluno que porventura terá seus estudos validados como carga horária, tanto para aqueles que têm acesso ao espaço virtual quanto para os demais. Não especifica, de forma clara, como se dará o acompanhamento dos alunos, avaliação e comprovação da realização das atividades. Nesses pontos, em particular, é importante especificar melhor como se dará o acompanhamento dos alunos e o que se pretende fazer para fomentar a participação dos que flutuam na plataforma, melhor esclarecendo como se darão os registros e procedimentos para o atendimento da Resolução SEEDUC nº 5533/2017;
- O Plano poderia especificar a meta, em termos percentuais, de alunos da rede que pretende envolver no ensino remoto considerando apenas aqueles alunos estudantes que estarão participando com o envolvimento previsto como aceitável em termos de carga horária semanal de atividades e no nível de envolvimento esperado. Esse aspecto é importante para análise do cumprimento das metas propostas no Plano que estarão contidas no Relatório Final;
- A educação nas prisões, socioeducativa e indígena, conforme exposto, terão um tratamento diferenciado, contudo sem maiores detalhamentos, tornando necessário melhoramento da informação.

Sem o atendimento aos requisitos, não há que se falar em prestação do serviço educacional à distância, em situação de emergência e a possibilidade de cômputo das horas letivas ofertadas, inexistindo na presente data parecer normativo do Conselho Estadual de Educação do Rio de Janeiro que reconheça o ensino ofertado como substitutivo do presencial, autorizando o cômputo dos dias letivos ofertados.

Por consequência, tem-se que o ensino ofertado pelo Estado durante a suspensão das atividades presenciais determinadas pela COVID-19 *deve ser reconhecido como meramente complementar à aprendizagem*. Como consequência, o calendário escolar encontra-se suspenso e os dias letivos deverão ser repostos quando do retorno das aulas presenciais, quando então ocorrerá o seu efetivo cômputo, para fins de cumprimento dos arts. 24, I e 31, II da LDB.

II.5) DA IMPOSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DAS DESPESAS COM A POLÍTICA DE ALIMENTAÇÃO OFERTADA AOS ALUNOS DA REDE PÚBLICA PARA OS FINS DO ART. 212, CRFB

Decorre das questões apontadas nos capítulos anteriores a *impossibilidade do cômputo das despesas realizadas com o programa de alimentação no Estado para fins de cumprimento do mínimo constitucional de 25% de aplicação da receita de impostos e transferências legais*, se em patamar superior não dispuserem a Constituição do Estado, o que não é o caso do Estado do Rio de Janeiro.

Para fins de cumprimento do percentual fixado pelo art. 212 da CRFB/88, serão consideradas apenas as despesas consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino, no que, sabemos, não se inserem as despesas com alimentação escolar (art. 71, IV da LDB).

Serão ainda consideradas no cômputo apenas as despesas custeadas com as receitas de impostos, sejam eles de arrecadação própria ou decorrentes de transferências constitucionais, não incluídas, portanto, aquelas decorrentes de fontes adicionais de financiamento, como Salário-Educação, *royalties* (Lei nº 12.958/2013), PNAE e outros programas suplementares da União.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro proferiu manifestação em consulta realizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Processo nº 100.797-7/18), destacando de forma clara a base de cálculo do dispositivo constitucional e as despesas passíveis de cômputo para fins de limite de gastos²¹.

II.6) DA NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA

A proteção do financiamento da educação básica se insere no contexto da própria garantia do direito à educação, haja vista que direitos sociais não se

²¹ Nesse contexto, constatada a relevância do direito fundamental à educação, nota-se que o ordenamento jurídico impõe diversas obrigações à Administração Pública, dentre as quais a de aplicar receitas mínimas

realizam com a qualidade que se espera sem que recursos financeiros sejam empregados em patamares mínimos, sempre em respeito à repartição de competência administrativa dos entes federados (art. 211 da CRFB e arts. 9º, 10 e 11 da LDB) e à natureza das despesas.

A necessidade de emprego de recursos financeiros para a garantia a oferta do serviço educacional de qualidade, entretanto, não prescinde do respeito às normas legais e constitucionais de financiamento, sob pena de subversão da ordem jurídica e desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

O cenário de agravamento da crise nacional instalada em razão da pandemia trazida pela COVID-19, com a redução da arrecadação por todos os entes federados, representa grave risco à consecução das políticas educacionais, não apenas quanto à garantia de acesso universal, mas essencialmente quanto à garantia da qualidade da educação ofertada, nos termos preconizados pelo art. 206, VI da CRFB e Lei nº 13.005/2014 (metas 7 e 20 do anexo).

Nesse sentido, se afigura ainda mais importante, no contexto atual, o rígido controle das contas públicas e o respeito às normas de financiamento, com a necessária preservação dos recursos vinculados à educação e respeito a sua finalidade, sob pena de, no cenário pós pandemia, serem ainda mais drásticas as condições de oferta do ensino educacional, com o agravamento das desigualdades em razão do sucateamento das redes públicas de ensino.

na manutenção e desenvolvimento do ensino – MDE, cujo controle deve se dar no âmbito das prestações de contas anuais de governo, a cargo deste Tribunal de Contas.

Conforme disposto no art. 212 da Constituição Federal, os estados devem aplicar, anualmente, na manutenção e desenvolvimento do ensino – MDE, valor equivalente a, no mínimo, 25% da sua receita resultante de impostos e de transferências. Confira-se a redação do dispositivo constitucional, *in verbis*: Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Os recursos em referência devem ser aplicados de acordo com as disposições do art. 70 da Lei Federal nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB, que assim dispõe:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

- I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
- II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;
- III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;
- IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;
- V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;
- VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;
- VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
- VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

O Diploma Legal ainda prevê no art. 719 os gastos incorridos na área educacional que não serão considerados como pertinentes à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Já a base de cálculo para incidência do percentual definido constitucionalmente corresponde aos valores de impostos, compreendidas as transferências da União e excluídos os montantes transferidos por mandamento constitucional aos municípios¹⁰. Em 2016, por exemplo, o montante considerado como base de cálculo para a aplicação dos 25% na área da educação foi de R\$ 36.277.521.072.

Sobre o tema, Nota Técnica divulgada pela Associação Nacional de Pesquisa em Financiamento da Educação (FINEDUCA), traz importantes considerações e números alarmantes que tornam ainda mais relevante a atuação do Poder Judiciário no controle das normas de financiamento tratadas na presente demanda:

As escolas públicas são financiadas, em grande parte, por uma proporção da receita resultante de impostos de todas as esferas de governo, receita esta a ser aplicada no que a legislação define como manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), o que inclui, entre outras ações, a remuneração dos profissionais da educação, a compra e a manutenção de bens e serviços necessários ao ensino e a oferta de programas de transporte escolar e material didático. Como fonte adicional, a educação básica conta com recursos da contribuição social do Salário-Educação. Havendo queda nas receitas, sem mecanismos de compensação equivalentes, não será possível sequer manter os compromissos correntes, o que tende a penalizar ainda mais a população mais pobre e a agravar as já inaceitáveis desigualdades educacionais. Vivemos diante da dramática circunstância de estarmos distantes do cumprimento das metas do Plano Nacional de Educação 2014-2024 (Lei n. 13.005/2014) ainda antes da crise, ao que se soma, agora, a probabilidade bem concreta de retrocesso das condições para garantir o direito à educação de qualidade para todos e todas. Pesquisadores associados à Fineduca desenvolveram um estudo, com coleta de informações em bases de dados governamentais, para estimar cenários de decréscimo nas receitas de impostos e do Salário-Educação dos governos municipais, estaduais e distrital e seus impactos na área da educação.

A Nota Técnica FINEDUCA destaca ainda o acréscimo de demandas que certamente serão certificadas quando do retorno às aulas presenciais:

Vale lembrar que, com a crise e com a suspensão das atividades letivas por longo período, poderá haver demandas extras para a educação básica pública. Demandas de expansão da oferta, por exemplo, de aumento das matrículas na rede pública, gerado pela contingência de muitas famílias de não poderem mais arcar com pagamentos na rede privada. Demandas de incremento de serviços já oferecidos, como transporte escolar, alimentação escolar, oferta de equipamentos e materiais pedagógicos e segurança sanitária. Tanto no período de maior isolamento quanto depois, a educação tem papel crucial a cumprir; os seus profissionais estão e estarão na ação direta de esclarecimento sobre a doença, sua transmissão e os

cuidados de higienização, lembrando que é cogitado um quadro de intermitência – em algum momento a quarentena é flexibilizada e noutra pode voltar.

Desta forma, a política educacional demandará atenção ampliada, tanto no que toca à oferta e prestação do serviço e a qualidade que o determina, quanto ao respeito à aplicação de recursos, de modo a garantir que seja destinada a cada ação administrativa a correta e adequada fonte de recurso, com a finalidade última de que nenhuma ação da política pública educacional reste desatendida. Este o intuito constitucional e legal da vinculação de recursos a finalidades específicas.

Caberá, portanto, não apenas aos legisladores, órgãos governamentais e seus controles internos, mas às instituições de controle externo e ao sistema de justiça e à sociedade civil organizada a cuidadosa fiscalização e controle acerca do cumprimento das regras de financiamento das políticas públicas educacionais e controle das despesas públicas executadas para que possam ser cumpridos os compromissos constitucionais civilizatórios de garantia de acesso, de permanência e de padrões de qualidade nas escolas brasileiras.

II.7) DA EXECUÇÃO E DO FINANCIAMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Não há dúvidas de que o fechamento das escolas obriga a uma série de considerações e ações administrativas que se destinem a garantir à população em geral a disponibilidade e o acesso aos alimentos produzidos, de modo estável e permanente, tudo na perspectiva da garantia do direito fundamental à alimentação, sem olvidar das necessárias precauções no atual contexto vivido.

A política de alimentação adequada pode e deve ser concretizada a partir de ações administrativas diversas, de modo que o contexto atual exige dos gestores públicos a adoção daquelas que não representem aglomeração de pessoas, objetivo primeiro do Decreto Estadual nº 46.970/2020, prorrogado pelos demais atos do Executivo estadual que o sucederam.

Caberá ao gestor, nesse contexto, eleger a política pública que melhor garanta o direito à alimentação (repisando-se que o PNAE é apenas uma das políticas de oferta de alimentos passíveis de execução, se atendidos os seus requisitos), mas sempre em observância aos preceitos constitucionais e legais que regem o seu financiamento.

Indagado sobre a fonte de recurso utilizada para a execução das despesas destacadas, o ente federativo réu informou terem sido utilizadas para o custeio as receitas vinculadas à educação, conforme será explicado nos itens subsequentes. De toda forma, com os argumentos até então colacionados é possível afirmar que o uso destes recursos (especificamente, no caso dos autos, os do Salário-Educação e PNAE) para o custeio de finalidade vedada pelo artigo 71, IV da LDB é ilegal.

II.7.1) DAS FONTES DE RECURSOS UTILIZADAS PARA O CUSTEIO DAS DESPESAS COM ALIMENTAÇÃO

O Estado do Rio de Janeiro permaneceu silente tanto com relação ao Ofício 3ª PJTCPEC/COVID-19-64/20, onde havia diversos questionamentos acerca do fornecimento de alimentação escolar durante o período da suspensão das aulas e seu custeio, tendo solicitado apenas dilação do prazo para resposta, quanto acerca da Recomendação nº 09/2020, que apresentava parâmetros legais para esse fornecimento, desatendida até a presente data.

Assim, foi necessária busca no Portal de Transparência do Estado do Rio de Janeiro informações acerca da execução orçamentária referente à alimentação escolar durante o período de suspensão das aulas, onde foram *identificadas despesas empenhadas com alimentação e nutrição nos meses de março, abril e maio deste ano, nos valores de R\$ 274.856,13, R\$ 265.359,74 e R\$ 416.611,03 respectivamente, como vemos através da imagem abaixo:*

Orçamento Temático - Educação		Fev/2020	Mar/2020	Abr/2020	Mai/2020	Jun/2020	Acumulador/2020
Educação	Administração Geral	164.682.870,64	169.848.082,92	148.422.914,39	195.208.718,30	28.407,62	734.391.471,36
	Alimentação e Nutrição	0,00	274.856,13	265.359,74	416.611,03	0,00	956.826,90
	Assistências à Criança e ao Adolescente	208.436,40	14.229.455,42	4.892.140,20	5.552.313,43	0,00	26.171.256,61
	Assistências Hospitalar e Ambulatorial	443.361,64	857.507,94	275.660,70	364.425,98	0,00	1.940.956,26
	Difusão Cultural	0,00	36.836,40	19.506,74	1.650,00	0,00	48.993,14
	Difusão do Conhecimento Científico e Tecnológico	11.257.251,83	9.986.489,75	10.535.678,55	11.060.333,97	0,00	54.243.342,48
	Educação Básica	55.910,50	55.962.868,79	58.981.957,66	24.442.601,79	19.916.945,49	150.393.687,43
	Educação de Jovens e Adultos	216.891,01	2.689.606,64	524.991,16	233.457,75	0,00	3.674.946,56
	Educação Especial	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
	Educação Fundamental	74.850.966,78	77.449.500,51	73.525.861,16	10,00	0,00	290.402.236,46

Tal fato denota que durante o período da suspensão das aulas foram feitas despesas relacionadas à alimentação escolar, que deveriam ter observado as vinculações legais expostas nas linhas acima. Contudo não foi o que ocorreu. Vejamos.

Na CI SEEDUC/SUPAD SEI Nº5 de 27 de abril de 2020 a Subsecretaria Administrativa da SEEDUC informou que *a relação de alunos beneficiados com os kits deverá ser providenciada pela Direção da Unidade Escolar, levando em consideração a condição de necessidade social do aluno e que tal recorte social para a seleção dos alunos com vistas ao recebimento do Kit é de total responsabilidade do Diretor da Unidade. Tal fato denota que a regra da universalidade que deve permear o fornecimento da alimentação escolar está sendo inobservada, afastando, portanto, a possibilidade de custeio de tais kits tanto com a verba do PNAE, bem como com o Salário-Educação*

(impossibilidade essa que se acresce ao fato de as aulas a distância na rede estadual não possuírem caráter substitutivo).

Tal ordem prevaleceu até a publicação da Resolução SEEDUC nº 5.845 de 08 de junho de 2020, que estabeleceu diretrizes para o Programa de Alimentação Escolar no período da pandemia, prevendo que serão distribuídos apenas gêneros alimentícios in natura aos responsáveis legais dos alunos que, consultados pelas Associações de Apoio à Escola das Unidades Escolares, manifestarem interesse em receber os alimentos, o que aparentemente possibilitou o acesso aos alimentos a todos os alunos que manifestarem interesse, não tendo aportado ainda na 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital ou neste GAEDUC notícias acerca de seleção indevida de beneficiários do programa de alimentação escolar.

Ou seja, no mínimo até o dia 08 de junho a verba do PNAE, correspondente a expressivos 30 milhões de reais (aproximadamente), bem como outras fontes de recursos que não conseguimos identificar em razão da dificuldade em acessar tais dados no site da Transparência do Estado do Rio de Janeiro, foi utilizada em descompasso com os requisitos legais, como inclusive aponta o relatório produzido pelo CAE, denotando esse uso indevido dos recursos do PNAE. Consta do referido relatório que os diretores das unidades escolares foram indagados acerca da realidade da distribuição de alimentação escolar durante a pandemia e 98% informou que a quantidade de cestas básicas era insuficiente, restando aos diretores a escolha de quais alunos receberiam os alimentos, ferindo frontalmente o princípio da universalidade que rege o PNAE.

Contudo, em razão da grande dificuldade em extrair informações do sítio de internet da transparência do Estado do Rio de Janeiro, não foi possível apresentar aqui quais contratos para aquisição de alimentos ou prestação de serviços alimentícios às unidades escolares foram feitos no período da suspensão das aulas e com quais fontes de recursos, motivo pelo qual a transparência desses dados também é objeto desta demanda, como veremos a seguir.

II.8) DA NECESSÁRIA TRANSPARÊNCIA DAS DESPESAS E CONTRATOS FIRMADOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Destaque-se que as despesas atribuídas ao contexto da pandemia causada pela COVID-19 devem ser passíveis de controle e pleno rastreo e os registros contábeis deverão permitir a sua clara identificação, com indicação das fontes de recursos utilizadas para o seu custeio, de modo a permitir o controle da legalidade e eficiência do gasto público, nos termos do art. 165, da CRFB, art. 50 da LRF, Lei nº 12.527/2011 e Lei nº 13.979/2020.

Apesar de o Estado do Rio de Janeiro divulgar em seu site²² algumas informações sobre despesas relacionadas à COVID-19 tal conduta não é suficiente para atender aos deveres de transparência e informação.

²² Disponível em: <https://www.transparencia.rj.gov.br>.

Os Painéis Gerenciais disponibilizados nada mais são do que janelas gráficas contendo informações genéricas sobre a execução das despesas. Apesar do primor visual apresentado, estes nada mais são do que um consolidado de valores brutos que em nada contribuem para o controle social.

Impossível, para ficarmos dentro do objeto da presente demanda, extrair informações minimamente detalhadas (ex. nome dos contratantes, tipo de contratação efetuada, ou mesmo a composição dos recursos empregados na contratação) sobre os gastos com alimentação escolar, merenda escolar, gêneros alimentícios ou qualquer outro termo de busca. O que existe é um agregado de valores que são subdivididos em um nível muito superficial.

As informações, portanto, não estão de acordo com as regras previstas na Lei nº 13.979/2020 e Lei nº 12.527/2011, não servindo pra o efetivo controle do uso dos recursos da Educação.

Por fim, deve ser consignado que o objetivo da presente demanda não é obstar que a Administração Pública promova a segurança alimentar dos seus alunos. A contrário. No entanto, o correto e adequado financiamento das políticas públicas é medida legal que se impõe com a finalidade de resguardo dos direitos fundamentais sociais a que se vinculam.

III) DA TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER LIMINAR

À luz do artigo 300 do Código de Processo Civil, é cediço que o deferimento da tutela de urgência encontra-se condicionado à reunião de requisitos inafastáveis, quais sejam: a probabilidade do direito invocado, somada ao perigo de dano, ou a probabilidade do direito invocado, somada à evidência do direito substancial objeto da ação.

Especificamente no que pertine à tutela de urgência, observa-se que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* conjugam-se, mitigando, em verdade, o juízo de probabilidade, mais imanente à tutela de evidência.

Assim, a despeito do teor do parágrafo 3º do artigo 300 do Estatuto Processual Civil, é de bom alvitre consignar tal ponderação para concluir que a irreversibilidade na tutela de urgência deve ser interpretada *cum grano salis*, conforme pontifica Elpídio

Donizetti²³. Ademais, por ser norma específica de regramento, o artigo 12 da Lei nº 7.347/85²⁴ (LACP - Lei da Ação Civil Pública) tem incidência inafastável.

Da análise dos dispositivos acima elencados, conclui-se que a tutela de urgência é permitida em sede de Ação Civil Pública, sempre que a cognição sumária evidenciar a plausibilidade do direito alegado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Na presente quaestio, a plausibilidade do direito se depreende: primeiro, dos documentos anexados, que comprovam que o Estado do Rio de Janeiro já atua de forma efetiva na aquisição e distribuição das cestas básicas para os alunos da rede estadual de ensino através das suas unidades escolares, utilizando-se para tanto de fontes de recursos vinculados à Educação (PNAE) bem como o Salário-Educação, violando as regras constitucionais e legais de financiamento das políticas públicas; segundo, o próprio ente federativo reconhece tal situação o que torna o fato incontroverso.

Já o perigo de dano substancia-se na possibilidade de novos atos serem praticados, haja vista que o período de suspensão das atividades escolares se posterga no tempo, ainda sem prazo para chegar a seu termo. Não obstar que novos dispêndios sejam realizados com os recursos da educação para fins de custeio de cestas básicas, cartão alimentação ou outra modalidade do gênero, permitindo que a prática ilegal se perpetue, é permitir a violação às regras de financiamento da política pública educacional e alimentar que conduzirá à escassez de recursos para a garantia do direito à educação, finalidade a que se destinam. Ademais, deve ser considerado o fato de que as atividades escolares, em futuro relativamente breve, irão retornar e tais recursos serão necessários para o custeio das demandas relacionadas à prestação do ensino.

Assim, a utilização pelo Estado do Rio de Janeiro dos recursos vinculados à educação, dentre eles o Salário-Educação, no exercício de atividades pedagógicas complementares, não apenas viola a ordem jurídica, nos termos do art. 212, caput e 4º da CRFB; art. 60 do ADCT c/c Lei nº 11.494/2007; art. 2º da Lei nº 12.858/2013, e todos os demais recursos de outros programas suplementares da União (art. 208, VI, CRFB), como

²³ O contrassenso fez que doutrina e jurisprudência mitigassem o requisito da reversibilidade. Há situações em que, não obstante a irreversibilidade do provimento a ser concedido, a urgência é tão premente que a espera pela cognição exauriente é capaz de inviabilizar a própria utilidade da medida. É um caso de potencial irreversibilidade para ambas as partes, diante da qual se permite ao julgador proceder a um juízo de ponderação e assim propender à proteção daquele que, não possuindo o bem da vida naquele momento, sofrerá maior impacto. Exemplo: consumidor que precisa fazer uma cirurgia de emergência, mas o fornecedor (plano de saúde) alega não haver previsão de cobertura. Nesses casos, a jurisprudência entende plausível a mitigação deste requisito negativo, sob a égide do princípio da proporcionalidade. Espera-se que a jurisprudência cada vez mais mitigue o requisito da reversibilidade, uma vez que a interpretação literal do citado dispositivo impede que crises do direito material, eivadas de extrema urgência, sejam de pronto estancadas com a concessão da tutela adequada, violando o próprio fim a que o instituto se destina. Na tutela da evidência, em razão da situação (de evidência) do direito em que se sustenta, não se exige o tal requisito da irreversibilidade. (DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 472)

²⁴ Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

acarretará o subfinanciamento da política pública quando do retorno ao calendário letivo, com a abertura das escolas e oferta de atividades presenciais pela rede pública.

Assim, a concessão do provimento liminar pleiteado é medida imprescindível para evitar condutas lesivas ao financiamento da Educação (ações, serviços e programa de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino), inclusive porque aguardar a sentença de mérito ensejaria prejuízo irreparável para os usuários do sistema público de ensino e ao mesmo sinalizaria para gestor público inconsequente que os custos da conta ilegal não recairiam sobre a sua gestão ante ao largo lapso temporal que permeia as ações judiciais.

Ainda nesse sentido, não é despiendo repisar que os artigos 12, *caput*, e 21 da Lei nº 7.347/85, bem assim o art. 300 do CPC/15, consagram a possibilidade de o julgador, diante da relevância do fundamento da demanda e do justificado receio de ineficácia do provimento final, conceder liminarmente a tutela pretendida pelo Autor da ação.

Especificamente no que tange à questão do reverso da medida de antecipação, o artigo 300, § 1º, do Código de Processo Civil, preconiza que a concessão da tutela de urgência exigirá a prestação de uma caução de contracautela, que pode ser real ou fidejussória, com a finalidade de se proteger a parte contrária contra o risco de que venha a sofrer danos indevidos.

Ao analisar a medida, Alexandre de Freitas Câmara (*in O Novo Processo Civil Brasileiro*) informa que o objetivo é acautelar o assim chamado *periculum in mora* inverso, isto é, o perigo de que o demandado sofra, em razão da demora do processo, um dano de difícil ou impossível reparação (que só será identificado quando se verificar que, não obstante provável, o direito do demandante na verdade não existia). No entanto, cabe a ressalva segundo a qual deve ser a caução dispensada nos casos em que o demandante, por ser economicamente hipossuficiente, não puder oferecê-la, nos termos do mesmo artigo 300, § 1º, parte final. Segundo o referido autor, “Afim, não se pode criar obstáculo econômico ao acesso à justiça, que não é garantido só aos fortes economicamente, mas é assegurado universalmente.”

IV) À GUIA DE CONCLUSÃO

A Constituição da República prevê o dever estatal de oferta de alimentação no contexto educacional, devendo o Estado elaborar política pública de fornecimento de alimentos a todos os alunos da rede pública estadual, o que inclusive é objeto da ação civil pública nº 0093472-52.2020.8.19.0001 que possui inclusive tutela antecipada deferida determinando esse fornecimento. Contudo, esta demanda não é prestacional, limitando ao financiamento da política pública escolhida pelo Estado para o cumprimento de seu dever, o que não foi objeto da decisão judicial suprarreferida.

Contudo, devemos tutelar não só o direito alimentar dos alunos, mas também o direito educacional em sentido estrito. Uma utilização inconstitucional e ilegal dos recursos de natureza vinculada, já escassos – e que se mostrarão ainda mais insuficientes com a já

noticiada queda de arrecadação pelo Estado em razão da pandemia – representará uma deficiência direta na já precária rede estadual de ensino, onde é conhecida a carência de professores, de estrutura escolar e outros elementos indispensáveis à realização suficiente do mínimo existencial à educação.

Ora, não se pode utilizar indevidamente de recursos constitucional e legalmente destinados à universalização e qualidade da educação, como preconiza a Constituição. Em suma, crianças e adolescentes ficarão fora da rede de ensino ou receberão educação em nível muito aquém do que o necessário caso recursos já escassos sejam indevidamente usados para o custeio da política pública alimentar na educação durante a suspensão das aulas presenciais. O ponto nodal é dar cumprimento à lei (sentido amplo) e o Judiciário possui legitimidade democrática quando atua no sentido de garantir a fiel execução das normas expedidas pelos Poderes da República no exercício das suas funções típicas.

Em síntese, a presente demanda se esteia nos seguintes fundamentos:

1) A lei não inseriu alimentação escolar como despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos do art. 71, inciso IV da LDB. Desta forma, as receitas de impostos e transferências vinculadas não poderão custeá-las. Ainda, qualquer valor gasto com tal despesa não pode ser incluído no cômputo dos 25% recursos provenientes de impostos, de arrecadação própria ou resultantes de transferências, previstos no artigo 212, CRFB como recurso vinculado a despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino inexistindo, portanto, discricionariedade do gestor em observar ou não tal vinculação constitucional e legal. *Ver itens II.5, II.6 e II.7.*

2) O uso dos recursos do PNAE para cumprimento do dever de fornecimento de alimentos durante o período de suspensão das aulas presenciais (COVID-19) foi permitido em caráter excepcional, para a distribuição de kits compostos por gêneros alimentícios com para atendimento de todos os alunos matriculados na rede de ensino devem ser atendidos, mas deve observar a regra da universalidade, conforme disposto no art. 2º, incisos III e VI da lei nº 11.947/2009. Assim o uso do PNAE para distribuição seletiva de alimentos é ilegal e não pode ser financiado com os recursos do referido programa. *Ver itens II.3, 3.1, 3.2, 3.3, II.4 e II.7.*

3) Quanto ao uso dos recursos do Salário-Educação para custear a política pública de alimentação durante o período da suspensão só é permitido caso haja ano letivo em curso (exclusivamente em razão da expressa autorização constitucional do art. 212, § 4º, CRFB), o que, nesse momento só seria possível caso as atividades pedagógicas a distância tivessem caráter substitutivo e para tal teria que atender os requisitos legais e regulamentares expostos no item II.4.1, o que não se verificou até o presente momento. *Ver item II.3.4, II.4.1 e II.7.*

4) As informações contidas no site da transparência do Estado do Rio de Janeiro não estão de acordo com as regras previstas na Lei nº 13.979/2020 e Lei nº 12.527/2011, não servindo pra o efetivo controle do uso dos recursos da Educação, não sendo possível extrair informações minimamente detalhadas (ex. nome dos contratantes, tipo de contratação efetuada, ou mesmo a composição dos recursos

empregados na contratação) sobre os gastos com alimentação escolar e gêneros alimentícios. *Ver item II.8.*

V) PEDIDOS

Ante o exposto requer o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro seja o Estado do Rio de Janeiro CONDENADO A:

IV.1) LIMINARMENTE

a) Financiar a política pública de alimentação no Estado durante o período de suspensão das aulas em razão de calamidade pública e medidas de isolamento social determinadas pela COVID-19, mediante a utilização das fontes de recursos financeiros próprios que entender adequadas, nos limites da discricionariedade que cabe ao administrador público, *respeitada a sistemática constitucional e legal de vinculação de recursos que impede a utilização de recursos vinculados à educação*, nos termos do art. 212 da CF c/c art. 8º, parágrafo único da LRF, à exceção dos recursos do art. 5º da Lei nº 11.947/2009, estritamente nas hipóteses legais autorizadas e garantido o cumprimento da norma do art. 14 do mesmo diploma legal, *pela qual no mínimo 30% (trinta por cento) dos recursos do PNAE deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações*, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas;

b) Abster-se **IMEDIATAMENTE** de efetuar gastos com fontes de recursos vinculados à educação para a aquisição de cestas básicas ou kits de gêneros alimentícios durante o período de suspensão das atividades escolares, haja vista que as despesas com alimentação escolar não são consideradas manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos do art. 71, IV da LDB, *à exceção dos recursos provenientes de transferências voluntárias da União destinados à execução do PNAE (art. 5º da Lei nº 11.947/2009), atendidos os requisitos do programa;*

c) Abster-se **IMEDIATAMENTE** de efetuar gastos com fontes de recursos vinculados à educação para o financiamento de cartões-alimentação a serem entregues para os alunos da rede municipal de ensino e seus responsáveis como modalidade de oferta alimentar (cestas básicas, cartão alimentação ou similar) durante o período de suspensão das atividades escolares, haja vista que as despesas com alimentação escolar não são consideradas manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos do art. 71, IV da LDB;

d) Abster-se **IMEDIATAMENTE** de realizar *gastos com a fonte de recursos Salário-Educação para a oferta de alimentação em qualquer modalidade (kits de gêneros alimentícios, cartão-alimentação ou aplicativos de pagamento)* durante o período de suspensão das atividades escolares presenciais sem que haja correspondente atividade pedagógica reconhecida como substitutiva pelo Conselho Estadual de Educação após comprovadamente atendidos os requisitos normativos para a oferta

do ensino a distância em situação de emergência, haja vista que a despesa, nessa hipótese, não se realiza no âmbito do programa suplementar de alimentação escolar, conforme previsto no art. 212, § 4º da CF;

e) Atender, nas contratações eventualmente realizadas pelo Estado com base na dispensabilidade prevista no artigo 24, IV da Lei de Licitações nº 8.666/93 e na Lei nº 13.979/2020, às restrições legais assim previstas:

i) Que se restrinjam tão somente à situação de urgência de atendimento de situação relacionada à política de alimentação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

ii) Que o objeto contratado esteja intrinsecamente relacionado às necessidades advindas da situação anormal de fornecimento de alimentação aos alunos da rede pública municipal, sendo somente cabível a dispensa emergencial se o objeto da contratação consistir em meio adequado, eficiente e efetivo a afastar o risco iminente detectado;

iii) Que a contratação dure apenas o tempo necessário para que se realize a licitação ordinária relativa àquele objeto, respeitado ainda assim o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias previsto no artigo 24, IV, *in fine*, da Lei nº 8.666/93, sendo também terminantemente proibida a prorrogação contratual após findo tal prazo, ou, conforme o caso, instaurar justificadamente um novo processo de dispensa emergencial;

iv) Crie campo específico, no Portal da Transparência ou no sítio eletrônico da Prefeitura, nos termos da Lei nº 12.527/2011 e na esteira do que determina o artigo 4º, § 2º, da Lei nº 13.979/2020, com informações claras, objetivas e detalhadas nos termos desta lei sobre todos os dados atualizados dos gastos com contratações excepcionais, revisões de contratos em curso, dispensas licitatórias, aquisições de insumos, dentre outras, feitas nesse período de pandemia, com base nos regramentos temporários, com o objetivo de facilitar o acesso à informação por parte da população, da imprensa e dos órgãos de controle.

f) Abster-se **IMEDIATAMENTE** de custear com recursos financeiros vinculados à educação as despesas relacionadas à contratação de bens e serviços relacionados ao *preparo e distribuição* dos gêneros alimentícios durante o período de suspensão das aulas presenciais, tais como serviços correlatos de transporte e distribuição, ainda que

decorrentes das transferências do PNAE, em razão da vedação legal ao financiamento dessa modalidade de contrato;

g) Encaminhar ao CAE, para fins de controle social e contábil do orçamento destinado ao financiamento da política pública e em períodos sucessivos de 10 dias, Relatórios de Gestão do Programa de Alimentação Escolar no contexto da pandemia causada pela COVID-19, nos termos da Lei nº 11.947/2009, contendo de forma discriminada:

i) despesas realizadas para aquisição e distribuição de gêneros alimentícios, com indicação das fontes de recursos utilizadas e relação de empenhos e processos de pagamento;

ii) contratos eventualmente firmados pela gestão municipal para aquisição de gêneros alimentícios e serviços eventualmente relacionados ao preparo e distribuição de alimentos, firmados no contexto da COVID-19 ou não, desde que relacionados à oferta em período de suspensão das aulas presenciais na rede municipal;

i) Apresentar todos os contratos celebrados pela Secretária Estadual de Educação e respectivas CRE para aquisição de cestas básicas, cartão-alimentação ou objeto similar, relativo à oferta de alimentos destinados para os alunos da rede estadual de ensino no contexto da COVID-19 ou aqueles aditados e prorrogados com essa finalidade, inclusive aqueles destinados à aquisição de gêneros da agricultura familiar. A informação deverá ser fornecida por meio de planilha de Excel filtrável contendo os seguintes itens: fonte de recursos utilizadas, número do Programa de Trabalho; valores empenhados, liquidados e pagos; número de nota de empenho; objeto contratual sintético; número do contrato e do processo administrativo.

