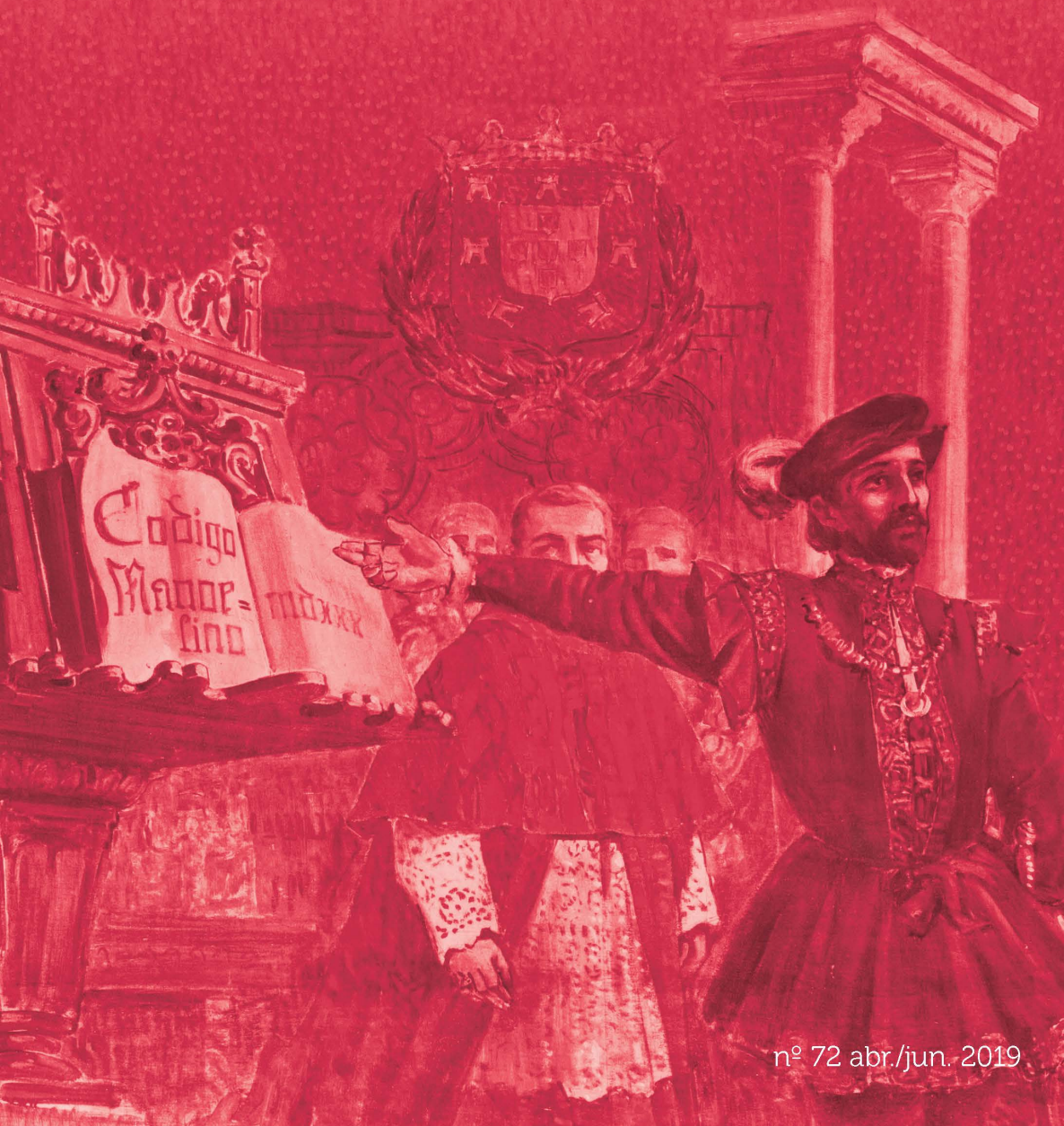


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



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

nº 72 abr./jun. 2019

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Luiza Torezani
Coordenação-Geral
Aginaldo Alves
Controle Administrativo
Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha
Revisão

Bruna Paiva
Luiz Otávio Maia
Estagiários

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico
Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

*A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu 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

1995-2018 (1 - 70)
2019 (71,72)

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

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

Fernanda Moreira Jorgensen
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos
Cíveis e Institucionais

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Ricardo Ribeiro Martins
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais
e de Direitos Humanos

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

Virgílio Panagiotis Stavridis
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Ana Cintia Lazary Serour
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

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

Membros eleitos

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

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Walberto Fernandes de Lima
Marcelo Daltro Leite
Anna Maria Di Masi
Lilian Moreira Pinho

Pelos Promotores de Justiça

Dennis Aceti Brasil Ferreira
Galdino Augusto Coelho Bordallo
Viviane Tavares Henriques
Vera Regina de Almeida

**Associação do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Ertulei Laureano Matos
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**

Georgea Marcovecchio Guerra
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, em sua 72ª edição, apresenta temas de alto relevo e inegável rigor científico, como “o papel do Ministério Público na efetivação dos direitos políticos”; “o Plano Nacional de Educação e políticas públicas”; “tópicos do novo Código de Processo Civil brasileiro”; “autonomia e aperfeiçoamento estrutural do Ministério Público de Contas”; “o uso da consensualidade na improbidade administrativa”; “a redução da idade penal”; “o Projeto *Pais em Paz*, desenvolvido pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro”; “uma breve discussão sobre o pacote anticrime do governo federal”; e, por fim, uma visão crítica acerca da “lógica normativa que permeia a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação”.

No observatório jurídico, o constitucionalista português Jorge Miranda trata de uma temática que ultrapassa as fronteiras das Nações, direcionando o seu enfoque à temática “direitos sociais e o recebimento de propinas no ensino superior”. Outra análise selecionada para o observatório é o da lavra da Promotora de Justiça Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento, que apresenta o ensaio intitulado “*Fostering Integrity Online: from open data to interpreted data*”, no qual realiza uma análise, em língua inglesa, do uso de aplicativos *online* para o aumento da transparência das contas públicas. No âmbito tributário, nosso consagrado autor, Ives Gandra, discorre sobre os 25 anos do Plano Real.

A prática cotidiana dos membros do Ministério Público é retratada em duas peças: a primeira responde a uma consulta formulada pela CSI, sobre a decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal, que determinou a suspensão dos inquéritos policiais e procedimentos de investigação criminal em tramitação nos ramos do Ministério Público brasileiro, até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP; a segunda é um parecer envolvendo a cobrança de taxa extra na matrícula de novos alunos, lavrado nos autos de ação coletiva ajuizada pelo PROCON-RJ, como desdobramento da “operação Professor Raimundo”, realizada em escolas particulares bilíngues.

A personalidade em destaque na “Memória Institucional” é o jurista Arnaldo Wald, o mais jovem Procurador-Geral de Justiça que o Estado do Rio de Janeiro já teve, cuja trajetória de vida deve ser conhecida.

Na seção de jurisprudência, são destacados seletos julgados do Supremo Tribunal Federal, todos do Estado do Rio de Janeiro, que discutem questões como o princípio da colegialidade; o foro por prerrogativa de função; e a ação civil pública em caso de políticas públicas. Do Superior Tribunal de Justiça, temas como tráfico de entorpecentes, nulidade de ato de investidura de servidor público e improbidade administrativa são os enfoques apresentados.

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

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Marcellus Polastri Lima – <i>In memoriam</i>	17
O Mandado de Segurança contra decisões jurisdicionais: evolução e o novo Código de Processo Civil brasileiro <i>Marcellus Polastri Lima</i> <i>Mariah Oliveira Santos de Queiroz</i>	19
A busca de novas soluções para velhos problemas: a experiência do Projeto Pais em Paz no CAO-Cível/MPRJ <i>Beatrice Marinho Paulo</i>	39
Reduzir a idade penal é constitucional? <i>Carolina Naciff</i>	53
A necessidade de aperfeiçoamento estrutural do controle externo: a autonomia do Ministério Público de Contas como imperativo da adversariedade <i>Emerson Garcia</i>	85
Consensualidade na improbidade administrativa: por que não? <i>Glauca Rodrigues T. de Oliveira Mello</i>	105
Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito <i>Jorge Lobo</i>	125
Estudo sobre o cumprimento da Meta 1 do Plano Nacional de Educação e o ciclo de políticas públicas garantidoras do direito fundamental à educação <i>Michelle Bruno Ribeiro</i>	147
A efetivação dos direitos políticos positivos por meio das candidaturas avulsas e o papel do Ministério Público <i>Renee do Ó Souza</i> <i>Leonardo Yukio D. S. Kataoka</i>	167
O caso da suspensão da CNH por dívida: para um agir normativo não discricionário e a justificação normativa adequada <i>Ricardo Diego Nunes Pereira</i>	181
“Pacote anticrime” – Art. 33, §1º, IV, 11343/06: a superação do enunciado 145, STF, e a renúncia ao conceito de bem jurídico <i>Tiago de Lima Santos Reid</i>	193

Observatório Jurídico

Fostering Integrity Online: from open data to interpreted data <i>Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento</i>	203
---	-----

25 anos do Plano Real <i>Ives Gandra Martins</i>	207
Direitos sociais e propinas no ensino superior <i>Jorge Miranda</i>	209

Peças Processuais

Parecer Administrativo. Consultoria Jurídica. Procuradoria-Geral de Justiça. Consulta formulada pela Coordenadoria de Segurança e Inteligência no que tange à análise, realizada pelo seu Laboratório de Combate à Lavagem de Dinheiro, dos Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs), elaborados pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, após decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal que determinou a suspensão dos inquéritos policiais e procedimentos de investigação criminal em tramitação nos ramos do Ministério Público brasileiro, instaurados a partir de informações constantes dos RIFs, quando não obtidos a partir de autorização judicial, até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP. <i>Emerson Garcia</i>	215
Peça Processual. Manifestação do Ministério Público. 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital. Ação Civil Pública. Cobrança de taxa extra na matrícula de novos alunos. Desdobramento judicial da fiscalização administrativa realizada pelo PROCON-RJ na denominada "Operação Professor Raimundo". <i>Pedro Rubim Borges Fortes</i>	223

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória.....	241
Arnoldo Wald: o mais jovem Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro	243

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no <i>Habeas Corpus</i> nº 166.801 / Rio de Janeiro. Alegação de nulidade por afronta ao princípio da colegialidade. Inexistência. Imputação da prática dos crimes previstos nos arts. 288, <i>caput</i> , 312, <i>caput</i> , do Código Penal e no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Destacado modo de execução. Gravidade concreta do delito. Fundamentação idônea. <i>Primeira Turma, 15.03.2019.</i>	269
---	-----

Jurisprudência Cível

- Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.015.386 / Rio de Janeiro. Improbidade administrativa. Ausência. Foro por prerrogativa de função. Competência. Justiça Federal. Interesse jurídico. União. Competência. Justiça Federal. Ação de improbidade administrativa. Hipótese. Desvio de verbas. Sistema único de saúde - SUS.
Segunda Turma, 21.09.2018. **283**
- Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.118.222 / Rio de Janeiro. Ação Civil Pública. Medidas de prevenção de desastres. Deslizamentos de encostas. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 279/STF.
Segunda Turma, 14.12.2018. **291**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

- Recurso em *Habeas Corpus* nº 107.032 / Rio de Janeiro (2018/0345564-6). Tráfico ilícito de entorpecentes. Associação para o tráfico. Negativa de autoria. Via estreita. Prisão preventiva. Segregação fundada na garantia da ordem pública. Gravidade concreta. Fundamentação idônea. Coação ilegal não demonstrada.
Quinta Turma, 21.03.2019. **299**

Jurisprudência Cível

- Recurso em Mandado de Segurança nº 50.547 / Rio de Janeiro (2016/0089780-8). Processual Civil e Administrativo. Enunciado Administrativo nº 02/STJ. Servidor público estadual. Fraude em concurso público. Declaração de nulidade do ato de investidura. Art. 42 da Lei Estadual nº 5.891/2011. Inaplicabilidade. Ausência de liquidez e certeza do direito. Duplo grau de jurisdição administrativa. Ausência de previsão constitucional. Precedentes.
Sexta Turma, 24.11.2016. **317**
- Recurso Especial nº 1.773.034 / Rio de Janeiro (2018/0266437-5). Administrativo e Processual Civil. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Indeferimento liminar. Petição inicial. *In dubio pro societate*.
Segunda Turma, 06.12.2018. **327**

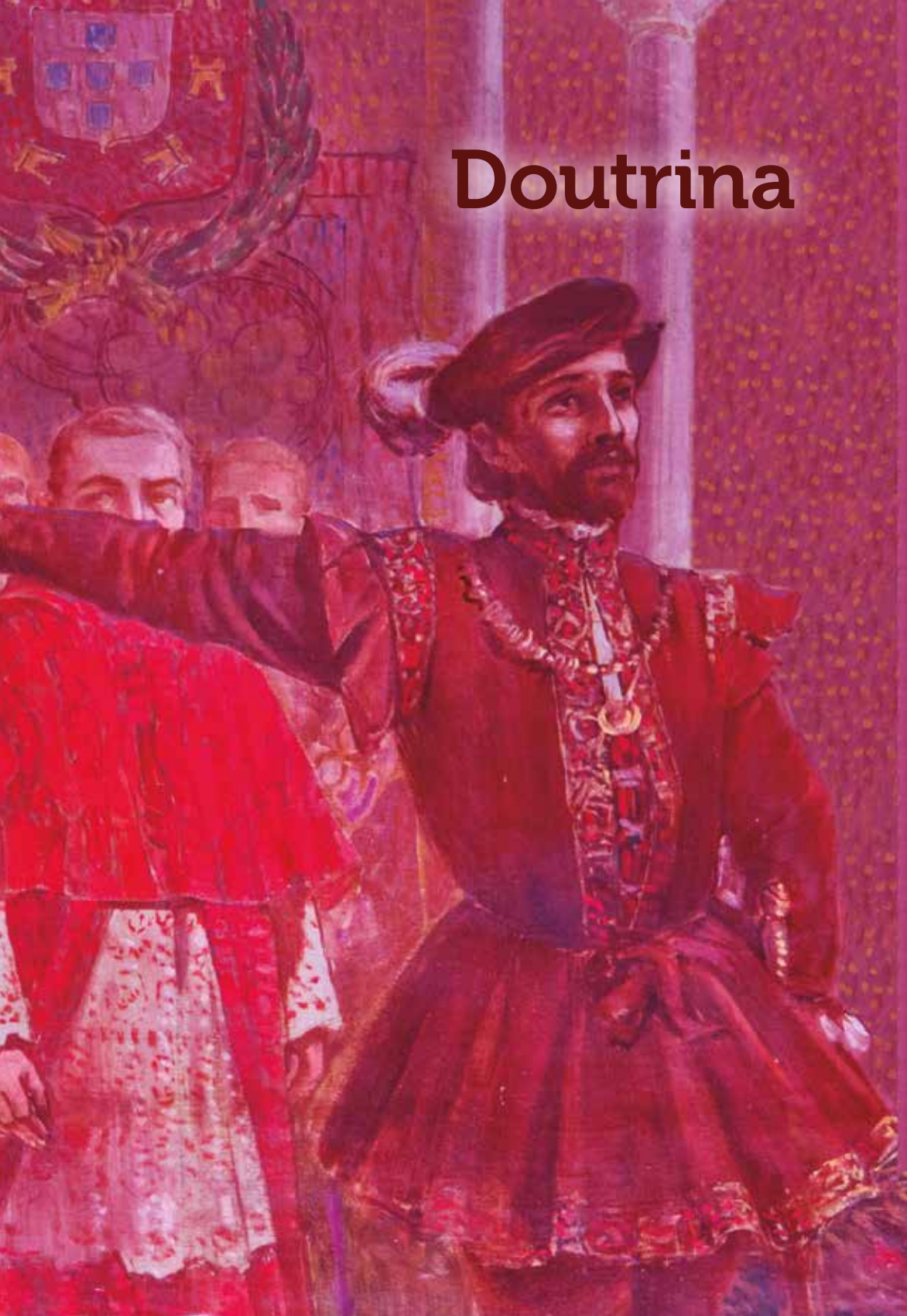
Noticiário

- MPRJ lança cartilha de prevenção e enfrentamento ao assédio moral e sexual **347**
- MPRJ dá posse a cinco novos Procuradores de Justiça **349**
- Prédio do CRAAI Nova Friburgo recebe o nome do Procurador de Justiça Hédel Luis Nara Ramos em sua homenagem **351**
- ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **353**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina





MARCELLUS POLASTRI LIMA

In memoriam

Marcellus Polastri foi um grande jurista brasileiro, autor de inúmeras obras e artigos de inegável relevância e, acima de tudo, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Ingressou na Instituição em 1987, no cargo de Promotor de Justiça, sempre dedicado à seara criminal. Em 2001, foi promovido ao cargo de Procurador de Justiça e durante 10 anos foi examinador titular da disciplina Processo Penal no concurso de ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público. Em 2011, foi agraciado com o Colar do Mérito.

Digno dos mais elevados enaltecimentos, era doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi professor-doutor da Universidade Federal do Espírito Santo e professor da Pós-Graduação em Ciências Penais do Instituto de Educação e Pesquisa do MPRJ; foi, ainda, pesquisador visitante no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal, Estrangeiro e Internacional da Universidade de Göttingen, na Alemanha, e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

O Mandado de Segurança contra decisões jurisdicionais: evolução e o novo Código de Processo Civil brasileiro

The Writ of Mandamus against jurisdictional judgment: evolution and the new Brazilian Code of Civil Procedure

Marcellus Polastri Lima*

Mariah Oliveira Santos de Queiroz**

Sumário

1. Introdução. 2. A implantação do Mandado de Segurança no ordenamento brasileiro. 3. O Mandado de Segurança como meio de impugnação de decisões jurisdicionais. 3.1. Meio de impugnação e abordagem da Lei nº 1.533/1951. 3.2. Meio de impugnação e restrições da Lei nº 12.016/2009. 4. O CPC/15 e a margem de uso do Mandado de Segurança como meio de impugnação. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é investigar a pertinência da ação de impugnação constitucional Mandado de Segurança, especificamente quando impetrado contra ato jurisdicional, apurando-se as restrições a seu manejo. Para tanto, pesquisou-se a evolução na legislação, na doutrina e na jurisprudência quanto à utilização desse remédio contra decisões jurisdicionais, a fim de se constatar sua pertinência atual como ação autônoma de impugnação e como foi o amadurecimento das fontes do Direito até a presente configuração, inclusive após o advento do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisador visitante em Processo Penal Comparado no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional na *Georg-August Universität* de Göttingen, Alemanha. Professor-Doutor da Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

** Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Fiscal de Tributos do Município de Cariacica/ES. Membro do Grupo de Pesquisa: Justiça e evidência, prova, verdade e processo contemporâneo da UFES. Membro do Grupo de Trabalho de Normatização da Legislação Tributária do Município de Cariacica/ES.

Abstract

This article aims at analyzing the pertinence of the action for constitutional objection Writ of Mandamus, specifically when it is filed against a jurisdictional act, establishing the restrictions on its use. In order to do so, the evolution in legislation and opinions of courts and jurists was researched regarding the use of this remedy against judicial judgment, in order to verify its current relevance as an autonomous action of objection and how the maturation of the sources of Law have been up to the present time, even after the advent of the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015.

Palavras-chave: Direito Processual. Mandado de Segurança. Impugnação. Decisão judicial. Código de Processo Civil. Código de Processo Penal.

Keywords: Procedural Law. Writ of Mandamus. Objection. Judgment. Code of Civil Procedure. Code of Criminal Procedure.

1. Introdução

Desde a sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro, o Mandado de Segurança vem sendo manejado como meio de impugnação de decisões jurisdicionais.

A configuração das sucessivas reformas legislativas, como será visto, por vezes aumentou e por outras, restringiu o manejo do *writ* com essa finalidade.

E o Código de Processo Civil de 2015? Que efeitos colaterais seu conteúdo trouxe a esse tema?

Pertinente, neste momento, é apreciar os avanços (ou retrocessos) desse instituto em nosso ordenamento e sua percepção na doutrina e jurisprudência, enquanto ação autônoma de impugnação, culminando com o exame de eventual consequência que possa advir do Código de Processo Civil de 2015.

2. A implantação do Mandado de Segurança no ordenamento brasileiro

A primeira previsão do Mandado de Segurança no ordenamento pátrio ocorreu na Constituição de 1934. Antes disso, porém, um outro *writ* já tinha previsão e era amplamente utilizado no Brasil: o *habeas corpus*.

O *habeas corpus*, que já estava previsto no Código de Processo Criminal do Império (1832), passou a ter sede constitucional já na primeira Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891.

Ocorre que, na Constituição de 1891, da forma que foi previsto, o *habeas corpus* não tinha um cabimento restrito para a coação da liberdade de locomoção do indivíduo (liberdade de ir e vir). Assim preconizava a então Constituição em vigor:

Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, *por ilegalidade ou abuso de poder*.

Como essa dicção tinha espectro muito amplo, encontrou-se um campo fértil para a utilização desse remédio heroico para fazer as vezes do que hoje se tenta obter com o mandado de segurança (esse último, repita-se, naquela ocasião, não tinha previsão no Brasil).

Nesse sentido, José Barcelos de Souza:

Falando assim, indeterminadamente, em violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, sem referir-se especificamente à liberdade de locomoção, favorecia-se o entendimento, sustentado por Rui Barbosade que o âmbito da garantia comportava ampliação. Isso certamente seria de encontrar boa receptividade, à falta de um outro remédio, como o mandado de segurança, inexistente na época.¹

Surgia, assim, a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que fazia com que esse fosse um *remédio* para todas as coações, ilegalidades e abuso de poder.