IV.2) DEFINITIVAMENTE:

a) Confirmar todos os pleitos liminar requeridos no item VI.1 e, ainda, CONDENAR o Estado do Rio de Janeiro a:

b) Abster-se de computar, para fins de cumprimento do patamar mínimo constitucional de 25%, previsto no art. 212 da CRFB, as despesas relativas à oferta de alimentação em qualquer modalidade aos alunos da rede municipal de ensino, ainda que realizadas com recursos próprios ou com a fonte adicional de receitas do Salário-Educação, haja vista os impedimentos do art. 71, IV da LDB e art. 212, § 4º da CRFB;

c) Realizar os devidos registros contábeis, de forma clara e com identificação de todas as despesas relativas ao fornecimento de alimentação aos alunos da rede pública municipal, com indicação de se tratar de despesa pública realizada no contexto da pandemia causada pela COVID-19, as fontes de recurso utilizadas para o seu custeio, de modo a permitir o controle da legalidade e eficiência do gasto público, para fins

de controle e pleno rastreamento nos termos do art. 165, da CRFB, Lei nº 12.527/2011 e art. 50 da LRF;

d) Adotar todas as medidas necessárias para a revisão da Lei Orçamentária Anual 2020, bem como Plano Plurianual em vigência (2018/2021), e Lei de Diretrizes Orçamentárias, a fim de que passem a contemplar os recursos necessários para a execução das políticas públicas educacionais tratadas nessa Recomendação, com fulcro no artigo 10 do PNE, encaminhando ao Poder Legislativo, inclusive, as propostas de alteração que se fizerem necessárias, nos termos e nos prazos estabelecidos nas disposições do art. 166, § 5º, da CRFB e conferindo publicidade às referidas alterações no sítio da transparência do Rio de Janeiro;

e) Condenar o demandado ao pagamento de custas processuais e demais ônus sucumbências.

Requer, outrossim, a produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, a juntada de documentos e a realização de perícias, reservando-se o direito de indicar assistente técnico.

Dá-se à causa o valor de R\$ 20.091.519,04 (*vinte milhões e noventa e um mil e quinhentos e dezenove reais e quatro centavos*), para efeitos meramente fiscais.

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 08 de junho de 2020.

ROGÉRIO PACHECO ALVES

Promotor de Justiça – 3ª PJTC de Proteção à Educação da Capital/RJ

RENATA VIEIRA CARBONEL CYRNE

Promotora de Justiça – MPRJ/GAEDUC

RENATO LUIZ DA SILVA MOREIRA

Promotor de Justiça – MPRJ/GAEDUC

MICHELLE BRUNO RIBEIRO

Promotora de Justiça – MPRJ/GAEDUC



Detalhe da imagem da capa



Memória Institucional

Personalidades – História em Destaque

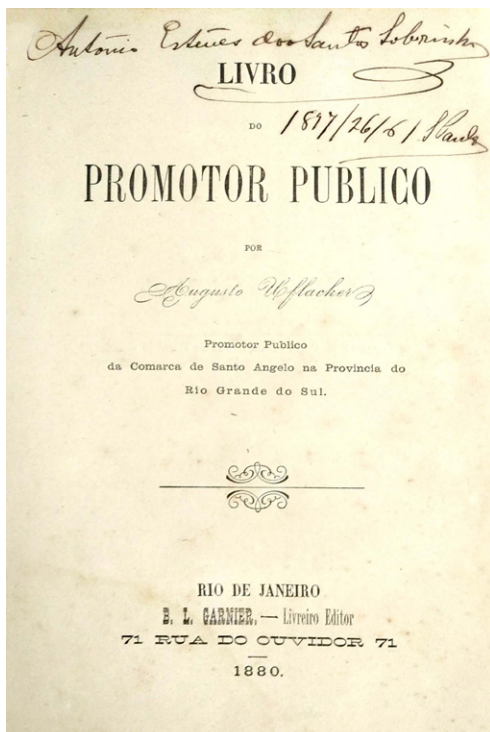
Nota Introdutória

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



Livro do Promotor Público, 1880¹

Apresentamos na edição de junho de 2021 do Projeto *História em Destaque* o item documental mais antigo do Centro de Memória: o *Livro do Promotor Público*, de Augusto Uflacker, de 1880.

Doado ao Centro de Memória pela historiadora Maristela Santana, foi localizado em *site* de vendas. Mesmo necessitando de restauração, está completo, permite perfeita leitura e encontra-se em fase de digitalização. O valor histórico e o bom estado geral da obra justificaram a aquisição e posterior doação ao memorial. Integra o Fundo *Memória Institucional*.

¹ A notícia sobre esta edição foi publicada no site do MPRJ em 16/06/2021.

Publicado na última década do Brasil-Império e, antes da abolição da escravatura (1888), da Proclamação da República (1889) e da institucionalização do Ministério Público (1891), a obra se propunha um manual de atuação para os Promotores Públicos, como também eram chamados os Promotores de Justiça à época. Com 507 páginas, é dividida em duas grandes partes: a primeira, uma compilação legislativa com informações mais específicas sobre o cargo; atribuições gerais e diversas, como Adjuntos de Promotores e Curadores Gerais de Órfãos; incompatibilidades, entre outros assuntos, acompanhados de apontamentos sobre a atuação ministerial propriamente dita. Completa com modelos de peças, chamados “fórmulas” para iniciais e denúncias. A segunda parte é a reprodução da íntegra do *Código Criminal* de 1830. As atividades ministeriais não se reduziam à atuação criminal, mas, em uma sociedade escravista e de rígido controle social, os instrumentos estatais de fiscalização e repressão ocupavam papel preponderante, o que parece justificar a incorporação da lei no corpo da obra.

Na seção *Ao Leitor*, o autor esclarece:

Nomeado Promotor Público da comarca de Santo Angelo, província do Rio Grande do Sul, por falta de pessoa mais habilitada, o meu primeiro cuidado foi munir-me de livros que me guiassem no sentido de desempenhar, se não com brilhantismo, ao menos com honra, não desmerecendo da confiança em mim depositada, o cargo que me fôra confiado.

D’aqui nasceu a necessidade de tomar notas de tudo que achava esparso aqui e alli sobre os deveres e attribuições do Promotor Publico.

Nos livros que encontrei, anda que me auxiliassem muito, não achei tudo o que precisava.

(...) Assim, o livro que ora publico não nasceu do cumprimento do dever. Não se recomenda pela intelligencia, recommenda-se pelo trabalho.

Não é uma obra original que vae dar lustre ao seu autor, é um livro util que póde servir de auxiliar áquelles que como eu, levados pela necessidade ou forçados pelo dever social tiverem de aceitar este cargo com os olhos vendados. (...)

Santo Angelo, Abril de 1880. [sic]

As palavras de Uflacker permitem uma leitura sobre as condições da atividade ministerial no período. Depreende-se, sobretudo no último parágrafo, certa insatisfação e resiliência ao assumir a função, revelando falta de organização e desvalorização do cargo. Segundo o *Código de Processo Criminal* de 1832, que definia as atribuições do Promotor Público, a função poderia ser exercida por qualquer pessoa que reunisse as

condições para ser jurado, preferencialmente “os que fossem instruídos nas Leis.” A Lei nº 2.033/1871, da Reforma Judiciária, dispunha que, em caso de falta do Adjunto de Promotor Público, qualquer pessoa idônea poderia ser nomeada pelo Juiz para a causa específica (criminal) apresentada.

Disposto dessa forma, a princípio qualquer indivíduo poderia ser Promotor, não necessariamente bacharel em Direito, bastando apenas ser dotado de “boa índole.” Experiências anteriores em outros cargos públicos eram levadas em consideração, contudo, os critérios subjetivos eram determinantes, denotando que a escolha e a nomeação para o cargo de Promotor eram realizadas com base em relações pessoais provincianas que faziam da Promotoria Pública um emprego público com algumas prerrogativas, mas sem o prestígio e as garantias da magistratura e das altas autoridades policiais. Àqueles que tinham pretensões à carreira jurídica, era exigido o exercício anterior de quatro anos completos como Promotor, ou Juiz Municipal, ou Juiz de Órfãos (Lei nº 261/1841), de modo que a Promotoria Pública poderia constituir uma porta de entrada para a alta burocracia jurídica, logo uma atividade transitória. Parece ter sido este o caso de Uflacker.

Augusto Uflacker (1847-1923), de família alemã, era natural de Cruz Alta, Província do Rio Grande do Sul. Advogado, foi nomeado Promotor Público pela primeira vez para a comarca de Santo Ângelo (1878-1883). Passou por diversas comarcas (1883-1885), foi demitido, e retornou ao cargo nos primeiros dias da República (1889-1893). Colaborou na elaboração da Lei Orgânica do município de S. Sebastião do Caí (1891) e no Projeto de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul (1895). O fato de a legislação indicar apenas “incompatibilidade relativa” do cargo com as funções de advogado (Avisos nº 24 de 14/01/1873; e nº 330, de 31/10/1859), permitiu que exercesse a profissão até ser nomeado Juiz de Direito (1897). Aposentou-se como Juiz de Comarca da 1ª Vara da Capital (Porto Alegre) em 1917. Publicou diversas obras jurisprudenciais.

Além do *Livro do Promotor Público*, de Augusto Uflacker, houve também o *Manual do Promotor Público*, de José Marcellino Pereira de Vasconcellos (1821-1874), advogado e político capixaba, publicado em 1861. Foi uma das obras de referência mencionadas por Uflacker no auxílio às suas atividades, mas que, na prática, sentiu necessidade de agregar mais conteúdo. Talvez tenham sido as únicas produções específicas sobre as funções do Promotor Público antes da institucionalização do *Parquet*.

A proposta de criação do Ministério Público por Nabuco de Araújo, no curto período em que esteve à frente do Ministério da Justiça (1865-1866), não foi adiante durante o período imperial. Ainda que a iniciativa estatal levasse décadas para criar a instituição e outras mais para oferecer-lhe condições para exercer com plenitude o seu potencial, os manuais de atuação escritos por praticos da atividade, como Augusto Uflacker, revelam a mobilização entre os Promotores para criar instrumentais de trabalho em meio a condições precárias e à tentativa de oferecer organicidade à sua atuação, contribuindo assim, para a estruturação e profissionalização da carreira ao longo da República.

Obras de Augusto Uflacker:

- *Livro do Promotor Público* [sic]. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, p. 507.
- *Reforma Eleitoral Anotada*. Rio de Janeiro: Garnier, editor, 1884, p. 351.
- *Contractos e Procurações Particulares* [sic]. (Livreto) Fructuoso Fontoura, editor, 1894 (?).
- *A Demarcação e Divisão de Terras Particulares*. Porto Alegre: Livraria Americana, 1899.
- *Systema Torrens*: Formulário completo dos processos creados pelos decretos nº 451B de 31/05 e 955A de 05/11/1890 [sic]. 2ª ed. (Cuidadosamente corrigida e aumentada). Porto Alegre: Livraria Americana, 1899, p. 292.
- *Casamento Civil Anotado*. 2ª ed. Revista e aumentada. Porto Alegre: Livraria Americana, Pintos & C., 1905.



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

• • •

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA O RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. DESNECESSIDADE. AUDIÊNCIA EM JUÍZO NA QUAL ASSEGURADOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

2. No sistema de jurisdição una, o procedimento judicial conta com mais e maiores garantias que o procedimento administrativo, razão pela qual o segundo pode ser revisto judicialmente, prevalecendo a decisão judicial sobre a administrativa.

3. Por outro lado, em um sistema congestionado como o da Execução Penal, qualquer atividade redundante ou puramente formal significa desvio de recursos humanos da atividade principal do Juízo, inclusive e notadamente a de assegurar os benefícios legais para que ninguém permaneça no cárcere por período superior à condenação.

4. Desse modo, a apuração de falta grave em procedimento judicial, com as garantias a ele inerentes, perante o juízo da Execução Penal não só é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) como torna desnecessário o prévio procedimento administrativo, o que atende, por igual, ao princípio da eficiência de que cuida o art. 37 da Constituição Federal.

5. Provimento do Recurso com a afirmação da seguinte tese: *“A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.”*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em, apreciando o tema 941 da repercussão geral, dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Foi fixada a seguinte tese: *“A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.”*

Brasília, 24 a 30 de abril de 2020.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

04/05/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça, assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp nº 1.378.557/RS, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), pacificou o entendimento de que para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave pelo juízo da execução é imprescindível a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, observando o contraditório e a ampla defesa. Aplicação da Súmula nº 533 do STJ.

2. No caso dos autos, não foi instaurado PAD para apuração da falta disciplinar imputada à apenada, razão pela qual deve ser afastado o reconhecimento da indisciplina. **PRELIMINAR ACOLHIDA. FALTA GRAVE AFASTADA.**

2. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição. A parte recorrente alega violação aos arts. 5º, XXXV, LIV, LV; e 93, IX, da Constituição. Afirma que o acórdão recorrido deixou de considerar que, para o reconhecimento da

falta disciplinar de natureza grave, a realização de audiência de justificação se mostra suficiente para apurar o ato faltoso.

3. No caso dos autos, o Juízo da Segunda Vara de Execuções Penais de Porto Alegre/RS, após audiência de justificação para apurar falta grave, supostamente cometida pela ora recorrida – fuga da Penitenciária de João Chaves, em Natal/RN, no dia 06.02.2001, com recaptura em 24.04.2014 –, determinou a perda de 1/10 dos dias remidos, manteve o regime inicial fechado e alterou a data-base para obtenção de benefícios na execução da pena.

4. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aplicando a Súmula 533, do Superior Tribunal de Justiça, reformou a decisão para afastar o reconhecimento da falta grave e a penalidade aplicada sob o fundamento de ausência de prévio procedimento administrativo disciplinar.

5. Irresignado, interpôs o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul o presente recurso, que foi admitido na origem. Em 07.04.2017, o Plenário Virtual reconheceu a existência de repercussão geral.

6. É o relatório.

04/05/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

I. A RELEVÂNCIA DO TEMA

1. Tenho sob a minha relatoria dezenas de recursos extraordinários sobre a matéria em exame. Depois de examinar a controvérsia, cheguei a uma conclusão que penso deva ser aplicada uniformemente a título de reafirmação de jurisprudência, em repercussão geral, prevenindo a necessidade de proferir centenas de decisões idênticas em todos os casos que tramitam nesta Corte.

2. Alega o Recorrente: (i) a prescindibilidade de prévio Processo Administrativo Disciplinar para o reconhecimento da falta grave e a aplicação de seus consectários, quando assegurado ao apenado, em Juízo, o exercício do contraditório e da ampla defesa, inexistindo qualquer prejuízo à defesa, que teve suas garantias constitucionais integralmente respeitadas, em face à oitiva judicial do apenado, na presença de seu Defensor; (ii) o acórdão, ao entender de forma diferente, vulnerou os dispositivos constitucionais (arts. 5º, XXXV, LIV, LV; e 93, IX), dando-lhes extensão indevida, resultando em questão capaz de influir concretamente e de maneira generalizada, numa grande quantidade de casos.

3. A adoção do entendimento dado à matéria pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul traz, como consequência, a anulação de mais de seis mil e setecentos processos judiciais de reconhecimento de falta grave, somente naquele Estado, conforme dados do Ministério Público estadual. Segundo o recorrente, estas anulações produzem profunda instabilidade na execução da pena e descrédito das instituições, na medida em que ficam sem efeito as regressões de regime determinadas, as alterações de data-base operadas e as declarações de perda de dias remidos, em situação de impunidade de faltas disciplinares sem precedentes.

II. A ORIENTAÇÃO DADA À MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4. Embora não se desconheça a existência de algumas decisões monocráticas e acórdãos em sentido contrário ao defendido pelo recorrente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre a eventual ausência ou a insuficiência de defesa técnica no PAD. Nessa linha, vejam-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. FUGA DE PRESÍDIO. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE EM PROCEDIMENTO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO (PAD). REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO NA PRESENÇA DE DEFENSOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO PARA, DESDE LOGO, PROVER O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (ARE 808.912, Rel. Min. Luiz Fux)

Habeas corpus. Falta grave. Fuga. Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática de falta de natureza grave por ausência de defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar (PAD). Não ocorrência. Nulidade suprida na audiência de justificação. Oitiva do paciente em juízo devidamente assistido por um defensor público. Observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). Finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar alcançada de forma satisfatória. Ordem denegada.

1. A alegada nulidade ocorrida no processo administrativo disciplinar foi suprida na audiência de justificação, pois, segundo se verifica nos documentos que instruem a impetração, o paciente, devidamente assistido por um defensor público constituído, foi ouvido em juízo, quando da audiência de justificação.

2. Desta feita, foi alcançando, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar, não havendo, portanto, que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF)

3. Ordem denegada. (HC 112.380, Rel. Min. Dias Tofolli)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE EM JUÍZO (AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO): INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC. XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 981.901, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia)

PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CF. ART. 102, I, D E I. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NO ATO DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE SANÁVEL COM A OITIVA DO CONDENADO EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. A Lei de Execuções Penais não impõe a obrigatoriedade de instauração do procedimento administrativo disciplinar, sendo, entretanto, imprescindível a realização de audiência de justificação, para que seja dada a oportunidade ao Paciente do exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. A oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público supre eventual nulidade decorrente da ausência ou deficiência de defesa técnica no curso de Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Precedentes: HC 109.536, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 15.06.12; RHC 109.847, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 06.12.11; HC 112.380, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 22.06.12.

3. *In casu*, a) o Juízo da Execução deixou de homologar o PAD sob o fundamento de ausência de defesa técnica no ato do interrogatório, destacando que a nomeação de advogado dativo vinculado ao órgão acusador (SUSEP) para atuar no feito violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa; b) A Corte Estadual, no julgamento do agravo em execução interposto pelo Ministério Público afirmou que o ato do interrogatório realizado na via administrativa não acarretou qualquer prejuízo à defesa, bem como determinou fosse realizada audiência de justificação, nos termos do artigo 118, § 2º, da LEP.

4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição Federal, sendo certo que os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte, por isso que inadmissível o *writ* substitutivo de recurso ordinário.

5. Outrossim, no caso sub examine, não há excepcionalidade que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem.

6. Ordem de *habeas corpus* denegada. (HC 110.278, Rel. Min. Luiz Fux)

5. Ainda, na mesma linha: HC 109.536, Primeira Turma, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia; RHC 109.847, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 109.542, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes.

III. A SOLUÇÃO PROPOSTA

6. Como se viu, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência

ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

7. Esse entendimento se sustenta no fato de que, no sistema de jurisdição una, o procedimento judicial conta com mais e maiores garantias que o procedimento administrativo. Esta a razão pela qual a decisão administrativa sempre pode ser revista judicialmente, prevalecendo, sempre, a decisão judicial sobre a administrativa.

8. Além disso, entendo que o art. 59 da Lei de Execuções Penais, ao exigir a instauração de um processo administrativo disciplinar, pretendeu obstar a arbitrária imposição de sanções pela autoridade administrativa, sem que fosse assegurado o contraditório e a ampla defesa. Não se extrai desse dispositivo uma vedação a que a apuração da falta grave se dê em juízo, com a observância dessas garantias.

9. É de se ressaltar que na audiência de justificação não há impedimento de que o apenado junte documentos e arrole testemunhas, exercendo assim de forma plena o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

10. Por outro lado, em uma estrutura congestionada como o da Execução Penal, qualquer atividade redundante ou puramente formal significa desvio de recursos humanos ou da atividade principal do Juízo, inclusive e notadamente a de assegurar os benefícios legais para que ninguém permaneça no cárcere em prazo superior à condenação.

11. De modo que a apuração de falta grave em procedimento judicial, com as garantias a ele inerentes, perante o juízo da Execução Penal, não só é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) como torna desnecessário o prévio procedimento administrativo, o que atende, por igual, ao princípio da eficiência de que cuida o art. 37 da Constituição Federal.

12. Diante do exposto, dou provimento ao recurso com a afirmação da seguinte tese: *“a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.”*

13. É como voto.

04/05/2020
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

**PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Cuida-se de Recurso Extraordinário, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, submetido à sistemática da repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Consta nos autos que a Recorrida foi condenada à pena de 14 anos, com regime inicial fechado, como incurso aos crimes versados no artigo 121, § 2º, inciso I e IV, do Código Penal. Iniciou o cumprimento da reprimenda em 13/11/1997; contudo, fugiu em 06/02/2001, sendo recapturada em 24/4/2014. Em audiência datada de 5/5/2015 (*fl.* 2-3, processo origem), o magistrado de piso reconheceu a falta grave e, mantendo o regime fechado, determinou a alteração da data-base e a perda de 1/10 dos dias remidos.

Contra essa decisão insurgiu-se a Recorrida (*fl.* 11-14, processo origem), alegando não ter havido prévia instauração do Processo Administrativo Disciplinar – PAD para apuração da falta disciplinar. O membro do *Parquet* em segunda instância manifestou-se pelo reconhecimento da nulidade da decisão recorrida (*fl.* 49-57, processo origem).

O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso defensivo (*fl.* 59-62, processo origem) para, acolhendo a preliminar arguida, afastar a falta grave da Recorrida. A ementa do aresto restou assim digitada:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp nº 1.378.557/RS, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), pacificou o entendimento de que para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave pelo juízo da execução é imprescindível a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, observando o contraditório e a ampla defesa. Aplicação da Súmula nº 533 do STJ.

2. No caso dos autos, não foi instaurado PAD para apuração da falta disciplinar imputada à apenada, razão pela qual deve ser afastado o reconhecimento da indisciplina.

PRELIMINAR ACOLHIDA. FALTA GRAVE AFASTADA.

Opostos os embargos aclaratórios pelo ora Recorrente (fl. 69-74v, processo origem), ao argumento de que a decisão contrariou jurisprudência do STF, o Tribunal não os acolheu (fl. 76-78, processo origem), em acórdão assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECONHECIMENTO DE FALTA DISCIPLINAR. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO.

A questão referente ao reconhecimento da falta disciplinar sem instauração do respectivo procedimento administrativo, mas realizada a audiência de justificação, foi enfrentada no voto condutor. Inexistente, portanto, a omissão suscitada.

A Súmula nº 533 do STJ, oriunda do REsp nº 1.378.557/RS, dispõe ser imprescindível a instauração do PAD para o reconhecimento da indisciplina, competência do administrador do estabelecimento prisional.

EMBARGOS DESACOLHIDOS.

Ascendeu a esta CORTE através de Recurso Extraordinário (fl. 86-91, processo origem), admitido na origem (fl. 115-119, processo origem), amparado nos seguintes preceitos constitucionais: artigos 5º, inciso XXXV, 127 e 129; e, subsidiariamente, artigo 93, IX.

As razões recursais foram assim ementadas:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCINDIBILIDADE. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. O Direito Constitucional brasileiro contemplou o princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, que veda o *non liquet* jurisdicional e torna inexigível o prévio esgotamento das instâncias administrativas para a busca da tutela de interesses diretamente perante o Judiciário, sob pena de ofensa ao direito fundamental de amplo acesso ao Poder Judiciário, insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

2. Ademais, o Ministério Público possui legitimidade para deflagrar procedimento judicial, independentemente de anterior formação

de processo administrativo, incumbindo-lhe o requerimento de regressão de regime, um dos consectários do reconhecimento da falta disciplinar de natureza grave. Entendimento em contrário traduziria indisfarçável afronta aos dispositivos antes referidos e à própria Carta Maior, considerando-lhe a definição constitucional do Ministério Público como fiscal da lei, defensor da ordem jurídica, guardião do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com amplo acesso à via judicial para dar concretude às suas funções constitucionais. (art. 127 e 129 da Constituição Federal)

3. A Câmara de origem foi devidamente provocada a manifestar-se sobre a violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, matéria alegada nos embargos de declaração, persistindo na omissão. Negada vigência ao art. 93, IX, da CF/88. Tese subsidiária para o caso de ser considerado que não houve prequestionamento.

Este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a existência de repercussão geral sobre a matéria e, no mérito, não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, a ser analisada no Plenário físico (*peça 14*), em julgado com a seguinte ementa:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESNECESSIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Nos termos das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

2. Assim sendo, a apuração da prática de falta grave perante o juízo da Execução Penal é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa. (art. 5º, LIV e LV, da CF)

3. Reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Foram admitidos pelo Relator (*peça 23*) como amigos da Corte os seguintes postulantes: (a) a Defensoria Pública da União (*peça 4*, pet. 37.082/2017); (b) a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (*peça 18*, pet. 66.293/2017).

É a síntese do necessário.

É tranquila a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a oitiva do sentenciado pelo Juízo da Execução supre a necessidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para apuração de falta grave.

Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Agravo regimental em *habeas corpus*. 2. Execução Penal. 3. Cometimento de falta grave. 4. Definição de nova data para contagem de benefícios e perda de dias remidos. Manutenção em regime fechado. 5. Ausência de audiência de justificação não violou o contraditório e a ampla defesa. 6. Agravante devidamente ouvido durante a instrução do PAD e audiência devolutiva. 7. Ausência de constrangimento ilegal. 8. Negativa de provimento ao agravo regimental. (HC-AgR 150.745/RO, 2ª. Turma, rel. Min. GILMAR MENDES)

Habeas corpus. Falta grave. Fuga. Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática de falta de natureza grave por ausência de defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar (PAD). Não ocorrência. Nulidade suprida na audiência de justificação. Oitiva do paciente em juízo devidamente assistido por um defensor público. Observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). Finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar alcançada de forma satisfatória. Ordem denegada. 1. A alegada nulidade ocorrida no processo administrativo disciplinar foi suprida na audiência de justificação, pois, segundo se verifica nos documentos que instruem a impetração, o paciente, devidamente assistido por um defensor público constituído, foi ouvido em juízo, quando da audiência de justificação. 2. Desta feita, foi alcançando, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar, não havendo, portanto, que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF). 3. Ordem denegada. (HC 112380/RS, rel. Min. DIAS TOFFOLI)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO (PAD). SUPOSTA VULNERAÇÃO AO ARTIGO 5º, II E XXXIX, DA CF/88.

MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, II, XXXIX, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (Re-AgR 970.16/RS, rel. Min. LUIZ FUX)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. FALTA GRAVE. NULIDADE DO PAD. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, XXXV, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. O entendimento consignado na decisão agravada reproduz a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Obstada a análise da suposta afronta aos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Carta Magna, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da Magna Carta. 3. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 4. Agravo interno conhecido e não provido. (ARE-AgR 819.921/RS, rel. Ministra ROSA WEBER)

Ainda nesse sentido, no RE 1.166.716/RS proferi decisão monocrática reconhecendo a possibilidade de reconhecimento de falta grave se o contraditório e a ampla defesa puderam ser devidamente exercidos na via judicial, prescindível a instauração de PAD, anotando-se que essa decisão veio a ser confirmada em julgamento de agravo regimento pela Primeira Turma (acórdão publicado em 12/3/2019).

Por essas razões, voto pelo provimento do recurso.

**04/05/2020
PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Relator Roberto Barroso.

Apenas para indicar os aspectos essenciais da controvérsia e, bem assim, para subsidiar minha manifestação em sentido divergente do de Sua Excelência, rememoro que o presente recurso extraordinário, submetido ao regime da repercussão geral, tem como tema:

Saber se a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

No presente caso, a recorrida fugiu de estabelecimento prisional no Rio Grande do Norte, em 06.02.2001, tendo sido recapturada, em 24.04.2014, no Estado do Rio Grande do Sul. A falta grave que se lhe imputa é, portanto, a de fuga de estabelecimento prisional, nos termos do art. 50, II, da Lei de Execução Penal. Ouvida em audiência de justificação, a recorrida, na presença do defensor e do membro do Ministério Público, teve reconhecida a prática de falta grave, com os consectários a ela inerentes.

O Tribunal de origem, em julgamento do agravo em execução interposto pela ora recorrida, aplicou o entendimento fixado em sede de recurso especial repetitivo, para afastar o apenamento ante a inexistência de processo disciplinar.

O e. Relator do presente recurso extraordinário acolhe, em seu voto, o recurso do Ministério Público, para fixar a tese de que “a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena”.

Era brevemente o que tinha a rememorar.

Registro, inicialmente, que os precedentes trazidos pelo e. Ministro Relator (HC 112.380, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 981.901, Rel. Ministra Cármen Lúcia; HC 110.278, Rel. Min. Luiz Fux; HC 109.536, Rel. Ministra Cármen Lúcia; RHC 109.847, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 109.542, Rel. Min. Gilmar Mendes) têm em comum não apenas o entendimento que ora ampara o voto proferido por Sua Excelência, no sentido da desnecessidade do PAD nos casos de fuga, mas também têm como origem o mesmo tribunal, isto é, o do Estado do Rio Grande do Sul.

É também do Rio Grande do Sul o precedente do Superior Tribunal de Justiça firmado em sede de recurso representativo de controvérsia REsp n. 1.378.557.

A razão pela qual esse entendimento tem uma origem comum deve-se, como se extrai da leitura desses acórdãos, a um dispositivo constante do regulamento penitenciário local (Decreto 46.534, de 2009), que dispensa, nos termos de seu art. 22, III, a instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar nos casos de “fuga” e de prática de “qualquer fato previsto como crime doloso na lei penal vigente”.

Muito embora não possa o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, examinar a legislação local – especialmente se não prequestionada à ofensa a Constituição – nem realizar um controle de legalidade, é preciso reconhecer, como *obiter dictum*, que a disposição constante da legislação local contrasta com o que prevê a Lei de Execução Penal:

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, *deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.*

Parágrafo único. A decisão será motivada.

Por isso, posta a questão nesses termos, afigura-se correto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, soberano no exame da compatibilidade das decisões dos Tribunais contestadas em face da legislação federal, no sentido de que “para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”. (Súmula n. 533/STJ)

Ademais, ainda que os Estados da federação tenham, nos termos do art. 24, I, da CRFB competência para legislar concorrente sobre direito penitenciário, devem eles observar a prevalência da norma federal sempre que, de forma nítida, o legislador federal afastar o exercício da competência suplementar dos Estados (art. 24, § 4º, da CRFB). Quanto ao sentido da norma federal, bem indica André Giamberardino sua inequívoca interpretação:

Não há nenhuma ressalva quanto à aplicação do enunciado aos casos de falta grave por fuga e pela prática de novo crime doloso, sendo também necessário, em tais casos, a instauração de procedimento administrativo disciplinar. (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentário à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018, p. 113)

Assim, tendo em vista que o comando constante do art. 59 da Lei de Execuções Penais exige a instauração do PAD em todas as hipóteses de falta grave, não têm eficácia as normas locais que criem exceções ao comando legal expresso.

Não obstante escapem essas considerações ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de recurso extraordinário, elas servem para bem localizar o cerne da controvérsia ora submetida a julgamento, a saber, definir se o direito ao contraditório ampara a previsão legal no sentido de ser obrigatória a instauração da PAD em todas as hipóteses de falta grave, inclusive as decorrentes de fuga e da prática de outra infração penal.

A resposta à questão, com as vênias do e. Ministro Roberto Barroso, é afirmativa, isto é, apenas pela competente instauração do procedimento administrativo disciplinar é que o direito à ampla defesa e ao contraditório está assegurado. Isso se deve tanto à independência das instâncias criminal e administrativo-disciplinar quanto à necessidade de produção oficial dos atos inerentes ao exercício do direito de defesa.

A separação de instâncias visa a estabelecer regras próprias para a apuração de infrações criminais, de um lado, e, de outro, as de natureza disciplinar, que criam um mecanismo de sanções e recompensas realizando não apenas o direito à individualização das penas, como também a própria ressocialização do preso, sua reforma e readaptação social, nos termos do que exige o Pacto de São José da Costa Rica, em seu Artigo 5, § 6º.

A Lei de Execução Penal manifesta essa separação, que deriva da própria separação de poderes, prevendo não apenas instâncias próprias de apuração, como também expressamente indicando que eventual prática de infração penal, na medida em que também constitui falta grave, não desonera o preso da responsabilização disciplinar, nos termos de seu art. 52, *caput*:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características.

Coerente com a ideia de separação de instâncias está também a atribuição de competência própria à autoridade administrativa para exercer o poder disciplinar, nos termos do art. 47 da LEP, cujo desempenho está condicionado à constatação de ofensas ao regime disciplinar. Noutras palavras, a imputação e a apuração de violações aos deveres próprios do preso, enquanto pessoa submetida a um regime especial de sujeição, dependem, nos estritos termos do art. 5, LIV, da CRFB, da instauração do procedimento administrativo disciplinar.

Ademais, a atuação própria dos órgãos da Administração no que tange à realização de suas missões institucionais dá-se, como decorre do regime de direito público, de ofício, porquanto a apuração e o sancionamento não se inserem no âmbito da discricionariedade administrativa. Se a instauração e a instrução são de competência exclusiva da autoridade administrativa e se o procedimento é requisito para o sancionamento, o direito de defesa está subordinado ao competente esclarecimento dos fatos, com a garantia de ampla participação dos interessados. Vale dizer, é o procedimento administrativo disciplinar a base material sob a qual o direito à ampla defesa é assegurado, sendo, pois, indispensável para a configuração da infração disciplinar. Ausente o procedimento conclusivo no que tange à apuração da materialidade e do juízo de imputação fica comprometido o direito de defesa e se deslegitimam quaisquer pretensões sancionatórias por parte do Estado.

O fato de a conclusão do procedimento, nos casos de infração grave, culminar com a representação ao juiz competente (art. 118, I, da LEP) não desnatura o poder-dever da Administração de plenamente esclarecer a materialidade da falta grave, quer porque apenas a ela cabe o impulso oficial, quer porque o esclarecimento de todas as circunstâncias do fato, inclusive em relação ao eventual envolvimento de seus servidores na prática de infração, é de seu primeiro interesse.

Diante do exposto, renovando o pedido de vênha ao e. Relator, nego provimento ao recurso extraordinário e mantenho, para efeitos de tese de repercussão geral, a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a garantia da ampla defesa e do contraditório exige que o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal seja precedido da instauração de procedimento administrativo disciplinar, assegurada a representação por advogado constituído ou defensor público nomeado”.

É como voto.

04/05/2020
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOGAL):

1. Resumo do caso e questão constitucional debatida

Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida por esta Suprema Corte – tema 941 (eDOC 14) –, em que se discute a necessidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) para o reconhecimento da prática de falta grave no curso da execução penal.

O acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul afastou o reconhecimento da indisciplina, em razão da inexistência de PAD, restando assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp n. 1.378.557/RS, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), pacificou o entendimento de que para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave pelo juízo da execução é imprescindível a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, observando o contraditório e a ampla defesa. Aplicação da Súmula n. 533 do STJ. 2. No caso dos autos, não foi instaurado PAD para apuração da falta disciplinar imputada à apenada, razão pela qual deve ser afastado o reconhecimento da indisciplina. PRELIMINAR ACOLHIDA. FALTA GRAVE AFASTADA. (eDOC 2, p. 75)

Nesse ponto, o Ministério Público do Rio Grande do Sul alega em suas razões recursais que a existência prévia de PAD se mostra prescindível para o reconhecimento da prática de falta grave, quando há a realização de audiência de justificação com a presença do defensor. Eis os argumentos do *Parquet* estadual:

Ainda, quanto à preliminar de nulidade arguida pelo agravante, em virtude da não instauração de PAD, não merece ser acolhida, uma vez que se realizou audiência de justificativa, com a presença e manifestação da Defensoria Pública, apurando-se o fato a partir da prévia oitiva judicial da apenada, conforme norteiam os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa (...). Por fim, oportuno observarmos que em recentes precedentes dessa e. 1.0 Câmara Criminal a prescindibilidade do PAD para apuração de determinadas faltas graves, como a que ora é analisada, veio assentada após profundos estudos sobre o tema. Dos arestos cujas ementas seguem abaixo transcritas se extrai que a orientação firmada pela Terceira Seção do STJ no REsp nº 1.378.557/RS não deve ser adotada cegamente, pois não só desconsiderou preceitos constitucionais (e infraconstitucionais), mas também porque não levou em consideração que há significativa diferença entre as diversas espécies de falta de natureza grave que podem ser cometidas pelo preso (...). (eDOC 2, p. 48-66)

A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul pleiteia em suas contrarrazões a manutenção do acórdão proferido pela Corte estadual nos seguintes termos:

Como bem ressaltado pelo acórdão vergastado pelo Ministério Público, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula que esclarece a contenda, qual seja, a Súmula 533, que dispõe, *in verbis*: *Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado*. Nesse passo, impõe-se NÃO seja o Recurso Extraordinário em liça admitido e, alternativamente, IMPROVIDO. (eDOC 2, p. 164)

Em decisão monocrática do relator, Min. Luís Roberto Barroso, foram admitidos como amigos da corte a Defensoria Pública da União (DPU) e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DP/RJ). (eDOC 23, p. 1)

Trata-se, portanto, de se verificar se a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio procedimento administrativo disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

A questão constitucional em debate envolve, portanto, a necessidade de procedimento administrativo disciplinar prévio e a alegação de ofensa à independência

das instâncias administrativa e judicial. Os dispositivos constitucionais e legais em discussão são: Súmula 533 do STJ; CF/1988, art. 5º, XXXV, LIV e LV.

2. Do necessário respeito aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (CF, art. 5, LIV e LV)

Primeiramente, ressalte-se o entendimento de que a realização de audiência em juízo – audiência de justificação –, na qual seja assegurado ao condenado o direito ao contraditório e à ampla defesa, supre a necessidade do prévio procedimento administrativo disciplinar (PAD) para o reconhecimento de falta grave, assim como supre eventual inexistência ou insuficiência da defesa no plano administrativo, devidamente sanada no âmbito judiciário.

Nessa linha de raciocínio, cito precedente do Ministro Presidente Dias Toffoli:

Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática da falta de natureza grave por ausência de procedimento administrativo disciplinar (PAD). (...) 1. Ao contrário do que afirma a recorrente, foi instaurado procedimento administrativo disciplinar (...), o qual não foi homologado pelo Juízo de Direito da Vara de Execução Criminal de Novo Hamburgo/RS, que entendeu que a defesa do apenado deveria ser feita por advogado habilitado. 2. No entanto, essa irregularidade foi suprida pela repetição do procedimento em juízo, quando foi feita a oitiva do paciente, devidamente acompanhado de seu defensor e na presença do Ministério Público estadual. Portanto, não há que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa no ato que reconheceu a prática de falta grave pelo paciente. 3. Aquele juízo na audiência de justificação, ao não potencializar a forma pela forma, que resultaria na pretendida nulidade do PAD pela defesa, andou na melhor trilha processual, pois entendeu que aquele ato solene teria alcançado, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo em questão. Cuida-se, na espécie, do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual se consideram válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial (art. 154 do CPC) e, ainda que a lei prescreva determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz poderá, mesmo que realizado de outro modo, considerá-lo hígido quando tenha alcançado sua finalidade essencial.

Destaque-se que o enunciado 5 da Súmula Vinculante deste Tribunal – editado com base em precedente de minha relatoria – tangencia o tema debatido e merece ser aqui enfrentado. Transcreva-se o enunciado e o precedente:

Súmula Vinculante 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da CF de 1988 (...). *Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar (...).* (RE 434.059, de minha relatoria, j. 7.5.2008)

No entanto, é sabido que, após a publicação do referido enunciado, em maio de 2008, vem se consolidando o entendimento nesta Corte, inclusive com julgado de minha relatoria, de que tal preceito sumular não se aplicaria ao processo administrativo disciplinar para apurar falta grave em estabelecimentos prisionais. Veja-se:

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a Súmula Vinculante não é aplicável em procedimentos administrativos para apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais. Tal fato, todavia, não permite ampliar o alcance da referida súmula vinculante e autorizar o cabimento desta reclamação, pois o acórdão reclamado apenas adotou o verbete como uma das premissas para decidir no caso concreto. (Rcl. 9.340, rel. Min. Riardo Lewandowski, j. 26.8.2014)

Ressalte-se que, no caso em espécie, a presença de assistente jurídico da penitenciária não garante a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois sem o devido acompanhamento de advogado ou de defensor público nomeado. (AI 805.454, rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática j. 1.8.2011)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante 5. Todavia, esse enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível. Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas (...). (RE 398.269, de minha relatoria, j. 15.12.2009)

Como pode ser observado nas decisões acima transcritas, no caso de reconhecimento de falta grave em estabelecimentos prisionais, é necessário que haja o *efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, por meio de defesa técnica habilitada, respeitando-se o devido processo legal, para que o prévio procedimento administrativo disciplinar não seja considerado inconstitucional ou nulo.*

Isso significa que o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa representa um pressuposto de validade do procedimento administrativo disciplinar prévio à decisão judicial pelo Magistrado da execução penal.

Não significa, contudo, que o procedimento administrativo disciplinar seja um pressuposto de validade da decisão judicial que reconhece o cometimento de falta grave, já que a essência constitucional determinante que confere validade à decisão judicial é o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e não a realização do processo administrativo.

Os princípios constitucionais são pressupostos de validade do procedimento administrativo disciplinar e não o contrário. O procedimento administrativo disciplinar não é pressuposto de validade para realização dos princípios constitucionais.

A consequência lógica de tal equação jurídica é que o procedimento administrativo disciplinar é dispensável para a decisão judicial que reconhece a falta grave, no curso da execução penal, *se o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, por meio de defesa técnica devidamente habilitada, respeitando-se o devido processo legal, se der de forma plena, porém, de outro modo que não seja no curso do procedimento administrativo disciplinar.*

Sobre o princípio do contraditório, confira-se posição da doutrina acerca de seus contornos mais relevantes:

Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de participação no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalari, caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, na busca de uma efetiva igualdade processual. O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação –, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade. (GONÇALVES, 1992, p. 127)

Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionais). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petítória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 97-98)

Sua conclusão é no sentido de que “o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade”.

A ampla defesa soma-se ao contraditório e ambos constituem a pedra de toque do devido processo legal, sobretudo do direito processual penal:

Embora ainda haja defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base. É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação. Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado. (PACCELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 49)

Diante disso, considera-se, de fato, dispensável a realização de prévio procedimento administrativo disciplinar quando os direitos ao contraditório e à ampla defesa restarem devidamente concretizados diante do Juiz da execução em audiência de justificação, que é o competente para realizar o controle judicial da matéria e decidir sobre a questão.

3. Do necessário respeito ao princípio da reserva jurisdicional (CF, art. 5, XXXV) – do sistema uno de jurisdição no direito brasileiro

Parte-se aqui do pressuposto de que, em nosso sistema uno de jurisdição, o procedimento judicial contará sempre com uma estrutura mais adequada para a proteção das garantias individuais do que o procedimento administrativo. Por essa razão, o procedimento administrativo poderá, sempre, ser revisto na esfera judiciária para exame da legalidade do ato, prevalecendo a decisão judicial sobre a decisão administrativa. Isso de acordo com o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assim dispõe:

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nesse sentido, o art. 194 da Lei de Execução Penal determina que os procedimentos por ela disciplinados serão judiciais, o que inclui o próprio art. 59 do referido diploma legal, que regulamenta a questão do procedimento administrativo disciplinar. Confira-se a redação dos referidos dispositivos:

Art. 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Isso significa que é a autoridade judicial quem tem a competência para reconhecer, ou não, o cometimento de falta grave, não estando ela vinculada a quaisquer procedimentos administrativos na formação de sua íntima convicção, nos termos do art. 93, IX, da CF.

Na mesma linha argumentativa, manifesta-se o Ministério Público Federal acerca da não vinculação da instância judiciária à esfera administrativa:

Entendimento no sentido oposto, de que o órgão judicial depende da prévia interpretação do fato por parte da autoridade administrativa, representa nítida ofensa ao princípio da *inafastabilidade de jurisdição*, pois retira do órgão competente a atribuição de adotar medidas repressivas diante do cometimento de uma infração disciplinar tipificada na lei ordinária e que o diretor do estabelecimento prisional, por razões diversas, mesmo que por conveniência ou

oportunidade, deixe de instaurar o PAD, ou considere ser a falta leve ou média. (eDOC 2, p. 64)

Tanto é assim, que o art. 48, parágrafo único, da Lei de Execução Penal prevê que, no caso de faltas graves, a autoridade administrativa deve, necessariamente, representar ao Juiz da execução:

Art. 48. Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Parágrafo único. *Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.*

Sobre o princípio da reserva jurisdicional, cito julgado de relatoria do decano, Min. Celso de Mello:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. (STF – Informativo 162, 12.5.2000, MS N. 23.452-RJ)

Na doutrina, entende-se que a norma é forma clara e inequívoca de uma proteção judicial efetiva contra lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais, difusos e coletivos:

A ordem constitucional brasileira assegura, de forma expressa, desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (CF/88, art. 5º, XXXV). Tem-se aqui, pois, de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito. Ao lado dessa expressa garantia geral, o texto constitucional consagra garantias especiais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção, como instrumentos destinados à defesa da liberdade de ir e vir (*habeas corpus*), das liberdades públicas em geral em face do Poder Público (mandado de segurança), dos direitos de caráter positivo em face de eventual lesão decorrente de omissão legislativa (mandado de injunção) e dos direitos de autodeterminação sobre dados (*habeas data*). (MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 443)

Em países com democracia consolidada, a exemplo da Alemanha, a inafastabilidade da jurisdição na proteção das garantias individuais representa, igualmente, um postulado constitucional. A Constituição Federal da Alemanha (*das Grundgesetz*) prevê em seu 103 (1) que a todos é garantido o direito de ser ouvido por um Tribunal (*Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör*). A doutrina de Schmidt-Bleibtreu e Klein esclarece que o preceito constitucional garante tanto que nenhum cidadão seja tratado como um objeto pela jurisdição, sem a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos perante o Magistrado, como que eventuais ofensas a princípios constitucionais sejam devidamente corrigidas pelo Poder Judiciário. (SCHMIDT-BLEIBTREU; KLEIN. *Kommentar zum Grundgesetz*. Kriftel: Luchterhand, 1999. p. 1516-1520)

Diante disso, cabendo ao Poder Judiciário a última palavra quanto à legalidade do ato, não se afigura eficiente a realização de duplo procedimento para finalidade similar, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa concretizados diante do Juízo da execução em audiência de justificação.

4. Dispositivo

Pelo exposto, *acompanho o Min. Relator, Roberto Barroso, e dou provimento ao presente recurso*, com a fixação da seguinte tese: *A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio procedimento administrativo disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.*

04/05/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que possui a seguinte ementa:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.378.557/RS, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), pacificou o entendimento de que para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave pelo juízo da execução é imprescindível a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, observando o contraditório e a ampla defesa. Aplicação da Súmula nº 533 do STJ. 2. No caso dos autos, não foi instaurado PAD para apuração da falta disciplinar imputada à apenada, razão pela qual deve ser afastado o reconhecimento da indisciplina. PRELIMINAR ACOLHIDA. FALTA GRAVE AFASTADA. (p. 75 do vol. 1)

Neste RE, interposto com base no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, alega-se violação do art. 5º, XXXV, da mesma Carta.

A tese colocada em julgamento é a seguinte:

EXECUÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO NA PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO DEFENSOR. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PRÉVIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. SÚMULA Nº 533 DO STJ. CF/88, ART. 5º, XXXV, LIV E LV.

Saber se a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

Passo ao voto.

Não desconheço a jurisprudência mais antiga desta Suprema Corte, assentada no sentido de que, como a Lei de Execuções Penais não impõe a obrigatoriedade de instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), a realização de audiência de justificação, realizada na presença do defensor e do Ministério Público, supre eventual nulidade decorrente da ausência ou deficiência de defesa técnica no curso daquele procedimento administrativo instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Entre outros, refiro-me aos seguintes julgados:

PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CF. ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NO ATO DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE SANÁVEL COM A OITIVA DO CONDENADO EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. "A Lei de Execuções Penais não impõe a obrigatoriedade de instauração do procedimento administrativo disciplinar, sendo, entretanto, imprescindível a realização de audiência de justificação, para que seja dada a oportunidade ao Paciente do exercício do

contraditório e da ampla defesa.” 2. A oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público supre eventual nulidade decorrente da ausência ou deficiência de defesa técnica no curso de Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado para apurar a prática de fala grave durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Precedentes: HC 109.536, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 15.06.12; RHC 109.847, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 06.12.11; HC 112.380, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 22.06.12. 3. *In casu*, a) o Juízo da Execução deixou de homologar o PAD sob o fundamento de ausência de defesa técnica no ato do interrogatório, destacando que a nomeação de advogado dativo vinculado ao órgão acusador (SUSEP) para atuar no feito violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa; b) A Corte Estadual, no julgamento do agravo em execução interposto pelo Ministério Público afirmou que o ato do interrogatório realizado na via administrativa não acarretou qualquer prejuízo à defesa, bem como determinou fosse realizada audiência de justificação, nos termos do artigo 118, § 2º, da LEP. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte, por isso que inadmissível o *writ* substitutivo de recurso ordinário. 5. Outrossim, no caso *sub examine*, não há excepcionalidade que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem. 6. Ordem de *habeas corpus* denegada. (HC 110.278/RS, Rel. Min. Luiz Fux)

Habeas corpus. Falta grave. Fuga. Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática de falta de natureza grave por ausência de defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar (PAD). Não ocorrência. Nulidade suprida na audiência de justificação. Oitiva do paciente em juízo devidamente assistido por um defensor público. Observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). Finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar alcançada de forma satisfatória. Ordem denegada. 1. A alegada nulidade ocorrida no processo administrativo disciplinar foi suprida na audiência de justificação, pois, segundo se verifica nos documentos que instruem a impetração, o paciente, devidamente assistido por um defensor público constituído, foi ouvido em juízo, quando da audiência de

justificação. 2. Desta feita, foi alcançando, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar, não havendo, portanto, que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF). 3. Ordem denegada. (HC 112.380/RS, Rel. Min. Dias Toffoli)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FUGA DO PACIENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA QUANDO OUVIDO O PACIENTE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEFICIÊNCIA SUPRIDA PELA OITIVA EM JUÍZO COM A PRESENÇA DE DEFENSOR. 1. Procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave no qual o Paciente foi ouvido sem a assistência da defesa técnica. Oitiva realizada no juízo das execuções com a presença de defensor público que supre essa deficiência. Precedente. 2. Ordem denegada. (HC 109.536/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia)

Habeas corpus. 2. Prática de falta grave. 3. Alegação de nulidade de decisão judicial que entendeu pela desnecessidade da instauração de processo administrativo-disciplinar. Nulidade não evidenciada. Audiência de justificação perante autoridade judiciária, com presença do Ministério Público e da Defensoria Pública em que se garantiu ampla defesa e contraditório. 4. *Habeas corpus* indeferido. [...]. (HC 109.542/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes)

Todavia, peço vênia ao eminente Relator para dele divergir. No caso, adoto o entendimento que foi fixado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE 969.367-AgR/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em acórdão assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO APENAS EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (LEP, ART. 59), EM QUE SE ASSEGURE O DIREITO A AMPLA DEFESA – PRECEDENTES – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

No referido julgamento, o Ministro Celso de Mello destacou aspectos que reputo de suma importância para assegurar ao condenado as garantias constitucionais

pertinentes, entre elas a de ser submetido a procedimento próprio quando se objetiva apurar suposta falta disciplinar de natureza grave, com possibilidade de agravamento de sua condição carcerária. Veja-se:

Com efeito, cumpre destacar, quanto ao tema suscitado nestes autos e ante a inquestionável procedência de suas observações, fragmento da decisão que o eminente Ministro GILMAR MENDES, Relator, proferiu no ARE 709.383/RS:

(...) manifesto meu entendimento consoante o posicionamento doutrinário e jurisprudencial anterior. O procedimento administrativo disciplinar (PAD) deve ser garantido, como também sua regularidade deve ser resguardada.

Trata-se de violação ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, a simples supressão do procedimento. O ordenamento jurídico brasileiro, de forma mais evidente com relação às leis penal e execução penal, garante o devido processo legal, a fim de que os princípios da ampla defesa e do contraditório sejam efetivados concretamente e materialmente, haja vista o direito de ir e vir do indivíduo estar em jogo.

O raciocínio delineado é simples: o procedimento administrativo disciplinar é o imprescindível para a apuração, registro e eventual sanção, ante o reconhecimento da falta grave. Esta corte já salientou que, conquanto presente o PAD, caso esteja eivado de nulidade (ex.: ausência de defesa técnica), esta deve ser reconhecida. (RHC 104.584, de minha relatoria, DJe 3.6.2011 e RE 398.269/RS, de minha relatoria, DJe 26.2.2010)

Por conseguinte, se PAD eivado de irregularidade e a decisão que o homologou são nulos, quanto o mais a ausência deste.

A audiência de justificação com a presença de defesa técnica não tem o condão de suprir a nulidade do PAD, haja vista serem fases distintas, ambas com seus objetivos e competências descritas na lei, já salientados nos trechos do acórdão do STJ. Por isso mesmo, deve ser garantido o procedimento administrativo disciplinar regular ao apenado. (Grifei.)

Cabe ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito desta

Corte, a propósito de questão idêntica à que ora se examina nesta sede recursal. (ARE 791.206/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 970.128/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – RE 982.969/RS, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – RE 989.206/RS Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.)

Nessa mesma linha de raciocínio, relembro o voto que proferi na ADPF 347, quando destaquei a importância de que juízes e tribunais considerem fundamentadamente o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro, no momento do implemento de cautelares penais na aplicação da pena e durante o processo de execução.

Enfatizei que as prisões não podem comportar número maior de presos do que fisicamente podem suportar. Os juízes da execução devem observar o princípio da capacidade prisional taxativa, o que a doutrina chama de *numerus clausus* no que tange às prisões. Ou seja, não se pode mandar para um estabelecimento prisional mais pessoas do que ele comporta.

Também concordei, naquela assentada, que se determinasse aos juízes que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo, sob pena de incorrer-se em indesejável excesso de execução.

É nessa perspectiva que considero imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) pela autoridade penitenciária, nas hipóteses em que houver de apurar-se o cometimento de falta disciplinar pelo encarcerado.

Com essas observações, nego provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Lei de Execução Penal – artigo 59 – impõe a instauração de procedimento administrativo visando apurar a prática, pelo preso, de falta disciplinar, ficando clara a opção legislativa pelo contraditório e ampla defesa fora de procedimentos jurisdicionais.

Descabe procedimento judicial a usurpar o que estabelecido para processo administrativo. A situação não se confunde com o controle de legalidade, exercido no âmbito do Judiciário.

Conforme assentou o Pleno no julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança nº 26.510, relator ministro Cezar Peluso, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 26 de março de 2010, as instâncias penal e administrativa são independentes entre si.

Desprovejo o recurso extraordinário. Eis a tese: “A tomada de depoimento do condenado, em audiência de justificação perante o Juízo da Execução Penal, na presença de defesa técnica e do Ministério Público, não dispensa procedimento administrativo disciplinar para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.”

04/05/2020
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Em suma, o caso traz à lume a discussão a respeito da possibilidade de se reconhecer a prática de falta grave por meio da oitiva judicial do apenado em audiência de justificação realizada na presença de seu defensor e do Ministério Público, ainda que *não tenha ocorrido* prévia instauração de *processo administrativo disciplinar* (PAD).

Propõe o Ministro Roberto Barroso o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação de jurisprudência, com a fixação da seguinte tese:

A oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público afasta a necessidade de prévio procedimento administrativo disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou deficiência de defesa técnica no PAD.

Colaciona o eminente Relator julgados da Corte sobre o tema, como, por exemplo, o RHC nº 109.847/DF, Primeira Turma, de *minha relatoria*, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

Recurso ordinário em habeas corpus. Falta grave. Fuga. Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática da falta de natureza grave por ausência de procedimento administrativo disciplinar (PAD). Não ocorrência. Nulidade suprida na audiência de justificação. Oitiva do paciente em juízo, devidamente assistido por um defensor e na presença do Ministério Público. Observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). Finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar alcançada de forma satisfatória. Princípio da instrumentalidade das formas (art. 154 e 244 do CPC). Aplicabilidade. Recurso ao qual se nega provimento. Reconhecimento da falta grave que implicou a perda integral dos dias remidos. Impossibilidade. Revogação do tempo a ser remido limitado ao patamar máximo de 1/3 (um terço). Lei nº 12.433/11. Novatio legis in melius. Possibilidade de retroagir para beneficiar o paciente. Princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa. Ordem de habeas corpus concedida de ofício.

1. Ao contrário do que afirma a recorrente, foi instaurado procedimento administrativo disciplinar (PAD nº 017/2009), o qual não foi homologado pelo Juízo de Direito da Vara de Execução Criminal de Novo Hamburgo/RS, que entendeu que a defesa do apenado deveria ser feita por advogado habilitado.

2. No entanto, essa irregularidade foi suprida pela repetição do procedimento em juízo, quando foi feita a oitiva do paciente, devidamente acompanhado de seu defensor e na presença do Ministério Público estadual. Portanto, não há que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa no ato que reconheceu a prática de falta grave pelo paciente.

3. Aquele juízo[,] na audiência de justificação, ao não potencializar a forma pela forma, que resultaria na pretendida nulidade do PAD pela defesa, andou na melhor trilha processual, pois entendeu que aquele ato solene teria alcançado, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo em questão. Cuida-se, na espécie, do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual se consideram válidos os atos que, realizados de outro modo, preenchem-lhe a finalidade essencial (art. 154 do CPC) e, ainda que a lei prescreva determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz poderá, mesmo que realizado de outro modo, considerá-lo hígido quando tenha alcançado sua finalidade essencial (art. 244 do CPC).

4. Recurso ao qual se *nega provimento*.

5. Caso de concessão de *habeas corpus* de ofício, pois o reconhecimento da prática de falta grave pelo paciente implicou [a] perda integral dos dias a serem remidos de sua pena, o que, à luz do novo ordenamento jurídico, não mais é permitido.

6. A nova redação conferida pela Lei nº 12.433/11 ao art. 127 da Lei de Execução Penal, limita ao patamar máximo de 1/3 (um terço) a revogação do tempo a ser remido.

7. Por se tratar de uma *novatio legis in melius*, nada impede que ela retroaja para beneficiar o paciente no caso concreto. Princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa.

8. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício. (DJe de 22/11/11 – grifos conforme o original)

No julgado em questão, a Corte entendeu que eventual *vício de nulidade ocorrido no processo administrativo disciplinar (PAD) instaurado* pode ser suprido na audiência de justificação caso o apenado tenha sido ouvido na presença de seu defensor e do Ministério Público. Destarte, ficaria alcançada, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no PAD, não havendo, portanto, que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, incisos LIV e LV).

No mesmo sentido há inúmeros outros julgados. Portanto, o Supremo Tribunal Federal tem, de fato, entendido que a oitiva do condenado pelo juízo da execução penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, *supre eventual insuficiência ou ausência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena*.

Todavia, como dito no início, este caso retrata a ausência de prévia instauração de PAD.

Com efeito, em casos como esse, há julgados do Supremo no sentido de que *“o procedimento administrativo disciplinar é imprescindível para a apuração, registro e eventual sanção, ante o reconhecimento da falta grave”*. (ARE nº 709.383/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 2/4/14)

Na decisão mencionada, consignou o Relator que:

[n]ão prevalece a alegação de que a suposta nulidade do procedimento administrativo disciplinar teria sido suprida na audiência de justificação, já que o acórdão recorrido expressamente reconheceu a ausência do PAD, que sequer alcançou sua finalidade essencial.

Perfilha esse entendimento a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO APENAS EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (LEP, ART. 59), EM QUE SE ASSEGURE O DIREITO A AMPLA DEFESA – PRECEDENTES – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE nº 969.367-AgR/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 2/12/16)

Destaco ainda os seguintes precedentes: RE nº 1.002.915/RS, decisão monocrática, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 6/3/17; RE nº 971.935/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 24/2/17.

Consoante advertido pelo Ministro Celso de Mello, *“o procedimento administrativo disciplinar é imprescindível para a apuração, registro e eventual sanção, ante o reconhecimento da falta grave”* e sua ausência não pode ser suprida pela audiência de justificação com a presença de defesa técnica e do MP, *“haja vista serem fases distintas, ambas com seus objetivos e competências descritas na lei”*. (RE nº 969.367/RS-AgR, Segunda Turma, DJe de 2/12/16)

Vale anotar, ainda, que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.378.557/RS, submetido à sistemática dos recursos representativos da controvérsia (CPC/73, art. 543-C), fixou orientação nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. 1. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER

DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

2. Recurso especial não provido. (Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21/3/14)

O Supremo Tribunal Federal também reúne precedentes, *inclusive de minha lavra*, quanto à compreensão de que a oitiva do condenado pelo juízo da execução penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público *não afasta a necessidade de prévia instauração do procedimento administrativo disciplinar (PAD)*.

Sob essa perspectiva, o caso seria de *negativa de provimento do recurso*, uma vez que o acórdão recorrido *expressamente reconheceu a ausência de instauração prévia do PAD*.

Contudo, considerando que o Plenário é o *locus* adequado à rediscussão da matéria, penso que a solução da matéria foi bem equacionada pelo Relator, ao consignar que:

[a] apuração de falta grave em procedimento judicial, com as garantias a ele inerentes, perante o juízo da Execução Penal, não só é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) como torna desnecessário o prévio procedimento administrativo, o que atende, por igual, ao princípio da eficiência de que cuida o art. 37 da Constituição Federal.

Ademais, é certo que:

[e]m uma estrutura congestionada como a da Execução Penal, qualquer atividade redundante ou puramente formal significa desvio de recursos humanos ou da atividade principal do Juízo, inclusive e notadamente a de assegurar os benefícios legais para que ninguém permaneça no cárcere em prazo superior à condenação.

Por essa óptica, estou convicto de que os preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV) estariam assegurados com a adequada realização da oitiva do condenado pela autoridade judiciária (juízo da execução penal) em audiência de justificação na presença do defensor e do Ministério Público, ainda que ausente procedimento administrativo disciplinar (PAD).

Isso porque, como lembrou o Relator, o procedimento judicial conta com mais garantias que o procedimento administrativo, cuja decisão sempre pode ser revista judicialmente, prevalecendo, sempre, a decisão judicial sobre a administrativa.

Nesse sentido, acompanho Sua Excelência pelo provimento do recurso, encampando-se, assim, a tese de repercussão geral proposta.

É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (00000/DF)

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 941 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Foi fixada a seguinte tese: “A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.” Falaram: pela

recorrida, o Dr. Rafael Raphaelli, Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul; e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Esdras dos Santos Carvalho, Defensor Público Federal. Plenário, Sessão Virtual de 24.4.2020 a 30.4.2020.

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

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.378.076 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): MARCOS ANTÔNIO DIAS DE LIMA

ADV.(A/S): CAIO BOPP DE SOUZA OLIVEIRA

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

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. APLICABILIDADE DO TEMA 660 DA REPERCUSSÃO GERAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF/88. INOCORRÊNCIA. TEMA 339 DA REPERCUSSÃO GERAL. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Os Recursos Extraordinários somente serão conhecidos e julgados quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.

2. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não

interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo.

3. Relativamente à alegação de afronta ao art. 5º, LV, da CF/1988, o apelo extraordinário não tem chances de êxito, pois esta CORTE, no julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), rejeitou a repercussão geral da alegada violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando se mostrar imprescindível o exame de normas de natureza infraconstitucional.

4. No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou que o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. No caso em apreço, a fundamentação do acórdão recorrido alinha-se às diretrizes desse precedente.

5. Sem a demonstração de efetivo prejuízo causado à parte, em atenção ao disposto no art. 563 do CPP, não se reconhece nulidade no processo penal. Precedentes.

6. Agravo Regimental a que se *nega provimento*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em Sessão Virtual da Primeira Turma, sob a Presidência da Senhora Ministra CÁRMEN LÚCIA, em conformidade com a ata de julgamento, por unanimidade, acordam em negar provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de maio de 2022.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente

23/05/2022
PRIMEIRA TURMA

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.378.076
/ RIO DE JANEIRO**

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): MARCOS ANTÔNIO DIAS DE LIMA

ADV.(A/S): CAIO BOPP DE SOUZA OLIVEIRA

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 ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática na qual neguei seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário que pretendia a reforma do acórdão proferido pelo 4º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgou improcedente a Revisão Criminal ajuizada pelo ora recorrente.

O agravante alega que (a) *“houve a demonstração fundamentada da presença de repercussão geral no RE esgrimado. Em primeiro lugar, veja-se que há repercussão geral no caso vertente, por afronta a Súmula 431 e jurisprudência dominante do STF, a teor do art. 1.035, do CPC, eis que se trata de julgamento de apelação criminal, sem prévia intimação ou publicação da pauta, ou seja, com violação à ampla defesa e sem o devido processo legal. Em segundo lugar, foi demonstrada a repercussão geral, também, alegando-se os inúmeros casos semelhantes no Brasil, onde não são poucas as notícias de inobservância da obrigatoriedade de intimação da defesa técnica quando da sessão de julgamento de apelação criminal”*; (b) *“jamais a defesa do agravante deu causa ou concorreu para a existência de qualquer nulidade. (...) a nova Defesa técnica não se insurgiu contra a suposta nulidade na primeira oportunidade em que atuou nos autos, qual seja, em sede de Embargos de Declaração e depois, nos demais recursos, simplesmente porque não tinha a menor ideia da nulidade, só vindo a tomar conhecimento anos após o trânsito em julgado, sendo esta a razão para o ingresso de uma ação de Revisão Criminal”*; e (c) *“no caso presente não há falar nem em ampla defesa, mas em direito mínimo, pois o mínimo direito que se espera é que o Estado pelo menos conceda o direito de o demandante escolher quem pode patrocinar, e pior, aqui nem direito de ser defendido o agravante teve, eis que seu defensor jamais tomou conhecimento da data de julgamento de sua Apelação, SENDO QUE O AGRAVANTE ENCONTRAVA-SE PRESO EM REGIME FECHADO”*. (eDoc. 64, fls. 3-7)

Requer, ao final, que *“seja reconsiderada a decisão que negou seguimento ao Agravo em Recurso Especial interposto ou, caso contrário, a submissão do presente Agravo Regimental para julgamento por órgão colegiado deste STF, sendo o Agravo Regimental provido e, em ato contínuo, o Recurso Extraordinário seja apreciado e, nessa extensão, conhecido e provido”*. (eDoc. 64, fl. 8)

É o relatório.

23/05/2022
PRIMEIRA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.378.076 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Eis a decisão agravada:

Trata-se de Agravo em Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo 4º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgou improcedente a Revisão Criminal ajuizada pelo ora recorrente, em julgamento assim ementado (e-STJ, eDoc. 3, fls. 1-3):

REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 158, *CAPUT*, E § 1º DO C. PENAL. PLEITEIA O REQUERENTE O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO JULGAMENTO DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA, POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PATRONO REGULARMENTE CONSTITUÍDO. REVISIONAL CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE.

Com efeito, tratando-se a ação de revisão criminal de remédio jurídico, que visa à desconstituição de decisão condenatória transitada em julgado, está submetida a condições e pressupostos ditados na lei processual penal, não podendo ser transformada em nova apelação, com vias ao reexame de matéria sujeita à preclusão.

In casu, o réu, Marcos Antônio Dias de Lima, e a corré, Andrea Ribeiro de Carvalho da Silva, foram condenados por infração ao artigo 158, *caput*, e § 1º, do Código Penal, tendo sido os demais corréus absolvidos. Sendo assim, ao revisionando, Marcos, foram aplicadas as penas finais de 08 (oito) anos de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, à razão unitária mínima, além de ter sido decretada a perda do cargo público que ocupava (agente penitenciário).

Irresignada com a decisão, a Defesa do acusado interpôs recurso de apelação, tendo o membro do Ministério Público recorrido também, inconformado com a absolvição dos corréus, havendo sido os recursos desprovidos, por unanimidade, pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada na data de 15/07/2014, nos termos do voto do Desembargador Relator, Dr. José Muiños Piñeiro Filho, mantendo-se, na íntegra, a sentença vergastada.

Destarte, o réu, Marcos Antônio Dias de Lima, inconformado, ajuizou a presente ação revisional, com vias a desconstituir o citado acórdão, com base no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, sob o argumento de que estaria indefeso durante a sessão, que julgou a apelação conjunta dos recursos interpostos pelo revisionando, Marcos, da corré, Andrea, e pelo Ministério Público.

Todavia, não granjeia prestígio a tese defensiva.

Consoante se depreende dos autos, a pretensão rescindenda anulatória, ora veiculada, lança seus alicerces na argumentação acerca da ausência de intimação do patrono constituído, para a sessão de julgamento do recurso de Apelação defensivo.