Pertinente ao tema, Rui Barbosa, em discurso perante sessão do Senado, sustentou:

[...] Logo, srs. senadores, o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas-corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade. Desde que a Constituição, srs. senadores, não particularizou os direitos que, com o *habeas-corpus*, queria proteger contra a coação ou contra violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coação todo e qualquer direito que ellas podiam tolher e lesar nas suas manifestações².

Ou seja, no início do século XX, era o *Habeas Corpus* o remédio autorizado para esos que, após meados do mesmo século e até hoje, se impugnam com uso do mandado de segurança.

Contudo, a reforma da Constituição de 1891, ocorrida em 1926, sob a presidência de Artur Bernardes, trouxe novidades. Notou Seabra Fagundes:

¹ SOUZA, Jose Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Editora Forense, 1995, p.148.

² BARBOSA, Rui. O *habeas-corpus*. In: *Coletânea jurídica*, Cia. Editora Nacional, 1928, p.58.

[...] a reforma constitucional de 1926, retrogradando no campo das garantias individuais, procurou cercear, com a nova redação do texto relativo ao *habeas corpus*, a orientação até aí acolhida pela jurisprudência do Supremo.³

Essa reforma, portanto, limitou a utilização para o uso do *habeas corpus* para as questões relativas à prisão ilegal ou violenta, ao constrangimento ilegal e ao direito de locomoção.

Quando dessa reforma de 1926, já se pensava em uma previsão do mandado de segurança no Brasil, deixando ao *habeas corpus* somente a finalidade de proteger a liberdade de locomoção. Asseverou a respeito José Barcelos de Souza:

Encerrava-se, assim, já com a expectativa da regulamentação do mandado de segurança – notável criação do direito brasileiro – a aplicação da chamada “teoria brasileira do *habeas corpus*”. O *h.c.* voltou a seu padrão clássico: só para a liberdade de locomoção.⁴

E concluiu o Mestre das Alterosas que:

[...] a influência daquele uso do *habeas corpus* para a defesa de direitos que hoje são protegidos pelo mandado de segurança podem ser responsáveis por equívocos que tempos depois ainda sucederam.⁵

Entretanto, o Mandado de Segurança só figurou pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio na Constituição de 1934, vindo a ser regulamentado pela Lei nº 191 de 1936, e, nessa primeira previsão legal, continuava a inspiração com a medida irmã do processo penal, pois, de acordo com Celso A. BARBI:

[...] a referência a direito certo e incontestável e o rito processual idêntico ao do *habeas corpus* mostram a atuação dos que procuraram construir um *habeas corpus* civil, pois, além da forma, adotaram até mesmo a linguagem da doutrina brasileira daquele *writ*. A referência à ação petítória, geralmente contraposta à ação possessória nos livros de direito civil, é obra dos que pretendiam construir o instituto como extensão da posse aos direitos pessoais.⁶

³ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1942. p. 254.

⁴ SOUZA, José Barcelos de.

⁵ SOUZA, José Barcelos de.

⁶ BARBI, Celso. *Do Mandado de Segurança*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 33-34.

Pontue-se que a regulamentação feita pela Lei nº 191, de janeiro de 1936, excluiu do âmbito do mandado de segurança a ofensa à liberdade de locomoção, questões de cunho político e, quando fosse apenas ato disciplinar. Não cabia o remédio, também, se o ato fosse impugnável por recurso administrativo que não exigisse fiança, depósito e/ou caução.

Com o Golpe Político de 1937, vieram ainda mais restrições, como se viu do Decreto-Lei nº 6 de 1937, que passou a impedir o mandado de segurança para impugnar os atos do Presidente da República e de Ministros de Estado e de Governadores.

Ademais, não houve inclusão do mandado de segurança na Constituição de 1937, ocasião em que a ação em comento só era prevista na legislação ordinária.

A presença do *writ* foi retomada na Constituição de 1946, na qual, em seu art. 141, parágrafo 24, figura como garantia constitucional individual e, a partir daí, passou a ter regulamentação na legislação infraconstitucional pela Lei nº 1.533 de 1951 “para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

Desde a Constituição de 1946, sempre foi previsto nas Constituições que a sucederam.

Na Constituição de 1967, estava previsto no art. 150, parágrafo 21, com a finalidade de:

[...] proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder⁷.

Pelo que se viu, mesmo ao longo do regime militar, foi mantido o mandado de segurança nas Constituições, inclusive da Emenda Constitucional 1 de 1969, em seu art. 153, parágrafo 21.

Por fim, a presente Constituição, de 1988⁸, no artigo 5º, inciso LXIX, preconiza:

[...] conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Em 2009, adveio a Lei nº 12.016, a qual passou a regular o Mandado de Segurança, trazendo a limitação de não concessão do *writ* quando se tratar (art. 5º, *caput*) “de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo” (inciso II).

⁷ A Constituição de 1967 trouxe a novidade de cabimento do mandado de segurança para atos de “seja qual for a autoridade”.

⁸ A grande novidade da CF de 1988, o inciso LXX, que passou a prever o Mandado de Segurança Coletivo.

Demonstradas as previsões da ação mandamental nos diplomas ao longo da história de nosso ordenamento jurídico, passa-se a apreciar especificamente o seu manejo enquanto meio de impugnação.

3. O Mandado de Segurança como meio de impugnação de decisões jurisdicionais

Há que se pontuar que, de um modo geral, todas as leis que regiam o mandado de segurança traziam a previsão de cabimento do *writ* em face de ato de autoridade que ofendesse direito certo.

Nesse tocante, uma vez que os magistrados indubitavelmente são autoridades públicas, surge o questionamento quanto à adequação dessa ação constitucional para atacar decisões judiciais em sentido estrito, ou seja, de decisões proferidas no exercício da função jurisdicional.

Vale lembrar que os órgãos do Judiciário também exercem função administrativa quando, por exemplo, na gestão de seu pessoal, e legislativa, como quando edita seu regimento interno. Mas o objeto do presente questionamento se limita às decisões proferidas no exercício de sua função precípua, de dizer o direito.

A irrisignação ante as decisões jurisdicionais pode se manifestar por meio de recursos e ações autônomas de impugnação⁹.

Como um dos autores do presente artigo já distinguiu:

[...] os recursos não instauram nova relação processual e, sim, prorrogam a relação já instaurada no processo, mas, ao contrário, as chamadas ações de impugnação instauram nova relação processual. São, assim, ações e não recursos, instaurando-se novo procedimento de impugnação de decisões¹⁰.

É importante não confundir a expressão “mesmo processo” com “mesmos autos”. A título ilustrativo, no processo civil, a interposição de agravo de instrumento implica formação de novos autos, mas não a instauração de uma nova relação processual, ao revés, apenas estende a já existente.

Por sua vez, conforme esclarecido no excerto *supra*, as ações autônomas de impugnação iniciam uma nova relação processual. Inclusive, por conta disso, com necessidade de nova citação.

A pergunta que se faz é: pode o Mandado de Segurança ser utilizado para impugnar qualquer decisão jurisdicional?

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. vol. V: arts. 476 a 565. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 232.

¹⁰ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 1329.

Para responder a essa pergunta, teremos que analisar, na evolução histórica do *mandamus*, como se postava a questão ante a vigência das leis que se sucederam e, ainda, com alguma diferenciação entre as áreas civil e criminal.

É cristalino que o recurso é o mais importante instrumento para a impugnação de decisões jurisdicionais. Por outro lado, outros meios podem servir ao objetivo, mormente se a decisão ou despacho for irrecurável, ou, ainda, se o recurso por si só não pode produzir o efeito desejado, dada a necessidade urgente de outra medida.

Em razão disso, na prática, a parte se vê na contingência de ter que buscar outros meios de impugnação para atacar decisões jurisdicionais e tais meios mais comuns apontados são ações autônomas de impugnação, como é o caso do mandado de segurança.

Guilherme Estellita já defendeu o cabimento da correção parcial contra ato judicial ao invés do mandado de segurança¹¹, pois esse não apresentaria “qualquer dos graves e perturbadores inconvenientes do mandado de segurança”. Porém, como adverte José Barcelos de Souza, “de fato, ainda os tem e não poucos. Na Justiça penal, em que se pode sentir seu procedimento desvantajoso em relação ao *habeas corpus*, vem cedendo lugar a este em muitos casos”.¹²

Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha¹³ afirmam que começa a se dar a utilização do Mandado de Segurança contra ato judicial com o seu surgimento em 1934, quando assim era porque não havia empecilho legal, e o que se discutia era que a autoridade coatora poderia ser também o juiz, ou seja, se esse seria uma autoridade para aquele fim.

Com a Lei nº 1.533 de 1951, passa a existir uma previsão legal de utilização do *mandamus* contra atos judiciais, só se fixando a restrição do art. 5º, inciso II, de que não se daria o mandado de segurança quando se tratasse: “[...] II – de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção.”

Assim, o impetrante teria que fazer um juízo se a hipótese poderia ser impugnada recurso ou por correção parcial e, assim, só caberia o mandado de segurança se fosse esse a única forma de impugnar o ato judicial.

Já com o CPC de 1973, passa a se entender que toda decisão judicial seria atacável por recurso e aí se começou a entender que o inciso II do art. 5º da Lei nº 1.533 de 1951 não seria mais aplicado. Entretanto, como veremos adiante, boa parte da doutrina ainda defendia a possibilidade de impugnação via mandado de segurança, só sendo impossível o remédio quando o recurso cabível tivesse possibilidade por si só de ter o “efeito suspensivo” e, além disso, julgados ainda exigiam que houvesse possibilidade de “dano irreparável”.

Com o advento da Lei nº 12016/2009, é previsto expressamente que: “Não se concederá mandado de segurança quando se tratar” (art. 5º, *caput*) “[...] de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo” (inciso II).

¹¹ ESTELLITA, Guilherme. Mandado de segurança contra ato jurisdicional. In: *Revista Forense*, nº 132, p. 341.

¹² Cf. SOUZA, José Barcelos de. Do *Habeas Corpus*. In: *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, nº 25, 2012.

¹³ CHEIM JORGE, Flávio; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral. In: *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*. vol. 6, 2014. p. 78-81

Não obstante, como se detalhará mais adiante, mesmo com a Lei de 2009, ficaram restando duas hipóteses em que se poderia utilizar o Mandado de Segurança para impugnar decisão jurisdicional, sem que se recorresse de forma concomitante, quais sejam: 1. se impetrado o *mandamus* por terceiro ou se a decisão a ser atacada for considerada teratológica, considerando-se, ainda, que o recurso cabível pode não ser suficiente para resguardar o direito da parte.

Dessa forma, na verdade, a finalidade do *mandamus*, mesmo após o CPC/73, no qual existe em regra recurso para as decisões judiciais é a de se atribuir suspensivo a um recurso interposto, mas que não tenha efeito suspensivo. Além de se recorrer, portanto, se impetrava o *mandamus* para fins de se obter o recurso suspensivo.

3.1. Meio de impugnação e abordagem da Lei nº 1.533/1951

Conforme pontuado anteriormente, quando da regulamentação da ação constitucional pela Lei nº 1.533/1951, foi inserido que não caberia Mandado de Segurança em face de “despacho ou decisão judicial, quando houvesse recurso previsto nas leis processuais ou pudesse ser modificado por via de correção” (art. 5º, II).

Embora em posição minoritária, havia abalizada posição doutrinária, na qual se insere Sérgio Ferraz, que sustentava a inconstitucionalidade da restrição do objeto do mandado de segurança por lei.

Segundo tal corrente, em sendo uma ação constitucional, as restrições para impetração do Mandado de Segurança deveriam ser apenas as previstas no diploma magno, não podendo ato infraconstitucional restringir seu manejo, mas apenas regulamentar as previsões constitucionais.

Segundo Ferraz:

A possibilidade de arrasadora ofensa a direito líquido e certo é muito mais aguda no ato jurisdicional que no legislativo típico ou até mesmo no administrativo [...]; só por aí, já se teria justificação suficiente para uma postura intensamente liberal quanto à admissão do mandado de segurança contra ato jurisdicional. O mandado de segurança só deve usar a Teoria Geral do Processo naquilo que não restrinja seu alcance e âmbito de incidência, cunhados exaustiva e totalmente na Lei Maior [...]; não há sentido, *venia concessa*, em se invocar teratologias de dano efetivo e objetivamente irreparável ou inexistência de recurso de efeito suspensivo (e, não obstante, de obrigatória utilização! [...]), como pressupostos ou condicionamentos à impetração do *writ* contra ato jurisdicional! [...]¹⁴

¹⁴ FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 182.

Dessa forma, o autor criticava aqueles que afirmavam que as balizas da ilegalidade ou do abuso de poder seriam insuficientes para fins de impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional. Segundo ele, tais critérios, por serem constitucionais, bastariam, por eles mesmos (e só eles seriam exigíveis) para a impetração, qualquer que fosse a origem do coator, sendo que não se podem ter critérios diferentes para o mandado de segurança contra ato de juiz e ato de autoridade administrativa.

E arrematava:

[...] cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional que, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, ameaça ou viole direito líquido e certo e só! A irreparabilidade do dano ou a inexistência do recurso com efeito suspensivo, ou a teratologia ensejada pelo ato não são critérios de admissão em tese do *mandamus*. Funcionam, sim, como critérios de concessão de medida liminar ou tutela antecipada [...].¹⁵

Enquanto a maior parte da doutrina militava no sentido de que a ausência de restrições poderia abarrotar os tribunais com esse remédio constitucional, o mencionado autor defendia que esse era um problema de administração judiciária e não de respeito às balizas constitucionais. E reforçava que parâmetros processuais não poderiam se sobrepor a diretrizes constitucionais.

É possível concluir que, se fosse adotada essa posição dissidente, só persistiria esta limitação: a subsidiariedade do *mandamus* ante o *habeas corpus* e o *habeas data*.

Contudo, a jurisprudência se firmou pela constitucionalidade da restrição legal quanto ao cabimento do Mandado de Segurança, tendo o Supremo Tribunal Federal editado na seção plenária de 13 de dezembro de 1963 o seguinte enunciado sumular 267, ratificando que: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

De fato, embora não se ignore a superioridade hierárquica da constituição ante a lei, a interpretação das disposições do ordenamento deve ser feita de forma sistemática.

Ora, a própria Constituição prima pela segurança jurídica, pela celeridade e eficiência processuais (embora institutos positivados mais recentemente já pudessem anteriormente ser depreendidos como princípios decorrentes de sua interpretação sistemática).

Prever a possibilidade de dois instrumentos distintos simultaneamente atacarem uma mesma decisão poderia até mesmo ter como desfecho duas decisões discrepantes.

Além disso, o *writ* é antes de tudo uma ação e, para dela se valer, a parte deve demonstrar interesse processual, por meio do binômio necessidade-adequação.

¹⁵ FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p.183.

Ora, que interesse processual (condição da ação) tem a parte em se utilizar de uma ação autônoma, com necessidade de formação de uma nova relação processual, quando já tem um processo em desenvolvimento e pode se valer de um meio de impugnação em seu próprio bojo?

Não se pode perder de vista que, para a impetração do *mandamus* com fins de impugnar decisão jurisdicional, a parte contrária do processo originário tem que ocupar o polo passivo do *writ*.

Trata-se de hipótese de litisconsórcio passivo necessário, conforme já pacificado, sendo, inclusive, objeto de dois enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal.

O enunciado 631 do STF preconiza que: “extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário”.

Já o enunciado 701 tem a seguinte dicção: “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”.

Isto posto, que interesse teria o impugnante em iniciar uma nova relação processual e em decorrência disso ter que enfrentar nova fase citatória?

De fato, parece nítida a não satisfação desta condição da ação: interesse.

A única hipótese que a parte poderia demonstrar interesse seria no caso de, já tendo perdido o prazo recursal, querer se valer do *writ* ante o seu lato prazo de cento e vinte dias. Contudo, embora nesse caso houvesse interesse, não haveria boa-fé processual, pois a parte estaria se utilizando do remédio constitucional simplesmente para burlar uma preclusão, atentado contra a segurança jurídica do *procedere*, do “caminhar para frente” do processo.

O certo é que, consoante a Lei nº 1.533/1951, acabou se positivando o não cabimento de Mandado de Segurança para se impugnar decisão jurisdicional atacável por recurso e o STF acabou por concluir por sua constitucionalidade.

Todavia, na prática, permaneceu o costume de se manejar o Mandado de Segurança quando, embora houvesse recurso, esse fosse desprovido de efeito suspensivo, sob o argumento de que aquele recurso não teria o condão de afastar o chamado “dano irreparável”.

Porém, deve se atentar que parte da doutrina defendia que o meio próprio para obter efeito suspensivo nessas circunstâncias deveria ser a medida cautelar, pois o *mandamus* seria próprio só se fosse para atacar a própria decisão judicial.

Cheim e Abelha asseveram que a medida cautelar:

Será instrumental, na medida em que o seu objetivo não será a satisfação do direito material, mas apenas a criação de situação fático-jurídica para que esse direito possa ser resolvido no

processo principal. Resguardar-se-á, pois, o resultado útil do recurso interposto. Terá autonomia procedimental e substancial, com procedimento próprio e específico. A cognição sumária é que marcará o seu julgamento [...]»¹⁶.

Mas, vejamos como a questão era posta em relação às duas últimas leis que cuidaram do Mandado de Segurança e as restrições que evolutivamente a jurisprudência foi fixando para o manejo do Mandado de Segurança enquanto ação autônoma de impugnação.

Em 05/12/1973, tivemos o julgamento do Recurso Extraordinário 76909 pelo Tribunal Pleno do STF, com a seguinte ementa:

ACÇÃO DE SEGURANÇA FORMULADA PARA IMPUGNAR ATO JUDICIAL. É ADMISSÍVEL NO CASO EM QUE DO ATO IMPUGNADO ADVENHA DANO IRREPARÁVEL CABALMENTE DEMONSTRADO. 2. VOTOS VENCIDOS. 3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO.¹⁷

E, ao exame do inteiro teor do acórdão, vê-se que se concluiu pela possibilidade de se utilizar o *mandamus*, mesmo quando havia previsão legal de recurso, desde que esse fosse desprovido de efeito suspensivo.

3.2. Meio de impugnação e restrições da Lei nº 12.016/2009

Em 2009, com a Lei nº 12.016, que passou a regular o Mandado de Segurança, essa foi a posição adotada, passando-se a prever que: “Não se concederá mandado de segurança quando se tratar” (art. 5º, *caput*) “de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo” (inciso II).¹⁸

Conforme Decomain¹⁹, a parte deveria interpor o recurso cabível, impetrando o *writ* apenas para conferir-lhe efeito suspensivo.

No mesmo sentido era a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

Inadmissível é o mandado de segurança como substitutivo do recurso próprio, pois por ele não se reforma a decisão impugnada,

¹⁶ CHEIM JORGE, Flávio; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral. In: *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, vol. 6, 2014. p.92..

¹⁷ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=172412>. Acesso em: 26/05/2016.

¹⁸ Note-se que foi retirado o impedimento de impossibilidade de se impetrar o *mandamus* quando fosse cabível a correção parcial.

¹⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei nº 12.016/2009*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 209.

mas apenas se obtém a sustação de seus efeitos lesivos aos direitos líquido e certo do impetrante, até a revisão do julgado do recurso cabível. Por isso mesmo, a impetração pode – e deve – ser concomitante com o próprio recurso (apelação, agravo, correção parcial), visando unicamente a obstar lesão efetiva ou potencial do ato judicial impugnado.²⁰

Antes de prosseguir, ainda no que se refere à suspensão de decisão jurisdicional, é preciso fazer uma ressalva no que se refere às pessoas jurídicas de direito público. Isto porque estas têm instrumento próprio para obstar a geração de efeitos de decisão jurisdicional que possa gerar lesão a interesse público. É o caso da suspensão de segurança (art. 4º da Lei nº 4.348 de 1964), a qual não se presta a reformar a decisão atacada, mas apenas a suspender-lhe os efeitos.

Porém, registre-se que Leonardo Carneiro José da Cunha²¹ entende que, mesmo diante da previsão desse instrumento especial, a fazenda pública poderia se valer de Mandado de Segurança em face de ato jurisdicional.

Quanto à questão da impetração da ação constitucional em conjunto, ou não, com recurso, em duas hipóteses já se apontava que cabível seria o Mandado de Segurança para impugnar decisão jurisdicional, mesmo sem a necessidade concomitante de interposição de recurso: sendo impetrado o *mandamus* por terceiro ou quando a decisão atacada fosse teratológica.

Luiz Fux já defendia que o *mandamus* pode ser operado para atacar decisão judicial, independentemente de interposição de recurso, desde que o recurso cabível não fosse suficiente para resguardar o direito pretendido pela parte, *verbis*:

O art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 exclui o mandado de segurança contra atos judiciais, quando os mesmos puderem ser impugnados através de recurso previsto nas leis processuais. A exegese do dispositivo deve ser empreendida em consonância à amplitude conferida ao Mandado de Segurança pela Constituição Federal, entendendo-se a restrição incidente tão somente nas hipóteses em que o recurso ou a via correccional puderem garantir efetiva proteção ao direito que se pretende tutelar, sem a mais firme possibilidade de dano irreparável, por isso que o recurso ou a correção admissíveis devem ser dotados de efeito suspensivo apto a sustar ou evitar as consequências do ato lesivo. Em outros

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 44.

²¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em Juízo*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2009. p. 439.

termos, o Mandado de Segurança não deve ser desfigurado de sua missão constitucional, substituindo recursos previstos no sistema processual. Deveras o Mandado de Segurança poderá ser manejado contra decisão judicial somente se o sistema não oferecer mecanismo recursal eficaz para afastar os efeitos da decisão ou, de acordo com alguns precedentes do STF, se a decisão for causadora de dano irreparável ao impetrante da medida²².

Retomando o raciocínio, a impetração do *writ* junto a tribunais para conferir efeito suspensivo aos recursos perdia a razão de ser muitas das vezes, depois das reformas do Código de Processo Civil pelas Leis nº 9.139/95, nº 10.352/2001 e, finalmente com a Lei nº 11.187/2005, já que essas ampliaram os poderes do relator do recurso, possibilitando que este conferisse efeito suspensivo a recurso.

Em edição mais antiga de seu livro *Teoria geral dos recursos cíveis* (2004), Flávio Cheim Jorge fazia referência à Lei nº 9.139/95, que alterou o regime do agravo e mencionava a Lei nº 8.952/94, que previa a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, *verbis*:

Essas leis tiveram o condão de alterar, consideravelmente, o nosso sistema recursal, instituindo a possibilidade de concessão do efeito suspensivo ou subtração do efeito suspensivo "*ope judicis*", isto é, por intermédio do convencimento do juiz.²³

Assim, após as reformas de 1995, 2001 e finalmente a de 2005, quando o recurso não fosse dotado de efeito suspensivo próprio (*ope legis*), a ele poderia ser atribuído efeito suspensivo impróprio (*ope judicis*).

Dessarte, após a dilatação dos poderes do relator, esvaziou-se a utilidade do *writ* para mera concessão de efeito suspensivo.

Mas continuava a ser cabível o *mandamus* e utilizado na prática para fins de se dar efeito suspensivo a recursos e persistia, mormente nas hipóteses de decisões teratológicas, a possibilidade para atacar decisões para os quais a interposição do recurso existente não fosse capaz de afastar o dano irreparável e a impetração por terceiro, que não tivesse integrado o processo principal.

A utilização do *mandamus* para fins de se impugnar ato judicial é muito frequente no processo penal, já que somente uma parte das decisões interlocutórias é recorrível, pois as hipóteses de recurso em sentido estrito são limitadas a certas decisões ou "despachos" como se vê do artigo 581 do CPP.

²² FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 40.

²³ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 286.

Consoante Renato Brasileiro de Lima²⁴, casos comuns de impetração do *mandamus* são: indeferimento do pedido de habilitação do assistente de acusação; para proteção da pessoa jurídica no processo; contra decisão de sequestro de bens e para dar ao advogado acesso ao inquérito, exceto quanto às diligências em andamento. Podem-se apontar, ainda, hipóteses teratológicas que, por absurdo, já aconteceram (e não tão incomum assim), como o juiz tentar fazer a votação do júri em público, fora da sala secreta ou negar ao Ministério Público o assento à sua direita nas salas de tribunais, como determina a lei.

O referido autor menciona ainda o manejo desse *writ* para atacar decisão contra a qual não haja recurso com efeito suspensivo. Contudo, conforme esse autor, existiria a subsidiariedade do *writ* para impugnar decisão judicial.

Assim, no processo penal, é comum a utilização do mandado de segurança contra atos jurisdicionais, sendo tal prática comum e com aceitação pacífica na doutrina, *verbis*:

A verdade é que, no curso da demanda, surgem com bastante frequência atos jurisdicionais ilegais cuja execução é apta a provocar dano irreparável a uma das partes. E a existência de recurso contra esse ato pode não ser suficiente para evitar o dano, quando a impugnação não tiver efeito suspensivo. Nesses casos, o único meio capaz de evitar o dano é o mandado de segurança, notadamente pela suspensão liminar do ato impugnado. Pode-se afirmar, portanto, que se o *writ* não pretendia, inicialmente, ser instrumento de controle de atos jurisdicionais, as necessidades da vida judiciária acabaram levando-o a preencher essa finalidade²⁵.

Segundo Júlio de Castilhos:

O juiz não poderá denegar as diligências complementares caso a sua decisão afronte a lei ou o sistema jurídico como um todo, porque neste caso estar-se-á diante do fenômeno denominado abuso de direito. Se o magistrado decidir com ilegalidade ou abuso de poder, decisão esta irrecorrível como no caso ora em exame de denegação de diligências complementares, será cabível o mandado de segurança.²⁶

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal volume único*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 1746.

²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²⁶ CASTILHOS, Julio de. O mandado de segurança como instrumento adequado para impugnar decisão denegatória de diligências complementares no processo penal. *In: Revista Jurídica Lex*, vol. 68, 2014, p.447-457.

Basta que estejam presentes as seguintes características: a) manifesta ilegalidade ou abuso de poder a ofender direito líquido e certo, isto é, apurável sem necessidade de dilação probatória; b) irreparabilidade do dano pelos remédios processuais comuns. A existência de dano configura o interesse de agir na ação de mandado de segurança.

Segundo, ainda, Castilhos:

[...] sempre que se esteja diante de situação em que: 1) a decisão judicial negue o requerimento de realização de diligências complementares; 2) o juiz se negue a agir de ofício; 3) o juiz se negue, quando instado pela parte, a produzir a prova como prova do juízo, sendo que a justificativa apresentada pelo juiz em qualquer uma dessas três situações seja ilegal ou contenha em seu bojo abuso de poder (saliente-se que nessas condições o ato judicial sempre causa dano substancial a partes requerente, por ser irrecurável), a utilização do mandado de segurança se apresenta como o instrumento adequado para impugnar o ato jurisdicional ilegal ou abusivo²⁷.

Consoante Douglas Fischer:

De fato, não se pode afastar o mandado de segurança no âmbito penal. É preciso, unicamente, sua utilização de forma excepcional, quando os recursos previstos não forem aptos a afastar de pronto a ilegalidade (melhor seria a teratologia) ou se estiverem diante de ato irrecurável que causar gravame substancial às partes.²⁸

4. O CPC/15 e a margem de uso do Mandado de Segurança como meio de impugnação

Flávio Cheim Jorge²⁹ destaca que, na sistemática do Código de Processo Civil promulgado em 2015, todos os recursos são passíveis de concessão de efeito suspensivo por magistrado.

Por tal razão, Daniel Amorim Assumpção Neves sustenta que a decisão jurisdicional só seria atacável por Mandado de Segurança quando o recurso contra ela não tiver nem puder ter efeito suspensivo. E acrescenta:

²⁷ CASTILHOS, Julio de. O mandado de segurança como instrumento adequado para impugnar decisão denegatória de diligências complementares no processo penal. In: *Revista Jurídica Lex*, vol. 68, 2014, p. 447-457.

²⁸ FISHER, Douglas. *Recursos, habeas corpus e mandado de segurança*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 250-251.

²⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 392.

Justamente por concordar com esse entendimento, tenho extrema dificuldade na admissão do mandado de segurança contra decisão que possa ser atacada por recurso, independentemente da previsão de efeito suspensivo, porque parto da premissa de que todo recurso tem efeito suspensivo impróprio.³⁰

Postas tais assertivas, como fica a pertinência da ação constitucional em comento em face de decisões jurisdicionais no contexto do Código de Processo Civil promulgado em 2015?

Vejamos: no CPC/73, o cabimento do agravo era amplo e esse poderia ser interposto em face de qualquer decisão interlocutória (art. 522).

Interpunha-se agravo na forma retida (art. 522, com redação dada pela Lei nº 11.187/2.005), salvo quando a decisão fosse “suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”. Nesse último caso, interpunha-se o agravo de instrumento, ao qual o relator poderia atribuir efeito suspensivo.

Desse modo, em havendo risco de dano irreversível, qualquer decisão interlocutória era atacável por agravo de instrumento, passível de atribuição de efeito suspensivo *ope judicis*. Como já abordado detidamente, tal previsão esvaziava o interesse pelo Mandado de Segurança contra decisões no processo civil.

Ocorre que o regramento do agravo de instrumento foi muito alterado no CPC/15, já que o artigo 1.015 do CPC/15 lista onze hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e acrescenta que, além dessas, é também cabível em “*outros casos expressamente referidos em lei*”.

É certo que o rol do art. 1.015 não é exaustivo, pois pode haver outras hipóteses no próprio código ou em outras leis. Todavia, deixa claro que só se poderá interpor esse agravo em hipóteses expressamente descritas. Assim também o é no Recurso em sentido estrito do Processo Penal.

Diante disso, vê-se que o CPC/15 se aproxima do CPP, ao restringir o cabimento de impugnação a decisões interlocutórias, ou seja, temos agora um “agravo em sentido estrito”, como no CPP (*sic*).

O que é certo é que o sistema do NCPC diverge vertiginosamente do código anterior, no qual todas as decisões interlocutórias eram passíveis de agravo (retido ou de instrumento). No diploma anterior, bastava que a decisão trouxesse risco de dano irreparável para poder ser atacada pela modalidade de instrumento, não importando o conteúdo ou o momento procedimental da decisão.

Essa mudança gera uma nova questão: com a nova disciplina do agravo de instrumento no CPC/15, surgirá uma nova gama de decisões irrecorríveis.

³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1453.

Ao que parece, o legislador tentou, com o Código de 2015, reduzir o número de recursos, notadamente de agravos de instrumento, para conferir celeridade aos processos e desafogar os tribunais.

Todavia, é provável que a restrição ao agravo de instrumento dê ensejo a uma nova multiplicação de *writs* contra decisões interlocutórias.

Isso porque, como vimos, desde o *leading case* de 1973 do Supremo Tribunal Federal, é pacífico o entendimento de que o Mandado de Segurança pode ser manejado contra decisão jurisdicional irrecurável, desde que passível de gerar dano irreparável.

Ou seja, “deram um tiro no pé”, pois não se satisfaz a nenhum dos dois objetivos. A uma, porque os Mandados de Segurança aumentarão nos tribunais, de modo a não representarem redução de julgamentos. A duas, porque, ao invés de celeridade, o manejo do *mandamus* como sucedâneo recursal do agravo é mais lento e mais custoso que este, pois demandará a instauração de uma nova relação processual.

Neste ponto, mostra-se relevantíssimo conhecer a história do mandado de segurança no Brasil, conforme trazido no início deste artigo.

Ora, ao conhecer os avanços e retrocessos das hipóteses de cabimento ao longo do tempo, seja pelas mudanças progressivas observadas na legislação, doutrina e jurisprudência, percebe-se a existência de um círculo vicioso, como consequência das alterações das hipóteses de cabimento e de restrições impostas ao *writ*.

Façamos uma síntese de todo o apanhado já feito.

Inseriu-se, inicialmente, o Mandado de Segurança no ordenamento para restringir o uso do *Habeas Corpus* (momento em que foi suplantada a doutrina brasileira do *Habeas Corpus*), dando objeto próprio a cada um.

Posteriormente, inchou-se o uso de Mandado de Segurança contra decisões jurisdicionais.

Mais adiante, ampliou-se o cabimento do agravo para qualquer decisão interlocutória. Nessa época, já havia crítica de doutrinadores abalizados, como Sérgio Ferraz, no sentido de que tal medida não desafogaria os tribunais. Isso porque, embora diminuísse o número de Mandados de Segurança nos tribunais, aumentaria o número de agravos, conforme observado pelo mencionado autor:

[...] as alvissaras iniciais se revelaram precipitadas: o número considerável de mandados de segurança se viu substituído por um número correspondente de agravos de instrumento [...] a tal ponto esses recursos cresceram, que hoje qualquer Tribunal conta com um setor específico de agravos de instrumento. Doutra parte, a razoável insistência dos advogados na busca do convencimento pessoal do relator do *writ*, para conceder liminar, foi apenas substituída pelos

mesmos nível e intensidade das iniciativas, tendo, agora, por objeto, a tentativa de outorga de efeito suspensivo ao agravo ou concessão de tutela antecipada. *Tudo como dantes, no quartel de Abrantes.* ³¹

Constata-se que, após a reforma operada no CPC de 1973, operada pela Lei nº 139 de 1995, a situação do acúmulo de feitos nas Cortes piorou, ficando mais gravosa do que ocorria pelo fato de existir grande número de impetração de mandados de segurança contra atos jurisdicionais, pois o que ocorreu é que se aumentou de forma exagerada o número de agravos, tanto assim que se começou a sustentar não ser passível o agravo por falta de previsão *para os casos de mandado de segurança*. Não se vislumbrava que, em não cabendo agravo, teria que caber o mandado de segurança, acabava, assim, a então nova lei, no dizer de Ferraz “ao contrário de seus declarados (e frustrados propósitos) de acabar com o pedido de *mandamus* contra ato jurisdicional, teria contribuído para a sua ampliação!”³²

Agora, com o NCPC, a situação é inversa: com a restrição ao cabimento do agravo a decisões interlocutórias, teremos grande número de novas decisões irrecorríveis e, portanto, passíveis de impugnação por meio do *mandamus*.

Perceba-se que existe historicamente um ciclo inócuo de restrições ao cabimento dos instrumentos de impugnação, com fito de desafogar os tribunais. Mas, à medida que se restringe um meio de impugnação, automaticamente se alimenta o aumento dos demais.

Em suma: a irresignação do jurisdicionado persiste e o legislador, ao restringir cabimento deste ou daquele instrumento, só reforça os demais.

Se fosse observada a história do Mandado de Segurança e dos demais meios de impugnação abordados, talvez se evitasse reformas legislativas que acabam por incidir em erros cíclicos.

E, possivelmente, a configuração atual, menos agravos e mais mandados de segurança, seja a pior possível.

Como já observado, o agravo, enquanto recurso, é meio regular de impugnação e se dá na mesma relação processual. Já o mandado de segurança, manejado de forma anômala como meio de impugnação contra ato jurisdicional, enquanto ação autônoma, faz nascer uma nova relação processual, o que é mais complexo, pois, inclusive, existe a necessidade de nova citação.

De que maneira isso desafogaria os tribunais, não há como se vislumbrar.

5. Conclusão

A partir da análise da legislação aplicável ao mandado de segurança e sua interpretação feita pela Jurisprudência, atualmente entende-se cabível o mandado

³¹ FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 181.

³² FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.p. 182.

de segurança contra atos jurisdicionais basicamente nas seguintes hipóteses: quando inexistente recurso para hipótese ou esse não for passível de afastar dano irreparável (relembre-se que todo recurso é passível de concessão de efeito suspensivo *ope judicis*); em face de decisões teratológicas; por terceiros.

Do levantamento histórico feito acerca dessa ação de impugnação, apurou-se uma tentativa constante e progressiva do legislador e da jurisprudência em tentar reduzir as hipóteses de cabimento do mandado de segurança.

Por outro lado, viu-se que, na prática, as mazelas dessas consequências cíclicas desse movimento: ao diminuir os recursos contra decisões interlocutórias, seja no cível ou criminal, aumenta-se o manejo das ações autônomas de impugnação, notadamente o Mandado de Segurança.

A irresignação do jurisdicionado em face das decisões interlocutórias seguirá existindo. Desse modo, restritos os recursos, as ações de impugnação se avolumam e *vice-versa*.

Ao legislador, cabe uma reflexão crítica acerca das experiências já implantadas e, antes de alterar as hipóteses de cabimento dos recursos e/ou das ações autônomas de impugnação, deve pensar o ordenamento de maneira sistemática. Do contrário, os meios de impugnação seguirão se alternando em protagonismo, sem qualquer repercussão em economia processual.

Referências bibliográficas

- BARBI, Celso. *Do Mandado de Segurança*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. Petrópolis: Vozes, 1978
- _____. O habeas-corpus. In: *Coletânea jurídica, Cia*. Editora Nacional, 1928.
- CASTILHOS, Julio de. O Mandado de Segurança Como Instrumento Adequado para Impugnar Decisão Denegatória de Diligências Complementares no Processo Penal. In: *Revista Jurídica LEX*, 2014. vol. 68.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em Juízo*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2009.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei nº 12.016/2009*. São Paulo: Dialética, 2009.
- ESTELLITA, Guilherme. Mandado de segurança contra ato jurisdicional. In: *Revista Forense*, nº 132, 1950.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- _____; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral. In: *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, 2014. vol. 6.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

FISCHER, Douglas. *Recursos, Habeas Corpus e Mandado de Segurança*. 1ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Volume único. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. vol. V: arts. 476 a 565. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SOUZA, Jose Barcelos de. Correição Parcial, ou Reclamação: um importante meio de impugnação não recursal de que poderá valer-se o Ministério Público para a Correção de Abusos no processo penal. In: *Temas Atuais do Ministério Público*. Coords.: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Do Habeas Corpus In: Revista da Faculdade de Direito da Milton Campos*. Coordenação de Lucia Massara e Carlos Roberto Rohrman. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. vol. 25.

A busca de novas soluções para velhos problemas: a experiência do Projeto Pais em Paz no CAO-Cível/MPRJ

Beatrice Marinho Paulo*

Resumo

Diariamente, Promotores de Justiça com atribuição ligada ao Direito de Família se veem desafiados por situações das quais normas legais e decisões judiciais parecem não dar conta. Diante dessas situações, para as quais as sentenças se mostram ineficazes nem sempre de acordo com o Melhor Interesse da Criança, eles se sentem muitas vezes perdidos, sem saber ao certo como conduzi-las ou em que sentido dar seu parecer. Na busca de uma solução para casos assim, a Dra. Roberta da Silva Dumas Rego, na época Promotora de Família de Duque de Caxias, idealizou o projeto “Pais em Paz”, posteriormente encampado pelas Dras. Luciana Direito e Cristiane Bernstein, quando Coordenadora e Subcoordenadora do CAO-Cível, e institucionalizado, tornando-se uma diretriz para o trabalho dos Promotores de Família de todo o MPRJ. Esse artigo tem a finalidade de relatar um pouco da experiência obtida no Projeto, além de provocar uma reflexão mais profunda sobre os riscos que a banalização da Alienação Parental traz.

Abstract

Daily, prosecutors with attributions linked to Family Law are challenged by situations of which legal norms and judicial decisions do not seem to account. Faced with these situations, for which sentences are ineffective and not always seems to be according to the best interests of the child, they often feel lost and, not sure how to conduct them or in what sense to give their opinion. In the search for a solution to such cases, Dr. Roberta da Silva Dumas Rego, at that time the Family Promoter of Duque de Caxias, idealized the project “Pais em Paz” (Parents in Peace), after institutionalized by Dras. Luciana Direito and Cristiane Bernstein, the Coordinator and Sub-coordinator of CAO-Cível, and becoming a guideline for the work of Family Promoters throughout the intire MPRJ. This article has the purpose of reporting a little of the experience gained in the Project, in addition to provoking a deeper reflection on the risks that the banalization of Parental Alienation brings.

* Doutora e Mestre em Psicologia Clínica pela PUC-Rio. Mestre em Direito Civil pela UGF. Especialista em Psicologia Jurídica pela UNESA e em Direito Especial da Criança e do Adolescente pela UERJ. Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professora de Psicologia Aplicada ao Direito da Universidade Estácio de Sá e da plataforma Poder do Conhecimento. Associada da ABPJ (Associação Brasileira de Psicologia Jurídica), do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e da ABRAFH (Associação Brasileira de Famílias Homotransafetivas).

Palavras-chave: Pais em Paz. MPRJ. Família. Alienação parental. Banalização.

Keywords: Pais em Paz. MPRJ. *Family. Parental alienation. Banalization.*

Muitas situações jurídicas que envolvem crianças e suas famílias dificilmente são resolvidas apenas por uma decisão judicial, por mais sensível e capaz que seja o magistrado. Casos em que os pais vivem em litígio; aqueles em que a lei prevê o estabelecimento da guarda compartilhada, mas não existe diálogo entre o casal parental; aqueles em que foi constatada a alienação parental e apontada a necessidade de reverter a guarda, mas a criança tem verdadeiro horror ao alienado ou sequer o conhece, tendo lhe sido dito a vida toda que o padrasto era o seu verdadeiro genitor, entre outros... Em tais momentos, é comum o promotor, consciente de sua responsabilidade, sentir-se inseguro sobre a forma mais adequada de agir, temendo as consequências de qualquer decisão para o psiquismo da criança. Como saber o quanto pode ou não pode forçar uma criança à convivência que ela diz não desejar?

Certa feita, quando eu atuava como perita no GATE, uma mãe que eu atendi, e que também era psicóloga, me questionou sobre a forma que a Justiça lidava com os casos em que havia problemas de vínculo afetivo e sentenciou: “Questões de vínculo afetivo não são para a Justiça; são para serem resolvidas em meu consultório.” O que ela disse me fez refletir muito... Será mesmo que casos com problemas de vínculo afetivo não podem ser resolvidos na Justiça de forma satisfatória? Não haveria nada que se pudesse fazer pra extinguir ou ao menos minimizar o conflito? Ao menos do ponto de vista jurídico, para que pai e mãe sássem realmente resolvidos em relação, por exemplo, à convivência de ambos com a criança que geraram?

Nessa mesma época, o CNMP lançou uma recomendação, a de nº 32, publicada em abril de 2016, pela qual ele conclamou que todos os MPs buscassem uniformizar a forma de atender, de tratar os casos onde houvesse alienação parental, buscando um padrão de políticas, de diretrizes administrativas, que visassem a combater essa “síndrome” – ainda chamavam de síndrome, naquela época – que comprometia o direito à convivência familiar de crianças, adolescentes e pessoas com deficiência, incapazes de exprimir sua vontade. Nesse contexto, a Coordenadora do CAO Cível, Dra. Luciana Direito, e a Subcoordenadora, Dra. Cristiane Bernstein, procuraram-me no GATE e solicitaram que fosse feito um trabalho junto às Promotorias de Família, para homogeneizar o conhecimento dos Promotores sobre a Alienação Parental e investigar de que maneira o tema estava sendo tratado e conduzido em cada Promotoria. O objetivo era buscar uma forma de tratamento que pudesse servir como diretriz do MPRJ/CAO-Cível para as Promotorias de todo o Estado, visando à mencionada uniformização recomendada pelo CNMP. Passamos a nos reunir, então, com grupos de promotores que tinham atribuição para as causas de família, organizados por regiões, e tratamos do tema “alienação parental” nesses encontros. Percebemos, rapidamente, que estávamos longe de ter uma padronização na maneira de lidar com o assunto. Os Promotores atuavam de formas muito diversas, cada um de seu modo.

Paralelamente a isto, uma Promotora de Família, Dra. Roberta da Silva Dumas Rego, na época atuando em uma das Promotorias de Família de Duque de Caxias, também estava preocupada com essas questões, com a forma mais adequada de lidar com determinados casos, como os acima citados, e com a maneira de tornar efetiva de fato uma decisão judicial. Ela percebia que, em alguns casos, o juiz determinar alguma coisa não significava necessariamente que aquela coisa aconteceria, já que nem sempre as decisões do magistrado eram acatadas e cumpridas. Ela, então, teve uma ideia e convocou o GATE para auxiliar a concretizá-la. Eu fui ajudá-la a desenvolver o projeto, que ela, inicialmente, denominou “Paz em Pais”, numa alusão à paz que invadiria os genitores, se eles conseguissem acertar entre si as questões da convivência com o filho, mesmo que continuassem se desentendendo em outros pontos e não conseguissem mais ser amigos a ponto de se darem os braços e saírem juntos por aí. Posteriormente, o nome foi alterado para “Pais em Paz”, mas sem modificação de sua substância.

Consoante o imaginado pela Dra. Roberta da Silva Dumas Rego, o processo deveria ser suspenso por 90 dias e encaminhado para o “Pais em Paz” sempre que o promotor avaliasse que ele poderia ser beneficiado pela inclusão no projeto. Haveria então atendimentos semanais, inicialmente individuais e posteriormente em conjunto, durante os quais seriam utilizadas técnicas de mediação, de terapia familiar sistêmica, além de outros recursos psicológicos, com o objetivo de, em 90 dias, apresentar uma solução criada pelas próprias partes, que garantisse uma convivência ampla e harmoniosa da criança com ambos. O principal objetivo, portanto, era esse: que as partes, empoderadas, criassem elas próprias as regras daquela convivência, encontrando uma solução mais adequada para o seu conflito. Caso isso não acontecesse e, após serem trabalhadas todas as questões por eles trazidas, não fosse possível chegarem a um acordo, ao fim dos 90 dias, seria elaborado um relatório com as informações que pudessem ser úteis para o Promotor, ajudando-o a decidir acerca das imposições que seriam, ou não, feitas para as crianças – como era o funcionamento daquele sistema familiar; quais os limites e possibilidades das crianças especialmente, mas de todos os envolvidos, para que aquela convivência fosse imposta pela Justiça etc.

Assim, o Projeto Pais em Paz teve início em 2016, tornando-se um projeto institucional do MPRJ, diretriz do CAO-Cível, em 2017. Sua metodologia é composta por cinco etapas, sendo a primeira delas o recebimento e a leitura do caso, que chega para nós depois de o Promotor ter solicitado e o juiz ter deferido a suspensão do processo por 90 dias. É o momento em que lemos os autos, analisando os documentos que nos foram encaminhados – normalmente, aqueles documentos principais do processo e eventuais estudos técnicos que tenham sido feitos – e planejamos as ações, decidindo quem deverá estar presente nos encontros. Nessa etapa, também mandamos telegramas ou fazemos telefonemas, solicitando o comparecimento para os encontros individuais.

Na segunda etapa, temos os encontros propriamente ditos. Os encontros individuais, nos quais ouvimos cada pessoa envolvida e conhecemos a versão delas dos fatos, explicando o propósito do projeto, a fim de conseguir a adesão delas, pois se trata de procedimento voluntário, do qual as pessoas só participam se quiserem.

Elas podem até ser forçadas a irem até lá para conhecerem, mas não a aderirem. Exatamente como acontece na mediação ou na conciliação.

No caso das crianças, elas também devem ser encontradas nessa fase, para serem avaliadas e preparadas para as etapas que vêm a seguir. Tenham em mente que algumas delas sequer sabem da existência do genitor. Houve um caso em que um juiz havia decretado uma guarda compartilhada, na qual o pai pegaria a criança às sextas e devolveria às segundas e ela nem sabia que esse genitor existia, acreditava que o padrasto fosse seu verdadeiro pai. Então, era necessário fazer uma aproximação gradativa da criança com o genitor, além de prepará-la para receber outra pessoa em seu contexto familiar, sem desarrumar os outros vínculos que tinha. A criança é, assim, muito importante no “Pais em Paz”. Enquanto na mediação ela normalmente não é ouvida, não participa, aqui ela é parte fundamental e bem atuante.

A terceira etapa inicia após as conversas individuais, quando é feito um novo planejamento do trabalho, agora com uma noção melhor de qual é a questão de cada um e do que está acontecendo ali. É o momento de pensar: São necessários mais encontros individuais? Já é possível iniciar os encontros em grupo? Em grupo com todos juntos, adultos e crianças, ou é preferível fazer encontros separados – um só com os adultos e outro com a criança e algum adulto? Será necessária alguma outra ação, além dos encontros – visita institucional, visita domiciliar? Tudo é pensado e decidido considerando as peculiaridades e necessidades daquele grupo, percebidas nos encontros individuais.

Em algumas ocasiões, é necessário que se façam encontros sem as crianças porque percebemos que há muitas questões a serem resolvidas entre os adultos e, lógico, não é indicado que a criança presencie brigas e discussões, assista a trocas de acusações entre os pais. Entretanto, os encontros com a criança são importantes para trabalhar a relação de vínculo dela com o suposto alienado, mesmo que feitos em momentos diferentes. Temos sempre que considerar a maturidade da criança. Ela vai ser incluída no processo decisório sempre, pois este diz respeito a ela, à vida dela. Vai ser considerada e ouvida, participar dos combinados, mas ela tem que ser sempre preservada.

Notem que, desde o primeiro encontro com o grupo, é combinada alguma forma de convivência de ambos os pais com o filho. Não se espera o fim dos atendimentos para que eles comecem a conviver. A convivência acontece desde o início, em ambiente externo ao MP. Pode ser que seja algo gradativo. No primeiro fim de semana, eles só vão tomar um lanche em uma lanchonete... algo que dura meia hora apenas... No fim de semana seguinte, ficam duas horas juntos... e assim vai. Esses encontros são sempre monitorados pelo psicólogo, a quem informam, no atendimento seguinte, da experiência. Ele então avalia se está ou não sendo difícil para a criança e, a partir disso, faz novas propostas, sempre visando à ampliação daquele contato, ao aprofundamento daquela relação.

A cada novo encontro, as repercussões da aproximação entre a criança e o suposto alienado são avaliadas e possíveis entraves, resolvidos. Por exemplo, em determinado caso foi combinado que o pai pegaria a filha, a levaria ao teatrinho e para fazer um lanche

e a levaria de volta à casa. No atendimento seguinte, é informado que ele realmente fez todo o combinado, respeitando os horários, mas, no caminho de volta, deu uma passada com a menina na casa da avó. Isso não estava combinado e deixou a mãe muito aborrecida. Ele fala: “Poxa, mas tinha muito tempo que minha mãe não via a minha filha, ela queria muito ver a neta, achei que 5 minutinhos não fosse fazer diferença”. Nesse caso, há que se fazer uma intervenção, explicando que, se aquela era uma vontade dele, ele deveria ter exposto no grupo, para que fosse incluída nos combinados, mas não fazer por fora dele, porque aquela era uma fase de construção de confiança e era preciso que todos se sentissem seguros, certos de que os combinados seriam respeitados.

Embora todos os casos tenham sido direcionados para o “Pais em Paz” porque havia uma suspeita ou uma alegação de Alienação Parental, houve muitos deles em que não era esse o caso. Alguns deles tinham até efeito de alienação, mas não configuravam realmente uma. Por exemplo, havia uma menina que não queria ir à casa do pai e o evitava de todas as formas. Logo surgiu a suspeita de que ela estivesse sendo alienada pela mãe. Entretanto, após algum tempo de atendimento, constatamos que ela não queria voltar à casa do pai porque tinha sido ali que o avô, a quem ela fora muito ligada, tinha morrido e ela não conseguia imaginar voltar ali sem ele estar presente. Em outro caso, uma mãe de um menino de 4 anos ainda o amamentava no peito, em demanda espontânea, isto é, várias vezes ao dia, sempre que solicitada. Por essa razão, ela não permitia que o menino fosse sozinho às visitas na casa do pai, já que ele podia querer mamar a qualquer momento. Apesar de essa sua atitude dificultar a convivência do pai com a criança, ela não fazia aquilo com a intenção de afastar o genitor do menino, mas sim por uma imensa dificuldade de deixar o filho crescer, perder seu “bebezinho”. É evidente que a relação estabelecida por ela com o filho precisava ser trabalhada, pois estava adoecida, e que a aproximação do pai seria extremamente salutar para o menino, mas nunca a motivação daquela mãe foi promover a alienação parental naquele pai, mesmo que entaves acabassem acontecendo.

Nos atendimentos, sempre são dados *feedbacks* para as famílias e é mostrado, a cada encontro, tudo o que eles já construíram juntos, tudo o que já conquistaram, os benefícios alcançados. Também são sugeridas novas metas, novos desafios, visando a ampliar a convivência. O profissional pode precisar ter uma postura mais ativa, buscando informações e sugerindo programas ou atividades apropriadas à faixa etária da criança, considerando a dificuldade socioeconômica da família, quando o genitor se mostra inábil para se aproximar do mundo infantil. Ele é o grande responsável pela condução do processo de aproximação dos dois.

A quarta etapa acontece quando se aproxima o final do prazo do atendimento. Caso o psicólogo perceba que seria útil continuar os encontros além dos 90 dias para que consigam um acordo mais sólido, ele pode requerer prorrogação do prazo. Sinceramente, nos casos que eu atendi entre 2016 e 2018, essa prorrogação só se fez necessária em 1 ou 2 casos, não mais que isso. Em geral, noventa dias são mais que suficientes.

Caso não seja necessária a prorrogação do prazo ou quando terminar a prorrogação, o psicólogo sugere à família a construção do acordo. Cabe a eles, então,

estabelecer os combinados para aquela convivência: com que frequência vai acontecer? Haverá pernoite? Em que lugar buscarão e em que lugar entregarão a criança e quem será responsável por isso? Também vão fazer combinados em relação a datas especiais, para que já constem no acordo. A ideia é que se tente prevenir ao máximo conflitos que podem surgir no futuro, para deixar todos os possíveis problemas discutidos e acordados. Datas como Dia dos Pais, Dia das Mães, Dia da Criança, Aniversários – da criança, dos pais, de irmãos, avós, tios, primos ou qualquer pessoa significativa para a família – Páscoa, Natal, Ano Novo, feriados prolongados, como Carnaval, Semana Santa, *Corpus Christi*, férias escolares...

Mesmo datas que a princípio podem parecer simples de serem determinadas – Dia dos Pais com o pai, Dia das Mães com a mãe, por exemplo, podem necessitar de ajustes. Foi o caso da menina que reconhecia o padrasto como pai, desconhecendo até então o genitor. Ela não desejava ficar sem ver o padrasto naquele dia, embora não se recusasse a estar com o pai biológico. Foi preciso que discutissem o assunto e encontrassem uma forma justa de compartilhar a data, de maneira que ficasse confortável para todos.

Nem sempre a família chega a um acordo, é claro. Nem é preciso, embora esse seja nosso primeiro objetivo. Quando não chegam a um acordo, cabe ao psicólogo elaborar um relatório final, onde ele vai colocar para o Promotor informações importantes para que ele compreenda melhor o contexto em que está inserida aquela criança: a razão pela qual o acordo não foi feito; os contatos havidos entre a criança e o suposto alienado naquele período e as repercussões desses contatos para a criança e para os demais membros da família; as possibilidades internas que a criança demonstrou ter, em relação àquela convivência; razões da dificuldade que ela tenha, caso tenha. Desta forma, o Promotor consegue mensurar melhor até onde pode ir em matéria de imposição da convivência ou mesmo da reversão da guarda. Em verdade, esse relatório é sempre encaminhado ao Promotor que solicitou a inclusão do caso no Projeto, porém, nos casos em que o acordo é feito, ele perde a importância, já que basta a homologação do acordo para encerrar o caso. Em outros casos, o relatório vira a peça principal, pois é a partir dele que o Promotor conseguirá avaliar a melhor forma de se conduzir o caso.

Os resultados obtidos com o “Pais em Paz”, enquanto estive atuando nele, foram animadores. Em 2016, quando ele funcionava apenas na Promotoria da Dra. Roberta da Silva Dumas Rego, foram atendidos 6 casos, dos quais 5 chegaram a acordos para a ampliação da convivência, aumentando o protagonismo da família na criação de soluções para os próprios problemas, sempre respeitando as peculiaridades de cada sistema familiar. Nessa época, me surpreendi ao perceber que certos pontos, que eu julgava que seriam difíceis de conciliar, se resolviam facilmente, em apenas uma conversa. Um bom exemplo disso é o Natal e o Ano Novo, para os quais a Justiça tem soluções padrões, dividindo-os sempre da mesma maneira para todas as famílias – ou “anos ímpares, Natal com um e Ano Novo com o outro e anos pares o contrário”, ou “anos ímpares, dias 24 e 31 com um e 25 e 1º com o outro e anos pares, o contrário”. Eu sempre achei que a razão de a Justiça fazer isso era o fato de todos fazerem questão

da presença dos filhos nessas datas e ser muito difícil conciliar. Mas vi que não... Vi que, ao contrário do que se possa pensar, essa solução judicial padronizada em geral não agrada ninguém e que, se fosse perguntado “como que é o Natal, como que é o Ano Novo pra você?”, perceber-se-ia que, muitas vezes, as respostas são complementares. Há casos, por exemplo, em que um dá muito valor ao Natal, porque vem de uma família muito religiosa, mas não liga para o Ano Novo e o outro, ao contrário, não é tão ligado ao Natal, mas valoriza muito o Ano Novo. Então, a solução que agradaria sempre aos dois seria o primeiro ficar sempre com a criança no Natal e o segundo, no Ano Novo. Em muitos outros casos, ambos dão importância ao Natal, mas o celebram de formas diferentes: um costuma reunir a família para a ceia do dia 24, enquanto a família do outro se junta sempre no almoço do dia 25. Assim, ao invés de alternar, cada ano um ficar com a presença do filho no dia 24, eles prefeririam que a criança ficasse todos os anos com um na ceia e com o outro no almoço e todo mundo ficaria satisfeito todos os anos. Bastaria parar e ouvir um pouco para que se chegasse a essa conclusão.

Mas, retornando aos resultados obtidos no “Pais em Paz”, dos 5 casos mencionados que chegaram a acordo em 2016, 4 tiveram um aumento significativo do diálogo entre as partes, o que resultou no término dos conflitos que geravam ou poderiam gerar alienação. Em 2017, eu, pessoalmente, atendi 23 casos no Projeto. Infelizmente, naquele ano, não me preocupei em fazer uma estatística e, por isso, não saberia precisar o número de acordos, mas me lembro de que foi a imensa maioria deles. Agora, em 2018, até junho, mês em que saí do Projeto, foram 9 casos atendidos, 6 deles com acordo. Dos 3 casos em que não houve acordo, 1 foi porque as partes não aderiram ao projeto, que, como dito acima, é voluntário. E outro foi porque houve uma proibição judicial das visitas, por causa de uma acusação de abuso sexual, o que impediu a continuidade do trabalho. De qualquer forma, apesar de incipiente, já é possível perceber que o “Pais em Paz” é um projeto muito bacana, do qual eu tenho muito orgulho de ter participado e ajudado a Dra. Roberta da Silva Dumas Rego a concretizar. Espero que ele tenha vida longa, possa ajudar muitas crianças e famílias por aí e inspire trabalhos semelhantes Brasil a fora.

A experiência com o “Pais em Paz” também intensificou uma preocupação que eu já tinha como psicóloga do GATE, surgida a partir de observações que eu fazia nos casos em que realizava estudos psicológicos, em geral relacionados a disputas de guarda, dificuldade de convivência entre pais e filhos ou acusações de abuso sexual infantil, sempre atravessados por alegações de alienação parental. Para expô-la, é preciso que eu esclareça primeiro que nem por um momento eu duvido que a alienação parental exista de fato. De forma alguma concordo com a corrente que defende que ela é apenas “um mito”, algo “criado para defender abusadores sexuais”. Os doze anos que atuei como psicóloga no GATE me mostraram de forma muito clara que infelizmente não é assim. A alienação parental existe sim, é um fenômeno social que pode ser facilmente observado por quem quer que seja, em todos os cantos do planeta.

Infelizmente, no meu trabalho, tive contato com alguns casos muito pesados, muito sérios, de alienação parental. Conheci genitores que chegaram a abusar dos

próprios filhos apenas para colocar a culpa no outro. Portanto, não estou dizendo que ela não exista e muito menos que não deva ser combatida. O fato de ela existir no mundo todo, provavelmente desde o início dos tempos, não faz com que deixe de ser algo errado, grave, que causa danos importantes às crianças que a sofrem.

Ainda assim, também me preocupa muito a banalização dela e esse é o outro lado da moeda... Parece-me tão errado excluir a possibilidade de alienação parental quanto a interpretar todo e qualquer caso como sendo resultado dela e, atualmente, enquanto alguns juristas têm imensa dificuldade de aceitar e enxergar o fenômeno, outros têm uma inegável tendência a aceitar qualquer alegação de alienação parental como verdadeira e interpretar qualquer caso como sendo hipótese de alienação parental. Isso acaba camuflando, encobrindo, diversas outras situações que não são de alienação... Por exemplo, o abandono afetivo. Não são poucos os casos em que uma pessoa – um genitor, por exemplo – registra o filho e depois “some no mundo”, nunca procurando saber dele, nunca se interessando em ser realmente pai daquela criança. Aí, em algum momento, a mãe ou a criança, um pouquinho maior, demanda, por ação judicial, algo desse pai, sejam alimentos, regulação de visitas ou o próprio registro civil, nos casos em que nem isso foi feito, e o pai alega, em sua defesa, que ele se manteve distante devido à alienação parental praticada pela mãe, que sempre colocou dificuldades para o convívio dele com a criança. Se essa versão é aceita de forma incontestável, sem nenhum critério maior, a atuação da Justiça pode tornar-se injusta, não atendendo ao Melhor Interesse da Criança e encobrindo algo que não foi uma alienação. Ou melhor, é o que eu chamo de *autoalienação*, já que foi o próprio genitor que se alienou (permaneceu de fora) da vida do filho, não assumiu de fato aquela paternidade e praticou abandono material e afetivo.

Em alguns casos, a mãe pode até ter tido uma conduta alienadora, mas isso não é suficiente para que seja configurada a alienação parental. Por exemplo, imagine um caso em que o casal acabou o namoro, a mulher descobriu que estava grávida, o homem foi visitá-la e ela disse que queria alimentos para o filho e que, se ele não pagasse, ela não o deixaria ver a criança. Situação bastante corriqueira, embora equivocada, pois, como sabemos, tanto os alimentos quanto a convivência com pai e mãe são direitos da criança e não é porque um não está sendo cumprido que ele vai ser impedido de ter o outro; isto seria prejudicá-lo duas vezes. Convivência com pai e mãe não pode estar vinculada, condicionada, ao pagamento de alimentos. Mas muitas pessoas ignoram isso e falam essas coisas. Isso também é muito comum. Só que o fato de ela dizer isso, apesar de esse momento ser realmente de uma conduta alienadora, não configura a alienação. Se o genitor, a partir daí, desaparece, não procura mais a criança nem dá chance de haver alienação, porque ela não acontece mediante uma conduta única, precisa ser algo reiterado, sistemático. É preciso que ele tenha ao menos tentado exercer aquela paternidade, conviver com a criança e tenha sido diversas vezes boicotado, dificultado ou impedido. Aí sim, a gente pode pensar em alienação parental. Se ele escuta aquilo (“Se você não pagar alimentos, também não vou deixar ver seu filho”) e ele nunca mais aparece, a alienação não é

feita pela mãe, mas sim por ele mesmo. Foi ele que abandonou, desistiu, não tentou ser pai de fato da criança. Ao contrário do que dizem alguns militantes da alienação parental, abandono afetivo também existe. E é bastante corriqueiro.

Outra questão que aflige na banalização da alienação é isso levar a Justiça a desconsiderar casos em que a criança tem de fato razões para ter repulsa ou receio daquele pai ou daquela mãe, supostamente alienado. Ter sido vítima direta de maus tratos, ter presenciado cenas de violência praticadas por ele ou ela contra outra pessoa, lembrar-se de muitas cenas violentas ou constrangedoras de quando aquele genitor ou aquela genitora tinha problemas com álcool ou drogas... Não importa o que seja... Quando a criança tem motivos que justifiquem o receio, a repulsa ao suposto alienado, não é possível falar em alienação parental. Existem razões para aquela resistência. Não necessariamente ela é fruto de uma campanha desabonadora do genitor que está com a guarda.