Pela análise dos autos do processo originário, observa-se que, o ora requerente, após a interposição do recurso de Apelação, constituiu novo patrocínio, conforme e-fls. 919, o qual ficou a cargo do Dr. Paulo Roberto Tavares Ferreira, OAB/RJ 102.955.

Contudo, não obstante a publicação da data da sessão designada para o dia 15/07/2014 tenha sido realizada em nome do Dr. Luiz Carlos Cavalcanti Azenha, OAB/RJ 107.091, verifica-se que não houve pedido prévio de sustentação oral, por nenhum dos patronos constituídos pelo revisionando, Marcos, motivo pelo qual a presença da defesa técnica tornou-se prescindível. Precedentes do STJ.

Ademais, logo após o julgamento conjunto dos recursos de Apelação interpostos pelas Defesas do revisionando, Marcos, e da corré, Andrea, bem como pelo órgão do Ministério Público, foi constituído o mais recente patrocínio, conforme e-fls. 1777, este exercido nas pessoas da Dra. Daniela Querubim Faria de Moura, OAB/RJ 120.982, e Dr. Caio Bopp de Souza Oliveira, OAB/RJ 184.423, sendo este último o subscritor da presente ação de Revisão Criminal.

Portanto, além da ausência de pedido expresso de sustentação oral pelos patronos anteriormente constituídos,

mostra-se patente a omissão da nova Defesa técnica, a qual não se insurgiu contra a suposta nulidade, na primeira oportunidade em que atuou nos autos, qual seja, em sede de Embargos de Declaração (*index* 001778), estes interpostos contra o Acórdão objurado.

Não obstante, em sede de Recurso Especial (*index* 001818), silentes mantiveram-se os patronos constituídos, dando ensejo à preclusão, quanto à matéria arguida na presente ação revisional, conforme jurisprudência acima colacionada. Por fim, há de se ressaltar que não houve comprovação de suposto prejuízo ao acusado/revisionando, Marcos, mormente diante da ausência de irresignação defensiva durante todo o curso do processo de conhecimento, até o seu trânsito em julgado.

Importante ressaltar-se que o Direito Processual Penal pátrio tem como pedra basilar o dogma “*pas de nullité sans grief*”, segundo o qual não há nulidade a ser proclamada sem a clara demonstração do prejuízo decorrente, o que, na espécie, inocorreu, considerando-se que a Defesa não logrou apontar qualquer lesão jurídica, efetiva e concreta, sofrida pelo acusado, eventualmente decursiva da suposta desconformidade legal sustentada, apresentando-se inteiramente vazia de fundamento a argumentação aventada. Precedentes do STF, desta Colenda Câmara Criminal e demais órgãos julgadores colegiados deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Pelo exposto, tendo em vista que a ação revisional não constitui remédio hábil para a rediscussão de matéria de prova já analisada e discutida nas instâncias em que foram proferidas as decisões, as quais se objetiva modificar, por meio de arguição de suposta nulidade não reconhecida, mormente diante da inércia defensiva atinente à matéria sujeita à preclusão, bem como por ausência de demonstração de efetivo prejuízo à Defesa, vota-se pelo CONHECIMENTO do pedido revisional e, no mérito, pela sua IMPROCEDÊNCIA.

Opostos Embargos de Declaração, esses foram rejeitados. (e-STJ, eDoc. 5, fls. 1-8)

No apelo extremo, interposto com amparo no art. 102, III, alínea “a”, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, o recorrente defende a existência da repercussão geral do tema, o prequestionamento da matéria e

sustenta que o acórdão teria negado vigência aos arts. 5º, LIV, LV e LX; e 93, IX, da CF/88.

Sustenta que *“tendo sido intimado para sessão de julgamento patrono que não mais representava o recorrente, este ficou indefeso, o que nulifica todos os atos subsequentes nos autos, por violação aos art. 5º, LIV e LV da CF”*. (e-STJ, eDoc. 11, fl. 6)

Afirma que, *“no caso presente, não há falar nem em ampla defesa, mas em direito mínimo, pois o mínimo direito que se espera é que o Estado pelo menos conceda o direito de o demandante escolher quem pode patrocinar, e pior, aqui nem direito de ser defendido o recorrente teve, eis que seu defensor jamais tomou conhecimento da data de julgamento de sua Apelação, SENDO QUE O RECORRENTE ENCONTRAVA-SE PRESO EM REGIME FECHADO.”* (e-STJ, eDoc. 11, fl. 8)

Por fim, pede que o recurso seja provido: *“para que seja reformado o acórdão recorrido, a fim de anular o Acórdão condenatório, no que diz respeito a condenação do recorrente, eis que indefeso, desconstituindo-se assim o acórdão, com o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação definitiva.”* (e-STJ, eDoc. 11, fl. 11)

O Tribunal *a quo* inadmitiu o apelo pela ausência de fundamentação da preliminar de repercussão geral. (e-STJ, eDoc. 15, fls. 1-11)

No Agravo, a parte recorrente impugna especificamente os fundamentos expostos na supracitada inadmissão. (e-STJ, eDoc. 18, fls. 1-13)

É o relatório.

DECIDO.

Os Recursos Extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.

A obrigação do recorrente de apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal

(art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações, desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo. (ARE 691.595-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 25/2/2013; ARE 696.347-AgR-segundo, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 14/2/2013; ARE 696.263-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 19/2/2013; AI 717.821-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 13/8/2012)

Observe-se, ainda, que, mesmo a CORTE já tendo reconhecido, em processo distinto, a transcendência geral da matéria discutida, o recorrente não se exime de apresentar, formal e motivadamente, a repercussão geral, desde que a intimação da decisão que se pretende impugnar tenha ocorrido a partir de 3 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental 21, de 30 de abril de 2007 (AI 664.567-QO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJe de 6/9/2007), como na presente hipótese.

Não havendo demonstração fundamentada da presença de repercussão geral, incabível o seguimento do Recurso Extraordinário.

Ainda que superado esse óbice, quanto à alegação de afronta ao art. 5º, LIV e LV, da CONSTITUIÇÃO, o apelo extraordinário não tem chances de êxito, pois essa CORTE, no julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), rejeitou a repercussão geral da alegada violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando se mostrar imprescindível o exame de normas de natureza infraconstitucional.

Por sua vez, quanto à suscitada ofensa ao art. 93, IX, da CARTA MAGNA, o Juízo de origem não destoou do entendimento firmado por esta CORTE no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339). Nessa oportunidade, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou que o inciso IX do art. 93 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar,

contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

No caso em apreço, a fundamentação do acórdão recorrido alinha-se às diretrizes desse precedente.

Por sua vez, ressalte-se que o Tribunal de origem assim concluiu a respeito da nulidade do julgamento do recurso de Apelação em razão da ausência de intimação do advogado do recorrente:

Pela análise dos autos do processo originário, observa-se que, após a interposição do recurso de Apelação (index 000843), pelo ora requerente, foi constituído novo patrocínio, conforme e-fls. 919, o qual ficou a cargo do Dr. Paulo Roberto Tavares Ferreira, OAB/RJ 102.955.

Contudo, não obstante a publicação da data da sessão designada para a data de 15/07/2014 tenha sido realizada em nome do Dr. Luiz Carlos Cavalcanti Azenha, OAB/RJ 107.091, verifica-se que não houve pedido prévio de sustentação oral, por nenhum dos patronos constituídos pelo revisionando, Marcos, motivo pelo qual a presença da defesa técnica tornou-se prescindível.

[...]

Ademais, logo após o julgamento conjunto dos recursos de Apelação interpostos pelas Defesas do revisionando, Marcos, e da corré, Andrea, bem como pelo órgão do Ministério Público, foi constituído o mais recente patrocínio, conforme e-fls. 1777, este exercido nas pessoas da Dra. Daniela Querubim Faria de Moura, OAB/RJ 120.982, e Dr. Caio Bopp de Souza Oliveira, OAB/RJ 184.423, sendo este último o subscritor da presente ação de Revisão Criminal.

Portanto, além da ausência de pedido de sustentação oral pelos patronos anteriormente constituídos, *mostra-se patente a omissão da nova Defesa técnica, a qual não se insurgiu, frise-se, em nenhum momento, contra a suposta nulidade, na primeira oportunidade em que atuou nos autos, qual seja, em sede de Embargos de Declaração (index 001778), estes interpostos contra o Acórdão objurgado.*

Não obstante, em sede de Recurso Especial (index 001818), silentes mantiveram-se, ainda, os patronos constituídos, dando ensejo à preclusão, quanto à matéria arguida na presente ação revisional, conforme jurisprudência acima colacionada.

Por fim, há de se ressaltar que não houve comprovação de suposto prejuízo ao acusado/revisando, Marcos, mormente diante da ausência de irresignação defensiva, durante todo o curso do processo de conhecimento, até o seu trânsito em julgado. (Grifamos.)

Já o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgR no AgR no no Agravo em Recurso Especial 1.995.038/RJ, interposto pelo ora recorrente contra o referido aresto, concluiu, em síntese, que a nulidade por ausência de intimação do advogado constituído deve ser arguida na primeira oportunidade em que a defesa tomar ciência do julgamento, levando ao conhecimento da Corte local, por meio do recurso cabível, a ocorrência do vício e o efetivo prejuízo, sob pena de preclusão. O julgamento restou assim ementado (eDoc. 47):

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PATRONO CONSTITUÍDO. PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO APONTADA NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A nulidade por ausência de intimação do advogado constituído deve ser arguida na primeira oportunidade em que a defesa tomar ciência do julgamento, levando ao conhecimento da Corte local, por meio do recurso cabível, a ocorrência do vício e o efetivo prejuízo, sob pena de preclusão (RHC 106.180/BA, Rel. Ministro Felix Fischer, QUINTA TURMA, DJe 7/3/2019).

2. Agravo regimental desprovido.

Efetivamente, não pode a defesa, em sede recursal extraordinária, valer-se de suposto prejuízo decorrente de sua conduta, para invalidar o julgamento. Sob essa perspectiva, dispõe o art. 565, do Código de Processo Penal: *Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

Ainda, incide a regra segundo a qual não haverá declaração de nulidade quando não demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte (*pas de nullité sans grief*). Pertinentes, a propósito dessa temática, as lições de ADA, SCARANCE e MAGALHÃES: Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria

o objetivo maior da atividade jurisdicional. (*As nulidades no processo penal*, p. 27, 12ª ed., 2011, RT)

Nesse mesmo sentido, é pacífica a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HC 132.149-AgR (Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/6/2017), RE 971.305-AgR (Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 13/3/2017), RHC 128.827 (Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/3/2017), RHC 129.663-AgR (Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 16/5/2017), HC 120.121-AgR (Relator Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 9/12/2016), HC 130.549-AgR (Relator Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 17/11/2016), RHC 134.182 (Relator Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 8/8/2016), HC 132.814 (Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 1º/8/2016), AP 481-EI-ED (Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 12/8/2014), este último assim ementado:

(...) 3. Além da arguição *opportune tempore* da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo concreto é igualmente essencial para o seu reconhecimento, de acordo com o princípio do *pas de nullité sans grief*, presente no art. 563 do Código de Processo Penal. Precedentes. (...)

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Publique-se.

O presente recurso não logrou infirmar os fundamentos da decisão combatida, razão pela qual merece ser desprovido.

Ora, a decisão impugnada tratou especificamente de cada um dos pontos versados no apelo extremo e no subsequente Agravo, ao passo que este Agravo Regimental não apresentou qualquer argumento apto a desconstituir os óbices apontados e as conclusões adotadas.

Nesse contexto, não há reparo a fazer no entendimento aplicado.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Agravo Regimental.

É o voto.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº
1.378.076**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): MARCOS ANTÔNIO DIAS DE LIMA

ADV.(A/S): CAIO BOPP DE SOUZA OLIVEIRA (184423/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: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 13.5.2022 a 20.5.2022.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Cármen Lúcia, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Disponibilizou processo para esta Sessão o Ministro André Mendonça, não tendo participado do julgamento desse feito a Ministra Cármen Lúcia.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma



**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 5.795 / DISTRITO FEDERAL**

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

REQTE.(S): PARTIDO SOCIAL LIBERAL

ADV.(A/S): MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA (10.974 / SP)

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE: PARTIDO NOVO NACIONAL – NOVO

ADV.(A/S): MARILDA DE PAULA SILVEIRA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: PARTIDO DA MOBILIZAÇÃO NACIONAL – PMN

ADV.(A/S): FABIANO ALMEIDA RESENDE E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO – PLURIS

ADV.(A/S): SIDNEY SÁ DAS NEVES

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16-C, *CAPUT*, E INCISO II, DA LEI Nº 9.504/1997, INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.487/2017. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO ART. 16-C, II, DA LEI Nº 9.504/1997 APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. PERDA PARCIAL DE OBJETO. PRELIMINARES: A) AUSÊNCIA DE JUNTADA DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO – REJEIÇÃO; B) AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA INTEGRALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO – ACOLHIMENTO. FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA (FEFC). LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO CONFERIDA AO PODER LEGISLATIVO. COMPLEXA QUESTÃO ATINENTE AO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. NECESSIDADE DE AUTOCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Conversão do rito do art. 10 para o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999. Julgamento definitivo do mérito em razão da formalização das postulações e dos argumentos jurídicos, sem necessidade de coleta de outras informações.

2. Não se mostra processualmente viável a impugnação genérica da integralidade de um decreto, lei ou código por simples objeção geral, insuficiente, para tanto, a mera invocação de princípios jurídicos em sua formulação abstrata, sem o confronto pontual e fundamentado entre cada um dos preceitos normativos questionados e o respectivo parâmetro de controle.

3. A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a revogação expressa ou tácita da norma impugnada, bem como sua alteração substancial, após o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade acarreta a perda superveniente do seu objeto, independentemente da existência de efeitos residuais concretos dela decorrentes. Precedentes.

4. Este Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual, impugnada lei federal, dispensável a juntada de seu inteiro teor (art. 376 do CPC). Precedente.

5. A ausência de impugnação da integralidade do complexo normativo torna o provimento judicial pretendido ineficaz e, por isso mesmo, destituído de qualquer utilidade, de modo a afastar a caracterização do interesse de agir do autor. Precedentes.

6. Em análise apenas a criação do Fundo Eleitoral de Financiamento de Campanha – FEFC (art. 16-C, *caput*, da Lei nº 9.504/1997), não sua forma de composição, tampouco o montante orçamentário a ele destinado.

7. O Fundo Eleitoral de Financiamento de Campanha (FEFC), a teor do art. 16-C, *caput*, da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.487/2017, consubstancia um fundo constituído apenas em anos eleitorais, para o qual é destinado parcela do orçamento da União Federal, com objetivo, exclusivo, de financiar, com recursos públicos, as campanhas eleitorais.

8. Inexiste, na Constituição da República, qualquer norma que estabeleça a exclusividade do Fundo Partidário e impeça a criação de novos fundos destinados ao financiamento de partidos políticos e de campanhas eleitorais, tampouco há norma impondo que essa temática somente poderia ser veiculada por meio de emenda à constituição.

9. Ao contrário do que ocorreria caso se adotasse a concepção da Constituição como instrumento veiculador de deveres e de

obrigações para todos os aspectos imagináveis da atividade legislativa, não é necessário reconhecer, no texto constitucional, norma autorizativa para toda e qualquer deliberação legislativa.

10. A existência de dissenso hermenêutico razoável apto a justificar a legitimidade de interpretações constitucionais diversas impõe ao Poder Judiciário agir com autocontenção e preservar a validade das deliberações positivadas pelos órgãos legitimados a exercer essas escolhas, resguardando a presunção de constitucionalidade dos atos normativos.

11. Ação direta de inconstitucionalidade *parcialmente conhecida* e, nessa parte, pedido julgado *improcedente*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em converter o exame da liminar em julgamento de mérito, conhecer parcialmente da presente ação direta de inconstitucionalidade e, na parte conhecida, julgar improcedente o pedido deduzido, nos termos do voto da Relatora e por unanimidade votos, em sessão virtual do Pleno de 12 a 19 de agosto de 2022, na conformidade da ata do julgamento.

Brasília, 22 de agosto de 2022.

MINISTRA ROSA WEBER

Relatora

22/08/2022

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.795 /
DISTRITO FEDERAL**

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

REQTE.(S): PARTIDO SOCIAL LIBERAL

ADV.(A/S): MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA (10.974 / SP)

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE: PARTIDO NOVO NACIONAL – NOVO

ADV.(A/S): MARILDA DE PAULA SILVEIRA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: PARTIDO DA MOBILIZAÇÃO NACIONAL – PMN

ADV.(A/S): FABIANO ALMEIDA RESENDE E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO – PLURIS

ADV.(A/S): SIDNEY SÁ DAS NEVES

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Social Liberal – PSL em face do art. 16-C, *caput*, II, da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.487/2017, que dispõe sobre a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e o valor das dotações orçamentárias a ele destinadas.

2. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Art. 16-C. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente: (Incluído pela Lei nº 13.487, de 2017) (...)

II - a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do § 3º do art. 12 da Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017. (Incluído pela Lei nº 13.487, de 2017)

3. Sustenta-se a inconstitucionalidade formal da norma atacada à alegação de que somente mediante emenda constitucional poderia ser criada nova fonte de recursos públicos destinados aos partidos políticos – pessoas jurídicas de direito privado – a par do já existente Fundo Partidário, a teor dos arts. 17, § 3º, 23 e 60, § 2º, da Constituição da República.

4. Defende-se também a sua *inconstitucionalidade material*, forte no art. 23 da *Carta Política*, ao dispor que o FEFC será abastecido por 30% dos recursos do orçamento fiscal reservados para emendas de execução obrigatória das bancadas estaduais, em prejuízo da saúde, da educação, da habitação e do saneamento básico nos Estados federados e no Distrito Federal.

5. A medida cautelar pleiteada tem o escopo de suspender a eficácia do art. 16-C da Lei nº 9.504/1997 até o julgamento final da ação. Afirmam-se presentes o *fumus boni juris*, diante da plausibilidade jurídica da tese esposada, e o *periculum in mora*, consubstanciado no *manifesto dano aos direitos sociais dos cidadãos brasileiros, sobretudo saúde e educação, que a norma impugnada tem a potencialidade de causar*.

6. No mérito, requer-se a procedência da ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 16-C da Lei nº 9.504/1997.

7. Adotado o rito do art. 10 da Lei nº 9.868/1999, o Presidente da República e o Presidente do Senado Federal, em suas informações oficiais, manifestam-se pela improcedência do pedido.

8. Ao prestar suas informações oficiais, o Presidente da Câmara dos Deputados tão só afirma a observância por aquela Casa legislativa dos procedimentos regimentais inerentes ao processo de formação das leis.

9. A Advogada-Geral da União pronuncia-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente ação direta e, sucessivamente, pelo indeferimento do pedido de medida cautelar, consoante a seguinte ementa:

Eleitoral. Artigo 16-C, *caput* e inciso II, da Lei nº 9.504/1997, que dispõe sobre o Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC. Preliminar. Ausência de cópia do ato normativo impugnado. Pedido de medida cautelar. Inexistência de *fumus boni iuris*. Possibilidade de criação de nova fonte de financiamento de campanhas eleitorais por meio de lei ordinária. A norma não representa risco para o financiamento de serviços e ações nas áreas da saúde, educação, habitação e saneamento básico. Ausência de ofensa aos artigos 17, § 3º; 23, incisos II, V e IX e parágrafo único; e 60, § 2º, da Constituição Federal. Ausência de *periculum in mora*. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, quanto ao pedido de medida cautelar, pelo seu indeferimento.

10. A Procuradora-Geral da República também opina pelo indeferimento do pedido de medida cautelar, em parecer assim ementado:

CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16-C, *CAPUT* E INC. II, DA LEI Nº 9.504/1997, INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.487/2017. FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA (FEFC). APORTE DE RECURSOS PÚBLICOS NO CUSTEIO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. NORMA SIMILAR CONSTANTE EM DISPOSITIVO DA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS 2017 (LEI Nº 13.473/2017). AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO COMPLEXO NORMATIVO. MÉRITO. JULGAMENTO DA ADI 4.650/DF. PROIBIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DE PESSOAS JURÍDICAS PRIVADAS A CAMPANHAS ELEITORAIS. NECESSIDADE DE REFORÇO DO FINANCIAMENTO PÚBLICO, COMO FORMA DE VIABILIZAR A REALIZAÇÃO DO PLEITO. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO MODELO DE PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A ausência de impugnação da totalidade das normas que compõem o complexo normativo apontado como inconstitucional atrai a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que impede o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade por inutilidade do provimento jurisdicional.

2. A Constituição de 1988 admite o financiamento público de campanhas eleitorais e partidos políticos, ressalvado o dever estatal de controlar o abuso de poder (político ou econômico) nas eleições. Apesar de ser possível o controle judicial da opção legislativa adotada para o financiamento eleitoral, este deve se ater à verificação de conformidade com as características essenciais do modelo constitucional de processo político eleitoral.

- Parecer por indeferimento da medida cautelar.

11. O PARTIDO NOVO (NOVO), o PARTIDO DA MOBILIZAÇÃO NACIONAL (PMN) e o INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO (PLURIS) foram admitidos no feito na condição de *amicus curiae*.

É o relatório.

22/08/2022

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.795 /
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. Senhor Presidente, cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo PARTIDO SOCIAL LIBERAL (PSL), visando à declaração da inconstitucionalidade do art. 16-C da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.487/2017, que dispõe sobre a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e o valor das dotações orçamentárias a ele destinadas.

Legitimidade ativa

2. Reconheço a legitimidade ativa *ad causam* do Partido Social Liberal (PSL), partido político com representação no Congresso Nacional, para ajuizamento da presente ação direta, nos termos do inciso do art. 2º, VIII, da Lei nº 9.868/1999 e art. 103, VIII, da Constituição da República.

Conversão do exame da liminar em julgamento de mérito

3. Embora adotado, inicialmente, o rito do art. 10 da Lei nº 9.868/1999, reputo cabível o imediato julgamento do mérito. Todos os órgãos interessados já se manifestaram nos autos, pronunciando-se sobre o fundo da controvérsia. Aperfeiçoou-se, desse modo, o contraditório efetivo. Os autos acham-se instruídos com os elementos de informação necessários à apreciação do litígio, motivo pelo qual entendo conveniente e oportuno a resolução definitiva de mérito da presente ação constitucional.

Proponho, pois, a conversão do rito do art. 10 para o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, conforme a prática jurisdicional desta Suprema Corte, nos termos dos seus precedentes (*ADI 5.566/PB*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. 25.10.2018, DJe 09.11.2018; *ADI 6.031/DF*, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. 27.3.2020, DJe 16.4.2020; *ADPF 337/MA*, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 17.10.2018, DJe 26.6.2019; *ADPF 387/PI*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 23.3.2017, DJe 25.10.2017, v.g.).

O ônus de impugnação específica de cada dispositivo questionado

4. Como já destaquei, o autor postula a declaração de inconstitucionalidade do art. 16-C da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.487/2017.

Ocorre, no entanto, que a análise da petição inicial evidencia que o autor se limita a impugnar, de forma específica, apenas o *caput* do art. 16-C e o seu inciso II. Em relação a todos os outros dispositivos, argumenta de forma genérica e imprecisa a respeito da inconstitucionalidade, sem fazer o cotejo das normas impugnadas com os parâmetros invocados.

Recai sobre o autor das ações de controle concentrado de constitucionalidade o ônus processual de indicar os dispositivos impugnados e realizar o cotejo analítico entre cada uma das proposições normativas e os respectivos motivos justificadores do acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade, sob pena de indeferimento da petição inicial, por inépcia:

Lei nº 9.868/99

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação *a cada uma* das impugnações;

Não se mostra processualmente viável a impugnação genérica da integralidade de um decreto, lei ou código por simples objeção geral, insuficiente, para tanto, a mera invocação de princípios jurídicos em sua formulação abstrata, sem o confronto

pontual e fundamentado entre cada um dos preceitos normativos questionados e o respectivo parâmetro de controle.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não esteja vinculado aos fundamentos jurídicos do pedido, não cabe ao órgão julgador, diante de postulação formulada de maneira incompleta, subrogar-se no papel do autor, elegendo os motivos que poderiam justificar o eventual acolhimento da pretensão.

À falta de impugnação específica de todo o conteúdo normativo da Lei estadual questionada, restrinjo o exame do pleito à norma cuja arguição de inconstitucionalidade foi efetivamente fundamentada, na linha da jurisprudência desta Corte (*ADI 1.775/RJ*, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 06.5.1998, DJ 18.5.2001; *ADI 2.213-MC/DF*, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04.4.2002, DJ 23.4.2004; *ADI 4.079/ES*, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 26.02.2015, DJe 05.5.2015; *ADI 5.488/DF*, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 31.8.2016, DJe 19.12.2017; *ADI 6.394/DF*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 23.11.2020, DJe 03.12.2020, v.g.):

Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução da Câmara dos Deputados. *Ausência de impugnação especificada da integralidade da resolução*. Ato que disciplina a distribuição de servidores por gabinete de liderança a cada nova eleição com base na representatividade do partido. Observância dos princípios da proporcionalidade, da representatividade partidária e, em última instância, da soberania popular. Conhecimento, em parte, da ADI, relativamente à qual a ação é julgada improcedente.

1. Ação direta de inconstitucionalidade que combate resolução da Câmara dos Deputados que altera a forma e o quantitativo de repartição de servidores por gabinete de liderança adotando como critério a representação decorrente do resultado final das eleições para a Câmara dos Deputados.

2. *Preliminar de não impugnação especificada da integralidade da Resolução. Do exame da inicial não é possível extrair a fundamentação jurídica atinente a todos os artigos da resolução questionada, devendo a análise da demanda ficar restrita aos artigos impugnados na exordial.*

3. Os critérios equitativos adotados na resolução decorrem do próprio regime democrático e da lógica da representatividade proporcional, sem descuidar da garantia do direito de existência das minorias.

4. ADI da qual se conhece em parte e, na parte de que se conhece, julgada improcedente.

(ADI 4.647/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 06.6.2018, DJe 21.6.2018)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DEFINITIVO DA AÇÃO. LEI N. 20.437/2020, DO PARANÁ. NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA E DA TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO. CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO. TAXA DE REGISTRO DE CONTRATOS DEVIDA AO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO PARANÁ. § 1º DO ART. 3º DA LEI N. 20.437/2020, DO PARANÁ. ALEGADA OFENSA AO INC. II DO ART. 145, INC. IV DO ART. 150 E INC LIV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EQUIVALÊNCIA RAZOÁVEL DO VALOR COBRADO COMO TAXA E DOS CUSTOS REFERENTES AO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. AÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Proposta de conversão em julgamento definitivo de mérito da ação direta por este Supremo Tribunal. Precedentes.
2. *Não se conhece de arguição de inconstitucionalidade na qual a impugnação às normas seja apresentada de forma genérica. Precedentes.*
3. É constitucional a Taxa de Registro de Contratos devida pelo exercício regular do poder de polícia ao DETRAN/PR, prevista no § 1º do art. 3º da Lei n. 20.437/2020, do Paraná, observada a equivalência razoável entre o valor exigido do contribuinte e os custos referentes ao exercício do poder de polícia. Precedentes.
4. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida em parte, e, nessa parte, julgada improcedente.

(ADI 6.737/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 08.6.2021, DJe 17.6.2021)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 398/2007, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.652/2008. AUTORIZAÇÃO PARA A CRIAÇÃO DA EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. POSTERIOR REVOGAÇÃO E EXAURIMENTO DA EFICÁCIA DE PARTE DAS NORMAS IMPUGNADAS. PERDA PARCIAL DE OBJETO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA. CONTROLE JUDICIAL QUE PRESSUPÕE FLAGRANTE ABUSO NA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 246 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISPOSITIVOS QUE NÃO

VISAM A REGULAMENTAR TEXTO CONSTITUCIONAL ALTERADO POR EMENDA. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA POR MEDIDA PROVISÓRIA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, JULGADOS IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.

1. O controle jurisdicional da interpretação conferida pelo Poder Executivo aos conceitos jurídicos indeterminados de urgência e relevância deve ser restrito às hipóteses de zona de certeza negativa da sua incidência, o que não se verifica no caso concreto.

2. O artigo 246 da Constituição Federal veda a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e a data da promulgação da EC 32/2001.

3. *In casu*, a medida provisória em exame não visou a densificar o conteúdo do texto constitucional abrangido pela vedação contida no artigo 246 da CRFB, mas sim a dar cumprimento às determinações constitucionais constantes dos artigos 21, XII, *a*, e 175, *caput*, da Carta Maior, mediante expedição de autorização normativa para a criação de empresa estatal voltada à exploração de serviços de radiodifusão pública.

4. O artigo 62, § 1º, I, *d*, da Constituição veda a edição de medida provisória sobre matéria relativa a planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no artigo 167, § 3º, da CRFB.

5. *In casu*, a medida provisória não inova em matéria orçamentária, porquanto determinou (i) a incorporação, pela EBC, do patrimônio anteriormente pertencente à RADIOBRÁS, tendo em vista que a primeira passou a exercer as funções desempenhadas pela segunda, sucedendo-a nos seus direitos e obrigações; e (ii) a readequação de contrato de gestão antes celebrado pela União, procedendo, pois, a mero remanejamento de verbas destinadas, inicialmente, a entidades que tiveram suas funções absorvidas pela EBC.

6. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade quando da revogação superveniente do ato normativo impugnado ou do exaurimento de sua eficácia. Precedentes: ADI 4.058, rel. min. Alexandre de Moraes, Plenário, *DJe* de 14/2/2019; ADI 1.454/DF, rel. min. Ellen Gracie, Plenário, *DJ* de 3/8/2007; ADI 1.445-QO/DF, rel. min. Celso de Mello, Plenário, *DJ* de 29/4/2005.

7. A ausência de impugnação específica dos artigos 1º a 3º da Lei nº 11.652/2008 impossibilita o conhecimento da ação quanto ao ponto. Precedentes: ADI 4.169, rel. min. Luiz Fux, Plenário, DJe de 7/11/2018; ADI 4.647, rel. min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 21/6/2018.

8. Ação direta parcialmente conhecida e, nesta parte, julgados improcedentes os pedidos.

(ADI 3.994/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 23.8.2019, DJe 09.9.2019)

5. Desse modo, aprecio a pretensão apenas quanto ao art. 16-C, *caput*, e II, da Lei nº 9.504/1997.

Perda parcial superveniente de objeto da ação

5. Após o ajuizamento da presente ação direta, sobreveio a edição da Lei nº 13.877/2019 que alterou o teor do art. 16-C, II, da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.487/2017, originalmente impugnado na inicial.

Eis a redação original do inciso II do art. 16-C da Lei nº 9.504/1997:

II - a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do § 3º do art. 12 da Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017. (Incluído pela Lei nº 13.487, de 2017)

Eis a nova redação do inciso II do art. 16-C da Lei nº 9.504/1997:

II - ao percentual do montante total dos recursos da reserva específica a programações decorrentes de emendas de bancada estadual impositiva, que será encaminhado no projeto de lei orçamentária anual. (Redação dada pela Lei nº 13.877, de 2019)

Com efeito, ante tal alteração, tem-se nova redação e modificação substancial, ocorrida no plano legislativo, da norma impugnada na presente ação direta, que não foi objeto de aditamento ou quaisquer esclarecimentos.

A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a extinção da vigência da norma impugnada, bem como a alteração substancial do seu conteúdo, após o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, acarreta a perda superveniente do seu objeto, independentemente da existência de efeitos residuais concretos dela decorrentes.

Isso porque, vocacionada essa espécie de ação constitucional a assegurar a higidez da ordem jurídica vigente, o interesse na tutela judicial pressupõe, em consequência, ato normativo em vigor. Colho julgado, *inter plures*, sob a minha relatoria:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 4.636/2011 DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE (ARTS. 22, XXVII, 37, CRFB). ALTERAÇÃO E REVOGAÇÃO NORMATIVA SUPERVENIENTE DO ATO IMPUGNADO SEM O CORRESPONDENTE ADITAMENTO À INICIAL. PERDA SUPERVENIENTE PARCIAL DE OBJETO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS DISPOSITIVOS. INÉPCIA DA INICIAL. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA.

1. *A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a extinção da vigência da norma impugnada, bem como a alteração substancial do seu conteúdo, após o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, acarreta a perda superveniente do seu objeto, independentemente da existência de efeitos residuais concretos dela decorrentes.*

2. Com advento da Lei Distrital n.º 5.313 de 18 de fevereiro de 2014, o art. 4.º da legislação impugnada foi revogado, assim como houve a alteração normativa dos arts. 11-A e 12-A. De outro lado, a Lei n. 6.550/2020 suspendeu temporariamente a eficácia do art. 2.º da Lei n. 4.636/2011. Configurada a perda superveniente parcial do objeto da demanda constitucional.

3. Recai sobre o autor das ações de controle concentrado de constitucionalidade o ônus processual de indicar os dispositivos impugnados e realizar o cotejo analítico entre cada uma das proposições normativas e os respectivos motivos justificadores do acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade, sob pena de indeferimento da petição inicial, por inépcia.

4. Não se mostra processualmente viável a impugnação genérica da integralidade de um decreto, lei ou código por simples objeção geral, insuficiente, para tanto, a mera invocação de princípios jurídicos em sua formulação abstrata, sem o confronto pontual e fundamentado entre cada um dos preceitos normativos questionados e o respectivo parâmetro de controle. No caso, a impugnação da Lei n. 4.636/2011 foi genérica, sem argumentação específica dos dispositivos normativos. Precedentes.

5. Extinção do processo sem resolução do mérito.

(ADI 4.831/DF, de minha relatoria, Tribunal Pleno, j. 09.3.2022, DJe 17.3.2022)

6. Desse modo, *prejudicada*, em parte, a presente ação direta, no que se refere ao art. 16-C, II, da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.487/2017.

Preliminares

7. A Advogada-Geral da União, ao manifestar-se nestes autos, arguiu preliminar de não conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a ausência de juntada do inteiro teor do ato normativo impugnado.

Não assiste razão à Advogada-Geral da União.