Outra consequência nefasta de quando se aceita a veracidade da alegação da alienação parental sem nenhum critério é isso acabar invalidando a palavra da criança abusada sexualmente e da mãe que está tentando protegê-la. Sempre que se fala em abuso sexual infantil, comenta-se o quanto as mães dessas crianças são omissas, e até coniventes, possibilitando que a filha (ou o filho) permaneça sendo perpetuamente abusada. Aí, surge uma mãe que tenta proteger seu filho, faz uma denúncia contra quem ela acredita ser um abusador e essa mãe é acusada de alienação parental e punida por isso. Sempre que se tem uma acusação como essa, é necessário muito critério para confirmar a existência de alienação parental; da mesma forma que há que se ter muito critério para confirmar a ocorrência do abuso sexual. Existem muitas possibilidades... E é exatamente o fato de todas essas hipóteses existirem no mundo real que torna a função dos operadores da Justiça tão complicada.

Quando dizem que uma criança foi/está sendo abusada por seu genitor, ela pode de fato estar sendo abusada por ele, pois, ao contrário do que também defendem alguns, abusos sexuais incestogênicos acontecem sim e com muitas crianças! Mas também é possível que a criança que se diz abusada esteja sofrendo alienação parental e tenha inclusive falsas memórias implantadas pelo genitor alienador. Ainda pode acontecer que a criança não esteja sendo vítima nem de abuso nem de alienação, pois aquela mãe pode ter razões para acreditar naquela acusação. E, nesse caso, não há que se falar em alienação parental, pois, ainda que a acusação seja falsa, ela não a fez com o intuito de prejudicar ou punir de alguma forma o outro genitor, mas sim de proteger a criança do que acreditava que estava acontecendo. Houve algumas situações no MP em que isso aconteceu... Por exemplo, em determinado caso, a própria criança revelou o abuso pra ela... Quando um filho diz para uma mãe que está sendo abusado, como ela não vai acreditar? Ainda que o técnico pericial, o juiz togado ou mesmo Jesus Cristo encarnado diga para ela que esse abuso não aconteceu, se o filho continua lhe dizendo que acontece e contando-lhe tudo em detalhes, é compreensível que ela continue denunciando, insistindo que a Justiça está errada, que o filho está sendo abusado sim. Em um caso como esse, em que a mãe tem razões

para acreditar no abuso, mesmo que ela esteja errada, não é possível dizer que ela esteja praticando alienação parental. Ela não está criando uma falsa denúncia com o objetivo de prejudicar o vínculo do outro genitor com a criança ou de afastar aquele pai do filho. Ela está tentando, desesperadamente, proteger o filho!

É preciso que se compreenda que, ao contrário do que muitos pensam, o oposto de verdade não é mentira. Por exemplo, em uma sala de aula, existe um quadro branco. Certo dia, os alunos encontram o professor fora da escola e lhe perguntam: “Professor, qual é mesmo a cor do quadro que tem lá na nossa sala?”. O professor tenta se lembrar e responde: “É um quadro branco”. Ele está dizendo a verdade, sem dúvida, porque de fato é um quadro branco. A informação dada combina com o fato concreto. Mas, se nesse mesmo caso, o professor dissesse “É um quadro negro”, ele estaria dizendo necessariamente uma mentira? Não! Verdade, com certeza, não é, porque não combina com o fato concreto. Mas pode ser que, na hora em que o professor buscou se lembrar, realmente tenha vindo em sua mente um quadro negro. Ele se enganou. E ele acreditava que o quadro era negro, então não está mentindo. A mentira acontece quando alguém dá uma informação errada sabendo que ela é errada, querendo enganar o outro. O professor estaria mentindo se ele se lembrasse que o quadro era branco e dissesse para os alunos que era negro. Se, na hora de recuperar a memória, lhe veio um quadro negro e ele dá essa informação aos alunos, ele não mentiu, embora também não tenha dito a verdade. É por isso que o contrário de verdade não é mentira: é inverdade. E, assim, às vezes, uma denúncia falsa não é uma denúncia mentirosa, mas apenas uma inverdade: não houve o abuso, ficou até provado que o pai era inocente, que ele não tinha feito nada com o filho; a denúncia era falsa. Porém, se a mãe acreditava que fosse verdade, esse é um “detalhe” que faz toda a diferença na hora de avaliar a alegação de alienação parental. É preciso que se tenha esse cuidado. Não é algo simples nem fácil perceber as intenções dos sujeitos. Há que se atentar para detalhes. Mas, exatamente porque todas essas possibilidades existem de fato no mundo real – alienação parental, abandono afetivo, abuso sexual incestogênico etc. –, há que se ter muito critério e muito cuidado na hora de nomear o que acontece com cada família, após uma avaliação bem individualizada de cada caso, para que o reconhecimento da existência de um fenômeno não impeça o reconhecimento de outro nem ajude a encobri-lo.

Outra questão importante em relação à falsa acusação de abuso sexual é que as pessoas tendem a confundir “inexistência de abuso sexual” com “não prova de abuso sexual”. Um abuso sexual, de forma geral, é difícil de provar. Principalmente o infantil, em que normalmente não ocorre penetração. Ele não aparece nos laudos físicos, que normalmente acabam apresentando resultado negativo. Mas esse resultado negativo não significa que o abuso não tenha ocorrido. Significa somente que ele não restou provado. E é mesmo difícil de provar. Temos que ter muito cuidado para não aceitar a alegação de alienação parental de pronto nesses casos. Essa atitude pode acabar desencorajando as denúncias, que é exatamente o contrário do que se deseja, quando se pensa em combate ao abuso sexual infantil.

Também é importante mencionar a alienação parental diagnosticada em laudo de assistente técnico. Tem sido muito rotineiro o laudo do assistente técnico de uma parte diagnosticar a alienação parental praticada pela outra parte e, com base nas conclusões desse laudo, o juiz considerar configurada a alienação, muitas vezes inexistente. Ora, hoje em dia é pacífico que não se pode considerar seriamente um laudo de abuso sexual que aponte para um suposto abusador sem incluí-lo no estudo. A pessoa que está sendo acusada tem que ser escutada também, tem que ter a chance de se defender, fornecer alguma informação que até mude a forma de o profissional visualizar aquela situação. Da mesma forma, se alguém está sendo acusado de alienação parental, essa pessoa precisa ser incluída no estudo. É preciso que se ouça o ponto de vista dela, sua versão dos fatos. Somente assim, o profissional terá mais peças daquele quebra-cabeça difícil de montar e poderá ter uma ideia melhor da cena. Às vezes, ouvindo o suposto alienador, surgem dados que não haviam surgido antes e isso faz com que tudo se altere na avaliação daquela situação. A avaliação do contexto geral e de cada detalhezinho é importante para que se forme uma ideia adequada do que aquela família vivencia.

Existem casos em que está presente um efeito de alienação parental – e isso é percebido e explorado pelo assistente técnico. Mas isso não quer dizer que exista ali de fato uma alienação, no sentido ações reiteradamente praticadas com a intenção de alienar – afastar o outro genitor da criança ou prejudicar a imagem ou o afeto que o filho tem por ele. Inúmeras situações práticas podem gerar o efeito da alienação, sem haver essa intenção primária do suposto alienador. Por exemplo, o caso da mãe que não deixava o filho ir sozinho às visitas porque, aos 4 anos, ele ainda mamava no peito por livre demanda. É claro que isso estava afetando e prejudicando o contato da criança com o outro genitor, mas a questão dessa mãe nunca foi com ele, com a família dele ou com o vínculo que eles estabeleciam com a criança. A questão era dela própria com o filho: ela não conseguia admitir que o filho estivesse crescendo, que ele não era mais aquele seu bebezinho. Existia entre eles um vínculo que estava ficando doentio pela dificuldade dela de permitir que o filho crescesse, evoluísse. Isso, sem dúvida, gerava efeito de alienação, mas não havia ali, de fato, uma alienação parental. Era uma situação problemática, que demandava atenção/intervenção, mas sem que houvesse em nenhum momento a intenção de prejudicar o vínculo do outro genitor com o filho; mesmo isso sendo uma consequência. É preciso separar *efeito de alienação* do *ato de alienar* para que nossa intervenção seja adequada de fato em cada caso.

Propostas como a do “Pais em Paz” permitem que avaliemos com mais cuidado cada caso, separando o joio do trigo e atuando de forma mais eficaz em cada hipótese. Trabalhos como esse possibilitam que a Justiça alcance de fato o seu propósito, trazendo a pacificação social e buscando o Melhor Interesse da Criança de cada família. Estão de parabéns a Dra. Roberta da Silva Dumas Rego, que o idealizou, e as Dras. Luciana Direito e Cristiane Bernstein, que tiveram a sensibilidade de perceberem a sua importância e o seu alcance e se empenharam em divulgá-lo para todas as Promotorias de Família do estado, tornando-o um Projeto institucional.

Referências bibliográficas

ANDRADE, M. C.; NOJIRI, S. Alienação parental e o sistema de justiça brasileiro: uma abordagem empírica. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 3(2), 2016, p. 183-201. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v3i2.132>.

BERNET, W.; WAMBOLDT, M. Z.; NARROW, W. E. Child affected by parental relationship distress. *Journal of American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 55(7), 2016, p. 571-579. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jaac.2016.04.018>.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. *Diário Oficial da União*, 27 de agosto.

BRITO, L. T. Anotações sobre a psicologia jurídica. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 32 (nº. esp.), 2012, p. 194-205. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932012000500014>.

CARDOSO, R. M. Psicologia e direito da criança: análise de contribuição de laudos psicológicos à formação dos direitos da infância em Belo Horizonte. *Mnemosine*, 1(2), 2005, p. 330-350. Recuperado de: http://www.mnemosine.com.br/ojs/index.php/mnemosine/article/viewFile/73/pdf_59.

COIMBRA, J. C. Algumas considerações sobre o parecer psicológico na justiça da infância e da juventude. *Psicologia Ciência e Profissão*, 24(2), 2004, p. 2-13. <https://doi.org/10.1590/S1414-98932004000200002>.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP. (2010). *Resolução CFP nº 008/2010*. Dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito e assistente técnico no Poder Judiciário. Brasília, DF.

_____. *Resolução CFP nº 013/2007*. Institui a Consolidação das Resoluções relativas ao Título Profissional de Especialista em Psicologia e dispõe sobre normas e procedimentos para seu registro. Brasília, DF, 2007.

_____. *Resolução CFP nº 010/2005*. Aprova o Código de Ética Profissional do Psicólogo. Brasília, DF, 2005.

_____. *Resolução CFP nº 002/2003*. Define e regulamenta o uso, a elaboração e a comercialização de testes psicológicos e revoga a Resolução CFP nº 025/2001. Brasília, DF, 2003a.

_____. *Resolução CFP nº 007/2003*. Institui o Manual de Elaboração de Documentos Escritos produzidos pelo psicólogo, decorrentes de avaliação psicológica, e revoga a Resolução CFP nº 17/2002. Brasília, DF, 2003b.

COSTA, L. F.; PENSO, M. A.; LEGNANI, V. N.; SUDBRACK, M. F. O. As competências da psicologia jurídica na avaliação psicossocial de famílias em conflito. *Psicologia & Sociedade*, 21(2), 2009, p. 233-241. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822009000200010>.

DAL PIZZOL, A. Perícia psicológica e social na esfera judicial: aspectos legais e processuais. In: ROVINSKI, S. L. R.; CRUZ, R. M. (Eds.). *Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. São Paulo, SP: Vetor, 2009, p. 23-44.

FERMANN, Ilana Luiz *et al.* Perícias Psicológicas em Processos Judiciais Envolvendo Suspeita de Alienação Parental. *Psicologia ciência e profissão*. Brasília, vol. 37, nº 1, p. 35-47, jan. 2017. Available from: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932017000100035&lng=en&nrm=iso. Access on: 19 Apr. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-3703001202016>.

FERREIRA, C. S. G. A síndrome da alienação parental (SAP) sob a perspectiva dos regimes de guarda de menores. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1(1), 2012, p. 245-279. Recuperado de: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0245_0279.pdf.

FREITAS, D. P. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014.

GARDNER, R. A. Differentiating between parental alienation syndrome and bona fide abuse-neglect. *The American Journal of Family Therapy*, 27(2), 1999, p. 97-107. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/019261899261998>.

_____. *The parental alienation syndrome: a guide for mental health and legal professionals*. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, 1998.

GAVA, L. L.; DELL'AGLIO, D. D. Percepções de psicólogos sobre a perícia nos IMLs do Brasil. *Estudos de Psicologia*, 18(4), 2013, p. 609-617. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-294X2013000400008>.

GOMIDE, P. I. C., Camargo, E. B., & Fernandes, M. G. Analysis of the psychometric properties of a parental alienation scale. *Paideia*, 26(65), 2016, p. 291-298. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-43272665201602>.

_____; STAUT JÚNIOR, S. S. *Introdução à psicologia forense*. Curitiba, PR: Juruá, 2016.

LAGO, V. M.; BANDEIRA, D. R. A Psicologia e as demandas atuais do direito de família. *Psicologia Ciência e Profissão*, 29(2), 2009, p. 290-305. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932009000200007>.

_____; AMATO, P.; ROVINSKI, S. L. R.; _____. Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação. *Estudos de Psicologia*, 26(4), 2009, p. 483-491. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-166X2009000400009>.

_____; _____. As práticas em avaliação psicológica envolvendo disputa de guarda no Brasil. *Avaliação Psicológica*, 7(2), 2008, p. 223-234. Recuperado de: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712008000200013&lng=pt&tltng=pt.

PEPITON, M. B.; ALVIS L. J., Allen, K.; LOGID, G. Is parental alienation disorder a valid concept? Not according to scientific evidence: a review of parental alienation, DSM-5

and ICD-11 by William Bernet. *Journal of Child Sexual Abuse*, 21(2), 2012, p. 244-253. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/10538712.2011.628272>.

ROVINSKI, S. L. R.; CRUZ, R. M. *Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. São Paulo, SP: Vetor, 2009.

_____. Perícia psicológica na área forense. In: CUNHA, J. A. (Ed.). *Psicodiagnóstico V*. Porto Alegre, RS: Artmed, 2007, p. 183-195.

SANTOS, M. R. R.; COSTA, L. F. Campo psicossocial e jurídico: relações de poder nas decisões de conflito familiares. *Estudos de Psicologia*, 27(4), 2010, p. 553-561. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-166X2010000400013>.

SHER, L. Parental alienation: the impact on men's health. *International Journal of Adolescent Medicine and Health*. Nov. 13. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/ijamh-2015-0083>.

SILVA, F. H. V. C.; ALCHIERI, J. C. Laudo psicológico: operacionalização e avaliação dos indicadores de qualidade. *Psicologia Ciência e Profissão*, 31(3), 2011, p. 518-535. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932011000300007>.

SOTTOMAYOR, M. C. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família. *Julgar*, 13(1), 2011, p. 73-107. Recuperado de: <http://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/1259>.

Reduzir a idade penal é constitucional?

Lower the minimum age of criminal responsibility is constitutional?

Carolina Naciff*

Sumário

1. Introdução. 2. A Constituição e os seus limites materiais. 2.1. Para que limites materiais? 2.2. O conteúdo essencial e o limite ao poder de reforma. 3. A idade como marco de responsabilização: normas internacionais e direito comparado. 3.1. O Direito Internacional e a idade penal. 3.2. Uma breve análise de direito comparado. 3.2.1. A responsabilização norte-americana. 3.2.2. Portugal. 3.2.3. Espanha. 4. A idade penal com *status* constitucional – a experiência brasileira. 4.1. A Constituinte e a idade de imputabilidade penal. 4.2. A controvérsia na doutrina nacional. 4.3. A “Constituição *prima facie*” e a imputabilidade penal. 5. Conclusão: idade de responsabilidade penal – é possível debater? Referências bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho busca avaliar como a idade de imputabilidade penal no Brasil se insere em um debate acerca dos limites materiais de reforma da Constituição, verificando se há possibilidade de alteração ou se trata de direito fundamental absolutamente intangível pelo constituinte derivado. Para tanto, serão definidos preliminarmente conceitos operativos relativos às funções dos limites materiais e do conteúdo essencial. A seguir, buscar-se-á observar como são definidas as idades de responsabilização em outros Estados de Direito para então avaliar em que termos a doutrina brasileira debate a questão. Ao final, adotando uma concepção de Constituição *prima facie*, será verificado se é verdade que a redução da idade penal é imutável no sistema constitucional brasileiro.

Abstract

The present paper will analyse how the age of criminal responsibility is a constitutional issue since it is understood for some scholars as a limit of amendment power in brazilian Constitution. The question is if it is possible to change or if it is an absolute

* Especialista em Processo Civil pela PUC-RJ. Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

unchangeable fundamental right. First, operative concepts about limits of amendments and essential content will be defined. Then, we will try to figure how other States deal with the criminal responsibility and following identify the scholar expressions about this right in Brazil. Finally, assuming a prima facie Constitution option, it will be discussed whether the age of criminal responsibility is or not changeable in Brazilian system.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Limites materiais. Imputabilidade penal. Redução da idade. Possibilidade.

Keywords: *Fundamental rights. Limit of amendment. Criminal responsibility. Reduction in age. Possibility.*

1. Introdução

“Se articula que é cláusula pétrea. De início não penso assim, mas estou aberto à reflexão.” (Marco Aurélio Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal)¹

“A questão da maioria penal como cláusula pétrea. No meu entender, a maioria penal não é uma cláusula pétrea. No meu entender. Eu acho que... Enfim, não tenho uma posição definitiva a respeito.” (Teori Zavascki, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal)²

“Com relação à redução da maioria, eu tenho uma posição conhecida desde 2005. Aqui no Brasil, algumas legislações ficam imutáveis.” (Alexandre de Moraes, Ministro do Supremo Tribunal Federal)³

As declarações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro são a demonstração de que conflituosa juridicamente é a questão da possibilidade de alteração constitucional do limite etário de responsabilização criminal.

A previsão da idade penal mínima a partir da qual é admissível a imputação se encontra atualmente prevista *no texto da Constituição Federal do Brasil*, o que torna o debate constitucional, de fato, desafiador⁴.

Acirrados debates vêm sendo travados há muitos anos quanto à redução da maioria penal. Poder-se-ia dizer que os argumentos de parte a parte – os a

¹ <https://o-globo.vlex.com.br/vid/maioridade-penal-nao-clausula-563198258>. Consulta realizada em 12.12.2017.

² Manifestação na sua sabatina perante a Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal. Diário do Senado Federal de 17 de novembro de 2012, p. 197. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=13638&paginaPesquisa=161¶metroPesquisa=%22SABATINA%20TEORI%22#>. Consulta realizada em 13.12.2017.

³ Manifestação na sua sabatina perante a Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal. Diário do Senado Federal de 04 de abril de 2017, p. 200. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=20921&paginaPesquisa=108¶metroPesquisa=%22SABATINA%20ALEXANDRE%20MORAES%22#>. Consulta realizada em 13.12.2017.

⁴ Ante a especificidade, vale a transcrição expressa do dispositivo constitucional: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

favor e os contra a redução – são de naturezas variadas, envolvendo desde questões sociológicas e psicológicas e desafios da neurociência até políticas públicas de saúde, educação, assistência social e segurança.

Costuma também ser uma discussão apaixonada. Aqueles diretamente envolvidos nas causas relacionadas às questões infanto-juvenis constituem em regra grupos bem organizados e articulados, defensores de uma política global de aumento da idade penal. Também os partidários da responsabilização antecipada defendem de forma convicta o seu ponto de vista, socorrendo-se com frequência de casos rumorosos em que jovens infratores demonstram extrema brutalidade e aparentam ter plena consciência do mal que causam.

No âmbito do presente estudo, pretende-se apenas avaliar um dos aspectos deste debate, que é a existência, ou não, de um *direito fundamental* à inimizabilidade antes dos 18 anos como garantia protegida por *limite material de reforma* previsto na Constituição, impedindo assim qualquer emenda que vise a sua alteração.

Delimitado desta forma o problema, não há aqui a pretensão de definir a melhor alternativa em termos de *opção política* para redução da criminalidade no país nem mesmo apresentar razões que justifiquem a manutenção ou a diminuição da idade penal. Para este propósito, seria necessário escrever um tratado, que ainda assim seria insuficiente para analisar de forma circunstanciada todas as angularidades do problema.

Frequentemente, a identificação do dispositivo como protegido por limite material é usada como um argumento de “*knock down*”, cujo objetivo é impedir a tramitação de proposta de alteração constitucional, sustentando que se trata de cláusula imutável, garantia a direito fundamental não disponível ao constituinte derivado.

Buscando dar forma ao debate constitucional, o trabalho fará uma delimitação prévia acerca da natureza dos limites materiais expressamente incorporados em textos constitucionais, primordialmente quanto à sua justificativa e à legitimidade de vinculação das gerações futuras por parte do constituinte originário. Também será necessário identificar, em alguma medida, qual é a extensão desta proteção pelas cláusulas de eternidade, fazendo uma breve reflexão acerca do conteúdo essencial enquanto conceito operativo para esta limitação. Estas notas iniciais serão os pressupostos teóricos que permitirão a melhor definição do que realmente está em debate.

A seguir, serão analisadas as principais normas internacionais que tratam da idade de responsabilização penal. Como é tema sensível, os organismos internacionais de Direitos Humanos e as organizações não governamentais de proteção à infância assumem papéis de observadores importantes, acompanhando em escala mundial as idades de imputação penal, idades de responsabilização infanto-juvenil e as respectivas leis. Além disso, duas convenções internacionais relacionam-se diretamente ao tema e serão brevemente pontuadas.