8. Ao exame das ADPF's 395/DF e 444/DF, ambas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Plenário desta Suprema Corte enfrentou preliminar idêntica à arguida nesta ação direta. Na oportunidade, firmou entendimento segundo o qual, impugnada lei federal, dispensável a juntada de seu inteiro teor. Trago à colação a ementa de referido julgamento conjunto:

1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade.
2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado.
3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. *Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. Contrário sensu, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar*

rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. *Dignidade Humana*: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. (ADPF 395/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 14.6.2018, DJe 22.5.2019)

9. A Procuradora-Geral da República, por sua vez, também argui preliminar de não conhecimento desta ação direta à alegação de *ausência de impugnação da totalidade das normas que compõem o complexo normativo apontado como inconstitucional*.

Segundo a Chefe do *Parquet*, seria indispensável para conhecer da presente ação direta a impugnação do dispositivo questionado em conjunto com o inciso II do § 3º do art. 12 da Lei nº 13.473/2017.

10. Antes de enfrentar referida questão preliminar, impõe-se esclarecer devidamente o objeto da presente ação direta.

O art. 16-C, *caput*, da Lei nº 9.504/1997, na realidade, cria o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) que será constituído apenas em ano eleitoral e por dotações orçamentárias da União. Já o art. 16-C, II, da Lei nº 9.504/1997, estipula de onde sairão os recursos para formação de referido fundo.

Apesar de intimamente conectados, os dispositivos disciplinam questões absolutamente distintas. Um deles cria o fundo e estipulada quando deve ser constituído, o outro estabelece a forma de sua composição e reserva dotação orçamentária.

11. Feito o esclarecimento, entendo assistir, caso não se entenda pelo prejuízo parcial, razão à Procuradora-Geral da República tão somente em relação ao art. 16-C, II, da Lei nº 9.504/1997, tendo em vista que somente referido dispositivo possui relação de conexidade com outras normas.

Diante dessa circunstância, mostra-se inócua a pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor exclusivamente contra o art. 16-C, II, da Lei nº 9.504/1997, tendo em vista que, caso eventualmente acolhido o pedido, mesmo assim subsistiria a previsão de dotação orçamentária ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) na Lei Orçamentária Anual.

12. No caso, a ausência de impugnação da integralidade do complexo normativo torna o provimento judicial pretendido ineficaz e, por isso mesmo, destituído de qualquer utilidade, de modo a afastar a indispensável caracterização do interesse de agir do autor, tal como esta Suprema Corte tem assinalado em diversos precedentes (*ADI 3.954-Agr/SC*, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 27.3.2020, DJe 19.6.2020; *ADI 4.342-Agr/RJ*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 18.12.2017, DJe 01.02.2018, *v.g.*):

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – NATUREZA OBJETIVA DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – IMPUGNAÇÃO TÓPICA OU FRAGMENTÁRIA DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS CONEXOS QUE INTEGRAM COMPLEXO NORMATIVO INCINDÍVEL – INVIABILIDADE – RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO

PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA.

– O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

– A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). Doutrina. Precedentes.

DIPLOMAS NORMATIVOS QUE INTEGRAM COMPLEXO NORMATIVO INCINDÍVEL – NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO ABRANGENTE DE TODAS AS NORMAS UNIDAS PELO VÍNCULO DE CONEXÃO – INOCORRÊNCIA – INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA.

– Tratando-se de normas legais e de diplomas legislativos que se interconexionam ou que mantêm, entre si, vínculo de dependência jurídica, *cabe ao autor da ação direta, ao postular a declaração de inconstitucionalidade, abranger, no alcance desse “judicium”, todas as regras unidas pelo vínculo de conexão, sob pena de, em não o fazendo, tornar inviável a própria instauração do controle concentrado de constitucionalidade.*

– *Em situação de mútua dependência normativa, em que as regras estatais interagem umas com as outras, condicionando-se, reciprocamente, em sua aplicabilidade e eficácia, revela-se incabível a impugnação tópica ou fragmentária de apenas algumas dessas normas, considerada a circunstância de o complexo normativo que elas integram qualificar-se como unidade estrutural incindível, a inviabilizar questionamentos seletivos e isolados de determinadas prescrições normativas.*

– Em tal contexto, e pelo fato de referidas normas integrarem a totalidade do sistema, não se admitem, em sede de controle normativo abstrato, impugnações isoladas ou tópicas, sob pena de completa desarticulação e desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporadas. Precedentes.

(ADI 2.422-Agr/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 10.5.2012, DJe 30.10.2014)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORGÂNICA DA POLÍCIA CIVIL DO ESPÍRITO SANTO (LC Nº 04/90). ESCOLHA DO DELEGADO-GERAL DA POLÍCIA CIVIL RESTRITA AOS INTEGRANTES DA ÚLTIMA CLASSE DA CARREIRA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODO O COMPLEXO NORMATIVO. CRITÉRIO PREVISTO NO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (ART. 128, § 1º). FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1. A Lei Orgânica da Policial Civil do Estado do Espírito Santo (LC nº 04/90) não inovou no ordenamento positivo estadual ao prever o critério de escolha do Chefe de Polícia, pois o requisito previsto no diploma legislativo em questão apenas explicita o que foi determinado pela própria Constituição estadual.

2. *Mostra-se inócua a pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor exclusivamente contra os preceitos legais previstos na LC nº 04/90, tendo em vista que, caso eventualmente provido o pedido, mesmo assim subsistiria a exigência condicionante da escolha do Chefe de Polícia Civil no âmbito normativo da Constituição estadual.*

3. *A ausência de impugnação da integralidade do complexo normativo torna o provimento judicial pretendido ineficaz e, por isso mesmo, destituído de qualquer utilidade, de modo a afastar a caracterização do interesse de agir do autor. Precedentes.*

4. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

(ADI 3.808/ES, de minha relatoria, Tribunal Pleno, j. 25.10.2021, DJe 05.11.2021)

13. Assim, como explicitado acima, entendo que em relação ao *art. 16-C, II, da Lei nº 9.504/1997*, incluído pela Lei nº 13.487/2017, esta ação direta está prejudicada, no entanto, caso assim não entenda o Plenário desta Casa, *tenho por incognoscível, no tocante a tal dispositivo legal, o pleito à falta de impugnação de todo complexo normativo.*

14. Desse modo, conheço do pedido apenas em relação ao art. 16-C, *caput*, da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.487/2017.

15. Superadas as questões preliminares, aprecio o mérito.

Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)

16. A democracia e o exercício da cidadania dependem de eleições. As eleições dependem da disponibilização e gasto de recursos públicos para sua organização e sua efetiva realização. As eleições dependem de candidatos. Os candidatos precisam empreender atos de campanha. As campanhas dependem de recursos financeiros. Os recursos financeiros precisam estar à disposição dos candidatos para que possam realizar atos de campanha, para que possam expor suas ideias e projetos, de modo a serem conhecidos pelo público votante, para que o eleitor vote de maneira consciente e informada. Dinheiro e democracia são, pois, indissociáveis. Dinheiro e eleições estão umbilicalmente interligados.

Não obstante essa vinculação entre dinheiro, eleições e democracia, o fato é que essa relação mostra-se extremamente complexa. Se, de um lado, como disse, são indissociáveis, de outro, podem acarretar abusos tóxicos, antirrepublicanos, antidemocráticos e contrários à isonomia.

É nesse contexto que se encontra a disciplina do financiamento de partidos políticos e de campanhas eleitorais.

Como já tive a oportunidade de salientar, neste Plenário, o financiamento de campanhas eleitorais e partidos políticos, constitui questão delicada, tormentosa e de difícil equacionamento nas nações democráticas, muitas das quais já experimentaram, ao longo do tempo, inúmeras fórmulas em um e outro sentido.

A verdade é que não existe um método de financiamento universal, aplicável a todos, sequer existe consenso mínimo, em âmbito doutrinário, a respeito de qual a melhor fórmula. Esse é um terreno arenoso e intrincado, de modo que este Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema, deve agir com especial deferência.

17. Consabido que, instado, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), a se pronunciar sobre o financiamento privado por pessoas jurídicas, este Supremo Tribunal Federal declarou, ao exame da ADI 4.650/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a inconstitucionalidade *parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95, proibindo, em consequência, a doação de recursos por pessoas jurídicas de direito privado:*

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO
VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI

DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 e 81, *CAPUT* e § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, e 39, *CAPUT* e §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (*ITENS E.1 e E.2*). SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO (*ITEM E.5*). TÉCNICA DE DECISÃO AMPLAMENTE UTILIZADA POR CORTES CONSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NORMATIVA *SUBSIDIÁRIA* E *EXCEPCIONAL* DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, SOMENTE SE LEGITIMANDO EM CASO DE *INERTIA DELIBERANDI* DO CONGRESSO NACIONAL PARA REGULAR A MATÉRIA APÓS O TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL (*IN CASU*, DE DEZOITO MESES). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÕES QUE VEICULAM ULTRAJE À LEI FUNDAMENTAL POR AÇÃO E NÃO POR OMISSÃO. MÉRITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. PREMISSAS TEÓRICAS. POSTURA *PARTICULARISTA* E *EXPANSIVA* DA SUPREMA CORTE NA SALVAGUARDA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS. SENSIBILIDADE DA MATÉRIA, AFETA QUE É AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. AUTOINTERESSE DOS AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE MODELO CONSTITUCIONAL CERRADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA. MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO PELO PODER ECONÔMICO. “PLUTOCRATIZAÇÃO” DO PRÉLIO ELEITORAL. LIMITES DE DOAÇÃO POR NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. COMPATIBILIDADE MATERIAL COM OS CÂNONES DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO E DA IGUALDADE POLÍTICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.
2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais *expansiva* e *particularista* por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais *deferentes* e *formalistas*, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria.
3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma *moldura* que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de *normas fundamentais* (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos.
4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções *juriscêntricas* no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes.
5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.
6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte

destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil).

7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afiguram assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “*plutocratização*” do processo político.

8. O princípio da liberdade de expressão assume, no aspecto político, uma dimensão *instrumental* ou *accessória*, no sentido de estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos.

9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um *agir estratégico* destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano.

10. O *telos* subjacente ao art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo.

11. Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais, bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos, não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política.

12. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ostenta legitimidade *ad causam* universal para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, *ex vi* do art. 103, VII, da Constituição da República, prescindindo, assim, da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado.

13. As disposições normativas adversadas constantes das Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97 revelam-se aptas a figurar como objeto no controle concentrado de constitucionalidade, porquanto primárias, gerais, autônomas e abstratas.

14. A “*possibilidade jurídica do pedido*”, a despeito das dificuldades teóricas de pertinência técnica (*i.e.*, a natureza de exame que ela envolve se confunde, na maior parte das vezes, com o próprio mérito da pretensão) requer apenas que a pretensão deduzida

pelo autor não seja *expressamente* vedada pela ordem jurídica. Consectariamente, um pedido juridicamente impossível é uma postulação categoricamente vedada pela ordem jurídica. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 394).

15. *In casu*,

a) Os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2”, primeira parte, objetivam apenas e tão somente que o Tribunal se limite a retirar do âmbito de incidência das normas impugnadas a aplicação reputada como inconstitucional, sem, com isso, proceder à alteração de seu programa normativo.

b) Trata-se, a toda evidência, de pedido de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, cuja existência e possibilidade são reconhecidas pela dogmática constitucional brasileira, pela própria legislação de regência das ações diretas (art. 28, § único, Lei nº 9.868/99) e, ainda, pela práxis deste Supremo Tribunal Federal (ver, por todos, ADI nº 491/AM, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 25.10.1991).

c) Destarte, os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2” são comuns e naturais em qualquer processo de controle abstrato de constitucionalidade, razão por que a exordial não veicula qualquer pretensão expressamente vedada pela ordem jurídica.

d) O pedido aduzido no item “e.5” não revela qualquer impossibilidade que nos autorize a, de plano, reconhecer sua inviabilidade, máxime porque o Requerente simplesmente postula que a Corte profira uma “*sentença aditiva de princípio*” ou “*sentença-delegação*”, técnica de decisão comumente empregada em Cortes Constitucionais algures, notadamente a italiana, de ordem a instar o legislador a disciplinar a matéria, bem assim a delinear, concomitantemente, diretrizes que devem ser por ele observadas quando da elaboração da norma, exurgindo como método decisório necessário em casos em que o debate é travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado.

16. Ademais, a atuação normativa do Tribunal Superior Eleitoral seria apenas *subsidiária e excepcional*, somente se legitimando em caso de *inertia deliberandi* do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável (*in casu*, de dezoito meses), incapaz, bem por isso, de afastar a prerrogativa de o Parlamento, *quando e se quisesse*, instituir uma nova disciplina de financiamento de campanhas, em razão de a temática encerrar uma *preferência de lei*.

17. A preliminar de inadequação da via eleita não merece acolhida, visto que todas as impugnações veiculadas pelo Requerente (*i.e.*,

autorização por doações por pessoas jurídicas ou fixação de limites às doações por pessoas naturais) evidenciam que o ultraje à Lei Fundamental é comissivo e não omissivo.

18. A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADI por omissão é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC, art. 292).

19. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a *contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, *caput* e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95.

(ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 17.9.2015, DJe 24.02.2016)

Na realidade, esta Suprema Corte, ao apreciar a ADI 4.650/DF, atenta ao mundo fenomênico e, especialmente, às práticas decorrentes da aplicação dos dispositivos impugnados, entendeu inconstitucional o modelo, até então vigente, de financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas de direito privado.

O que este Supremo Tribunal Federal fez foi identificar um problema existente e apontar que aquela fórmula de financiamento acarretava violação da Constituição da República. Não se pretendeu – nem poderia – inovar na ordem jurídica, de modo a empreender soluções. Evidenciou-se a disfunção, competindo, no entanto, ao Poder Legislativo a elaboração de um novo método.

Iniciou-se, desse modo, aquilo que a doutrina chamada de diálogo institucional (VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 185) – ou, como nomeado por Alexander Bickel, colóquio contínuo (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986) – tendo este Tribunal atuado como verdadeiro *catalisador deliberativo*, de modo a estruturar a democracia como regime de maiorias, mas que também seja *capaz de discernir entre bons e maus argumentos* (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214).

18. Com a declaração de inconstitucionalidade do financiamento por pessoas jurídicas de direito privado, remanesceram, em nosso ordenamento jurídico, como forma de manutenção financeira dos partidos políticos e para custeio de campanhas

eleitorais, o Fundo Partidário (art. 17, § 3º, CF c/c art. 38 e seguintes da Lei nº 9.096/1995) e as doações realizadas por pessoas físicas (art. 23 da Lei nº 9.504/1997).

Com efeito, no ano imediatamente anterior às eleições gerais de 2018, o Poder Legislativo aprovou e o Poder Executivo sancionou, em nítida reação à decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal ao exame da ADI 4.650/DF, a criação do Fundo Eleitoral de Financiamento de Campanha (art. 16-C, *caput*, Lei nº 13.487/2017).

O Congresso Nacional entendeu que o método de financiamento de campanha existente, após a declaração de inconstitucionalidade das doações por pessoa jurídicas de direito privado, não se revelava suficiente para atender às demandas, motivo pelo qual instituiu o Fundo Eleitoral de Financiamento de Campanha (FEFC).

Cumprir trazer à colação justificativa apresentada pelo Relator do projeto de lei que originou o dispositivo normativo impugnado:

Há tempo a questão do financiamento das campanhas eleitorais preocupa os legisladores no Brasil. Há boas razões para tanto: campanhas caras, em virtude do tamanho das circunscrições e da regra eleitoral; e uma sucessão de episódios ligados ao assunto, todos de grande repercussão na opinião pública.

As mudanças efetuadas na legislação concentraram-se, por um tempo, na tentativa de diminuir os custos de campanha, vedando determinadas práticas. O insucesso dessas medidas, aliado à progressão das investigações no âmbito do que é conhecido como “Operação Lava-Jato”, levou à mudança de foco: as alterações mais recentes, que vigoraram já nas últimas eleições municipais, afastaram por completo as doações com origem em empresas do financiamento das campanhas.

A situação, portanto, é a seguinte: o custo das campanhas continua elevado, as doações de empresas estão proibidas e não há nos eleitores uma cultura política que estimule a doação de pessoas físicas. Cumpre, portanto, encontrar uma fonte de financiamento que viabilize as campanhas, de preferência sem impor custos adicionais ao erário, na situação de crise econômica que o país atravessa.

O Fundo Eleitoral de Financiamento de Campanha (FEFC) consubstancia uma parcela do orçamento da União Federal, constituído apenas em anos eleitorais, destinado, exclusivamente, ao financiamento público de campanhas eleitorais.

19. A agremiação autora da presente ação direta argui a inconstitucionalidade de referido dispositivo à alegação de que o art. 17, § 3º, da Constituição Federal, impõe que a *única fonte de recursos públicos de um partido político* seja o Fundo Partidário. Assim, segundo alega, *qualquer outra fonte de recursos públicos destinados a pessoas*

jurídicas de direito privado – eis como são enquadrados os partidos políticos pelo art. 44, V, do Código Civil – só poderia ter por fundamento de validade uma emenda constitucional. Revelar-se-ia, pois, inconstitucional o art. 16-C da Lei nº 9.504/1997.

20. Bem analisada a questão, impõe-se considerações a respeito da liberdade de conformação de que titular o Poder Legislativo.

21. A Constituição, todos sabemos, até mesmo por uma impossibilidade fática, *não encerra*, em suas disposições normativas, *todas as possibilidades* de harmonização e conformação do ordenamento jurídico. Vale dizer, a ordem jurídica como um todo não está abrangida no texto constitucional, a lei *não é mera concretização* das decisões previamente tomadas pelo constituinte.

Isso significa que a ordem jurídica não se restringe àquilo que está na Constituição, pois, ciente de sua própria limitação, o constituinte outorgou aos Poderes constituídos a capacidade e a legitimação para dar continuidade ao processo de construção do Estado e de suas Instituições. Ao assim proceder, o constituinte originário concebeu a atividade legiferante não apenas como concretização do que já está na Constituição, mas também inovação na ordem jurídica.

Admitir que a Constituição impõe obrigações e objeções a toda e qualquer deliberação legislativa levaria ao absurdo. Acabaria, caso aceitável, com a *liberdade do legislador* que passaria ao papel de simples desvendador do real significado da Constituição. A *flexibilidade* indispensável para o desenvolvimento de políticas públicas em conformidade com as necessidades atuais seria suprimida por completo. A *maleabilidade* inerente à linguagem aberta do texto constitucional seria abolida, de modo que atualizações decorrentes da interpretação seriam inviabilizadas. Em resumo: em razão da própria dinâmica dos fatos, a Carta da República *já nasceria ultrapassada* e, portanto, fadada ao fracasso.

22. Por tais razões, é preciso reconhecer que, não obstante a Constituição estabeleça deveres e proibições em relação a alguns temas, ou seja, fixe limites à atuação do Estado, *há uma ampla margem dentro da qual o legislador pode transitar*. É o que Robert Alexy chama de *âmbito facultado*, isto é, o quadrante no qual algo não é proibido nem obrigatório, portanto, o legislador tem a *faculdade* de inovar no ordenamento positivo com vasta liberdade de conformação.

Nesse sentido, Robert Alexy,¹ reportando-se à metáfora da moldura, acentua:

(...) o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o que é facultado – ou seja, nem obrigatório, nem proibido – é aquilo que se encontra no interior da moldura. Nesse sentido, a discricionariedade do legislador é definida por aquilo que é facultado. Essa discricionariedade é de natureza estrutural. Seria também possível falar em uma

¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 582-3.

discricionariedade substancial decorrente da estrutura das normas constitucionais. O que é decisivo é que a sua extensão é determinada por aquilo que é juridicamente válido em virtude das normas constitucionais. *Portanto, a discricionariedade estrutural decorre dos limites daquilo que a constituição definitivamente obriga ou proíbe.*

(...)

O modelo da moldura foi até agora descrito com o auxílio dos conceitos de dever, de proibição e de faculdade. Mas é possível fazê-lo também com o auxílio dos conceitos de necessidade, impossibilidade e possibilidade. *Aquilo que a constituição obriga é constitucionalmente necessário; o que ela proíbe, constitucionalmente impossível; e o que ela faculta não é constitucionalmente nem necessário, nem impossível, mas meramente possível.*

(...)

Vê-se, portanto, que os limites da liberdade de conformação do legislador são balizados, de um lado, pelo que é constitucionalmente *obrigatório* e, de outro lado, pelo que é constitucionalmente *proibido*, dentro dessa *moldura* encontra-se a esfera de atuação discricionária do Poder Legislativo, em cujo âmbito são realizadas escolhas *possíveis*.

23. Com efeito, reitero, nenhuma ordem constitucional é capaz de encerrar a totalidade do fenômeno jurídico-normativo de uma determinada comunidade. É por essa razão que a Constituição confere, ao legislador, amplo espectro para fazer ou deixar de fazer em conformidade com a conveniência e oportunidade que lhe é dispensada.

Disso resulta que, ao contrário do que ocorreria caso se adotasse a concepção da Constituição como instrumento veiculador de deveres e de obrigações para todos os aspectos imagináveis da atividade legislativa – o que a doutrina chama de Constituição genoma –, *não é necessário reconhecer, no texto constitucional, norma autorizativa para toda e qualquer deliberação legislativa.*

Pressupor em outro sentido levaria à consequência inevitável e absurda de que tudo deriva e desabrocha magicamente do texto da Constituição, como se todos os aspectos da vida estivessem lá à espera da descoberta pelo legislador e pelo intérprete. Seria como se a Constituição tivesse uma resposta prévia e imediata a respeito de todas as particularidades e circunstâncias, presentes e futuras, da vida política e jurídica do país.

24. Daí se vê, com relativa facilidade, que incumbe ao Poder Legislativo o papel de primeiro intérprete e concretizador da Carta Fundamental, sendo-lhe outorgada, reforço, ampla margem de autonomia determinativa para transitar dentro da *moldura* do que é constitucionalmente necessário e do que é constitucionalmente impossível.

Nessa toada, Paulo Gustavo Gonet Branco² destaca:

A superioridade das normas constitucionais se manifesta, afinal, no efeito de condicionar do conteúdo de normas inferiores. São, nesse sentido, normas de normas. *As normas constitucionais, situadas no topo da pirâmide jurídica, constituem o fundamento de validade de todas as outras normas inferiores e, até certo ponto, determinam ou orientam o conteúdo material destas.*

Esse traço das normas constitucionais, porém, deve ser compreendido nos termos devidos. *Não é correto supor que as normas constitucionais determinam integralmente todo o conteúdo possível das normas infraconstitucionais. Elas regulam apenas em parte a deliberação legislativa que lhes confere desenvolvimento. O legislador, no entanto, na tarefa de concretizar o que está disposto na norma constitucional, não perde a liberdade de conformação, a autonomia de determinação. Mas essa liberdade não é plena, não pode prescindir dos limites decorrentes das normas constitucionais. Daí o oportuno ensinamento de Canotilho, quando alerta que “é preciso não confundir a ideia do direito constitucional como direito paramétrico, positivo e negativo, dos outros ramos do direito, com a ideia do direito legal como simples derivação e execução das normas constitucionais.”*

(...)

Uma vez que o direito constitucional convive com boa margem de autonomia dos demais ramos do Direito, não há como deduzir uma solução legislativa necessária para cada assunto que o constituinte deixa ao descortino da lei. *Deve-se reconhecer que o legislador é o intérprete e concretizador primeiro da Constituição, e as suas deliberações, sempre que condizentes com o sistema constitucional e com os postulados da proporcionalidade, devem ser acolhidas e prestigiadas, não podendo ser substituídas por outras que acaso agentes públicos – do Executivo ou do Judiciário – estimem preferíveis.*

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 68-9.

25. Inequivocamente, portanto, reconhecido o importante papel desenvolvido pelo legislador infraconstitucional e sua margem de discricionariedade, há de se respeitar e prestigiar, desde que em conformidade com as balizas constitucionais, suas deliberações consubstanciadas nos atos normativos por ele elaboradas.

Reconhecer a existência dessa margem de conformação significa conferir ao Poder Legislativo um círculo deliberativo exclusivo em relação ao qual suas opções devem ser respeitadas em sua autoridade e em sua legitimação, sem que se revele lícito ao Poder Executivo ou ao Poder Judiciário *substituir* as escolhas legislativas *por critérios próprios* que julguem mais adequados.

26. Sempre atual, nesse contexto, a lição de Thomas Cooley:³

Deve ser evidente para todos que o poder de declarar nulo um ato legislativo é um poder que o juiz, consciente da falibilidade do julgamento humano, *esquivar-se-á de exercer*, sempre que o respeito a seus deveres e juramento oficial exijam a declinação do seu exercício. (...) Os tribunais devem declarar atos legislativos inconstitucionais e nulos em alguns casos, *mas não porque o Poder Judiciário é superior em grau ou dignidade ao Poder Legislativo*. Ao serem instados a declarar o sentido da lei nos casos que chegam diante si, eles [Tribunais] *devem fazer cumprir a Constituição como a Lei Suprema*, sempre que um dispositivo legislativo entra em conflito com ela. Mas os Tribunais sentam, não para rever ou revisar os atos legislativos, mas para fazer prevalecer a vontade legislativa; e, *apenas onde eles observam que o legislador desbordou dos limites constitucionais*, eles estão em liberdade de desconsiderar sua ação (...).

Thomas Cooley, *Chief Justice* da Suprema Corte de Michigan, exorta, no fragmento antes transcrito, a todos nós, Juizes no exercício da jurisdição constitucional, *ao inexorável e imprescindível exercício da autocontenção*. Como bem acentua, o Poder Judiciário, apesar de possuir a primazia da última palavra em matéria constitucional, não é superior em hierarquia, grau ou dignidade em relação aos demais Poderes da República. Seu papel é o de *fazer prevalecer a Lei Suprema* de nosso país, a Constituição de 1988.

O poder outorgado, expressamente, aos Juizes e Tribunais, pela Constituição da República, de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos *vem atrelado a elevado ônus argumentativo que impõe ao julgador*, tendo em vista os princípios da separação de poderes e da presunção de constitucionalidade dos diplomas normativos, o exercício do *judicial review* com *deferência* ao Poder Legislativo, com *fidelidade* ao

³ COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 2ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1871. p. 159-160.

papel institucional do Poder Judiciário e com *prudência* na eleição dos fundamentos justificadores da *imprescindibilidade* da pronúncia de nulidade por ele exarada.

Vale dizer, o poder de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos vem associado a elevado encargo no que diz respeito à fundamentação do ato decisório. Desse modo, a lei ou decreto para ter reconhecida sua inconstitucionalidade e declarada sua nulidade, pelo Poder Judiciário, há de estar em *manifesto e incontornável* conflito com a Lei Fundamental.

Colho do magistério doutrinário do Ministro Luís Roberto Barroso:⁴

(...) Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes.

A presunção de constitucionalidade, portanto, é uma decorrência do princípio da separação de Poderes e funciona *como fator de autolimitação da atuação judicial*. Em razão disso, não devem juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando:

- a) a inconstitucionalidade *não for patente e inequívoca*, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma;
- b) *seja possível decidir a questão por outro fundamento*, evitando-se a invalidação do ato de outro Poder;
- c) *existir interpretação alternativa possível*, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição.

27. Existindo, portanto, dissenso hermenêutico *razoável* apto a justificar a legitimidade de interpretações constitucionais diversas, o Poder Judiciário deve agir com *autocontenção* e *preservar* a validade das deliberações positivadas pelos

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 289.

órgãos legitimados a exercerem essas escolhas, resguardando, assim, a *presunção de constitucionalidade* dos atos normativos. Nesse sentido, inclusive, é a jurisprudência desta Corte Suprema:

14. A autocontenção judicial *requer o respeito à escolha democrática do legislador, à mingua de razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a sua opção*, plasmada na reforma trabalhista sancionada pelo Presidente da República, em homenagem à *presunção de constitucionalidade das leis e à luz dos artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, caput, da Constituição, os quais garantem as liberdades de expressão, de associação e de sindicalização.*

(ADI 5.794/DF, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 23.4.2019)

É por essa razão que a atividade hermenêutica exercida pelos magistrados *encontra limites* nos signos linguísticos constantes do texto normativo, ou seja, a interpretação conferida aos diplomas legislativos deve guardar *relação de conexão* com o significado das palavras insertas no dispositivo objeto de aplicação, de modo a que se mantenha, o quadrante interpretativo, dentro da *moldura do texto*.

Não se está, sob qualquer aspecto, a afirmar que a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário é meramente mecânica, fruto de interpretação literal e lógica, *pelo contrário*. Reconheço, na linha de antiga lição de Vicent M. Barret Jr.,⁵ que as palavras, *como símbolos, são imperfeitas, mudam e são, totalmente, incapazes de figurarem como portadoras de significado fixo e definitivo*, motivo pelo qual, *para adquirirem verdadeiro significado, não prescindem* de uma análise histórica, social, sistemática, finalística e global em conformidade com os postulados da hermenêutica jurídica.

O que não se justifica constitucionalmente é a intervenção judicial no âmbito das escolhas políticas, de competência privativa dos demais órgãos de soberania estatal, concretizada por meio de *indevida resignificação* do conteúdo normativo das leis e da Constituição para adequá-lo, unicamente, aos sentidos e alcances *compatíveis com as ambições do intérprete*, em manifesta usurpação das atribuições dos Poderes legítimos.

28. Em síntese: o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos impele o Poder Judiciário ao respeito ao espaço privativo de deliberação constitucionalmente atribuído aos demais Poderes da República e à observância das escolhas políticas legitimamente adotadas, no contexto de um Estado Democrático de Direito, pelos representantes do povo, impondo-se, dessa forma, fidelidade aos limites inerentes à atividade hermenêutica.

⁵ BARRET JR., Vicent M. Constitutional Interpretation and Judicial Self-Restraint. *Mich. L. Rev.*, v. 39, 1940, p. 213-237.

29. No caso em análise, em debate apenas a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC (art. 16-C, *caput*, da Lei nº 9.504/1997).

É preciso advertir que inexiste, na Constituição da República, qualquer norma que estabeleça a exclusividade do Fundo Partidário e impeça a criação de novos fundos destinados ao financiamento de partidos políticos e de campanhas eleitorais, tampouco há norma impondo que essa temática somente poderia ser veiculada por meio de emenda à constituição. Aparentemente, o autor da presente ação direta adota a concepção, já refutada neste voto, de Constituição genoma.

Frente a tais considerações, reconhecida a liberdade de conformação titularizada pelo Poder Legislativo, não havendo, na hipótese, obrigação constitucional nem proibição constitucional quanto ao tema, há de se preservar, em exercício da autocontenção, a deliberação legislativa que, a meu sentir, se encontra, na alcinha de Robert Alexy, dentro do *âmbito facultado*.

30. Desse modo, tendo em vista que remanesce, na presente ação direta de inconstitucionalidade, apenas o art. 16-C, *caput*, da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.487/2017, que cria o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), ou seja, não estando em discussão a questão atinente à composição do fundo e ao montante de sua dotação orçamentária, entendo que se impõe a improcedência do pedido.

Não há como entrever, na Constituição Federal, qualquer fundamento que impossibilite a criação de referido fundo, motivo pelo qual, reitero, o pedido deve ser julgado improcedente na parte remanescente da ação.

Conclusão

31. Ante o exposto, *conheço parcialmente* da presente ação direta de inconstitucionalidade e, na parte conhecida, julgo *improcedente* o pedido deduzido.

É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.795

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

REQTE.(S): PARTIDO SOCIAL LIBERAL

ADV.(A/S): MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA (10.974 / SP)

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE: PARTIDO NOVO NACIONAL – NOVO

ADV.(A/S): MARILDA DE PAULA SILVEIRA (0033954/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: PARTIDO DA MOBILIZAÇÃO NACIONAL – PMN

ADV.(A/S): FABIANO ALMEIDA RESENDE (18942/BA, 20541/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO – PLURIS

ADV.(A/S): SIDNEY SÁ DAS NEVES (33683/DF)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, converteu o exame da liminar em julgamento de mérito, conheceu parcialmente da presente ação direta de inconstitucionalidade e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido deduzido, nos termos do voto da Relatora. Plenário, Sessão Virtual de 12.8.2022 a 19.8.2022.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM
HABEAS CORPUS Nº 163.774 / RIO DE JANEIRO
(2022/0111851-6)**

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

AGRAVANTE: ANA PAULA STORINO BASTOS TAVARES

ADVOGADOS: RENATO NEVES TONINI – RJ046151

ANA PAULA DE ALMEIDA ROSSI – RJ133215

EDUARDO TONINI BRAGA – RJ167919

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. ACORDO DE PERSECUÇÃO PENAL. REGULARIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. POSTERIOR QUESTIONAMENTO SOBRE A MATERIALIDADE DELITIVA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIÁVEL NA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento pacífico deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, exatamente como ocorrido na espécie. Dessa forma, é possível “que seja proferida decisão monocrática por Relator, sem qualquer afronta ao princípio

da colegialidade ou cerceamento de defesa, quando todas as questões são amplamente debatidas, havendo jurisprudência dominante sobre o tema, ainda que haja pedido de sustentação oral". (AgRg no HC 647.128 / RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/4/2021, DJe 19/4/2021)

2. Hipótese em que foi celebrado acordo de não persecução penal entre o Ministério Público do Rio de Janeiro e a paciente, que, na mesma data, firmou termo de confissão acerca dos fatos que estariam subsumidos aos arts. 307 e 299 do Código Penal. Em 29/4/2021, a paciente, assistida por seu patrono, confirmou a avença, se submetendo às condições nela constantes, tendo a magistrada homologado o acordo de não persecução penal, mediante o cumprimento das cláusulas e das condições impostas pelo instrumento contratual. E, após ter sido atestado o integral cumprimento das condições fixadas no mencionado acordo, o membro do Ministério Público requereu a declaração da extinção da punibilidade da paciente, o que foi deferido pela magistrada de primeiro grau, conforme sentença extintiva de punibilidade.

3. Após tudo isso, a defesa passou a questionar a legalidade do acordo, sob a alegação de ausência de materialidade delitiva e de atipicidade da conduta, temendo, na verdade, as consequências dispostas no inciso III do § 2.º do art. 28-A do Código Penal, que impede uma nova proposta ao agente beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. Porém, os questionamentos acerca da atipicidade da conduta e de ausência de materialidade delitiva exigem incursão no contexto probatório dos autos, providência inviável em sede de *habeas corpus*. Com efeito, "não se tratando de alegação aferível de pronto, sem a necessidade de revolvimento de provas, seu exame revela-se incompatível com o rito sumário do *mandamus*". (RHC n.º 90.684 / RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 9/5/2018)

4. Ademais, nos termos da Súmula 695/STF, "não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade".

5. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2022 (data do julgamento).

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 163.774 / RIO DE JANEIRO (2022/0111851-6)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

AGRAVANTE: ANA PAULA STORINO BASTOS TAVARES

ADVOGADOS: RENATO NEVES TONINI – RJ046151

ANA PAULA DE ALMEIDA ROSSI – RJ133215

EDUARDO TONINI BRAGA – RJ167919

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ANA PAULA STORINO BASTOS TAVARES contra decisão que negou provimento ao recurso em *habeas corpus*.

Em razões, a agravante alega que o julgamento monocrático do presente recurso viola o princípio da colegialidade.

Explica, inicialmente, que a coação ilegal que se pretende debelar está configurada na homologação de acordo de não persecução penal (ANPP) firmado entre a ora agravante e o Ministério Público do Rio de Janeiro, relativamente à imputação de fato manifestamente atípico e carente de materialidade.

Aponta o cabimento do remédio constitucional diante da irregular homologação do ANPP pela juíza de 1.º grau, que deixou de reconhecer evidente ilegalidade em acordo que não atendia aos requisitos legais, deixando de cumprir o disposto no art. 28-A, § 7.º, do Código de Processo Penal.

Aduz que não há comportamento contraditório e nem deslealdade processual na aceitação de um acordo penal e no posterior questionamento da sua legalidade em

sede de *habeas corpus*. Argumenta que a defesa pode entender ser o fato materialmente atípico ou desprovido de materialidade e, mesmo assim, orientar seu assistido a pactuar com o Ministério Público e posteriormente impugnar a homologação da avença.

Sustenta que no presente caso, embora tenha sido proferida sentença de extinção da punibilidade em razão do cumprimento das condições do acordo de não persecução penal, a qual foi decretada após a impetração do *habeas corpus* originário, a paciente permanecerá sob os efeitos da maculada avença ao menos pelos próximos 5 anos, nos termos do inciso III do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Afirma que na hipótese dos autos, a conduta praticada pela agravante se resume a um pedido de confecção de carimbo com a inserção dos dados de Lilian de Carvalho Aragão, sem o consentimento ou autorização da aludida médica. Alega que a acusada não inseriu, nem fez inserir, em nenhum documento particular, declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita sobre fato juridicamente importante, não estando demonstrada a ofensa concreta e relevante ao bem jurídico tutelado pelo crime de falsidade ideológica a legitimar a pretensão persecutória do Estado.

Argumenta que proposta de negociação apresentada pelo Ministério Público é uma alternativa ao oferecimento de denúncia, à deflagração da ação penal. Assim, tanto o recebimento da denúncia quanto a homologação do acordo, por terem carga decisória muito semelhante, devem analisar se a exordial ou o contrato negociado atenderam ao disposto no art. 395 do Código de Processo Penal.

Refere que a mera voluntariedade do investigado em acordar com o Ministério Público não é suficiente para que o magistrado homologue o acordo de não persecução penal, pois para fins de verificação da legalidade do acordo, o juiz deve analisar se a base fática da investigação sustenta justa causa para a denúncia, e, portanto, para o acordo de não persecução penal.

E, apesar da clara imposição da lei, a autoridade impetrada na ação mandamental originária não deu cumprimento ao § 4.º do art. 28-A do Código de Processo Penal, pois ela homologou acordo de não persecução penal sem analisar se havia justa causa para a celebração da avença.

Acrescenta que a confissão do investigado não é capaz de suprir a falta de materialidade do fato que admitiu.

Requer a reconsideração da decisão impugnada ou a submissão do presente agravo à apreciação da Quinta Turma desta Corte, a fim de que seja reconhecida a coação ilegal consistente na homologação de acordo de não persecução penal quando ausentes a materialidade e a tipicidade do fato.

Intimado, o Ministério Público do Rio de Janeiro apresentou impugnação ao agravo (e-STJ, fls. 300-311).

É o relatório.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 163.774 / RIO DE JANEIRO (2022/0111851-6)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

AGRAVANTE: ANA PAULA STORINO BASTOS TAVARES

ADVOGADOS: RENATO NEVES TONINI – RJ046151

ANA PAULA DE ALMEIDA ROSSI – RJ133215

EDUARDO TONINI BRAGA – RJ167919

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. ACORDO DE PERSECUÇÃO PENAL. REGULARIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. POSTERIOR QUESTIONAMENTO SOBRE A MATERIALIDADE DELITIVA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIÁVEL NA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento pacífico deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, exatamente como ocorrido na espécie. Dessa forma, é possível “que seja proferida decisão monocrática por Relator, sem qualquer afronta ao princípio da colegialidade ou cerceamento de defesa, quando todas as questões são amplamente debatidas, havendo jurisprudência dominante sobre o tema, ainda que haja pedido de sustentação oral”. (AgRg no HC 647.128 / RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/4/2021, DJe 19/4/2021)

2. Hipótese em que foi celebrado acordo de não persecução penal entre o Ministério Público do Rio de Janeiro e a paciente, que, na mesma data, firmou termo de confissão acerca dos fatos que estariam subsumidos aos arts. 307 e 299 do Código Penal. Em 29/4/2021, a paciente, assistida por seu patrono, confirmou a avença, se submetendo às condições nela constantes, tendo a magistrada homologado o acordo de não persecução penal, mediante o cumprimento das cláusulas e das condições impostas pelo instrumento contratual. E, após ter sido atestado o integral cumprimento das condições fixadas no mencionado acordo, o

membro do Ministério Público requereu a declaração da extinção da punibilidade da paciente, o que foi deferido pela magistrada de primeiro grau, conforme sentença extintiva de punibilidade.

3. Após tudo isso, a defesa passou a questionar a legalidade do acordo, sob a alegação de ausência de materialidade delitiva e de atipicidade da conduta, temendo, na verdade, as consequências dispostas no inciso III do § 2.º do art. 28-A do Código Penal, que impede uma nova proposta ao agente beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. Porém, os questionamentos acerca da atipicidade da conduta e de ausência de materialidade delitiva exigem incursão no contexto probatório dos autos, providência inviável em sede de *habeas corpus*. Com efeito, “não se tratando de alegação aferível de pronto, sem a necessidade de revolvimento de provas, seu exame revela-se incompatível com o rito sumário do *mandamus*”. (RHC n.º 90.684 / RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 9/5/2018)

4. Ademais, nos termos da Súmula 695/STF, “não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade”.

5. Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Não obstante as razões do agravante, o recurso não comporta provimento.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o entendimento pacífico deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, exatamente como ocorrido na espécie. Dessa forma, é possível “que seja proferida decisão monocrática por Relator, sem qualquer afronta ao princípio da colegialidade ou cerceamento de defesa, quando todas as questões são amplamente debatidas, havendo jurisprudência dominante sobre o tema, ainda que haja pedido de sustentação oral”. (AgRg no HC 647.128 / RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/4/2021, DJe 19/4/2021)

Sobre o tema, ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TORTURA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. QUESTÃO ANALISADA EM OUTRO HC. REITERAÇÃO DE PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME

PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HC INDEFERIDO LIMINARMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *O julgamento monocrático do writ não representa ofensa ao princípio da colegialidade, quando a hipótese se coaduna com o previsto no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ, notadamente porque qualquer decisão monocrática está sujeita à apreciação do órgão colegiado, em virtude de possibilidade de interposição do agravo regimental, como na espécie.* (AgRg no HC 459.728 / PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/9/2018, DJe 18/9/2018)

2. A questão referente à execução provisória da pena foi tratada no HC n. 392.030 / RS, julgado por esta Quinta Turma em 27/6/2017. Cuida-se, portanto, de indevida reiteração de pedidos.

3. A presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do delito) justifica a fixação do regime fechado, embora a pena tenha sido aplicada no patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 482.307 / RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 29/3/2019; grifou-se.)

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro denegou a ordem ali impetrada, nos seguintes termos:

Primeiramente, poder-se-ia questionar o cabimento de *habeas corpus*, com a pretensão de análise de materialidade delitiva e de trancamento de procedimento criminal no qual foi realizado acordo de não persecução penal, porquanto inexistente ameaça à liberdade deambulatoria.

Contudo, em homenagem às garantias constitucionais da pessoa investigada, ora paciente, passa-se à análise da peça inicial, na qual se verifica, desde logo, que não há constrangimento ilegal a ser sanado nessa via.

Pelo que consta dos autos, foi instaurando inquérito policial para apurar a prática, em tese, dos delitos tipificados nos artigos 307 e 299 do Código Penal.

O Ministério Público atuante na 1ª PIP Territorial da área Zona Sul e Barra da Tijuca formulou acordo de não persecução penal, que foi aceito pela investigada, ora paciente.

Os autos foram encaminhados ao Juízo da 29ª Vara Criminal da Comarca da Capital, tendo o órgão ministerial atuante naquele juízo requerido a designação de data para a realização de audiência especial para homologação do acordo.

Realizada a audiência especial em 29/04/2021, o ANPP foi homologado, ocasião em que a paciente estava acompanhada de sua defesa técnica.

Segundo as informações prestadas pela autoridade judiciária apontada como coatora, em 19/01/2022 foi juntada aos autos documentação oriunda da VEPEMA, noticiando o cumprimento integral do pacto firmado, tendo o Ministério Público requerido a declaração da extinção da punibilidade da paciente, na forma do parágrafo 13 do artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

Sua Ex.^a informou, ainda, que, em 02/02/2022, foi proferida sentença declarando extinta a punibilidade da ora paciente relativamente aos fatos apurados.

O contexto, analisado na estreita via do *habeas corpus*, de cognição limitada, não permite a assertiva quanto à inexistência de provas da materialidade delitiva, assim como não autoriza, em absoluto, a aventada declaração de nulidade do acordo de não persecução penal, que foi celebrado pela paciente de forma voluntária e devidamente assistida por advogado por ela constituído para o ato, o qual a nada obsteu e a tudo anuiu.

Efetivamente, não se pode agora, uma vez cumprido o acordado e sem que se lhe possa atingir a persecução penal, deflagrar uma verdadeira aventura processual com vistas a desconstituir ou desconstruir aquele acordo devida e regularmente homologado.

Não se vislumbra, nesse tangente, a sobredita coação ilegal.

Resta dizer, por fim, que o pleito de trancamento do procedimento criminal, com fundamento na atipicidade material da conduta, também não deverá prosperar, notadamente porque já foi proferida sentença de extinção da punibilidade.

Destarte, como não vislumbro no *writ* o alegado constrangimento ilegal, voto no sentido da denegação da ordem postulada. (e-STJ, fls. 58-59)

Consoante expressamente consignado nas razões do recurso em *habeas corpus*, no dia 24/9/2020, foi celebrado acordo de não persecução penal entre o Ministério Público do Rio de Janeiro e a paciente, que, na mesma data, firmou termo de confissão acerca dos fatos *que estariam subsumidos aos arts. 307 e 299 do Código Penal*.

Em 29/4/2021, após indagar se a paciente aceitaria o acordo já celebrado entre ela e a acusação pública, a paciente, assistida por seu patrono, confirmou a avença, se submetendo às condições nela constantes, tendo o Juízo da 29.^a Vara Criminal da Comarca da Capital-RJ homologado o acordo de não persecução penal, mediante o cumprimento das cláusulas e das condições impostas pelo instrumento contratual (e-STJ, fl. 239).

Em 24/1/2022, após ter sido atestado o integral cumprimento das condições fixadas no mencionado acordo, o membro do Ministério Público requereu a declaração da extinção da punibilidade da paciente, o que foi deferido pela magistrada de primeiro grau, conforme sentença extintiva de punibilidade.

Posteriormente, a defesa passa a alegar que a juíza sentenciante deixou de reconhecer a evidente ilegalidade contida na avença e não recusou a homologação de um acordo que não atendia aos requisitos legais, não exercendo, assim, o controle jurisdicional do pacto que lhe foi submetido, em descumprimento ao estabelecido no § 7.^o do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Em que pesem as razões da recorrente, não se verifica a hipótese de descumprimento do § 7.^o do art. 28-A do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de recusa de homologação da proposta que não atender requisitos legais ou quando não for realizada a adequação de que trata o § 5.^o do mesmo dispositivo, que trata das condições dispostas no acordo.

Isto porque, segundo se observa dos autos e da própria narrativa da recorrente, os requisitos dispostos no art. 28-A do Código Penal foram devidamente preenchidos. Tratava-se de imputação de crime sem violência ou grave ameaça, com pena inferior a 4 anos, tendo a investigada concordado com as condições impostas na proposta.

E após cumpridas todas as formalidades exigidas na legislação e devidamente cumpridas todas as condições, com a decretação da extinção da punibilidade da paciente, a sua defesa passa a questionar a legalidade do acordo, sob a alegação de ausência de materialidade delitiva e de atipicidade da conduta, temendo, na verdade, as consequências dispostas no inciso III do § 2.^o do art. 28-A do Código Penal, que impede uma nova proposta ao agente beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.

No entanto, consoante devidamente consignado no acórdão recorrido, os questionamentos acerca da atipicidade da conduta e de ausência de materialidade delitiva exigem incursão no contexto probatório dos autos, providência inviável em sede de *habeas corpus*.

Com efeito, “não se tratando de alegação aferível de pronto, sem a necessidade de revolvimento de provas, seu exame revela-se incompatível com o rito sumário do *mandamus*”. (RHC n.º 90.684 / RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 9/5/2018)

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA 691/STF. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE ESTE *WRIT*. JULGAMENTO DO MÉRITO DA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. APRECIACÃO DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. LEGALIDADE DA BUSCA DOMICILIAR. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

I - Com a superveniência de decisão de mérito do Tribunal *a quo*, cujo acórdão foi juntado pela defesa, exercido juízo de reconsideração da decisão monocrática que indeferiu liminarmente o *writ*, em razão do óbice previsto na Súmula 691/STF, o qual não mais subsiste.

II - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do *writ*, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

III - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou prova de materialidade.

IV - Extrai-se dos autos que os castrenses lograram êxito em apreender, tanto na posse direta do paciente como em sua residência, o total de 106 (cento e seis) pinos de cocaína, consubstanciando a tipicidade e os indícios de autoria e materialidade necessários à persecução penal.

V - Assim, não constatada nenhuma flagrante ilegalidade, de plano, *importante esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo*

o acervo fático-probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal.

VI - Ante o exposto, não se observa a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou prova de materialidade, aptos a ensejarem o trancamento pleiteado.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 719.883 / MG, Rel. Ministro Jesuíno Rissato [Desembargador Convocado do TJDFT], Quinta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022; grifou-se.)

Foi como se manifestou o MP-RJ em suas contrarrazões ao recurso ordinário:

Inferre-se das razões recursais que o recorrente, quando sustenta o trancamento de inquérito policial por força de ausência de materialidade delitiva, com suposta atipicidade da conduta ora apurada, pretende, através da estreita via do Recurso Ordinário em habeas corpus, discutir questões referentes ao mérito do feito originário, mediante minucioso exame da matéria fático-probatória, o que é manifestamente inadequado por meio do presente recurso.

Como se sabe, quando a motivação recursal demandara análise acerca da tipicidade da conduta, inevitavelmente o julgador precisará adentrar no exame mais aprofundado da prova existente nos autos, que deu azo ao decisum atacado.

A avaliação acerca da tipicidade da conduta apurada, que não restou demonstrada de plano no feito originário, torna imprescindível o reexame acurado da prova, incompatível com a via eleita do habeas corpus e do recurso ordinário. (e-STJ, fl. 110)

Não é só. Nos termos da Súmula 695/STF, “não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade”.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

AgRg no RHC 163.774 / RJ

Número Registro: 2022/0111851-6

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00053335920228190000 00119800420218190001
119800420218190001 202214100238 53335920228190000**

EM MESA

JULGADO: 02/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ANA PAULA STORINO BASTOS TAVARES

ADVOGADOS: RENATO NEVES TONINI – RJ046151

ANA PAULA DE ALMEIDA ROSSI – RJ133215

EDUARDO TONINI BRAGA – RJ167919

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL – Execução Penal e de Medidas Alternativas – Acordo de Não Persecução Penal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: ANA PAULA STORINO BASTOS TAVARES

ADVOGADOS: RENATO NEVES TONINI – RJ046151

ANA PAULA DE ALMEIDA ROSSI – RJ133215

EDUARDO TONINI BRAGA – RJ167919
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.”

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

HABEAS CORPUS Nº 702667 / RIO GRANDE DO SUL (2021/0345329-2)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: JOÃO BATISTA PIPPI TABORDA

ADVOGADO: JOÃO BATISTA PIPPI TABORDA – RS055026

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE: MARCELO DA SILVA FORTES

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DECISÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO REFORMADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE PROVA INCONTESTÁVEL DA EMBRIAGUEZ E DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS EXCEDENTES AO TIPO. ORDEM CONCEDIDA.

1. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal excepcional conclusão com base em circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto o resultado morte e a ele anuído.

2. Contudo, o que normalmente acontece (*id quod plerunque accidit*), nas situações em que o investigado descumpra regras de conduta do trânsito viário, é concluir-se pela ausência do dever de cuidado objetivo, elemento caracterizador da culpa (*stricto sensu*), sob uma de suas três possíveis modalidades: a imprudência (falta de cautela e zelo na conduta), a negligência (desinteresse, descuido, desatenção no agir) e a imperícia (inabilidade, prática ou teórica, para o agir).

3. Nem sempre, é certo, essa falta de observância de certos cuidados configura tão somente uma conduta culposa. Há situações em que, claramente, o comportamento contrário ao Direito traduz, em verdade, uma tácita anuência a um resultado não desejado, mas supostamente previsto e aceito, como por exemplo nos casos de “racha”, mormente quando a competição é assistida por populares, a sugerir um risco calculado e eventualmente assumido pelos competidores (que preveem e

assumem o risco de que um pequeno acidente pode causar a morte dos circunstantes).

4. Na clássica lição de Nelson Hungria, para reconhecer-se o ânimo de matar, “desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato”. (Comentários ao Código Penal. v. 49, n. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1955) Assim, somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados no inquérito e no curso do processo, será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do averiguado.

5. As circunstâncias do presente caso evidenciam que, além de haver dúvida em relação ao apontado estado de embriaguez do réu, os demais elementos invocados para lastrear a pronúncia do acusado – excesso de velocidade e má condição de visibilidade da pista – são, na verdade, particularidades que bem caracterizam a culpa, especialmente quando identificado que “naquela mesma noite, no mesmo horário, outro automóvel também se acidentou naquele mesmo local, em circunstâncias bastante semelhantes”. (fl. 82)

6. Dessa forma, a mera conjugação da embriaguez com o excesso de velocidade ou até com as condições climáticas do instante do evento, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não autoriza a conclusão pela existência de dolo eventual no evento que vitimou a namorada do insurgente.

7. Ordem concedida para restaurar o *decisum* desclassificatório.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por maioria, conceder o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2022.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator

HABEAS CORPUS Nº 702667 / RIO GRANDE DO SUL (2021/0345329-2)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: JOÃO BATISTA PIPPI TABORDA

ADVOGADO: JOÃO BATISTA PIPPI TABORDA – RS055026

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE: MARCELO DA SILVA FORTES

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DECISÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO REFORMADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. AUSÊNCIA DE PROVA INCONTESTÁVEL DA EMBRIAGUEZ E DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS EXCEDENTES AO TIPO. ORDEM CONCEDIDA.

1. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal excepcional conclusão com base em circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto o resultado morte e a ele anuído.

2. Contudo, o que normalmente acontece (*id quod plerunque accidit*), nas situações em que o investigado descumpre regras de conduta do trânsito viário, é concluir-se pela ausência do dever de cuidado objetivo, elemento caracterizador da culpa (*stricto sensu*), sob uma de suas três possíveis modalidades: a imprudência (falta de cautela e zelo na conduta), a negligência (desinteresse, descuido, desatenção no agir) e a imperícia (inabilidade, prática ou teórica, para o agir).

3. Nem sempre, é certo, essa falta de observância de certos cuidados configura tão somente uma conduta culposa. Há situações em que, claramente, o comportamento contrário ao Direito traduz, em verdade, uma tácita anuência a um resultado não desejado, mas supostamente previsto e aceito, como por exemplo nos casos de “racha”, mormente quando a competição é assistida por populares, a sugerir um risco calculado e eventualmente assumido pelos competidores (que preveem e assumem o risco de que um pequeno acidente pode causar a morte dos circunstantes).

4. Na clássica lição de Nelson Hungria, para reconhecer-se o ânimo de matar, “desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato”. (*Comentários ao Código Penal*. v. 49, n. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1955) Assim, somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados no inquérito e no curso do processo, será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do averiguado.

5. As circunstâncias do presente caso evidenciam que, além de haver dúvida em relação ao apontado estado de embriaguez do réu, os demais elementos invocados para lastrear a pronúncia do acusado – excesso de velocidade e má condição de visibilidade da pista – são, na verdade, particularidades que bem caracterizam a culpa, especialmente quando identificado que “naquela mesma noite, no mesmo horário, outro automóvel também se acidentou naquele mesmo local, em circunstâncias bastante semelhantes”. (fl. 82).

6. Dessa forma, a mera conjugação da embriaguez com o excesso de velocidade ou até com as condições climáticas do instante do evento, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não autoriza a conclusão pela existência de dolo eventual no evento que vitimou a namorada do insurgente.

7. Ordem concedida para restaurar o *decisum* desclassificatório.

RELATÓRIO

MARCELO DA SILVA FORTES alega sofrer coação ilegal em virtude de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no Recurso em Sentido Estrito n. 0476336-19.2013.8.21.7000.

Neste *mandamus*, a defesa argumenta não haver provas a apontar a existência do dolo eventual.

Assenta que “os depoimentos das pessoas compromissadas afastam a embriaguez, o laço de afetividade entre o paciente e a vítima, aliados à frenagem do carro, afastam anuência com o resultado”. (fl. 7)

Assevera que não foram realizados exames técnicos, a fim de se atestar a embriaguez do réu, e que o médico atendente afirmou ser a obnubilação do acusado decorrente “dos traumas sofridos no acidente, isto é concussão”. (fl. 8) Além disso, entende não existir indicativo de que o acidente haja decorrido do suposto estado de embriaguez.

Pondera (fl. 9): “levando em conta que os fatos ocorreram em 2011, ou seja, sob a égide da legislação que previa a necessidade de apuração técnica para atestar a embriaguez, não pode tal fundamento ser utilizado em desfavor do paciente, sob pena de ferir a regra do *tempus regit actum*.”

Assinala que a peça acusatória não descreve o assentimento do resultado, mas apenas a possível assunção do risco, elemento que é comum tanto ao dolo eventual quanto à culpa consciente.

Afirma que a velocidade indicada pelo laudo pode até caracterizar imprudência, mas não sustenta, por si só, uma acusação de homicídio doloso no trânsito.

Lembra que a frenagem do veículo, atestada pela perícia, revela que o recorrente tentou evitar o acidente.

Requer o restabelecimento da decisão desclassificatória proferida em primeiro grau.

A liminar foi indeferida e as informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal *opinou pela concessão da ordem*.

Em pesquisa no sistema eletrônico do Tribunal *a quo*, constatou-se que o feito aguarda a designação de data para julgamento pelo Júri.

VOTO

I. Contextualização

Consta dos autos que o paciente foi denunciado por incursão no art. 121, *caput*, do Código Penal.

O Juiz de primeiro grau assim entendeu por desclassificar a conduta do delito doloso contra a vida para outro que não da competência do Júri (fls. 927-929, destaqui):

Narra a denúncia, em suma, que o réu MARCELO DA SILVA FORTES, no dia 02 de abril de 2011, na Rodovia Federal BR-458, proximidades do trevo de acesso à Rodovia Federal BR-158, neste Município de Palmeira das Missões/RS, na direção do veículo automotor GM/Vectra CD, placas CVK-2387, matou a vítima LUANA GIRARDI (art. 121, *caput*, do Código Penal), agindo com dolo eventual, pois teria assumido o risco de causar acidente de trânsito com resultado fatal ao conduzir veículo após ter ingerido e estar sob efeito de bebidas alcoólicas, à noite, aproximando-se de um trevo devidamente sinalizado imprimindo ao automóvel velocidade superior à permitida para o trecho (60 km/h) totalmente incompatível com as condições climáticas e de visibilidade pista, já que havia densa neblina e inexistia iluminação artificial para o tráfego noturno,

além de ser o local sabidamente perigoso, com alta incidência de sinistros de trânsito. A materialidade do fato descrito na denúncia está demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 1/13), Laudos Periciais (fls. 96, 105/120), Auto de Necropsia (fls. 96), Levantamento Fotográfico (fls. 55/61 e 121/142), bem como pela prova oral produzida nos autos.

A autoria também é certa, pois o réu MARCELO DA SILVA FORTES, por ocasião do interrogatório, admitiu que dirigia o veículo acima identificado no momento do acidente automobilístico (fls. 494-v/503), o que também se verifica dos demais elementos probatórios, notadamente da prova oral colacionada no curso da instrução.

Entretanto, da análise da prova produzida nos autos, concluo que não há elementos suficientes para se pronunciar o réu MARCELO DA SILVA FORTES pelo crime de homicídio doloso descrito na denúncia, porque, na espécie, *as provas carreadas ao processo não demonstram, minimamente, a configuração do elemento subjetivo do homicídio doloso pelo acusado, na hipótese, o dolo eventual.*

Com efeito, para ser pronunciado o acusado, a fim de ser julgado perante o Tribunal do Júri da Comarca, imprescindível era a existência de elementos mínimos de prova capazes de demonstrar, além da materialidade e da autoria, o dolo do agente, ou seja, de que este tivesse obrado no fato delituoso com a vontade de matar ou, ao menos, assumido o risco de causar o resultado morte da vítima.

Entretanto, não há prova suficiente, nem mesmo para fins de pronúncia, do dolo do agente na conduta praticada, ainda que estejamos falando de dolo eventual, modalidade sustentada na denúncia pelo Ministério Público.

Vejamos.

De início, cabe referir que não restou comprovado que o acusado efetivamente teve a sua capacidade psicomotora alterada em decorrência da eventual ingestão de bebida alcoólica, porquanto *não foi realizado o exame de verificação da embriaguez alcoólica com etilômetro (bafômetro) ou exame de sangue específico para tal finalidade.*

Importante ressaltar que, conforme se infere do interrogatório do réu MARCELO DA SILVA FORTES (fls. 494-v/503) e do depoimento da testemunha VAGNER FELIPE KÜHN (fls. 564.568), o acusado em nenhum momento recusou submeter-se ao exame de verificação da embriaguez alcoólica, tendo sido os seus familiares que se opuseram

à sua realização, porquanto o denunciado havia sido medicado em razão do acidente e não estava plenamente consciente para decidir se desejava ou não se submeter ao referido teste, atitude processualmente válida, na medida em que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Registre-se, ademais, que, de todas as testemunhas/declarantes ouvidas durante a instrução criminal, somente GABRIELE FRANCO DA SILVA (fls. 337/340), CLARISSA FRANCO DA SILVA (fls. 341/344), LETICIA HAMMEL (fls. 345/348) e SAMANTA PRESTES SEZEROTO (fls. 349/353), *amigas íntimas e detentoras de estreita relação com a vítima* LUANA GIRARDI, assim como o *policia rodoviário federal*, ADILSON SORIA VAZ (fls. 505/511), afirmaram que *o réu apresentava sinais de embriaguez*.

Ao que verifica dos depoimentos, as testemunhas/declarantes GABRIELE FRANCO DA SILVA (fls. 337/340), CLARISSA FRANCO DA SILVA (fls. 341/344), LETÍCIA HAMMEL (fls. 345/348) e SAMANTA PRESTES SEZEROTO (fls. 349/353) afirmaram que o réu estava embriagado em razão de tê-lo visto, na noite do fato, no interior da casa noturna Republika Bar, segurando um copo e uma latinha de cerveja na mão.

Já a testemunha ADILSON SORIA VAZ (fls. 505/511), policial rodoviário que atendeu o acidente, disse que esteve no hospital, aproximadamente seis horas após a sua ocorrência, verificando que *o réu aparentava estar com hálito alcoólico*. ADILSON disse, ainda, que conversou com os socorristas ROMEU PRADO SOARES e SILVIA CRUZ DO AMARAL, os quais teriam lhe relatado que o réu apresentava sinais de embriaguez.

Entretanto, a pessoa de ROMEU PRADO SOARES não foi ouvida em Juízo e a testemunha SILVIA CRUZ DO AMARAL, socorrista de emergência, afirmou expressamente em seu depoimento judicial que *o réu não apresentava sinais de embriaguez quando prestou-lhe o socorro médico por ocasião do acidente automobilístico*. (fls. 456/459)

Ora, diante de todas essas circunstâncias, conclui-se que não há prova idônea e suficiente nos autos evidenciando que o acusado MARCELO DA SILVA FORTES estivesse efetivamente embriagado no momento do acidente com veículo automotor que acabou por vitimar a caroneira LUANA GIRARDI.

O Tribunal estadual, por maioria, deu provimento ao recurso em sentido estrito aviado pela acusação. O voto vencedor assim registrou (fls. 47-50, grifei.):

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a decisão, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca de Palmeira das Missões, que *desclassificou a conduta* atribuída ao réu MARCELO DA SILVA FORTES para outra que não da competência do Tribunal do Júri.

Adoto, no presente caso, para evitar tautologia, as razões bem lançadas no parecer do Ministério Público nesta instância, da lavra da eminente Procuradora de Justiça, Dra. Jacqueline Fagundes Rosenfeld, que, com propriedade, afastou a preliminar de intempestividade e examinou a prova dos autos apontando para a possibilidade do dolo eventual (fls. 1024/1027):

[...] Improcede a preliminar defensiva. O recurso ministerial é tempestivo, conforme analisado anteriormente. Por sua vez, a alegada intempestividade das razões recursais constitui mera irregularidade, que não impede o conhecimento da irresignação, conforme entendimento consolidado na jurisprudência desta Egrégia Corte e dos Tribunais Superiores.

Mérito assiste razão ao agente ministerial na condição de recorrente, nos termos da argumentação que ora, neste grau de jurisdição, se renova.

Primeiro, porque a materialidade do delito de homicídio restou comprovada pelo registro de ocorrência (fls. 11/13), pelo auto de necropsia (fl. 96), pelos laudos periciais (fls. 55/61 e 121/142) e pela prova oral.

Segundo, porque há, ainda, fortes indícios da autoria criminosa imputada ao réu. Marcelo *reconheceu que estava na direção do veículo automotor no momento do acidente, mas negou que estivesse na ocasião sob o efeito de álcool* ou que tivesse assumido o risco de produzir a morte da vítima. (fls. 494v/503)

Contudo, *a informante* Gabriela Franco da Silva (fls. 337/340v), que estava presente na festa na qual o acusado e a vítima se encontravam antes do acidente, *afirmou que Marcelo estava, sim, embriagado*: “Ministério Público: A senhora chegou a ver então o Marcelo lá dentro da boate? Testemunha: Vi, estava

na mesma roda que a gente, de frente pro grupo. Ministério Público: A Luana também? Testemunha: Sim. Ministério Público: Quanto ao consumo de bebidas alcoólicas pelo Marcelo, o que a senhora tem a dizer? Testemunha: O estado físico dele aparentava uma pessoa bastante alcoolizada, estava com cerveja na mão, (...). Ministério Público: Qual tipo de sintoma que ele aparentava que leva a senhora a dizer que ele estava embriagado? Testemunha: Ele estava meio que pendurado nela várias vezes, olhar (...). Ministério Público: Ele estava consumindo cerveja? Testemunha: Estava. (...) Ministério Público: Então foi uma coisa bem visível, que ele estava embriagado e tomando cerveja na boate? Testemunha: Exatamente. Ministério Público: Todo mundo que estava lá viu isso? Testemunha: Exatamente.”

No mesmo sentido foram as palavras de Samanta Prestes Sezerotto (fls. 349/353v) e Clarissa Franco da Silva (fls. 341/344v), a qual acrescentou o seguinte: “Ministério Público: Quais são as características que o Marcelo apresentava, de embriaguez? Testemunha: *Ele falava enrolado, me derrubou cerveja aquela noite ao ir conversar me derrubou e ao pedir desculpa a gente vê que estava bem enrolado, debruçava a cabeça sobre o ombro da Luana.* Ministério Público: A senhora percebeu então que ele falava de modo enrolado típico de embriaguez? Testemunha: Com certeza, até porque ele me derrubou cerveja.”

O policial rodoviário federal Adilson Soria Vaz (fls. 502/511v), que atendeu à ocorrência, verificou que o réu apresentava sinais de embriaguez após o acidente e se negou a realizar o teste de alcoolemia. Apontou, ainda, que era uma noite de forte cerração.

Além de haver *claros indícios de que Marcelo estava embriagado no momento do acidente, o laudo pericial às fls. 105/118 aponta que o veículo estava a velocidade não inferior a 77,2 km/h, em um trecho de velocidade máxima permitida de 60 km/h. Ainda, o policial Adilson referiu que, na ocasião, havia forte neblina no local.*

Somando-se todos esses elementos, verifica-se *ser plenamente plausível a tese acusatória* no sentido de que a conduta do acusado foi além da mera culpa, ingressando em sua esfera de consentimento e caracterizando dolo eventual.

Portanto, *vislumbram-se duas versões nos presentes autos, não sendo cabível, no presente momento, afastar esta ou aquela tese*. Consabido que, nesta fase processual, a dúvida, por mínima que seja, sempre se resolve em favor da sociedade.