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I. A expressão é usada pelo autor para referir-se ao princípio da dignidade humana, que seria manejado em várias ocasiões como forma de dar fim ao debate acerca de determinada questão.

O direito comparado será também um instrumento importante de avaliação de outras experiências para lidar com os embates decorrentes da definição da imputabilidade. A peculiaridade de conferir *status* constitucional a esta questão é sintomática quando se verifica, por exemplo, que apenas no México ela se repete como garantia contida na Constituição. Em outros países, a formatação de tal responsabilidade se dá, em geral, no próprio Código Penal e em idades e de formas diferentes.

O exemplo dos Estados Unidos é rico em discussões constitucionais, em especial quanto à aplicação de determinadas sanções gravíssimas a jovens de tenra idade. A experiência de Portugal, por seu turno, revela uma terceira via, com um regime penal diferenciado para jovens entre 16 e 21 anos, ainda que com o reconhecimento da responsabilidade criminal integral a partir dos 16 anos.

Formado este arcabouço teórico e prático, será analisada especificamente a situação brasileira, desde a inclusão do dispositivo no texto constitucional até os anos de propostas de emendas constitucionais para reduzir a idade penal, passando pela interpretação doutrinária acerca da sua identificação, ou não, como norma que assegura direito fundamental absolutamente intangível pelo constituinte derivado.

Ao final, cumpridas as etapas desta investigação, será possível concluir que a Constituição não proíbe a mudança, protegendo apenas um conteúdo essencial do direito, e uma redução proporcional da idade de responsabilização não está vedada. Restará, ainda, pensar se esta é a melhor alternativa de política criminal, mas esta reflexão ficará aqui apenas indicada.

O que este estudo se propõe é evidenciar que o debate é possível e deve ser feito no âmbito que lhe cabe: no Congresso Nacional, pois compete aos representantes legitimamente eleitos pelo povo decidir entre distintas opções em questão de natureza tão difícil como esta.

Busca-se afirmar que não é a Constituição que veda peremptoriamente a mudança e que essa discussão, portanto, cabe a todos e não aos juristas.

2. A Constituição e os seus limites materiais

2.1. Para que limites materiais?

“Os limites expressos de revisão não evitam qualquer revolução, mas uma ‘revolução legal’”.⁶

Para que limites materiais? Segundo o entendimento doutrinário majoritário, alguns aspectos de proteção da própria Constituição justificam o estabelecimento de cláusulas definidoras dos limites de reforma, que alguns consideram, inclusive, limites implícitos, que independem de expressa previsão.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da dupla revisão na Constituição portuguesa*. Coimbra: Edição da CODECO/Revista Fronteira (separata), 1978.

O avanço do constitucionalismo no século XX, com a formalização escrita de normas constitucionais que conferiram rigidez aos textos, se fez com a previsão expressa de matérias subtraídas à esfera de decisão dos poderes constituídos.

Reconhece-se em geral a necessidade das revisões, reformas e mutações para a adaptação dos textos constitucionais aos novos tempos, assim como se admite que a criação de cláusulas de eternidade seja uma exigência da manutenção da essência da Constituição, sem a qual ela acabaria por se transfigurar por completo⁷.

Lida-se, portanto, com uma constante tensão entre duração e temporalidade, entre democracia e limitação dos poderes, enfim, entre deixar que cada geração estabeleça seus próprios critérios de condução da ordem jurídica ou tomar alguns marcos definidores de um determinado regime constitucional que, se não impede a mudança, a torna mais difícil e exige que uma modificação completa se faça fora dos limites daquele compromisso constitucional. Uma alteração que pretenda atingir o núcleo identificador da Constituição só se faz com uma nova carta.

Sintetizando a relevância dos limites materiais, afirma Carlos Ayres Britto que “se não se conhece o Ordenamento Jurídico sem que se conheça a Constituição, também não se conhece a Constituição sem que se conheça o núcleo pétreo que a ela confere identidade material e formal”⁸.

Para mitigar esta constante tensão, tem-se admitido que os princípios fundamentais assegurados pelas *cláusulas pétreas* são aqueles que fundam mesmo o Estado Democrático de Direito. Os demais princípios definidos no texto constitucional são de hierarquia superior, inseridos que estão na lei fundamental, e são fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Gozam de estabilidade, só sendo modificados através de um *processo agravado de reforma constitucional*, mas não gozam da proteção em face do constituinte derivado, que tem poder de alteração.

⁷ Sobre o tema vastíssimo e instigante dos limites materiais de revisão, tendo em vista a limitação deste trabalho, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da dupla revisão na Constituição portuguesa*. Coimbra: Edição da CODECO/Revista Fronteira (separata), 1978; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição Originária*. In: *RFUDUMG*. (número especial comemorativo do centenário). Belo Horizonte, 1994; BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Org.). *Perspectivas de Direito Público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte, 1995; MENDES, Gilmar Ferreira. Os Limites da Revisão Constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 21; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. 5ª edição. Lisboa: Almedina, 2013. Vol. I; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. E-book; SARLET, Ingo Wolfgang. *Proteção de Direitos Fundamentais diante das emendas constitucionais (partes 1, 2 e 3)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-06/direitos-fundamentais-protacao-direitos-fundamentais-diante-emendas-constitucionais-parte>. Consulta realizada em 05.12.201; PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Reflexões sobre a Teoria das cláusulas pétreas*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31955-37391-1-PB.pdf>. Consulta realizada em 08.01.2018. Ver também, sobre a possibilidade de alteração das próprias cláusulas pétreas pelo exercício do poder constituinte pelo povo, PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição Viva*. Poder Constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

⁸ BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Org.). *Perspectivas de Direito Público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte, 1995, p.197 (itálicos nossos).

O grande desafio no tema dos limites materiais é a conjugação da necessidade de se proteger a opção do Constituinte originário e a essência daquele compromisso, mas lidar com as mudanças sociais ao longo do tempo, de forma que a Constituição possa ser duradoura, mas também compatível com as exigências do mundo em constante transformação em que vivemos, viabilizando um “*consenso intergeracional*”⁹.

Ao se falar de limites materiais, portanto, deve-se sempre retomar a este ponto primordial: apenas aquelas decisões sem as quais se descaracteriza a própria Constituição é que estão subtraídas ao poder de reforma, sob o risco de engessar o texto de tal maneira que ele já não seria capaz de atender aos anseios da geração imediatamente posterior. Este é o risco do próprio sucesso na evolução da interpretação da Constituição como norma, e não apenas como uma carta de intenções, e das consequências jurídicas advindas desta concepção.

Portanto, para compatibilizar a normatividade da Constituição, as opções mais fundamentais do compromisso constitucional originário e o respeito por cada geração de decidir acerca de seus próprios rumos é que se pode afirmar que quanto aos limites materiais, “o sentido fundamental revela-se, contudo, o mesmo: *garantir, em revisão, a intangibilidade de certos princípios – porque é de princípios que se trata, não de preceitos avulsos*”¹⁰.

2.2. O conteúdo essencial e o limite ao poder de reforma

“Todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis”¹¹.

A limitação do Estado abusivo e violador da autonomia dos homens foi a razão histórica da definição dos direitos fundamentais como tal e a sua crescente inclusão em normas constitucionais.

Essa consolidação visa exatamente a assegurar a dignidade humana contra as estruturas do poder estatal¹². Trata-se de uma concepção que procura delimitar o exercício do poder, mesmo que exercido pela maioria democrática, de forma que fique resguardado o respeito pelo ser humano enquanto tal.

Esta mesma evolução levou à concepção de que os direitos fundamentais se inserem também nas tarefas da vida comunitária, que possuem uma dimensão objetiva e que não se realizam apenas na satisfação individual dos direitos de cada um. Ainda

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1436.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 225 (grifos nossos). No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1069, afirma que: “Os limites materiais devem considerar-se como *garantias de determinados princípios*, independente de sua concreta expressão constitucional, e não como garantias de cada princípio na formulação concreta que tem na Constituição” (grifos no original).

¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, 2006, p. 47.

¹² Cfr. para uma reconstrução da evolução histórica dos direitos fundamentais ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2017.

se tutelam de forma especialmente reforçada os direitos individuais e em especial os de liberdade, mas outros fatores ganham relevância e proteção constitucional. Em geral, o confronto entre direitos individuais e interesses da comunidade são as fontes maiores de grandes questões constitucionais em todos os hemisférios¹³.

Quando os direitos fundamentais estão compreendidos entre os limites materiais de reforma, a divergência doutrinária é exatamente sobre o alcance da proteção conferida¹⁴, principalmente no que concerne à existência, ou não, de um núcleo essencial. Há relativo consenso na doutrina acerca da existência de tal núcleo, havendo discussão, no entanto, na forma de sua identificação¹⁵.

Para se chegar a este conteúdo essencial, há teorias que entendem que se trata de um núcleo duro, imutável, absoluto, alcançável pela via da interpretação constitucional ainda que com eventual utilização de ponderação como critério interpretativo e outras que consideram que a sua identificação só é possível através de um processo de ponderação de bens, interesses e valores em conflito, com a utilização da proporcionalidade como instrumento de harmonização¹⁶.

¹³ Para uma reflexão interessante acerca de debates que colocam frente a frente proteção individual com interesse dos Estados em disciplinarem questões que são relevantes pelo valor intrínseco como o direito à vida, ver DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁴ Por exemplo, nas palavras de SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. (Tratando-se de e-book, a numeração das páginas é mutável, de forma que remeto à parte do livro em que se encontra a citação, que é a 2ª parte, item 4.3.3.3. O problema dos limites materiais): “Entendemos que a necessária adaptabilidade da Constituição pode ser suficientemente assegurada por meio de uma *adequada exegese* do alcance das ‘cláusulas pétreas’, o que, por sua vez, nos reconduz ao problema de qual efetivamente a proteção outorgada aos princípios e direitos fundamentais por ela abrangidos” (grifos nossos).

¹⁵ Neste sentido: “Nossa posição, que coincide com a do STF nesta questão, é de que *restrições são admissíveis às cláusulas pétreas*, desde que não afetem o seu núcleo essencial. O raciocínio vale também para os direitos fundamentais”. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p.308 (grifos nossos). Complementam, ainda, em outra passagem, que “a tentativa de conjugar a ‘identidade da Constituição’ com uma postura relativamente deferente ao princípio democrático tem se resolvido, na jurisprudência da Corte, justamente por meio do recurso ao conceito de ‘núcleo essencial’. Essa moderação também é justificada pelo STF com base na preocupação de se evitar que o *excessivo enrijecimento da Constituição possa ampliar o risco de rupturas institucionais*” (p.302/303).

¹⁶ Os critérios de definição do conteúdo essencial também são tema de significativo embate doutrinário, razão pela qual não poderá ser explorado no restrito âmbito deste trabalho. Para análise destas diferentes concepções acerca do conteúdo essencial – referindo-se ao legislador ordinário, não ao constituinte derivado, apesar da semelhança de argumentos – e buscando reconhecer um determinado conteúdo mínimo absoluto, ver: CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. Ver também sobre o tema: SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, 2006, em sentido oposto, defendendo a existência de um conteúdo mínimo obtido apenas no caso concreto. No mesmo sentido, de forma mais desenvolvida, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2017. Para o que importa analisar no âmbito do presente trabalho, acredita-se que qualquer das duas posições chegaria ao mesmo resultado, identificando que uma dada redução de idade em dois anos na responsabilização criminal não atinge o conteúdo essencial da proteção conferida, quer se entenda que há um núcleo imutável quer se considere que o núcleo só será encontrado após a utilização de critérios de harmonização, especificamente após a conclusão do processo de ponderação.

O conteúdo essencial, além de delimitar as possibilidades de restrições legais, permite a definição daquilo que a Constituição protege no âmbito dos limites materiais¹⁷.

Desta forma, delimitar o núcleo essencial dos princípios protegidos pelas cláusulas de limites materiais pressupõe a compreensão de que elas se destinam a preservar a própria identidade constitucional. Restrições são admissíveis desde que não invadam o conteúdo essencial dos direitos, não sejam *tendentes a abolir* as garantias constitucionais e nem capazes de desfigurar a Constituição.

Estão especialmente protegidos os direitos fundamentais, que caracterizam a essência constitucional e, por isso mesmo, gozam de tutela reforçada, mas não de absoluta imutabilidade que impeça qualquer intervenção. E mais: “a harmonização entre os valores não é, portanto, alcançável em abstrato *a priori*, é um problema que tem que ser resolvido em concreto e de modo a respeitar, no máximo possível, todos os valores em jogo”¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu expressamente a aplicabilidade do conteúdo essencial na esfera das cláusulas pétreas, afirmando que “as limitações materiais ao poder constituínte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, *não significam intangibilidade literal da respectiva disciplina* na Constituição originária, mas apenas a *proteção do núcleo essencial* dos princípios e institutos cuja proteção nela se insere”¹⁹.

Os limites materiais que protegem os direitos fundamentais exigem respeito a um conteúdo essencial sem o qual o direito deixa de existir e esta avaliação apenas se faz na análise de cada caso concreto, através de métodos de interpretação e de harmonização compatíveis com a estrutura constitucional e com a concepção da vigência de uma “Constituição *prima facie*”²⁰. Esta será, portanto, a premissa da qual se parte.

¹⁷ Sob este aspecto, vale transcrever a lição de Flavio Novelli: (...) uma conclusão desde logo parece impor-se nitidamente: a de que os limites do poder de emenda não são em absoluto transgredidos (e, portanto, que *uma emenda não viola a constituição*) *tão somente porque se dê às matérias postas ao abrigo daqueles limites uma diversa disciplina ou porque sejam elas até mesmo eventualmente restringidas em favor de determinado interesse constitucionalmente valioso*. Tais limites propriamente não se transgridem, senão quando a modificação ou a restrição trazida pela lei constitucional (emenda), por atingir o “cerne constitucional intangível” (PONTES DE MIRANDA), o chamado conteúdo essencial dos interesses, valores ou princípios por eles tutelados, comprometa – para repetir SCHMITT – a identidade e a continuidade da Constituição, ao ponto de desfigurá-la, de torná-la uma outra. NOVELLI, Flávio. Norma Constitucional Inconstitucional?. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46486/46691. Consulta realizada em 12.01.2018, p.45/46 (grifos nossos).

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p.103.

¹⁹ Mandado de Segurança 23.047/DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1695077>. Consulta realizada em 15.01.2018. (Grifos nossos)

²⁰ CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

3. A idade como marco de responsabilização: normas internacionais e direito comparado

3.1. O Direito Internacional e a idade penal

Questões relacionadas aos direitos infanto-juvenis são de tal forma relevantes que a Convenção sobre os Direitos da Criança é a que conta com mais ampla adesão entre todos os tratados internacionais de Direitos Humanos²¹.

Tal Convenção define, em seu art. 1º, que “*nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo*”. O art. 40.3 do mesmo diploma prevê que “os Estados Partes procuram promover o estabelecimento de leis, processos, autoridades e instituições especificamente adequadas a crianças suspeitas, acusadas ou reconhecidas como tendo infringido a lei penal e, nomeadamente: a) O estabelecimento de uma *idade mínima abaixo da qual se presume que as crianças não têm capacidade para infringir a lei penal*”.

Desde 1985, as Nações Unidas já definiam as regras mínimas para a administração da justiça de menores, tradicionalmente conhecidas como “Regras de Pequim”²², dispondo a regra 4: “*Idade da responsabilidade penal 4.1. Nos sistemas jurídicos que reconhecem a noção de responsabilidade penal em relação aos menores, esta não deve ser fixada a um nível demasiado baixo, tendo em conta os problemas de maturidade afetiva, psicológica e intelectual*”.

Os referidos atos internacionais evidenciam o *relativo desacordo* existente na delimitação da idade de responsabilização – que se refere aqui tanto à responsabilidade criminal quanto no âmbito da justiça infanto-juvenil – restando apenas preestabelecida a *necessidade de fixação de uma idade mínima de responsabilização que não seja demasiado baixa*, admitindo-se aos Estados-membros a definição de tal idade de acordo com a sua realidade.

Para McARA²³, as convenções internacionais sobre o tema trazem conceitos vagos e com frequência conflitantes, que acabam por misturar noções de responsabilização com as de proteção.

O que resta claro de ambos os instrumentos internacionais é que, se não é possível o consenso quanto à definição de idades de responsabilização, parece haver um mínimo de acordo quanto à necessidade de assegurar mecanismos de proteção e participação efetiva dos jovens nos procedimentos que apuram as suas respectivas responsabilidades por violação a normas penais.

²¹ Informação constante de PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007. A Convenção foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1989. Disponível em: https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf. Consulta em 26.07.2018.

²² Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>. Consulta realizada em 02.01.2018.

²³ MCARA, Lesley. Youth Justice. In: LIEBLING, Alison; MARUNA, Shadd; e MCARA, Lesley (Editores). *The Oxford Handbook of Criminology*. United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

Também é possível reconhecer algum consenso quanto à inaplicabilidade de penas perpétuas sem possibilidade real de saída bem como penas de morte. Segundo julgado da Suprema Corte Americana, apenas os Estados Unidos em todo o mundo admitem (ou admitiam, até a nova interpretação dada pela Corte) a aplicação de prisão perpétua sem possibilidade de livramento a jovens menores de 18 anos por crimes que não fossem homicídio. Neste sentido, a decisão destaca o fato de que apenas os americanos e a Somália não ratificaram a Convenção sobre os Direitos Humanos das Nações Unidas, a indicar que, pelo menos quanto a alguns aspectos relevantes, há sim um consenso mundial²⁴.

No documento “*Age is arbitrary: setting minimum ages*”, a *Child Rights International Network - CRIN*, apesar de afirmar-se que em muitas esferas de proteção infanto-juvenil, critérios etários não são satisfatórios, porque desconsideram peculiaridades específicas de realidades e desenvolvimentos diferentes, entende-se ser essencial a delimitação de uma idade mínima no âmbito da responsabilidade criminal²⁵.

Para o âmbito deste trabalho, a idade de responsabilidade penal refere-se àquela que permite o julgamento da pessoa como adulto. Mas, na análise do direito comparado, é sempre importante observar atentamente tal critério, porque, com alguma frequência, os Estados estabelecem uma fixação etária da responsabilidade juvenil abstratamente, mas admitem a aplicação de sanções estritamente penais, ou a submissão de adolescentes à justiça penal de adultos em determinadas hipóteses específicas, em critérios que não são puramente relativos à idade.

Portanto, nos instrumentos internacionais brevemente referenciados aqui, verifica-se que são consideradas crianças as pessoas com menos de 18 anos, salvo se a lei do seu país dispuser de forma diferente e que os Estados não devem admitir responsabilização criminal de crianças com idades muito baixas. Não há, no entanto, definição de *ius cogens* da idade em si, que é deixada a cargo dos Estados.

Se é fato que a internacionalização dos direitos humanos relativizou de certo modo a soberania estatal em relevantes aspectos, não parece haver aqui imposição no plano internacional, mas uma tentativa de pactuação quanto a garantias mínimas, estas sim impositivas sobre decisões soberanas dos Estados²⁶.

²⁴ *Graham v. Florida*, disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412modified.pdf>, consulta em 04.04.2018. O julgamento será mais bem analisado nas páginas a seguir, mas ele traz algumas questões relevantes quanto às normas internacionais de proteção da infância que mereciam ser referenciadas neste tópico.

²⁵ Disponível em: <https://www.crin.org/en/home/what-we-do/policy/minimum-ages>. Consulta em 07.05.2018.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007. Para a autora, “o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea partilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – ‘do mínimo ético irredutível’” (p.13, itálicos nossos).

3.2. Uma breve análise de direito comparado

Antes de ingressar propriamente em outras experiências acerca da idade de responsabilização criminal, deve-se ressaltar que, nos debates em âmbito internacional, e mesmo na literatura especializada, verifica-se a grande dificuldade terminológica na comparação das formas de responsabilização de jovens infratores²⁷.

Ao utilizar termos como “responsabilidade criminal” ou “menoridade penal”, pode-se estar a referir tanto à idade abaixo da qual nenhuma forma de responsabilidade é admitida ou à idade a partir da qual não há imputabilidade criminal equiparada a dos adultos, admitindo-se, contudo, uma responsabilização com medidas de natureza distinta da pena criminal²⁸.

Na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, o relatório “*Juvenile Justice and Human Rights in Americas*”, ao tratar da idade mínima de responsabilização criminal, refere-se àquela em que os jovens são responsáveis como adolescentes, e não como adultos. Afirma-se a fixação antes dos 12 anos é internacionalmente inaceitável, principalmente quando houver possibilidade de responsabilização como adulto. A faixa etária de responsabilidade criminal mencionada é, portanto, aquela definida para adolescentes, não a imputabilidade penal. Para a Comissão que elaborou o documento, essa idade mínima deve cada vez mais se aproximar dos 18 anos²⁹.

Observada a necessária cautela na comparação das formas de responsabilização e na definição do que seja, ou não, imputabilidade ou maioridade, importa analisar algumas soluções encontradas pelos Estados para lidar com a incidência da lei penal àqueles considerados menores.

De forma geral, há uma tendência a definir um marco etário para tal responsabilização, ainda que com frequência este critério puramente biológico seja conjugado com a extensão da aplicação do regime penal àqueles que, pelas regras de idade, não estariam a ele submetidos. Muitos Estados admitem o afastamento do critério biológico com base em outros que evidenciem a capacidade de compreensão da ilicitude do praticante do ato ou, com mais frequência, com base em *critérios relativos à gravidade do delito*.

²⁷ Segundo António Carlos Duarte-Fonseca “como problema prévio na difícil tarefa de comparação dos vários sistemas, subsiste o problema da diversidade na determinação da idade até a qual se é menor, conceito jurídico cuja complexidade resulta da diferente tradução que frequentemente apresenta nos domínios penal, civil e político, ao nível de cada ordenamento nacional”. *Internamento de Menores Delinquentes*. A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.24.

²⁸ Essa distinção pode ser percebida, por exemplo, na legislação brasileira, que admite responsabilização por infração a leis penais para adolescentes entre os 12 e 18 anos, através da aplicação de medidas socioeducativas. Abaixo dos 12 anos, no entanto, nenhuma forma de responsabilização é permitida, mas apenas a aplicação de medidas de proteção, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

²⁹ Disponível em: http://www.cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenileng/jjiii.eng.htm#_ftnref46. Consulta em 07.05.2018.

A título de exemplo, a Escócia adota um regime complexo quanto à aplicação de sanção criminal. Em geral a partir dos 16 anos, o Procurador pode decidir se envia o caso para a Justiça Criminal, o que pode ser antecipado para os 12 anos, dependendo da gravidade do crime³⁰. No restante do Reino Unido, no entanto, o tratamento penal é diverso. Crianças entre 10 e 17 anos podem ser mandadas para instituições específicas, responsabilizadas na qualidade de menores, sendo integralmente imputáveis apenas a partir dos 18 anos³¹.

Bélgica, França, Holanda e Luxemburgo definiram a idade penal em 18 anos, admitindo a responsabilização de natureza criminal abaixo desta idade em certas hipóteses, com base em critérios não etários.

Na França, vigora uma presunção relativa de irresponsabilidade, mas a pena de prisão é cabível a partir dos 13 anos e, a partir dos 16, o regime é semelhante ao dos adultos (salvo pela competência do julgamento). Os Tribunais Franceses têm recorrido cada vez mais às sanções penais para os menores entre 13 e 16 anos, com aplicação de altas penas. Em síntese, a partir dos 13 anos, o Tribunal pode optar pela restrição de liberdade com natureza educativa ou de pena³².

Além do Brasil, foi possível identificar apenas o México³³ com definição da idade de inimputabilidade em seu texto constitucional. A Constituição mexicana promulgada em 1917 foi uma das primeiras a prever garantias sociais, antes mesmo da edição da Constituição de Weimar, sendo um marco no reconhecimento de direitos fundamentais.

No entanto, apenas em uma reforma constitucional em 2005 a idade de imputabilidade penal foi incluída no texto³⁴, em que pese já haver, desde 1965, a exigência de instituições próprias para internamento de adolescentes. Esta reforma incluiu dois dispositivos à Constituição mexicana, definindo as idades mínima e máxima de responsabilização de jovens, bem como disciplinando as regras básicas da justiça juvenil e as garantias dos adolescentes acusados de atos que constituem crimes, vindo a sofrer novas reformas no ano de 2015³⁵.

³⁰ Disponível em: <https://www.gov.uk/age-of-criminal-responsibility> Fonte: <http://www.mygov.scot/young-people-police/>. Consulta em 12.03.2018.

³¹ Disponível em: <https://www.gov.uk/age-of-criminal-responsibility>. Consulta em 12.03.2018.

³² DUARTE-FONSECA, Antônio Carlos. *Internamento de Menores Delinquentes*. A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

³³ Para um interessante *mapeamento* das idades de responsabilização pelo mundo, ver: <https://deprivation-liberty.crin.org/minimum-ages>. Consulta em 07.05.2018.

³⁴ Disponível em http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_165_12dic05_ima.pdf. Consulta em 07.05.2018.

³⁵ A íntegra dos incisos na redação atual está assim redigida: *“La Federación y las entidades federativas establecerán en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.*

A inclusão do tema em sede constitucional é, portanto, situação peculiar, que mostra o quanto a questão assumiu relevância quando da elaboração da Constituição brasileira, a ponto de ser consagrada no texto quando na grande maioria dos Estados, esta é considerada uma questão de política criminal, a ser definida pelo legislador ordinário.

3.2.1. A responsabilização norte-americana

A sistemática norte-americana de responsabilização gera inúmeros debates jurídicos por admitir aplicação de sanções penais de natureza extremamente graves a jovens com pouca idade. Os Estados Unidos costumam ser constantemente questionados em âmbito internacional por estabelecerem em geral idades muito precoces de imputabilidade criminal.

Na legislação americana, são os Estados que definem o patamar da jurisdição juvenil e, em geral, a idade é de 18 anos, havendo previsões de submissão à justiça criminal aos 16 ou 17 anos. Segundo Snyder, "*all states have legislation that enables persons of juvenile age charged with a law violating behavior to be tried as an adult in their criminal justice system*"³⁶.

Mesmo com a utilização preliminar do critério etário, há mecanismos legais que permitem que pessoas que ainda não atingiram a idade de imputabilidade sejam julgadas como se adultos fossem, tanto em tribunais criminais quanto com a aplicação de sanções criminais na jurisdição infanto-juvenil.

A decisão de transferência de jurisdição já seria uma forma de sentença, já que o juízo juvenil prioriza o melhor interesse do próprio adolescente, enquanto as cortes criminais preocupam-se com a gravidade da ofensa e com a consequente punição proporcional³⁷.

São três as formas principais de transferência de jurisdição. A primeira é por decisão judicial, em que, após ouvir o jovem, o juiz pode entender serem insuficientes as medidas infanto-juvenis, em uma decisão relativamente discricionária³⁸. A segunda refere-se à

(...)

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito". Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_224_02jul15.pdf. Consulta em 07.05.2018.

³⁶ SNYDER, Howard N. Juvenile Delinquents and Juvenile Justice clientele. Trends and patterns in crime and justice system response. In: FELD, Barry C; e BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013.

³⁷ Esta é a posição defendida por Barry C. Feld and Donna M. Bishop. Transfer of Juveniles to criminal Court. In: FELD, Barry C; e BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013, p.801.

³⁸ Um quadro relativo aos 45 Estados que admitem esta transferência indicam que a idade em que é admissível gira em torno dos 15/16 anos, havendo, no entanto, leis que admitem a transferência a partir dos 10 anos de idade. FELD, Barry C.; and BISHOP, Donna M. Transfer of Juveniles to criminal Court. In:

exclusão legal de que determinados crimes sejam processados nas cortes juvenis, como é em geral o homicídio, cuja disciplina varia entre os estados, mas em regra vigora para jovens a partir dos 15 ou 16 anos. Uma terceira modalidade de transferência, existente em 15 estados, prevê serem concorrentes as jurisdições, de forma que ao *Prosecutor* compete escolher em qual delas o jovem será processado. Em geral, são hipóteses de crimes extremamente graves e definidas para jovens a partir de 14 ou 16 anos³⁹.

Um sistema de responsabilização com tal grau de liberdade e multiplicidade de soluções, por óbvio, suscita questões de constitucionalidade relacionadas à aplicação das sanções extremas que existem na legislação americana.

Em decisões relativamente recentes, a Suprema Corte Americana, analisando a possibilidade de aplicação de penas de prisão perpétua e de morte, parece ter avançado na interpretação de que, em que pese não serem tais penas, em abstrato, violadoras da oitava Emenda, que veda penas cruéis, elas passam a violá-la quando aplicadas a menores de 18 anos.

No caso da prisão perpétua, a Suprema Corte, ao analisar o caso *Gaham v. Florida*, discute muitos temas relacionados à responsabilização de menores de 18 anos⁴⁰. Consta no acórdão que “*under Florida law, it is within a prosecutor’s discretion whether to charge 16 and 17-year-olds as adults or juveniles for most felony crimes. (...) Graham’s prosecutor elected to charge Graham as an adult*”. Tal afirmação vem corroborar o que acima foi exposto acerca da organização dos estados e as formas de transferência de jurisdição, inclusive quanto à relativa discricionariedade desta decisão.

A decisão menciona que apenas seis estados americanos não admitiam naquele momento prisão perpétua sem condicional para qualquer crime envolvendo menores de 18 anos. Sete admitiam este tipo de sanção apenas para jovens homicidas e 37 Estados e o Distrito de Columbia admitiam penas perpétuas sem possibilidade de livramento para jovens não homicidas em determinadas circunstâncias. A Lei Federal admitia a prisão perpétua sem possibilidade de liberdade para ofensores a partir dos 13 anos de idade.

Segundo a Corte, “*under Florida law, a child of any age can be prosecuted as an adult for certain crimes and can be sentenced to life without parole*”.

Resta claro que, em que pese a definição de uma idade que varia nos Estados entre os 16 e os 18 anos, a admissão do julgamento de menores como adultos é considerada parte do sistema, não sendo em nenhum momento objeto de questionamento no julgado *Graham*.

FELD, Barry C; e BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013, p.807/808.

³⁹ Segundo Barry C. Feld and Donna M. Bishop. Transfer of Juveniles to criminal Court. In: FELD, Barry C; e BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013. Analistas estimam que *cerca de 250.000 jovens com menos de 18 anos são criminalmente processados anualmente* com base nas três modalidades de transferência explicitadas no texto.

⁴⁰ A íntegra da decisão e dos votos vencidos, cuja leitura é veementemente recomendada, encontra-se disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412modified.pdf>, consulta em 04.04.2018. Os parágrafos seguintes neste trabalho seguem apenas analisando os aspectos mais relevantes do julgamento no que tange à relação com a idade penal.

A discussão centra-se exclusivamente na constitucionalidade da aplicação de pena de prisão sem possibilidade de condicional, independente da evolução comportamental e de maturidade do jovem ao longo dos anos de emprisonamento.

O fundamento da decisão no caso *Graham* é que pessoas até os 18 anos ainda estão em processo de formação e que têm uma culpabilidade em geral inferior à do adulto e que por isso a condenação perpétua sem possibilidade de livramento para jovens não homicidas nestes termos configura pena cruel. A Corte consigna, expressamente, no entanto, que isso não significa que eles não poderão permanecer presos pela vida, mas apenas que devem ter a *possibilidade concreta* prevista em sentença de conseguir sair da prisão⁴¹.

Mesmo representando uma enorme evolução interpretativa na Suprema Corte, a decisão não extingue a prisão perpétua aplicável a menores de 18 anos. Ela apenas estabelece que é inconstitucional, por cruel, a imposição de prisão perpétua para tal faixa etária, salvo nos casos de homicídio, sem que haja nenhuma possibilidade de livramento. Consta, ao final do julgamento, que o Estado não está obrigado a liberar os jovens desta forma punidos, mas apenas definir alguma forma factível para que possam ser libertados antes do termo final da prisão (no caso, antes da morte)⁴².

Alguns anos antes, em outubro de 2004, em uma decisão muito celebrada em âmbito mundial e decidida por margem de um único voto de diferença, a pena de morte para menores de 18 anos já havia sido considerada ofensiva à oitava emenda. Em *Roper v. Simmons*, a Suprema Corte entendeu que havia de ser reconhecida uma menor culpabilidade pelos seus atos, de forma que a pena capital não se justificaria⁴³.

A Suprema Corte assentou, baseada em seus próprios precedentes, que:

[t]his Court has established the propriety and affirmed the necessity of referring to the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society to determine which punishments are so disproportionate as to be cruel and unusual⁴⁴.

Ficou reconhecido que nos *standards* de decência da sociedade norte-americana após anos de evolução, a pena de morte não mais deveria ser aplicada a menores de 18 anos por ser cruel, alterando decisão da própria Suprema Corte que em 1989 afirmara que a execução de menores entre 16 e 18 anos não era ofensiva à

⁴¹ Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412modified.pdf>, consulta em 04.04.2018, p.24. Vale a transcrição exata do que ali consta: "The Eighth Amendment does not foreclose the possibility that persons convicted of nonhomicide crimes committed before adulthood will remain behind bars for life. It does forbid States from making the judgment at the outset that those offenders never will be fit to reenter Society" (p.24).

⁴² Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412modified.pdf>, consulta em 04.04.2018, p. 32.

⁴³ *Roper v. Simmons*, disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/03-633P.ZS>. Consulta em 05.04.2018.

⁴⁴ *Roper v. Simmons*, p.1.

Constituição⁴⁵. Importante notar que o voto do Juiz Kennedy, que manifestou a opinião da Corte, destacou que os Estados Unidos eram, à época, o *único país no mundo em que se aplicava a pena de morte a menores de 18 anos*.

Em síntese, se é fato que a Suprema Corte evoluiu para uma interpretação um pouco mais restritiva quanto às penas aplicáveis aos menores de 18 anos, não é menos verdade que os Estados norte-americanos admitem muitas formas de responsabilização de menores mesmo abaixo dos 16 anos e que, em geral, há um poder com significativa margem de discricionariedade para decidir quanto à submissão a uma justiça infanto-juvenil ou à justiça criminal, mormente quando se trata de crimes de maior gravidade.

3.2.2. Portugal

Ao contrário dos Estados Unidos, Portugal optou pela adoção de um único critério válido para definir a imputabilidade, que é o etário.

Apontando uma tendência de os Estados fazerem coincidir as idades de responsabilidades penal e civil, Duarte-Fonseca⁴⁶ destaca duas exceções a ela: a Suíça, onde a imputabilidade penal se inicia aos 15 anos, e a legislação portuguesa, que passou a prever que a responsabilidade penal se dá aos 16 anos, nos termos do art. 19 do Código Penal, mantendo o Código Civil em 18 anos o início da capacidade civil, nos termos do art. 122.

A legislação portuguesa, em que pese adotar o critério etário exclusivo na definição da responsabilidade penal, entendendo a existência de diferentes graus de maturidade de acordo com a idade, prevê normas especiais para a aplicação de sanções a jovens entre 16 e 21 anos, conforme disposto no art. 9º do Código Penal⁴⁷. Tratam-se de normas penais, de responsabilização criminal de adulto, mas mitigadas em razão apenas da juventude do imputado.

Para menores⁴⁸ entre os 12 e os 16 anos, aplicam-se as regras da lei tutelar educativa, que reconhece os jovens como sujeitos de direitos, garantindo-lhes o devido processo legal, mas conformando também um modelo de responsabilização, com uma série de medidas passíveis de serem aplicadas, entre as quais a admoestação, realização de tarefas em favor da comunidade, acompanhamento educativo e internamento.

Desta forma, poder-se-ia dizer que Portugal procurou adotar uma solução de consenso, fixando em 16 anos a plena responsabilidade, reconhecendo, no entanto,

⁴⁵ Referimo-nos aqui a *Stanford v. Kentucky*, que avaliou exatamente a mesma questão, chegando então àquela época a resultado diametralmente oposto, admitindo a pena capital para tal faixa etária.

⁴⁶ DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de Menores Delinquentes*. A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

⁴⁷ “Art. 9º – Disposições especiais para jovens – aos maiores de 16 e menores de 21 são aplicáveis normas fixadas em legislação especial”. Essa legislação especial aplicável é o Decreto-Lei 401/82.

⁴⁸ Em que pese o termo “menor” ser considerado atualmente pejorativo no Brasil, a Lei Tutelar Educativa (Lei nº 166, de 14 de setembro de 1999) expressamente a ele se refere, de forma que será adotado aqui como decorrência lógica do direito positivado em Portugal, onde o termo não guarda tal conotação.

que até os 21 anos ainda há um processo de amadurecimento e desenvolvimento da pessoa que faz com que o grau de reprovação da conduta seja mitigado no momento da aplicação da sanção.

A lei portuguesa estabelece dois regimes especiais em razão da idade, dos 16 aos 18 anos e dos 18 aos 21 anos. Ao juiz é facultada a redução da pena quando reconhecer reais vantagens para a reinserção social do condenado. A atenuação deve ser a regra, sendo que “a recusa da atenuação especial deverá ser devidamente fundamentada”⁴⁹. Se o crime tiver pena inferior a dois anos, o juiz poderá optar por aplicar as medidas da lei tutelar educativa aos jovens entre 16 e 18 anos, tudo nos termos do Decreto Lei nº 401/82. Desta forma, para esta faixa etária, ainda que reconhecida a imputabilidade, “busca-se instituir um direito mais reeducador do que sancionador”⁵⁰.

Para Figueiredo Dias, aos 16 anos, adquire-se imputabilidade plena no sistema penal português, apesar do regime penal diferenciado para os jovens adultos entre 16 e 21 anos. Ressalta que ao contrário do Código Penal anterior, em que vigia uma atenuação automática da pena para jovens adultos com base numa noção de imputabilidade diminuída, a disposição do Código atual é de uma censurabilidade reduzida a ser considerada no caso concreto⁵¹⁻⁵².

Neste sentido, deixar de aplicar a redução legalmente prevista exige do julgador uma fundamentação negativa que busque avaliar quais os fatores que, naquele caso em julgamento, impedem que a redução seja considerada em favor do acusado.

Apesar de este não ser mais um tema em franca discussão em terras portuguesas⁵³, a idade de 16 anos não goza de unanimidade entre os doutrinadores.

⁴⁹ CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal, Parte Geral*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2004, p.314. Volume II.

⁵⁰ GARCIA, M. Miguez; e RIO, J. M. Castela. *Código Penal – Parte Geral e Especial*. Coimbra: Almedina, 2014.

⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.601.

⁵² Neste sentido, por exemplo, Ac. do TRG de 03.04.2017 I) Está hoje perfeitamente adquirida na jurisprudência a ideia de que o poder de atenuar especialmente a pena aos jovens delinquentes é um verdadeiro poder-dever, isto é, perante a idade entre 16 e 21 anos do arguido, o tribunal não pode deixar de investigar se se verificam as sérias razões a que se refere o DL nº 401/82 de 23/09 e se tal acontecer não pode deixar de atenuar especialmente a pena. II) No caso dos autos, o arguido cometeu os crimes de violação agravado e coação, na forma tentada em contexto institucional e num período transitório da vida e sem aparentes manifestações de recidiva, inculcam no sentido de que a atenuação especial das penas irá facilitar o propósito da ressocialização. III) E mesmo algumas dificuldades que se pressentem pela fragilidade dos amparos sociais e familiares com que o arguido poderá contar – em face do quadro factual social, económico e familiar resultante dos autos – não deverão constituir-se em juízo desfavorável, pois só perante a criação de algumas condições possíveis no encaminhamento na direção dos valores se poderá testar o modo de reação e o desempenho futuro da personalidade do arguido. IV) Em suma, questionando-se a aplicação do regime penal para jovens adultos, o juízo deve ser positivo desde que não existam razões fortes para duvidar da possibilidade de reinserção. V) Os fatos, considerados no seu conjunto, fazem, ainda assim e apesar da sua gravidade, sobressair a prevalência das finalidades político-criminais que estão no fundamento do regime penal para jovens. VI) Deste modo, impõe-se concluir, *in casu*, pela aplicação do regime estabelecido do Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro, com a atenuação prevista no art. 4º, porquanto as condições e a idade do arguido fazem crer que da atenuação resultarão vantagens para a sua reinserção. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/5e1717856ec38bc380258106003529de?OpenDocument>. Consulta em 08.08.2018.

⁵³ As atas das sessões da Comissão revisora do Código Penal de 1968 revelam um pequeno debate quanto à pretensão de aumento da idade de imputabilidade para os 18 anos de idade, tendo, no entanto, seus

Analisando-o, Taipa de Carvalho afirma que “entendo, também, por razões de política criminal, que a idade de imputabilidade deveria ser a dos 14 anos”, afirmando que bastaria definir-se um regime especial de pena e de cumprimento. No entanto, reconhece o referido autor válida a opção legislativa de política criminal, ainda que não lhe pareça a mais adequada⁵⁴.

Para Anabela Rodrigues, que fez parte da Comissão de Reforma do sistema educativo, foi a mobilização social em 1997, com debates dos diferentes atores que integram o sistema de Justiça de crianças e adolescentes e com a extrapolação do debate inclusive nos meios de comunicação, que acarretou a nomeação, em 31 de dezembro de 1997, da Comissão de Reforma sobre o processo tutelar educativo. Partia-se do pressuposto da imprescindibilidade de manutenção da idade de imputabilidade aos 16 anos, já que havia movimentos para a sua redução. Para a autora, o ideal é a elevação da idade para os 18 anos, afirmando que “se o futuro do modelo se mostrar eficaz, a consequência natural deverá se elevar o limite etário da imputabilidade para os 18 anos”⁵⁵. O mesmo entendimento é partilhado por Duarte-Fonseca, para quem o aumento da idade penal aumentaria as potencialidades da lei tutelar educativa.⁵⁶⁻⁵⁷

Como não se trata de tema candente, verifica-se que os autores apresentam concepções próprias acerca da melhor idade de responsabilização, mas reconhecem como *legítima opção política* a idade atualmente fixada em lei aos 16 anos.

Maria Fernanda Palma, analisando a inimputabilidade sob o aspecto idade, afirma que há certa discricionariedade para que o sistema penal escolha o modelo de desenvolvimento da pessoa para definir responsabilidade⁵⁸. Para a autora, é necessário conjugar neste aspecto uma verdade científica (análise quanto ao comportamento humano) e uma “verdade ética” que “só poderá ser atingida por um direito penal que ache a justa medida de articulação entre responsabilidade individual e colectiva”⁵⁹.

A *terceira via* adotada em terra portuguesa demonstra que a fixação de um marco etário definido pelo legislador faz parte da margem de opção político-legislativa.

integrantes concordado unanimemente que a previsão de uma norma de atenuação para jovens entre 16 e 21 anos era suficiente para encerrar a questão. Na Comissão de trabalho para a revisão do Anteprojeto do Código Penal em 1989, já na abertura, Figueiredo Dias afirma que “os arts. 1º a 39 sã, em princípio, intocáveis, do ponto de vista substancial”, revelando assim que a redução ou o aumento da idade não foram sequer debatidos nos trabalhos.