Não cabe, nesta fase processual, absolvição ou desclassificação com base no princípio do *in dubio pro reo*, pois tal medida implicaria negativa à competência do Tribunal do Júri – garantia constitucional que não pode ser afastada, sob pena de nulidade absoluta.

Assim, questão acerca da configuração do dolo eventual na conduta do réu deve ser submetida ao crivo dos jurados. A exemplo:

[...]

Portanto, merece reforma a decisão ora *guerreada*, para submeter o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Conclusão

Isso posto, manifesta-se o Ministério Público, por sua Procuradora de Justiça ao final assinada, pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial, a fim de pronunciar Marcelo da Silva Fortes por incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, uma vez que há indícios suficientes da configuração do dolo eventual em sua conduta.

[...]

Como bem se percebe da análise acima realizada, há prova da materialidade e suficientes indícios da autoria do fato, no sentido de *ter o réu na condução do seu veículo, perdido o controle, atravessado a pista da rodovia, lançando o veículo num desnível até atingir o solo, capotando várias vezes, culminando na morte da vítima, que estava sentada na carona*.

Além disso, diante dos elementos de que *teria sido cometido o fato quando dirigia o acusado o automóvel após ingerir bebida alcoólica, em velocidade acima do permitido para o local e em condições climáticas adversas, não se pode, extreme de dúvida, afastar a possibilidade de ter o réu assumido o risco de produzir o resultado morte, ou seja, mediante dolo eventual*. (art. 18, inc. I, do Código Penal)

Assim, havendo indícios que sustentem a tese acusatória, inviável a desclassificação operada em primeiro grau.

Dessa forma, imperativa a pronúncia, na forma do art. 413, *caput*, do Código de Processo Penal.

A prevalência de uma ou outra versão ou a dúvida sobre elas deve ser objeto de apreciação pelo Tribunal do Júri, assim como a tese defensiva de ausência do dolo de matar no agir do réu.

Nesse sentido, o julgado desta Corte:

[...]

Pelo exposto, deve ser pronunciado o acusado nos termos da denúncia.

Voto, pois, por dar provimento ao recurso para pronunciar o réu pelo delito do art. 121, *caput*, do Código Penal.

Opostos embargos infringentes, eles foram desacolhidos por maioria, nos termos do acórdão abaixo transcrito (fls. 74-77, destaquei.):

Analisando os presentes Embargos Infringentes, em que pese o respeitável posicionamento constante no voto do e. Des. Victor Barcellos Lima, tenho que deve prevalecer o voto vencedor lançado na decisão do Recurso em Sentido Estrito nº 70057517096, que encaminhou o acusado ao julgamento perante o Conselho de Sentença.

Na hipótese, o embargante foi denunciado por homicídio doloso (dolo eventual), pois, conforme narrativa exposta na denúncia, “assumiu o risco de causar acidente de trânsito com resultado fatal ao conduzir veículo automotor após ter ingerido e estar sob o efeito de bebidas alcoólicas, à noite, aproximando-se de um trevo devidamente sinalizado, imprimindo ao automóvel velocidade superior à permitida para o trecho (60 km/h) e totalmente incompatível com as condições climáticas e de visibilidade da pista, já que havia densa neblina e inexistia iluminação artificial para o tráfego noturno, além de ser o local sabidamente perigoso, com alta incidência de sinistros de trânsito”.

Os elementos probatórios tornam plausível a versão acusatória, de que o agente se encontrava embriagado no momento dos fatos e que dirigia em velocidade acima da regulamentar, em condições climáticas desfavoráveis, que prejudicavam a visibilidade da pista. Nesta perspectiva, caso comprovada a verossimilhança de ditas condições pelos populares, a presença do dolo eventual não se apresenta inverossímil, sendo possível gerar aos julgadores a

percepção de que Marcelo não apenas agiu com culpa, mas que assentiu com a produção do resultado.

Ainda, das provas angariadas no feito, não se pode menosprezar que o acidente fatal ocorreu nas proximidades de um trevo, no momento em que o veículo conduzido pelo embargante trafegava em velocidade incompatível com aquele trecho da via, sobressaindo-se, desta forma, possível dubiedade acerca do elemento volitivo do agente. Imprescindível que tal análise seja submetida ao Tribunal do Júri, órgão constitucional competente para a avaliação do fato, o contexto em que ocorreu o acidente automobilístico e demais elementos nos autos, cabendo aos jurados optar pela versão que lhe parecer crível para proferir o julgamento de mérito.

Cediço que o simples fato de pessoa embriagada ocasionar acidente de trânsito com vítima fatal não se mostra suficiente, por si só, para evidenciar o dolo eventual do agente, especialmente sua assunção no resultado típico. Todavia, quando a conduta é circundada por fatores indicativos, mesmo que na órbita da probabilidade, de que o réu assumiu o risco de produzir o resultado típico – como na espécie – deve haver a pronúncia e submissão a julgamento perante o Tribunal do Júri, a quem compete a cognição profunda da causa.

Neste sentido, colaciono jurisprudência dos Tribunais Superiores:

[...]

Por derradeiro, havendo dúvida insuperável acerca do elemento subjetivo do injusto penal, especialmente no que diz respeito à aceitação do resultado pelo acusado – houve a adoção de medida acautelatória para evitar o dano visualizado como possível, ou ocorreu a persistência na ação pelo agente mesmo após a constatação do perigo e riscos de sua ação – mantenho o entendimento externado pela maioria, a fim de que o réu seja pronunciado e a análise seja submetida ao Tribunal do Júri.

Frente ao exposto, ratificando a decisão majoritária, voto por desacolher os presentes embargos infringentes.

Por oportuno, colaciono trechos do voto vencido (fls. 80-84, grifei.):

Feitas essas rápidas considerações, impõe-se a análise do elemento subjetivo no caso concreto, considerando-se a sutil diferença teórica entre a culpa consciente e o dolo eventual: neste o consentimento do agente com o resultado previsto, embora não desejado, naquela

a ausência do consentimento, mas a crença de que o resultado não advirá.

No caso, não se vislumbra a assunção do risco de produzir o resultado.

Segundo se extrai da comunicação de ocorrência de fl. 11, feita pelo policial civil Telmo Pigatto, “o que ocorreu foi uma saída de pista dos dois veículos envolvidos, sendo que o principal motivo seria velocidade incompatível com o local e a situação climática desfavorável (neblina)...”

Trata-se, como se vê, de típico exemplo de acidente de trânsito, eventualmente causado a título de culpa.

O acusado dirigia um Vectra/GM. O outro veículo supostamente envolvido no evento danoso, um Celta/GM, após o ocorrido, encontrava-se sobre a pista asfáltica, na rotatória onde ocorreram os fatos, também apresentando avarias.

O Celta/GM era conduzido pela testemunha Gabriel Figueiredo de Oliveira, o qual negou qualquer envolvimento no episódio descrito na denúncia, tendo alegado: “não estava junto... eu me acidentei no mesmo local, porém momentos depois, duas, três horas após o acidente, no mesmo trevo.” (fls. 362/371)

O acusado, por sua vez, declarou o seguinte:

[...]

A denúncia não faz qualquer referência à presença do automóvel Celta/GM no local dos fatos. Aliás, a denúncia se equivoca ao narrar que o acusado “colidiu e subiu no meio-fio do canteiro central do trevo, atravessou a pista da BR-158, invadindo a contramão de direção...”

Na verdade, quem efetuou manobra à esquerda, atravessando a pista e invadindo a contramão de direção foi o automóvel Celta/GM (croqui de fl. 38), conforme exposto pelos experts: “O condutor do veículo GM/Celta ao visualizar o trevo fez uma manobra para a esquerda, entrando na contramão de direção, passando com o veículo sobre os canteiros nº 1 e 3, sobre a via asfáltica e, após percorrer 62m, imobilizou-se em sua posição final.” (fl. 116)

O Vectra/GM, conduzido pelo réu, saiu à direita do canteiro central (fl. 32), não tendo invadido a contramão de direção.

Acerca das circunstâncias do acidente, o laudo pericial de fls. 105/119 concluiu o seguinte:

[...]

Cabe acrescentar que o próprio Gabriel, condutor do Celta/GM, quando de sua oitiva na fase inquisitorial, afirmou “que deveria estar na velocidade de 90 a 100 km/h quando se perdeu no trevo”. Dito isso, resta importante salientar que não se está a discutir, aqui, a autoria delitiva, eis que esta, além de inequívoca, sequer é matéria dos presentes embargos infringentes.

Todo esse contexto, no entanto, certamente enfraquece a tese acusatória acerca do dolo eventual, pois mesmo que se afaste a possibilidade do envolvimento do veículo Celta/GM no acidente objeto deste feito, não se pode desconsiderar, por outro lado, que, naquela mesma noite, no mesmo horário, outro automóvel também se acidentou naquele mesmo local, em circunstâncias bastante semelhantes – saída de pista, suposto excesso de velocidade, forte neblina –, ou seja, típicos casos de acidente de trânsito, gerados por imprudência, negligência ou imperícia.

De outra parte, não obstante a presença de relatos a apontar que o réu estaria embriagado, inexistente prova de que o fato danoso tenha realmente decorrido desse suposto estado de embriaguez.

A testemunha Noemi de Fátima Borella dos Santos, socorrista, declarou em juízo:

[...]

Noemi confirmou, ainda, suas declarações anteriormente prestadas na fase inquisitorial: “Que Marcelo estava em estado de choque, mas não percebeu sintomas de embriaguez no mesmo... Marcelo respondeu: ‘o cara do carro bateu em mim.’ Entende (a testemunha) que o motorista do Celta sabia que Marcelo estava ferido no local.”

A testemunha Romeu do Prado Soares, socorrista, referiu que “durante o percurso até o hospital Marcelo disse ao declarante que o condutor do Celta havia cortado a sua frente”.

Sílvia Cruz do Amaral, também socorrista: “não percebeu sintomas de embriaguez em Marcelo.”

Alceu da Silva Câmara, condutor da ambulância: “o motorista do Celta estava cabisbaixo e sem ação, não sabe dizer se era por embriaguez ou em decorrência do acidente. (...) Não chegou a ter contato com Marcelo.”

De outra banda, estima-se que a *velocidade desenvolvida pelo acusado, à ocasião do acidente, era de 77,200 km/h, ao passo que a velocidade limite para o mesmo local é de 60 km/h. Não se trata, portanto, de excesso exorbitante, tampouco de eventual situação absurda.*

Aliás, sabe-se que o fator velocidade, caso haja efetiva comprovação de excesso, obviamente pode caracterizar culpa, por imprudência, mas certamente não tem o condão de sustentar, por si só, uma acusação por homicídio doloso no trânsito, muito menos no caso concreto.

Não se vislumbra, ademais, a existência de quaisquer outras circunstâncias excepcionais a dar ensejo a uma acusação por homicídio doloso no trânsito.

Note-se que, no momento do acidente, o réu não participava de “racha”, competição, demonstração exibicionista ou de qualquer outra modalidade de estúpida brincadeira no trânsito, assim como também não dirigia seu automóvel com alguma excepcional manifestação de desprezo pela vida humana, o que se exige para uma eventual decisão de pronúncia quando se trata de crime praticado na direção de veículo automotor. Nesse sentido:

[...]

Em resumo, apesar do infeliz resultado do evento danoso descrito na peça exordial, tenho que este processo versa sobre mais um corriqueiro acidente de trânsito, supostamente causado de forma culposa, como tantos outros que lamentavelmente ocorrem em nossas estradas, ruas e avenidas.

Assim, a desclassificação era medida que efetivamente se impunha.

Em face do exposto, ACOELHO os embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto vencido, mantendo-se a decisão desclassificatória.

II. Dolo eventual *versus* culpa consciente

Como já manifestei por diversas vezes, em verdade, é tormentosa a delimitação da fronteira divisória entre dolo eventual e culpa consciente na teoria do crime, máxime em hipóteses de homicídios causados na direção de automóvel. O tema me leva, sempre que com ele me defronto, a refletir sobre a particular dificuldade de chegar a uma conclusão sobre o elemento anímico que move a conduta do agente, haja vista que nem sempre o que pensa ou delibera o acusado em sua psique se materializa em atos externos.

Pessoalmente, em crimes praticados na condução de veículos automotores, em que o próprio condutor é uma das pessoas afetadas pelo fato ocorrido (ou alguém

que lhe seja caro, como no caso), a tendência natural é concluir pela mera ausência do dever de cuidado objetivo, até porque, salvo exceções, normalmente as pessoas não se utilizam desse meio para cometer homicídios e, mesmo quando embriagadas, na maioria das vezes, agem sob a sincera crença de que têm capacidade de conduzir o seu veículo sem provocar acidentes.

Exemplos de dolo eventual mais pungentes e mais claramente perceptíveis podem ser mencionados, como, v.g., a “brincadeira” conhecida como roleta-russa, em que há quase percepção de que acontecerá um resultado danoso e acaba o agente anuindo a ele. Mas, em situações de crime no tráfico viário, à exceção dos casos de “racha”, em que a competição seja assistida por populares e que já sugere um risco calculado e eventualmente assumido pelos competidores (que preveem e assumem o risco de que um pequeno acidente pode causar a morte dos circunstantes), é mais espinhoso sustentar haja o condutor do veículo causador do acidente anuído ao resultado.

Parece haver concordância entre os doutrinadores pátrios de que o nosso Código Penal se filiou, de maneira geral, à teoria finalista da ação, na qual o dolo e a culpa traduzem o elemento subjetivo do tipo. E, quanto ao dolo, há também certo consenso de que o art. 18, I, do CP – que dispõe ser doloso o crime quando o agente, com sua atuação, quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo – deve ter a sua última parte interpretada de acordo com a teoria do consentimento, do assentimento ou da assunção.

Então, somente haverá assunção do risco – apta a caracterizar o dolo eventual –, “quando o agente tenha tomado como séria a possibilidade de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico e não se importa com isso, demonstrando, pois, que o resultado lhe era indiferente. Assim, não poderão servir de ponto de apoio a essa indiferença e, pois, ao dolo eventual, a simples dúvida, ou a simples possibilidade, ou a simples decisão acerca da ação”. (TAVARES, Juarez apud PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 332)

Nesse particular, a referida teoria pode ser sintetizada com o raciocínio de Frank (“Fórmula de Frank”), aplicável em casos práticos, segundo o qual, se o agente diz a si mesmo: seja ou aconteça isto ou aquilo, de qualquer modo agirei, há dolo eventual. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 281)

A assunção do risco de produzir o resultado danoso, portanto, refere-se ao dolo eventual, instituto com raízes causalistas – dissonante dos ideais finalistas que permeiam o Código Penal –, cuja delimitação não seria apenas a consciência das consequências prováveis, mas, sim, o consentimento prévio do resultado.

Assim, para a caracterização do dolo eventual, não se exige uma vontade inquestionável do agente, tal qual no dolo direto: bastam a anuência e a ratificação, situadas na esfera volitiva. Em singela lição, Luiz Vicente Cernicchiaro obtemperou: “O agente tem previsão do resultado, todavia, sem o desejar, a ele é indiferente, arrostando, sem a cautela devida, a ocorrência do evento.” (RHC n. 6.368/SP, 6ª T., DJ 22/9/1997)

Claus Roxin, referido por Juarez Tavares, conceitua o dolo eventual como a “decisão para a possível lesão de bem jurídico”. (ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, I, 4ª ed. Munique: Beck, 2006, p. 445, apud TAVARES, Juarez. *Teoria do Delito*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015, p. 65)

Mas como identificar esse elemento psíquico que configura o dolo eventual do agente? Eis a dificuldade de se concluir acerca da previsão e do consentimento do agente quanto ao resultado. E daí o questionamento: como o operador do direito comprovará, de forma motivada, o estado anímico do sujeito que provoca um homicídio sob a direção de um veículo, sem que haja confissão válida de sua parte?

Na clássica lição de Nelson Hungria, para reconhecer-se o ânimo de matar, “desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, *tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo*. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato”. (*Comentários ao Código Penal*. v. 49, n. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1955. Destaquei.) Assim, *somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados no inquérito e no curso do processo será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do agente*.

III. Caso concreto – ilegalidade não configurada

Com a observação acima em mente, percebo que *as circunstâncias do caso concreto* delineadas nas decisões *não evidenciam que o réu tenha agido com dolo eventual* no evento que vitimou sua namorada.

Em outras oportunidades, externei minha compreensão de que *a mera conjugação da embriaguez com o excesso de velocidade, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não autoriza a conclusão pela existência de dolo eventual*.

Na espécie, embora as instâncias ordinárias *não hajam emitido juízo de valor acerca da alegação defensiva* – a denotar não ser possível conhecer da tese, sob pena de se incorrer em indevida *supressão de instância* – de que, a se considerar haver o crime ocorrido antes de 2011, a constatação da embriaguez *deveria se dar por prova técnica*, verifico *não haver indicativo incontroverso de que o acusado estivesse alcoolizado*, máxime porque existem relatos nos autos tanto a *confirmarem* quanto a *negarem tal condição*.

Constato, ainda, que, além da suposta embriaguez, a Corte estadual, ao pronunciar o ora insurgente, *mencionou apenas o excesso de velocidade e as condições climáticas do momento do acidente*, particularidades que bem caracterizam a culpa, especialmente quando identificado que, *“naquela mesma noite, no mesmo horário, outro automóvel também se acidentou naquele mesmo local, em circunstâncias bastante semelhantes”*. (fl. 82, grifei.)

Assim, entendo que *não se mostra possível*, ante o cenário descrito pelo colegiado estadual, *afirmar a presença do dolo eventual* na conduta atribuída ao paciente – que resultou na morte de sua namorada –, de sorte a poder levá-lo a julgamento pelo Tribunal Popular.

No mesmo raciocínio:

RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ E VELOCIDADE ACIMA DA PERMITIDA. DECISÃO DE PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. FATOS INCONTROVERSOS. REVALORAÇÃO CABÍVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 302 DO CTB. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCEDENTES AO TIPO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal excepcional conclusão com base em circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto o resultado morte e a ele anuído.

2. Contudo, o que normalmente acontece (*id quod plerunque accidit*), nas situações em que o investigado descumpra regras de conduta do trânsito viário, é concluir-se pela ausência do dever de cuidado objetivo, elemento caracterizador da culpa (*stricto sensu*), sob uma de suas três possíveis modalidades: a imprudência (falta de cautela e zelo na conduta), a negligência (desinteresse, descuido, desatenção no agir) e a imperícia (inabilidade, prática ou teórica, para o agir).

3. Nem sempre, é certo, essa falta de observância de certos cuidados configura tão somente uma conduta culposa. Há situações em que, claramente, o comportamento contrário ao Direito traduz, em verdade, uma tácita anuência a um resultado não desejado, mas supostamente previsto e aceito, como por exemplo nos casos de “racha”, mormente quando a competição é assistida por populares, a sugerir um risco calculado e eventualmente assumido pelos competidores (que preveem e assumem o risco de que um pequeno acidente pode causar a morte dos circunstantes).

4. Na clássica lição de Nelson Hungria, para reconhecer-se o ânimo de matar, “desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato”. (*Comentários ao Código Penal*. v. 49, n. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1955. Destaquei.) Assim, somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados

no inquérito e no curso do processo, será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do averiguado.

5. As circunstâncias do presente caso, tal qual delineado na decisão de desclassificação e no acórdão impugnado pelo Ministério Público, apontaram-se elementos a evidenciar que, a despeito do excesso de velocidade, houve frenagem do automóvel conduzido pelo recorrido, a denotar que buscou impedir o resultado lesivo de sua conduta imprudente, atitude totalmente contrária à indiferença típica do comportamento eventualmente doloso.

6. Dessa forma, *a mera conjugação da embriaguez com o excesso de velocidade, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não autoriza a conclusão pela existência de dolo eventual.*

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.777.793/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. para o acórdão Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe de 17/9/2019. Destaqueei.)

Similar conclusão desenvolveu o membro do Ministério Público Federal em seu parecer. A propósito (fls. 945-946):

Segundo jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça, a embriaguez e a alta velocidade não constituem, por si, fundamento suficiente para caracterizar o dolo eventual, sendo necessária a presença de outros elementos concretos a indicar que o condutor do veículo tenha presumido a ocorrência do acidente e assumido o risco do resultado fatal. Nesse sentido é o precedente dessa Corte Superior de Justiça:

[...]

No caso dos autos, inobstante a existência de depoimentos testemunhais indicando que o paciente havia ingerido bebida alcoólica, não foi realizado no condutor do veículo exame de verificação da embriaguez com etilômetro ou exame de sangue específico, não sendo possível aferir o grau de comprometimento da consciência do paciente no momento do acidente.

Com efeito, o fato de o paciente ter ingerido bebida alcoólica antes de assumir a direção do veículo não pressupõe que o motorista tenha agido com dolo no resultado morte.

Ademais, em que pese o paciente estar conduzindo o automóvel à velocidade 77,20 km/h, superior à permitida (60 km/h), não

se vislumbra que a velocidade empregada pelo condutor fosse desproporcionalmente alta, especialmente se considerar que o acidente ocorreu em uma rodovia federal (BR-468), onde a velocidade com que transitam os veículos é naturalmente mais elevada.

Importante pontuar que, segundo reportagens jornalísticas acostadas aos autos (e-STJ Fls. 86/92), o trecho da rodovia onde ocorreu o acidente é conhecido pela grande quantidade de acidentes, sendo denominado “Trevo da Morte”, tendo sido registrados 44 acidentes somente em 2015.

Assim, pelo contexto do acidente não é possível afirmar que o paciente tenha empregado direção perigosa na condução do veículo.

O Tribunal argumenta, ainda, que as condições climáticas eram desfavoráveis no momento do acidente, valendo-se de tal circunstância para concluir que o paciente tivesse agido com dolo eventual.

Ora, condições climáticas adversas em rodovias são fatores que aumentam o risco de acidentes automobilísticos, não podendo ser atribuído ao condutor do veículo o dolo no resultado do acidente por dificuldade na visibilidade da pista por neblina e má iluminação.

Portanto, os fundamentos apresentados pelo Tribunal de origem, como a ingestão de bebida alcoólica, a velocidade acima do permitido e as más condições de visibilidade da pista, não configuram motivação idônea para concluir que o paciente tenha agido com dolo, condição necessária para pronúncia do denunciado ao Tribunal do Júri.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pela concessão da ordem.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, concedo a ordem, para restaurar a decisão de primeiro grau.

HABEAS CORPUS Nº 702.667 / RIO GRANDE DO SUL (2021/0345329-2)

VOTO-VOGAL

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Colegas, fiz questão de me debruçar sobre esse caso, tendo em vista se tratar de tema sensível a esta Corte (a linha tênue que separa o dolo eventual da culpa consciente nos homicídios perpetrados na condução de veículos automotores) e que requer uma análise detida dos elementos constantes dos autos.

Verifiquei que consta do voto do Relator, na origem, ter ficado demonstrada a embriaguez do Réu, especialmente diante dos seguintes depoimentos transcritos (fl. 47):

- Gabriela Franco da Silva (fls. 337/340-v): “Ministério Público: A senhora chegou a ver então o Marcelo lá dentro da boate? Testemunha: Vi, estava na mesma roda que a gente, de frente pro grupo. Ministério Público: A Luana também? Testemunha: Sim. Ministério Público: Quanto ao consumo de bebidas alcoólicas pelo Marcelo, o que a senhora tem a dizer? Testemunha: O estado físico dele aparentava uma pessoa bastante alcoolizada, estava com cerveja na mão, (...). Ministério Público: Qual tipo de sintoma que ele aparentava que leva a senhora a dizer que ele estava embriagado? Testemunha: Ele estava meio que pendurado nela várias vezes, olhar (...). Ministério Público: Ele estava consumindo cerveja? Testemunha: Estava. (...) Ministério Público: Então foi uma coisa bem visível, que ele estava embriagado e tomando cerveja na boate? Testemunha: Exatamente. Ministério Público: Todo mundo que estava lá viu isso? Testemunha: Exatamente.”

- Clarissa Franco (fls. 341/344-v): “Ministério Público: Quais são as características que o Marcelo apresentava, de embriaguez? Testemunha: Ele falava enrolado, me derrubou cerveja aquela noite ao ir conversar me derrubou e ao pedir desculpa a gente vê que estava bem enrolado, debruçava a cabeça sobre o ombro da Luana. Ministério Público: A senhora percebeu então que ele falava de modo enrolado típico de embriaguez? Testemunha: Com certeza, até porque ele me derrubou cerveja.”

- Samanta Prestes (fls. 349/353-v).

- Policial Rodoviário Federal Adilson Soria (fls. 502/511-v): “atendeu à ocorrência, verificou que o réu apresentava sinais de embriaguez após o acidente e se negou a realizar o teste de alcoolemia. Apontou, ainda, que era uma noite de forte cerração.”

Além disso, o laudo pericial de fls. 105/119 aponta que o veículo estava a velocidade não inferior a 77,2 km/h, enquanto a velocidade do local era de 60 km/h. Também concluiu o laudo que: “10. O excesso de velocidade, do veículo GM/Vectra, para este Trecho da via, foi fator relevante para a ocorrência do referenciado acidente de trânsito.”

As condições climáticas desfavoráveis (neblina/cerração) também estão comprovadas no processo, inclusive pelo depoimento do Policial Adilson.

Assim, entendo que há demonstração, no caso, da embriaguez do Paciente, do excesso de velocidade e da existência de neblina que prejudicava a visibilidade no momento do acidente e de que essas circunstâncias teriam sido fundamentais para a ocorrência do delito. Nesse ponto, relembro ser a instância precedente soberana na análise dos fatos e provas, não sendo possível, em sede de *Habeas Corpus* desconstituir, por meio de dilação probatória, as conclusões já firmadas.

De toda forma, a discussão no acórdão, ao que parece, não tratou da comprovação ou não desses elementos, já que o voto divergente entendeu que, mesmo estando demonstrados, tais fatores não teriam o condão de caracterizar o dolo, vejamos: “As circunstâncias componentes da descrição do fato delituoso, em verdade,

constituem os indicativos da culpa em todas as suas modalidades (bebida alcoólica e perda do controle do veículo),” o que contraria a jurisprudência do STJ.

Para a Corte da Cidadania, o somatório dessas circunstâncias indica a existência de elementos suficientes para caracterizar o dolo eventual necessário para a pronúncia do Acusado, cabendo ao Tribunal do Júri decidir pela desclassificação ou não do delito.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES, CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO E COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. PRONÚNCIA. DOLO EVENTUAL. EMBRIAGUEZ. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCEDENTES AO TIPO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal conclusão excepcional com base em circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto o resultado morte e a ele anuído.

2. O Tribunal estadual, ao pronunciar o acusado, apontou elementos dos autos a indicar a possibilidade de haver o agravante agido com dolo, mesmo que eventual. Com efeito, a referida Corte registrou haver indícios de que o réu conduzia o veículo embriagado, em velocidade maior do que a permitida para a via e sem habilitação.

3. “Havendo elementos indiciários que subsidiem, com razoabilidade, as versões conflitantes acerca da existência de dolo, ainda que eventual, a divergência deve ser solvida pelo Conselho de Sentença, evitando-se a indevida invasão da sua competência constitucional.” (AgRg no REsp n. 1.588.984/GO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 18/11/2016)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 626.886/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 19/5/2022 – sem grifos no original.)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO COMETIDO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO PARA RESTABELEÇER A PRONÚNCIA DO RECORRENTE. EMBRIAGUEZ. DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Havendo elementos nos autos que, a princípio, podem configurar o dolo eventual, o julgamento acerca da sua ocorrência ou da culpa consciente compete ao Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de competência do conselho de sentença.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.943.072/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 5/10/2021, DJe de 8/10/2021.)

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DELITO COMETIDO MEDIANTE EXCESSO DE VELOCIDADE E EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ E AINDA FUGA DO CONDUTOR DO LOCAL DO ACIDENTE. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE DOLO EVENTUAL. INEXISTÊNCIA DE CERTEZA JURÍDICA DE CULPA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRONÚNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Admitindo a Corte local que o réu conduzia o automóvel, embriagado, acima da velocidade permitida para a via e ainda fugiu do local do acidente, tem-se, portanto, a presença de indícios de dolo eventual do homicídio, com justa causa para a pronúncia, não sendo juridicamente admissível a certeza jurídica de culpa consciente, para fins de desclassificação, nos termos do art. 419 do Código de Processo Penal.

2. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.848.841/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 12/11/2020.)

Sendo assim, havendo a presença de indícios de dolo eventual a partir dos elementos constatados nos autos, deve ser mantida a pronúncia do Réu para que eventual dúvida seja dirimida pelo Conselho de Sentença.

Com essas considerações, voto pela denegação da ordem.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

HC 702.667 / RS

Número Registro: 2021/0345329-2

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00071061120118210020 02021100021267 03344598620168217000
04763361920138217000 2021100021267 3344598620168217000 4652011151601
4763361920138217000 70057517096 70071245655 71061120118210020

EM MESA

JULGADO: 02/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO DE SOUZA QUEIROZ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: JOÃO BATISTA PIPPI TABORDA

ADVOGADO: JOÃO BATISTA PIPPI TABORDA – RS055026

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE: MARCELO DA SILVA FORTES

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a vida – Homicídio Simples

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 maioria, concedeu o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.



**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM
RECURSO ESPECIAL Nº 2.056.923 / RIO DE JANEIRO
(2022/0025691-3)**

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

EMBARGANTE: HYAGO DE ARAUJO DO NASCIMENTO

EMBARGANTE: YURI DA SILVA GOZSOVICS

ADVOGADO: FABIO PEREIRA BUENO – SP323538

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. LEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSOS PERANTE TRIBUNAL SUPERIOR. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Inexiste contradição quanto ao enfrentamento da questão relativa à legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para interpor agravo regimental perante o Superior Tribunal de Justiça.

2. A atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, este agindo como *custos legis* e aquele como parte. (REsp 1.327.573/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014, DJe 27/02/2015)

3. Embargos declaratórios rejeitados.

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, rejeitar os embargos. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno

Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2022 (data do julgamento).

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.056.923 / RIO DE JANEIRO (2022/0025691-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

EMBARGANTE: HYAGO DE ARAUJO DO NASCIMENTO

EMBARGANTE: YURI DA SILVA GOZSOVICS

ADVOGADO: FABIO PEREIRA BUENO – SP323538

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de embargos de declaração oposto por HYAGO DE ARAUJO DO NASCIMENTO e YURI DA SILVA GOZSOVICS, contra decisão (e-STJ, fl. 624) que, nos termos requeridos pelo Ministério Público Federal, intimou o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para apresentar as contrarrazões ao agravo regimental.

Os embargantes sustentam que o Ministério Público Estadual não possui legitimidade para a interposição de recurso em face de decisão proferida pela Corte Superior e Suprema Corte.

Requer, assim, que seja acolhido os embargos para declarar a ilegitimidade do Ministério Público Estadual e determinar a manifestação do Ministério Público Federal.

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.056.923 / RIO DE JANEIRO (2022/0025691-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

EMBARGANTE: HYAGO DE ARAUJO DO NASCIMENTO

EMBARGANTE: YURI DA SILVA GOZSOVICS

ADVOGADO: FABIO PEREIRA BUENO – SP323538

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. LEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSOS PERANTE TRIBUNAL SUPERIOR. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Inexiste contradição quanto ao enfrentamento da questão relativa à legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para interpor agravo regimental perante o Superior Tribunal de Justiça.
2. A atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, este agindo como *custos legis* e aquele como parte. (REsp 1.327.573/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014, DJe 27/02/2015)
3. Embargos declaratórios rejeitados.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Os embargantes apontam a existência de contradição quanto à legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para interpor recursos no âmbito dos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o tema, a Corte Especial, em 17/12/2014, por ocasião do julgamento dos REsp 1.327.573/RJ, passou a admitir a atuação do *Parquet* estadual e do Distrito Federal e Territórios perante essa Corte Superior de Justiça, quando estes atuam como parte da demanda.

A propósito, confira-se a ementa do julgado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ATUAÇÃO, COMO PARTE, PARA ATUAR DIRETAMENTE NO STJ. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.727/MG. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA ATUAR PERANTE O STF. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS E PROVIDOS, PARA QUE, AFASTADA A PRELIMINAR, A SEXTA TURMA PROSSIGA NO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. O acórdão embargado e o acórdão indicado como paradigma discrepam a respeito da interpretação do art. 47, § 1º, da Lei Complementar nº 75, de 1993, um conhecendo de agravo regimental interposto por membro de Ministério Público, e o outro, não.

2. Cindindo em um processo o exercício das funções do Ministério Público (o Ministério Público Estadual sendo o autor da ação, e o Ministério Público Federal opinando acerca do recurso interposto nos respectivos autos), não há razão legal, nem qualquer outra ditada pelo interesse público, que autorize uma restrição ao Ministério Público enquanto autor da ação.

3. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público, decidiu-se pela legitimidade de o Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para que, afastada a preliminar da ilegitimidade do Ministério Público Estadual, a Sexta Turma prossiga no julgamento do agravo regimental. (AgRg na SLS 1.612/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 29.08.2012, Dje 06.09.2012) (Relator o Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 27/02/2015)

Outrossim, cumpre esclarecer que esta Corte possui entendimento pacificado, no sentido de que a atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, este agindo como *custos legis* e aquele como parte.

Ante o exposto, *rejeito* os embargos de declaração.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

EDcl no AREsp 2.056.923 / RJ

Número Registro: 2022/0025691-3

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 0227024-16.2020.8.19.0001 02270241620208190001
202124701350 227024-16.2020.8.19.0001 2270241620208190001**

EM MESA

JULGADO: 02/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: HYAGO DE ARAUJO DO NASCIMENTO

AGRAVANTE: YURI DA SILVA GOZSOVICS

ADVOGADO: FABIO PEREIRA BUENO – SP323538

AGRAVADO: 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**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE: HYAGO DE ARAUJO DO NASCIMENTO

EMBARGANTE: YURI DA SILVA GOZSOVICS

ADVOGADO: FABIO PEREIRA BUENO – SP323538

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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, rejeitou os embargos.”

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





Cláudio Henrique da Cruz Viana reeleito Presidente da Amperj

Em pleito ocorrido no dia 1º de agosto, o Procurador de Justiça Cláudio Henrique da Cruz Viana, concorrendo pela chapa União, foi reeleito Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj) para o biênio 2023/2024.

Na ocasião foram também escolhidos os representantes do Conselho Consultivo e do Conselho Fiscal. Os eleitos serão empossados em 1º de janeiro de 2023, e o mandato se estende até 31 de dezembro de 2024. “Agradeço muito a votação dos colegas. Significa que realmente estamos no caminho certo. Vamos continuar trabalhando com esse lema de que a Amperj é para todos, fortalecendo a nossa unidade. É muito importante para a instituição que estejamos sempre unidos, defendendo o Ministério Público e todos os colegas”, disse Cláudio Henrique, que havia assumido o primeiro mandato em 1º de janeiro de 2021.

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, esteve na Amperj e acompanhou a divulgação do resultado. “É um momento de celebração do processo democrático da nossa entidade de classe, que cumpre uma função relevantíssima na defesa dos associados. Tenho muito orgulho de ter sido presidente por três mandatos e conheço bem a importância do trabalho da Amperj e o que ele representa para a classe, para o associado e para o Ministério Público”, disse Luciano Mattos, acrescentando, ainda: “Parabênizo a diretoria e os conselhos eleitos. Houve o reconhecimento do trabalho



que tem sido desenvolvido. Esperamos que no próximo mandato continuemos o trabalho profícuo, com diálogo e respeito mútuo, em defesa do Ministério Público.”

A eleição foi realizada entre 9h e 17h, por meio do Sistema Eletrônico de Votação (SEV) do MPRJ, totalizando 897 votos válidos, 10 nulos e 5 em branco, com 215 abstenções. Os associados puderam votar a partir de seus próprios computadores ou nas cabines disponíveis na sede da Amperj.

Compõem a chapa vencedora:

Presidente: Cláudio Henrique da Cruz Viana

Vice-Presidente: Dennis Aceti Brasil Ferreira

Secretária-Geral: Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos

Diretor Financeiro: Felipe Barbosa Freitas Ribeiro

Diretor Cultural: Rogério Pacheco Alves

Diretora Social: Allana Alves Costa Poubel

Diretora de Prerrogativas Funcionais: Renata Mendes Samesom Tauk

Diretor Assistencial e de Assuntos Relativos a Aposentados e Pensionistas: Luiza Thereza Baptista de Mattos

Diretor de Assuntos Legislativos: Carla Carrubba
Diretor de Esportes: Heleno Ribeiro Pereira Nunes Filho

Compõem o *Conselho Consultivo:*

Vinicius Winter de Souza Lima
Guilherme Mattos de Schueler
Elisa Fraga de Rego Monteiro
Tatiana Costa Torres
Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira
Carlos Gustavo Coelho de Andrade
Adriana Silveira Mandarinó
Luiz Sergio Wigderowitz
Renata Mello Chagas

Compõem o *Conselho Fiscal:*

Presidente: Alexandre Viana Schott
Titular: Roberta Dias Laplace
Titular: Henrique Aragão Carraro Bastos
Suplente: Pedro Borges Mourão Sá Tavares de Oliveira
Suplente: Marcelo Daltro Leite
Suplente: Gabriela da Costa Lopes



PGJ comparece à posse do novo Corregedor Nacional de Justiça

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, esteve presente à posse do novo Corregedor Nacional de Justiça, Luis Felipe Salomão, que se deu em 30/08, no plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O evento contou com as presenças do Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do CNJ, Ministro Luiz Fux, do Presidente Jair Bolsonaro, dos Presidentes do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Alexandre de Moraes, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Maria Thereza de Assis Moura, e da Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Renata Gil.

O Ministro Luiz Fux presidiu a sessão, sendo o único a discursar durante a solenidade de posse. Fux teceu um histórico da carreira de Luis Felipe Salomão e lembrou seu convívio com o novo Corregedor Nacional de Justiça no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). “Convivemos juntos durante muitos anos e conheci seu irmão, o Desembargador Paulo César Salomão. Por isso, faço uma saudação litúrgica à Vossa Excelência. O CNJ celebra, com muita honra e satisfação, a posse de Luis Felipe Salomão, um homem de destacada carreira acadêmica. A toga

escolhe homens e mulheres dispostos a abrir mão do conforto em troca da construção de um sistema de Justiça democrático e acessível, capaz de garantir a segurança jurídica para todos. Assim é Vossa Excelência. E temos muito orgulho em recebê-lo como Corregedor Nacional de Justiça”, discursou o Presidente do STF.



Congresso Estadual da Amperj debate os desafios do MP na Era Digital

O dia 15/09 marcou a abertura do Congresso Estadual da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj), parceria celebrada entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Com o tema “Os desafios do Ministério Público Fluminense na Era Digital”, o evento, que conta com a participação de membros do Ministério Público de todo o país, estendeu-se até o dia 16/09, constando de sua pauta debates sobre aspectos como combate às *fake news* e o uso de provas digitais em investigações criminais.

O Congresso foi aberto pelo Presidente da Amperj, Cláudio Henrique da Cruz Viana, o qual destacou a importância do evento. “Recebemos todos os representantes do MP com muita alegria, pois o sentido etimológico de Congresso é reunião. Iremos tratar dos desafios da era digital e esperamos que esse encontro sirva para que reflitamos sobre as questões mais desafiadoras em curso. O mundo atual está impregnado de tecnologia e, subitamente, métodos antigos se tornaram obsoletos. O MP é instituição essencial para a sociedade, leal à Constituição e eficiente em interpretar e aplicar a lei. Mas nada disso nos dispensa de enfrentar o desafio de entender as inovações tecnológicas que estamos vivenciando”, ressaltou Cláudio Henrique, que também é Diretor Regional do Sudeste da CONAMP.



Estiveram presentes na abertura do Congresso o Presidente da CONAMP, Manoel Murrieta; o Corregedor-Geral do Ministério Público, Oswaldo D’Albuquerque; o Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Otavio Luiz Rodrigues Júnior; o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Luciano Mattos; o Corregedor-Geral do MPRJ, Ricardo Ribeiro Martins, e o Ouvidor do MPRJ, Augusto Vianna Lopes. Por ocasião do evento, deu-se a palestra inaugural do encontro, proferida pelo jornalista e escritor Caco Barcellos, e que teve como tema “A Reportagem como Ferramenta de Combate a *Fake News*”.

No segundo dia do Congresso, os membros do MP discutiram casos concretos sobre assuntos atuais, como investigação criminal e provas digitais, violação dos direitos de crianças e adolescentes na internet, Justiça Restaurativa no sistema socioeducativo, sonegação fiscal, proteção de dados, desburocratização, proteção da mulher vítima de violência doméstica e saneamento básico.

Os debates começaram com a palestra “Investigação criminal: análise do contexto do uso de provas digitais”, que teve como debatedores os Promotores de Justiça Pedro Mourão e Sauveí Lai, e o Delegado Henrique Damasceno. A seguir, foi discutido o tema “Violação dos direitos de crianças e adolescentes na internet e justiça restaurativa no sistema socioeducativo”, com a presença do Procurador de Justiça Marcos Fagundes, e das Promotoras de Justiça Rosana Cipriano, Fernanda Sodré e Roberta Rosa Ribeiro. Ainda na parte da manhã, foi realizado o debate “Combustíveis, sonegação fiscal e organizações criminosas”, com as presenças dos Promotores de

Justiça Karine Susan e Fabiano Cossermelli, e dos executivos Guido Rogério Macedo Silveira, da Ipiranga, Rafael Velasquez, da Techbiz, e Carlo Faccio, da ICL.

Na programação da tarde, houve debate sobre “O papel do MP na desburocratização das micro e pequena empresas”, mediado pela Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania (CAO Cidadania/MPRJ), Marcela do Amaral, e que contou com a participação de representantes do Sebrae e da Firjan. Também foi discutido o “Novo Marco Legal do Saneamento”, em encontro mediado pelo Coordenador do Grupo Temático Temporário para promover iniciativas estratégicas e coordenadas para a universalização do acesso e a efetiva prestação dos serviços de esgotamento sanitário no Estado do Rio, Murilo Bustamante, e que contou com as presenças de representantes da Agensera, da Águas do Rio e do BNDES.

A Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (CAO Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher/MPRJ), Carla Araújo, mediou um debate que teve como tema “157 descumprimentos depois: uma análise sobre a proteção da mulher vítima e violência doméstica conferida pela Justiça”. O encontro, que discutiu o aperfeiçoamento da rede protetiva de apoio às vítimas de violência doméstica, contou com as presenças dos Procuradores de Justiça Patrícia Glioche, coordenadora de Promoção dos Direitos das Vítimas, e Walberto Fernandes de Lima, da Promotora de Justiça Isabela Jourdan, e da Secretária Municipal de Políticas e Proteção da Mulher do Rio, Joyce Trindade.



A Procuradora de Justiça aposentada Heloisa Carpena mediou o debate “Proteção de dados e ações coletivas: o que o Ministério Público tem a ver com isso?”, que contou com as participações do Procurador de Justiça Guilherme Martins, da Procuradora de Justiça aposentada Lúcia Teixeira, da Coordenadora Técnica de Proteção de Dados da Secretaria Municipal de Governo e Integridade Pública do Rio, Ana Paula Vasconcellos, e da representante da Data Privacy BR, Marina Garrote. Por fim, o jornalista, escritor, ator e comunicador Marcelo Tas, discursou sobre o tema “A Ética e o Comportamento Seguro na Era Digital”.

Antes da palestra de encerramento, proferida pelo Consultor Jurídico do MPRJ e Diretor da Revista do Ministério Público, Emerson Garcia, a Amperj homenageou com uma placa os integrantes do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO/MPRJ), por sua atuação no combate à criminalidade no estado.

Reunião da CONAMP

Antes da abertura do Congresso Estadual da AMPERJ, houve a reunião do Conselho Deliberativo da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), com a presença de presidentes de Associações de Membros de todo o país. A reunião abordou temas como a nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230) e a participação da CONAMP no Congresso da Associação Internacional de Promotores (IAP), que aconteceu entre 25 e 29 de setembro na capital da Geórgia, Tbilisi.



MPRJ deu posse a 25 novos Promotores de Justiça substitutos

Em cerimônia realizada no auditório de seu complexo-sede, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) empossou, no dia 30/09, 25 novos Promotores de Justiça substitutos, aprovados no XXXVI Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira. Presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, a sessão contou com a presença do Secretário de Estado da Casa Civil, Nicola Miccione; do Presidente do Tribunal de Justiça (TJRJ), Desembargador Henrique Figueira; do Procurador-Geral do Estado (PGE), Bruno Dubeux; do Defensor Público-Geral do Estado (DPERJ), Rodrigo Pacheco; do Corregedor-Geral do MPRJ, Procurador de Justiça Ricardo Martins; e do Presidente da Associação do MPRJ (Amperj), Procurador de Justiça Cláudio Viana.

Prestigiaram, ainda, a solenidade os membros do Conselho Superior (CSMP), Promotores e Procuradores de Justiça do MPRJ, representantes do Ministério Público Militar (MPM), do Tribunal de Contas do Estado (TCE), da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), da Polícia Militar do Rio (PMERJ), além dos familiares e amigos dos empossados.

“Hoje é um dia festivo, de celebração, não só para este seletivo grupo, aprovado em um concorrido concurso público de provas e títulos. Também é um dia de

celebração para familiares e amigos, que certamente se viram afetados por uma luta diária e abnegada, de estudos e reflexões, que não se iniciou e exauriu em um sopro. Muito pelo contrário: todos sabemos das dificuldades de um concurso público dessa envergadura, o que exige forças para que cada um, tal uma fênix, reinicie esforços e esperanças, a cada insucesso que, por vezes, bate à nossa porta. Estou profundamente honrado e feliz em recebê-los. Estejam certos de que aqui encontrarão companheiros de luta que jamais desistirão de construir uma sociedade melhor, tanto para as gerações atuais como para as vindouras”, declarou Luciano Mattos.

Após as leituras do termo de compromisso, pelo empossando Douglas Miranda Mussi, e do termo de posse, pelo Secretário-Geral do MPRJ, Promotor de Justiça Dimitrius Viveiros, foi confirmado o compromisso dos aprovados no concurso com a função de Promotor de Justiça e o ingresso como membros da instituição. Em seguida, o PGJ declarou oficialmente a investidura ao cargo e convidou os novos Promotores para a assinatura do termo de posse e recebimento da carteira funcional.

Discursando em nome dos novos membros, Ana Carolina Sarmiento Peluso de Siqueira se emocionou ao descrever toda trajetória de sacrifícios e resiliências, experimentada desde a preparação para o concurso até a conclamação da aprovação. Ela também ressaltou o compromisso assumido com a instituição e sociedade. “A realização da nossa posse é muito especial. Simboliza a autonomia administrativa e funcional do Ministério Público, mas também nos remete ao momento mais emocionante que vivemos no concurso: o de divulgação das notas da prova da fase oral. Aqui, nos juntamos na expectativa de ouvir nossos nomes, aplaudimos uns aos outros, choramos de alegria e comemoramos a nossa aprovação. Esse grupo, composto por 25 empossados, é bastante plural, cada um com a sua história de vida, vencendo obstáculos de logística, finanças e saúde para estar aqui. Todas essas pessoas, reunidas aqui, já sentem o entusiasmo de trabalhar pela população fluminense, que é a razão que moveu todos até aqui e que precisa continuar nos movendo até o fim da carreira. E é reconhecendo esse privilégio que devemos atuar como agentes de transformação, combatendo as desigualdades, com dedicação e excelência”, declarou a nova Promotora de Justiça.

Foram empossados os Promotores de Justiça substitutos Ana Carolina Sarmiento Peluso de Siqueira; Douglas Miranda Mussi; Fernanda de Carli da Silva Tomé; Stella Fernandes Rodrigues Baltar; Vitor Dourado Gracano; Aline da Silva Pinheiro; Marina Degani Maluf; Taisa Magro Ostini; Lia Freitas Lima; Manuela Moura Mattos Minervino; Marcos Vinicius de Oliveira Pinheiro; Thatiane Rabelo Gonçalves; Lucas Prata da Costa e Silva; Helena Kleine Oliveira; Priscila Cristina Fulanetti Alberti Rodrigues; Driele de Oliveira Maschio; Fernanda Caroline Pelisser; Leandro Soares Viegas; Francisco Caio Pinho Camurça; Marcelo Fernandes Guimarães; Ismael Augusto Sirieiro Monteiro; Amanda de Menezes Curty; Fabio Silva Cordeiro Pessoa; Bruno Sabioni Barreto; Marcela Maria Pereira da Silva Barros.

Ao fim da solenidade de posse, os novos Promotores de Justiça foram recebidos pelos participantes do evento, incluindo amigos e familiares, no *foyer* do auditório, para cumprimentos e confraternização.



Discurso proferido pelo Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos

O Ministério Público, a exemplo de qualquer estrutura estatal de poder, está finalisticamente comprometido com o bem-comum. Essa constatação, tão singela quanto os significantes que lhe dão forma, há de romper a retórica que lhe é própria e alcançar a realidade, que tem se mostrado particularmente complexa na realidade brasileira, considerando as acentuadas carências que alcançam grande parcela da nossa população.

Se a cultura jurídica abre ensanchas para a plasticidade do artesão, é o fervor de nossa atuação que tem retroalimentado a importância social do Ministério Público, talvez envolto na complexa aporia de jamais se distanciar de uma paixão racional, na qual externa o amor pelos seus ideais sem jamais romper com o equilíbrio que deve caracterizar cada passo de sua jornada.

O Ministério Público é uma árvore frondosa, profundamente enraizada em um ambiente democrático, no qual o respeito pela pessoa humana é o fim último da atuação estatal. De modo algo paradoxal, essa árvore frondosa obtém a sua energia a partir de cada um dos seus pequenos galhos, formados por Promotores e Procuradores de Justiça, que não se encolhem na adversidade, que não se impressionam com a envergadura do opositor e que não podem tergiversar, um momento sequer, com a defesa dos mais lúdimos interesses da sociedade.

Hoje é um dia festivo, de celebração, não só para este seletivo grupo, aprovado em um renhido e concorrido concurso público de provas e títulos. Também é um dia de celebração para familiares e amigos, que certamente se viram afetados por uma luta diária e abnegada, de estudos e reflexões, que não se iniciou e exauriu em um sopro. Muito pelo contrário: todos sabemos das dificuldades de um concurso público dessa envergadura, o que exige forças para que cada um, tal uma fênix, reinicie esforços e esperanças, a cada insucesso que, por vezes, bate à nossa porta.

Hoje é, acima de tudo, um dia festivo para o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que, com a chegada de Vossas Excelências, é contemplado com o frescor de novas ideias e com o rejuvenescimento indispensável à sobrevivência e ao fortalecimento de toda e qualquer Instituição. A juventude institucional vem do pensar e do agir de modo contemporâneo, sempre sensível a uma realidade social em constante mutação.

Não tenho a menor dúvida do sentimento que paira sobre cada um dos empossados neste momento culminante de suas vidas. Afinal, há exatos 27 anos, numa quarta-feira, no dia 22 de setembro de 1995, estava eu exatamente nesta posição, junto aos meus colegas do XVIII Concurso. Como expectador de um enredo que já vivi em sua plenitude, sei da felicidade, da alegria, da emoção e da ansiedade em que certamente todos estão envolvidos nesta manhã.

Sei também da responsabilidade que pesa sobre seus ombros. Nesse momento, passam a integrar uma Instituição de indiscutível relevância em nosso ambiente sociopolítico. De modo correlato à sua relevância, ainda se tem o desconhecimento de suas funções por considerável parcela da população brasileira, razão de ser de sua existência, fim último de sua atuação. A alteração desse quadro será o resultado natural de nossa atuação funcional, que há de assumir contornos resolutivos, distanciando-se do mau-vezo burocrático, fantasma que teima em povoar alguns setores da atuação estatal.

As atribuições do Ministério Público brasileiro possuem dimensões oceânicas. Se, no prelúdio de sua linha evolutiva, a Instituição era essencialmente incumbida da defesa dos interesses do governo e do exercício da persecução penal, as mudanças pelas quais passou, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, foram tão intensas e profundas que a completude existencial do presente está a léguas de distância dos rabiscos que a delineavam no passado.

Não é exagero afirmar que o Ministério Público é uma instituição verdadeiramente singular. A despeito de ser emanção do poder estatal, não raras vezes insurge-se contra esse mesmo poder, não como mero representante de interesses alheios, constituído nos moldes das teorias clássicas, mas como defensor de interesses de indiscutível relevância para a coletividade, como são os transindividuais, indisponíveis portanto, pois não pertencem a ninguém em particular, e os individuais indisponíveis, os quais, pela relevância que ostentam para o ser humano, não estão ao alcance do poder de disposição inerente à autonomia da vontade.

Qualificar o Ministério Público como “guardião da democracia” é atribuir-lhe a nobre missão de dar voz às demandas sociais. É nos imbuirmos da missão de levar luz à grande parcela da sociedade, para que conheçam e procurem a Instituição, cobrando-a cada vez mais. É fazermos prevalecer em nosso atuar a mais nobre face desta carreira, a qual nos faz verdadeiros combatentes na defesa do Estado Democrático de Direito.

Precisamos ser combativos e perspicazes, mas não menos sensíveis às demandas da sociedade.

Como disse no limiar dessas breves boas-vindas, estou profundamente honrado e feliz em recebê-los. Bem sei o quanto são importantes para a nossa Instituição e quanto a nossa sociedade espera de sua atuação. Estejam certos de que aqui encontrarão companheiros de luta que jamais desistirão de construir uma sociedade melhor, tanto para as gerações atuais como para as vindouras.

Sejam bem-vindos! Parabéns! Que tenham muito sucesso na nobre função que assumem neste momento ao integrar o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro!

Discurso proferido pela Promotora de Justiça Ana Carolina Sarmiento Peluso de Siqueira

Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Justiça, Dr. Luciano Oliveira Mattos de Souza,

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral, Dr. Ricardo Ribeiro Martins,

Excelentíssimos Senhores Conselheiros e Excelentíssimas Senhoras Conselheiras do Conselho Superior do Ministério Público,

Demais autoridades presentes neste auditório,

Familiares, amores, amigos e amigas, bom dia.

Encontro-me neste púlpito, com muita honra e alegria, com a missão de representar nesta fala esse grupo de 25 novos Promotores e Promotoras de Justiça que hoje tomam posse e que muito me orgulho de integrar.

A realização da nossa posse neste auditório, na sede da instituição, é muito especial. Simboliza a autonomia administrativa e funcional do Ministério Público, mas também nos remete ao momento mais emocionante que vivemos nesse certame, o de divulgação das notas da última prova da fase oral. Aqui nos juntamos todos no dia 25 de agosto, na expectativa de ouvir nossos nomes na voz da queridíssima Dra. Maria Cristina Tellechea, aplaudimos uns aos outros, gritamos e choramos de alegria, nos abraçamos e comemoramos nossa aprovação.

É neste local também que o Ministério Público realiza eventos emblemáticos, cursos e palestras, cerimônias e coletivas de imprensa pelas quais se abre à sociedade para prestar contas. E, para mim, este auditório também remete à primeira vez que

entrei na instituição, como estagiária forense em 2012, para escolher o órgão de execução em que eu iniciaria minhas experiências profissionais. De lá para cá, já são quase 10 anos trabalhando nesta casa, ocupando diferentes cargos. 10 anos de aprendizados, crescimento e dedicação e é uma felicidade enorme estar aqui em cima e saber que serão ainda muitos mais anos colaborando para construção do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Este Ministério Público, no qual todos ingressamos agora oficialmente como Promotores de Justiça, é uma instituição forte, que respeita a independência funcional de seus membros, vanguardista na tutela coletiva, na proteção da criança e do adolescente, no combate à violência de gênero e na investigação penal, reconhecida nacionalmente, que se renova a cada dia com novos projetos e investimentos em modernização tecnológica, que é aberta e atenta às transformações, permeável às demandas sociais, dialoga e trabalha em conjunto com outras instituições e está sempre promovendo a capacitação do seu pessoal, visando a eficiência na defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e da democracia.

É uma instituição que também lida com diversos problemas e contradições internas, assim como todas as outras instituições, e que ainda pode dar grandes passos de aprimoramento e avanço.

Nós do XXXVI Concurso nos comprometemos a contribuir para essa caminhada institucional, com nossos olhares diversos sobre o mundo, experiências pessoais e profissionais anteriores, conhecimentos e empenho.

Esse grupo de 25 – em sua maioria composto por mulheres – é bastante plural. Apenas 8 do Rio de Janeiro, os demais vindos de São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina, Pernambuco, Ceará e Bahia. Há empossandos com vivências em outros países, como Paraguai, Alemanha e Camboja. Há pessoas muito jovens, que acabaram de completar seus 3 anos de prática jurídica, outros com larga experiência profissional em outros cargos públicos, quase todos – importante mencionar – formados pelas universidades públicas do nosso país. Cada um com sua história de vida, vencendo diversos obstáculos de logística, finanças e saúde para estarem aqui; alguns marcados por perdas familiares muito duras, inclusive ao longo do certame.

Pessoas que nunca tinham pensado em morar no Rio; pessoas que rechaçavam o Rio devido à violência; pessoas que amam o Rio, as praias, a música, o clima; e pessoas que, como eu, são daqui e nunca quiseram sair. Há aqueles que sempre quiseram ser Promotores de Justiça, mas também aqueles que preferiam outras carreiras e, ao longo do concurso, apaixonaram-se pelo Ministério Público e especialmente por essa instituição, ao se aprofundarem nos estudos e na brilhante produção acadêmica e funcional dos examinadores. Todas essas pessoas reunidas neste auditório, já sentindo o Rio de Janeiro e este Ministério Público como sua nova casa, entusiasmadas com a oportunidade de trabalhar pela população fluminense, que é a razão que moveu todos e todas até o presente momento e que precisa continuar nos movendo até o fim da carreira com a mesma energia e disposição.

O sonho dessa aprovação não é um sonho que se sonha ou se realiza sozinho, ele é sonhado junto de quem nos cerca e realizado a muitas mãos.

Uma mãe que, pelo exemplo, cursando faculdade de Direito tardiamente, faz nascer na filha o sonho de ser jurista; um tio juiz que inspira o sobrinho a trilhar o caminho da Justiça; uma mãe que sonha profeticamente que a filha tomará posse com beca de cordão vermelho, quando ela ainda sequer pensava nisso; uma mãe que faz promessa pro filho passar pro Rio para ficar perto da família; um marido visionário que insiste pra esposa se inscrever no certame; mãe que ampara filha madrugada a dentro pra acalmar as angústias que precedem a prova; pai que treina com a filha e acerta diversas perguntas do examinador na prova oral do dia seguinte; pai que queria ser Promotor no Rio, acabou passando em Minas, e hoje vê o filho tomar posse aqui.

Mães, pais, esposas, maridos, companheiras e companheiros, filhas e filhos, irmãos e irmãs, avós, pessoas que acompanharam muito de perto todo o processo de estudos e este concurso, que nos deram colo, consolo, estímulo, que nos passaram confiança, que sustentaram muitos de nós financeiramente e emocionalmente, que nos liberaram de tarefas do cotidiano, como preparar comida, lavar louça, fazer compras, passear com cachorro, cuidar dos filhos, tudo para que nos mantivéssemos estudando e firmes no propósito da aprovação; que sofreram e torceram e que estão orgulhosos e até mais felizes do que nós mesmos com essa posse.

Amigos queridos, que nos apoiaram, que compreenderam nossas ausências, que mandaram votos de boa prova a cada etapa, que estavam disponíveis para escutar nossos medos e lembrar das nossas capacidades e competências, que estudaram e treinaram conosco, que fizeram planilhas, cálculos das nossas médias, que ficaram online assistindo às sessões de divulgação de notas, que acompanharam diário oficial e vibraram e comemoraram intensamente essa vitória.

Pessoas que, pelo exemplo, nos levaram a cursar a faculdade de Direito ou a fazer concurso, professores, chefes, profissionais diversos que, pela paixão, postura, dedicação, conhecimento e visão de justiça nos inspiraram e continuarão inspirando como Promotores.

Muito obrigada a todos vocês.

Sabemos que passar em concurso público não é para qualquer pessoa que assim deseje. Sabemos o custo emocional – as frustrações, ansiedade, noites sem dormir que pavimentam esse caminho – e especialmente o custo financeiro e o tempo necessário. Sabemos o privilégio imenso que é termos podido nos dedicar a esse projeto e é reconhecendo esse privilégio que devemos, em nossas carreiras, atuar como agentes de transformação, combater as desigualdades, o racismo e todas as formas de opressão, com dedicação e com olhar e escuta atentos à realidade à nossa volta.

Assim como o sonho de se tornar Promotor de Justiça não se constrói individualmente, o sonho de ser um bom Promotor de Justiça também não se concretiza sozinho. Para isso, contaremos com a fundamental colaboração de todos

os servidores, estagiários forenses e não forenses e dos terceirizados, e, por isso, devemos sempre valorizá-los e respeitá-los.

Também contaremos uns com os outros e com o apoio dos Promotores e Procuradores de Justiça mais experientes aos quais nos juntamos nesta data, porque é nas trocas que as melhores ideias são desenvolvidas e executadas.

Contaremos ainda com a Administração Superior do Ministério Público, que nos acolheu com afeto e braços abertos; com outras instituições como a Defensoria Pública, o Tribunal de Justiça, os Tribunais de Contas, as universidades; com os gestores públicos e as advocacias públicas a nível estadual e municipal; e com a sociedade civil organizada.

Enquanto integrantes dessa instituição permanente de promoção da justiça, temos, a partir de hoje, o desafio complexo de concretizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição – o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à segurança, à liberdade e à igualdade –, em um Estado marcado por abismos sociais, violência e corrupção e em um país democraticamente fragilizado, permeado por tensões políticas, pelo desemprego e pela fome.

Este desafio requer que nós façamos, todos os dias, um exercício de amor e empatia, sem evidentemente descuidar das leis e da técnica; que estejamos abertos para compreender as realidades que são diferentes das nossas, com respeito, cuidado e atenção; que zelemos pelo patrimônio público e social; que sejamos diligentes, eficientes e combativos; que nos afastemos de posturas preconceituosas ou revitimizantes; que estejamos constantemente nos aperfeiçoando e atualizando; e que sejamos reflexivos, proativos, criativos e resolutivos.

Desejo muita sorte e felicidade a todos nós nessa missão que se inicia.

Agradeço a todos e todas por nos prestigiarem nesta manhã, agradecendo especialmente à Comissão de Concurso pela organização dessa cerimônia e pelo carinho conosco.

Muito obrigada.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÃO

31, 56, 61-62, 65-66, 71, 83, 90-91, 100, 112, 115-116, 118-120, 122-127, 129-130, 135, 139, 145-156, 163-164, 177, 186, 188, 211, 227-228, 251-254, 261-263, 267, 269, 271-272, 285-286, 289-290, 293-295, 357-360, 363, 367-383, 385, 389-390, 394, 397-398, 402, 408-409, 424, 426, 428, 440;

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

54, 57-58, 60, 71-72, 400-407, 410;

ACUSADO

54, 58-63, 65-67, 69-71, 208, 211-212, 337, 358, 360, 364, 380, 414, 416, 418-425, 427, 429, 434;

ANOMIA

76-85;

APS

97-99, 101;

ARTIGO 366 DO CPP

67, 69, 72;

ATENÇÃO PRIMÁRIA

91, 97-101;

ATOS DE IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA

116-121, 130;

ATUAÇÃO MULTIFACETADA

154;

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

54, 57-61, 63-66, 69-72;

CAUSA MORTIS

108, 155, 157-172, 174-177;

CITAÇÃO PESSOAL

54, 65-67, 69, 72;

COLISÃO DE DIREITOS

138, 150;

CONTROLE SOCIAL

76-78, 84, 293, 299, 308;

CONVÊNIO

45-52, 231, 276-277;

CONVERGÊNCIA DE INTERESSES

45, 47, 49, 52;

CRIMINOLOGIA

75, 78, 84;

DIREITO À LIBERDADE

135, 379;

DIREITO À SAÚDE

90-91, 95-96, 99-101, 139, 206;

DIREITO PENAL

76-78, 84-85, 115, 117, 121-122, 319, 327, 428, 436, 441;

DIREITO SUCESSÓRIO

156, 162, 165;

DIREITOS HUMANOS

55-57, 67-68, 94, 137, 183, 194, 211;

DÍVIDA EDUCACIONAL

105;

ÉMILE DURKHEIM

75-79, 81-82, 84-85;

ÉTICA

39, 185, 187, 190, 205, 209, 213;

EXTINÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

107;

FOUCAULT

83, 208, 211;

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

70, 124, 318, 344, 405;

GLOBALIZAÇÃO

183, 190;

IDENTIDADE

33, 66, 122, 148, 158, 181-191, 193-194;

IDENTIDADE SOCIAL

181-184, 186-187, 189, 191, 193;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

49, 115, 116-122, 125-127, 129-130;

IMPUNIDADE

54, 69, 72, 76-77, 82-85, 319;

INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

116, 126, 128, 340;

INDIVIDUALIZAÇÃO

116-117, 119, 122, 125, 181-182, 184, 187, 330;

INTERPRETAÇÃO DOS PEDIDOS

115, 122-123;

INVENTÁRIO

153-155, 157-177, 243;

JULGADOS PARADIGMAS

106, 109;

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

157, 164-165;

MENSALIDADES ESCOLARES

105, 108, 111;

MINISTÉRIO PÚBLICO

54, 57-63, 65-66, 69-71, 89-91, 99-101, 126-127, 145, 153-177, 199-201, 205, 211, 219, 211, 227, 231, 237, 264, 266, 269, 271, 297, 315-319, 321-325, 327-328, 331-334, 338, 340-344, 346-349, 351-352, 355-356, 358-359, 363, 366, 399-404, 406-407, 410-411, 413, 415, 417-418, 420-422, 431-433, 436-441;

MINORIAS

182, 184, 374;

MUNDO JURÍDICO

205;

NATUREZA JURÍDICA

116, 120, 122, 130;

NIETZSCHE

207, 211, 213;

OFERECIMENTO DE DENÚNCIA

60, 402;

PANDEMIA

57, 134-135, 137, 139-150, 269-270, 272, 278-279, 283-285, 288, 292, 296, 298-299;

PARTICIPAÇÃO

37, 46, 57, 60, 91, 97, 109, 146, 153, 155-158, 160-166, 168, 171-173, 175-177, 184, 283, 285-286, 331, 336-337, 386;

POLISSEMIA

45;

PONDERAÇÃO

127, 135, 137-139, 144, 146-147, 255, 260-262, 293-294;

PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

116, 120, 124-126, 129;

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

120, 127, 135, 138, 147, 262, 294;

RECURSOS FINANCEIROS

45-48, 50, 220, 232, 238, 245, 252-253, 259-260, 264, 269, 271-272, 276-279, 288, 297-298, 384;

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

105, 108-109;

RISCOS

25, 37, 147, 149, 424;

ROBERT KING MERTON

76-82, 84-85;

SANÇÕES

49, 78, 82-84, 117-121, 123, 130, 322, 330, 422;

SAÚDE

31, 47, 50-51, 83, 90-101, 134-135, 137, 139-140, 144-148, 150, 206, 223-224, 236-237, 252-253, 258, 262, 270-271, 273-278, 285, 294, 370-371;

SAÚDE PÚBLICA

92, 94, 98, 134-135, 140, 147-148, 258, 270, 278;

SINTOMAS

77, 426;

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

47, 91;

SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL

297;

SISTEMÁTICA INFRACONSTITUCIONAL

45, 47;

SOLIDARIEDADE FAMILIAR

105, 107;

SPINOZA

184-189, 191-194;

TEORIA DA ANOMIA

76, 78, 81, 85;

VAIDADE

206-207, 209, 211.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Helena Torezani

Coordenação-Geral

Aginaldo Alves

Controle Administrativo

Rebeca Aismini

Coordenação de Editoração

Rodrigo Silva França

Estagiário

Cristina Siqueira

Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha

Revisão

Ana Carla Pereira

Charles Luiz

Vitória Barboza

Estagiários

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*:

rmp@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*:

rmp@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

rmp@mprj.mp.br