⁵⁴ CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal*, Parte Geral. Porto: Publicações Universidade Católica, 2004, p.311. Volume II.

⁵⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda; e DUARTE-FONSECA, Antonio Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁵⁶ DUARTE-FONSECA, Antonio Carlos. Responsabilização de menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais. In: *Psicologia Forense*. Separata. Coimbra: Almedina, 2006.

⁵⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda; e DUARTE-FONSECA, Antonio Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁵⁸ Desenvolvimento da Pessoa e Imputabilidade no Código Penal Português. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (Coords.). *Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra, 2009, p.103.

⁵⁹ PALMA, Maria Fernanda. Desenvolvimento da Pessoa e Imputabilidade no Código Penal Português. In: PALMA, Maria Fernanda; Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (Coords.). *Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra, 2009, p.104.

Em que pese haver divergência doutrinária acerca de qual é o melhor modelo de responsabilização, os doutrinadores entendem que há uma margem possível de decisão que se insere no âmbito do debate público. Assim, a idade de 16 anos estaria dentro desta margem, bem como as opções políticas de permitir a aplicação de sanções criminais reduzidas em razão da idade através de um regime especial de sanção para jovens entre 16 e 21 anos.

Importa ressaltar, no entanto, que o debate em Portugal jamais se produziu em termos de proteção constitucional, na medida em que a previsão da imputabilidade sempre foi reconhecida como competência do legislador ordinário. A dimensão comparada aqui, portanto, é ilustrativa do debate jurídico quanto à responsabilidade e quanto à possibilidade de marcos etários distintos daquele de 18 anos em Estados de Direito.

3.2.3. Espanha

Em brevíssima retrospectiva histórica, verifica-se que o Código Penal espanhol de 1918 introduziu importantes alterações na configuração da delimitação da responsabilidade criminal, que desde sempre conjugava critérios etários com análise de discernimento. A partir do referido Código, a idade penal foi fixada em 16 anos, sendo os jovens com idade inferior submetidos a uma jurisdição especial, apesar de ainda prever a possibilidade de responsabilização excepcional de jovens entre 9 e 16 anos caso comprovado o pleno discernimento.

O Código de 1932 consolidou de forma definitiva a imputabilidade aos 16 anos sem nenhuma análise acerca do discernimento, admitindo apenas uma redução de pena para os jovens entre 16 e 18 anos. Não houve significativas mudanças nos códigos subsequentes até que em 1995 a lei penal estabeleceu a imputabilidade em 18 anos⁶⁰.

A Lei Espanhola sobre responsabilidade criminal de menores, portanto, aplica-se a jovens entre os 14 e os 18 anos, idade que marca o início da imputabilidade penal. Assim como Portugal, a Espanha pode ser considerada uma *terceira via* na questão da responsabilização de jovens, tendo, no entanto, optado por uma normatização inversa: fixou a idade de imputabilidade aos 18 anos, mas estabeleceu regras duras na disciplina da responsabilidade juvenil.

Já na exposição de motivos da Lei Orgânica nº 5/2000, é previsto que ela *“tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores”*⁶¹. Desta forma, conjuga princípios em parte penais, com natureza sancionatória, e em parte educativos, voltada ao melhor interesse do jovem⁶².

⁶⁰ MONTERREAL, Ana Alemán. Reseña histórica sobre la minoría de edad penal. In: AFDUDC, 11, 2007, p. 27/44.

⁶¹ Ley Orgánica 5/2000, disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-641-consolidado.pdf>. Consulta em 24.04.2018.

⁶² PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002. No mesmo sentido, FERNÁNDEZ-PACHECO, Gloria Alises. A importância da mediação no sistema de justiça juvenil espanhol: contributos para uma mudança. In: PITON, André Paulino; e CARNEIRO, Ana Teresa (Coords.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p.529.

Para jovens entre 16 e 18 anos, a lei prevê um *tratamento agravado* na aplicação das medidas para atos considerados graves pelo Código Penal ou pelas leis penais especiais. A medida de internação pode ser de 1 a seis anos, seguidas de mais três anos de liberdade vigiada (art. 10, *b* da Lei Orgânica nº 5/2000). Para delitos de homicídio, determinadas espécies de violência sexual e o envolvimento em terrorismo e outros em que a pena prevista seja superior a quinze anos, a medida será de internação em regime fechado de um a oito anos, seguida de um período de liberdade vigiada de até 5 anos.

Mais uma vez, como em Portugal, a questão comparativa refere-se tão somente à forma de organização da responsabilidade, já que, também na Espanha, a idade penal encontra-se definida apenas em normas infraconstitucionais.

4. A idade penal com *status* constitucional – a experiência brasileira

“A constituição é hoje a institucionalização de um *processo de aprendizagem falível*, através do qual uma sociedade ultrapassa pouco a pouco a sua capacidade para se tematizar a ela mesma sob o ângulo normativo”⁶³.

A Constituição Federal de 1988 previu, no art. 228, a idade de imputabilidade penal aos 18 anos. Sucessivas propostas de emendas à Constituição buscaram alterar a redação do dispositivo já logo após a promulgação do texto constitucional, reduzindo a idade de responsabilização.

Entre os anos de 1993 e 2013, *mais de 37 projetos* de redução da idade penal tramitaram apenas na Câmara dos Deputados⁶⁴. Atualmente, os projetos de Emenda à Constituição que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal apresentam distintas propostas relativas à alteração etária, que vão desde a mudança para todos os crimes como algumas que conjugam a redução da idade para certos e determinados delitos de maior gravidade. Há também projetos de lei para tornar mais duras as medidas socioeducativas já previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁵.

Trata-se, portanto, de tema que se encontra em pauta há muitos anos e em que o argumento do limite material de reforma aparece de forma reiterada como impeditivo de qualquer alteração⁶⁶.

4.1. A Constituinte e a idade de imputabilidade penal

A controvérsia em torno da questão da definição constitucional da idade já estava presente na Assembleia Constituinte. Curiosamente, consta a proposta de Emenda

⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1453 (itálico no original).

⁶⁴ Esses dados são apresentados por SILVA, Aline Kelly da; e HÜNING, Simone Maria. Redução da idade penal, tecnologias de informação e maturidade: questões à psicologia. *In: Revista Psicologia: Teoria e Prática*, 18(3). São Paulo, SP, set./dez., 2016.

⁶⁵ Algumas destas propostas se aproximariam mais da solução espanhola, com potencialidade de reduzir as constantes críticas de que reina a impunidade para os adolescentes, mas, como se tratam de normas infraconstitucionais, estão fora do âmbito deste trabalho.

⁶⁶ Consta na Constituição Federal, no art. 60, §4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir(...) IV - os direitos e garantias individuais.

00346, apresentada em 09/06/1987, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, para que a idade penal fosse reduzida para os 16 anos em razão da crescente cooptação de crianças para a prática de crimes, que foi considerada prejudicada com o singelo parecer de “a matéria compete à legislação ordinária”.⁶⁷

Já na Comissão de sistematização, proposta com o mesmo teor foi rejeitada com o parecer de que “trata-se de declaração desnecessária, pois, atualmente, a imputabilidade penal só pode ocorrer com os maiores de 18 anos. A emenda, assim, a nosso ver, deve ser rejeitada”.⁶⁸ Essa previsão de idade encontrava-se, então, no Código Penal, fazendo crer que o parecer mantinha a concepção de que se trata de matéria infraconstitucional já que, caso contrário, se houvesse a alteração da norma na Constituição, a lei que deveria se adequar ao novo limite.

Também merece ser brevemente destacado que, entre março de 1986 e julho de 1987, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal criou o “Projeto Diga Gente e Projeto Constituição”, que permitia que fossem enviadas sugestões através de formulário próprio disponibilizado nos correios. Esses dados foram sistematizados no SAIC - Sistema de Apoio Informático à Constituinte e estão hoje disponibilizados no sítio eletrônico do Senado Federal.

Utilizando tal ferramenta com o critério de busca “imputabilidade penal”, foram obtidos 8 resultados, todos com propostas de redução da idade de responsabilização. Neste grupo, 5 propunham a redução da idade para os 16 anos, dois para os 14 anos e um deles exigia o fim da imputabilidade, sob o argumento de que “o menor que cometer crime deverá ser preso”.⁶⁹

Comentando o dispositivo em questão, Moraes e Teixeira⁷⁰ afirmam que chegou a discutir-se a sua inclusão no art. 5º da Constituição Federal, mas ao final a disciplina em artigo próprio teria decorrido de técnica legislativa em razão das emendas populares que fizeram inserir no novo texto a doutrina da proteção integral. Assim, a idade penal não foi incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, mas em capítulo próprio relativo aos direitos infante-juvenis.

Nota-se, no entanto, que já desde a elaboração do texto, não se tratava de matéria pacífica nem quanto à sua natureza constitucional, nem quanto à idade a ser fixada, nem por fim quanto à inclusão no rol de direitos fundamentais.

⁶⁷ Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/baseshist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=16368&sgBase=APEM&q=imputabilidade>. Consulta em 04.05.2018.

⁶⁸ Tratava-se da Emenda 01677, de 02.07.1987, disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/baseshist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=32042&sgBase=APEM&q=imputabilidade>. Consulta em 07.05.2018.

⁶⁹ Esses dados estão disponíveis em: <http://www.senado.leg.br/atividade/baseshist/asp/consultaNovo.asp>. Consulta em 08.05.2018.

⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de; e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentários ao art. 228. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Orgs.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

4.2. A controvérsia na doutrina nacional

Diversos autores expressamente já se manifestaram acerca da inconstitucionalidade da revisão da idade penal por entender estar incluída no limite material de revisão. Vale transcrever, por ser atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, que eventualmente será instado a se manifestar acerca do tema, o entendimento de Alexandre de Moraes:

Entendemos impossível esta hipótese, por tratar-se a imputabilidade penal, prevista no art. 288 da Constituição Federal, de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente de não serem submetidos à persecução penal em juízo nem tampouco serem responsabilizados criminalmente, com a consequente aplicação da sanção penal. Lembremo-nos, pois, que essa verdadeira cláusula de irresponsabilidade penal do menor de 18 anos, enquanto garantia positiva de liberdade, igualmente se transforma em garantia negativa em relação ao Estado, impedindo a persecução penal em juízo. Assim, o artigo 228 da Constituição Federal encerraria a hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º, cuja possibilidade já foi declarada pelo STF em relação ao artigo 150, III, b (ADI 939-7/DF) e, consequentemente, autêntica cláusula pétreia prevista no artigo 60, §4º, IV⁷¹.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva afirma categoricamente que se trata de um direito individual com a mesma natureza daqueles protegidos no art. 5º da Constituição e, consequentemente, de limite material⁷².

Para aqueles que defendem a idade de 18 anos como a garantia individual em si, parte-se da premissa de que *reduzir é abolir*. Assim, todo o preceito seria absolutamente

⁷¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 9ª edição.* São Paulo: Atlas, 2009, p.44. A mesma posição do autor consta em MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2006, p.2231/2232. Também defendendo a imutabilidade da cláusula de imputabilidade aos 18 anos: GRAU, Eros Roberto; e DUARTE, Helena Rodrigues. A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal. In: LEAL, Cesar Barros; e PIEDEDE JUNIOR, Heitor (Orgs.). *Idade da Responsabilidade Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003; GOMES NETO, Gercino Gerson. A imputabilidade penal como cláusula pétreia. In: LEAL, Cesar Barros; e PIEDEDE JUNIOR, Heitor (Orgs.). *Idade da Responsabilidade Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Punir para proteger direitos. Proteger os direitos dos que se pune. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC.* Belo Horizonte, ano 7, nº 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=96119>>. Acesso em: 3 nov. 2017. SPOSATO, Karyna Batista; e MATOS, Émille Laís de Oliveira. Impedimentos constitucionais à redução da maioridade penal no Brasil. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.* Belo Horizonte, ano 7, nº 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=96115>>. Acesso em: 3 nov. 2017 (acesso privado). Ainda, ver: ROSA, Alexandre Morais da. Artigos 227 ao 230. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição.* São Paulo: Malheiros, p.883.

inalterável, não havendo a identificação, em seu âmbito, de um conteúdo essencial, este sim intangível a qualquer alteração, nem tampouco uma leitura das normas constitucionais como *prima facie*, o que se pretenderá demonstrar a seguir.

Em sentido oposto, Pedro Lenza⁷³ sustenta que a redução é perfeitamente possível, eis que as *cláusulas pétreas* apenas vedam modificações que visem a abolir ou sejam tendentes a abolir direitos fundamentais, o que não é o caso da redução para 16 anos que, sob a ótica do autor, guarda inclusive coerência com a possibilidade de votar conferida aos jovens com tal idade, que também passou a vigorar após emenda constitucional. Essa relação direta entre a capacidade de votar e um necessário reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa com 16 anos também é pontuada por Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos⁷⁴ e por Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁵.

Admitindo a redução, na doutrina penal, Nucci entende que a única exigência é que a redução se faça por emenda⁷⁶. No mesmo sentido, Rogério Greco afirma que a inclusão da idade penal no âmbito da Constituição apenas exige o procedimento agravado de Emenda Constitucional para a sua alteração, mas que ela não se insere no rol das cláusulas protegidas pela imutabilidade⁷⁷.

Ainda entre os comentaristas do Código Penal, em exposição confusa, Cezar Roberto Bitencourt defende a possibilidade de uma “responsabilidade penal diminuída” a partir dos 16 e até os 20 anos, a ser cumprida em um “patronato para menores infratores”. Não fica claro se se trata de admissão de redução da idade penal – e, portanto, de afastamento da tese da imutabilidade da norma constitucional – ou se na verdade haveria uma ampliação da idade de inimputabilidade até os 20 anos, todos submetidos à Justiça infanto-juvenil⁷⁸.

⁷³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. Saraiva, 2012.

⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000. 8º volume. Os autores não se manifestam especificamente acerca da existência ou não de cláusula pétrea, apenas apontando a incoerência de reconhecer capacidade eleitoral aos 16 anos, mas não a capacidade de responsabilidade penal, indicando aparentemente a compreensão de ser possível tal alteração.

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, 1999. Volume 2. Nos exatos termos da nota anterior, não há menção expressa quanto à existência, ou não, de cláusula pétrea, ressaltando o autor apenas a incongruência da atual formatação.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.267. O autor, no entanto, entende que a possibilidade de mudança decorre do fato de não existirem direitos fundamentais fora do rol do art. 5º da Constituição Federal, entendimento totalmente diverso do adotado no presente trabalho.

⁷⁷ GRECO, Rogério Greco. *Código Penal Comentado*. 11ª edição. Niterói: Impetus, 2017.

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.382. A indicar que se trata de admissão da redução da idade de responsabilização, afirma: “para se admitir a idade para a ‘responsabilidade penal’, exige-se competência e honestidade de propósitos, aspectos nada comuns ao sistema repressivo penal brasileiro como um todo” (p.382), mas a seguir, no parágrafo seguinte, defende como consequência a ampliação dos prazos de internação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Uma interpretação possível da posição defendida pelo autor seria a criação de um sistema de responsabilidade nos mesmos moldes do português, que reconhece a imputabilidade plena aos 16 anos, mas prevê um regime especial atenuado para os jovens entre 16 e 21 anos, como foi discutido acima.

4.3. A “Constituição *prima facie*”⁷⁹ e a imputabilidade penal

Colocado o debate na doutrina nacional, passa-se a análise acerca da natureza da norma constitucional que define a idade penal.

Neste sentido, como destaca Vitalino Canas, “quase toda a norma constitucional é justificada e animada pelo fim que o legislador constituinte quis prosseguir com ela”⁸⁰, ressaltando o autor que os formatos hipotético-condicional ou categórico incondicional não definem por si só a natureza da norma.

Ainda segundo o mesmo autor, com a evolução constitucional e a ampliação de situações reguladas e uma pretensão de universalização das disciplinas da vida, a Constituição tornou-se *prima facie* acarretando um “amolecimento”⁸¹ das normas.

Mais especificamente, as Constituições *prima facie* são:

Quadros normativos que estabelecem uma disciplina de princípio que é superada se houver razões cuja ponderação concreta – pautada pelo que temos designado de comandos de ponderação e otimização – justifique aquela superação⁸².

Se este é o critério para o legislador ordinário, por maioria de razão deve se aplicar também ao constituinte reformador, a quem não pode ser subtraída a ponderação de bens, interesses e valores constitucionalmente protegidos e que passem a conflitar entre si.

Na hipótese que ora se analisa, a norma constitucional que prevê atualmente a idade de 18 anos, interpretada no bojo da Constituição *prima facie*, refere-se à proteção da imputabilidade, enquanto limite à imposição de regras penais àqueles que tenham possibilidade de conhecer as normas e determinar-se de acordo com este conhecimento, respeitando-se uma idade razoável e compatível com o Estado de Direito.

Retomando a citação de Alexandre de Moraes, *supra*, verifica-se que se trata de “*garantia positiva de liberdade*”⁸³, sendo esta a finalidade que o legislador constituinte quis perseguir com o dispositivo.

A garantia positiva de liberdade, que protege um núcleo essencial de inimputabilidade, enquanto exigência de um grau suficiente de compreensão da

⁷⁹ Tomamos emprestado o termo de CANAS, Vitalino. Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões). In: *e-Pública*, no 1, janeiro de 2014. Vol. I.

⁸⁰ CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p.533.

⁸¹ A expressão é do próprio CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, p.376.

⁸² CANAS, Vitalino. Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões), In: *e-Pública*, no 1, janeiro de 2014. Vol. I.

⁸³ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p.44.

norma incriminadora e de possibilidade de agir de acordo com este entendimento, esta sim é protegida pelos limites materiais constitucionalmente impostos.

Lida como Constituição *prima facie*, a norma constitucional brasileira abriga inúmeros outros bens, interesses e valores com a mesma dignidade e que, eventualmente, na análise das situações concretas, utilizando-se os instrumentos constitucionais de harmonização, podem exigir que esta norma seja restringida⁸⁴.

O Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide da Constituição Federal anterior, já analisou a possibilidade de mudança de norma concretizadora de um princípio fundamental então protegido por cláusula pétreia. No voto do Ministro Moreira Alves⁸⁵, é admitida a prorrogação do prazo do mandato de prefeitos por 2 anos, entendendo o julgador que naquela hipótese, *observado aquele caso concreto*, a mudança na regra – que era uma das materializações do princípio republicano – *não o afetava de forma a aboli-lo*, havendo na situação uma ponderação concreta que fazia admitir, na hipótese, a mudança sem atentar contra a forma republicana.

Em decisão mais recente, discutida a violação ao limite material relativo à separação de poderes por parte da Emenda Constitucional 45/2004, que previa a instauração do Conselho Nacional de Justiça, o STF decidiu:

Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa à cláusula constitucional imutável (cláusula pétreia). Inexistência. Subsistência do *núcleo político do princípio*, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente⁸⁶.

⁸⁴ Em que pese os instrumentos de harmonização serem, em geral, utilizados como limitadores do legislador ordinário, defende-se aqui que também o constituinte da reforma deve a eles se socorrer na análise acerca da necessidade, adequação e proporcionalidade de medidas que pretenda implementar, inclusive para verificar a compatibilidade da proposta com a Constituição, lida de forma integral.

⁸⁵ Trata-se do voto no Mandado de Segurança 20257, do Distrito Federal, publicado em 10.04.1981, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1450184>. Consulta realizada em 18.01.2018. Vale a transcrição do seguinte trecho, porque evidencia a *perfeita possibilidade de alteração na regra concretizadora de um princípio fundamental* sem que dela resulte tendência à abolição da garantia de limite material: “De fato, prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato, como sustentam os impetrantes, sob a alegação de que, *a admitir-se qualquer prorrogação, infima que fosse, estar-se-ia a admitir prorrogação por vinte, trinta ou mais anos*. Julga-se à vista do fato concreto, e não de suposição, que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, julgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional” (itálicos nossos).

⁸⁶ ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094652&base=baseAcordaos>. Consulta em 29.03.2018, (grifos nossos).

Na decisão, o Supremo Tribunal reconheceu que a composição do Conselho com membros designados por outros poderes não viola a separação entre eles, na medida em que o núcleo da função jurisdicional permanecia inalterado⁸⁷.

Estendendo-se o raciocínio para a idade de imputabilidade, poder-se-ia asseverar que a norma que definiu a imputabilidade aos 18 anos concretiza em âmbito constitucional o direito fundamental à liberdade, limitando o poder de punir do Estado. Alterar este limite para os 16 anos *não significa tendência a aboli-lo*; afirmar que ao admitir esta redução estar-se-ia admitindo a redução para 12, 10, 8 anos de idade não condiz com as circunstâncias concretas do modelo de emenda atualmente em discussão e, retomando as palavras do Ministro Moreira Alves, “julga-se à vista do fato concreto, e não de suposição, que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, *juulgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional*”⁸⁸.

Assim, apesar de a garantia da liberdade ser, inequivocamente, limite material de reforma, é certo que ela se materializa na Constituição de inúmeras maneiras, entre as quais no preceito definidor da idade de imputabilidade penal, que não parece possa ser tomada como uma regra absoluta, insuscetível de confrontação com outros bens, interesses e valores com igual dignidade constitucional.

Se há um espaço delimitado em que há algum grau de consenso, acerca da imaturidade – abaixo dos 14 anos – e acerca da maturidade – acima dos 20 anos –, existe um espaço da imputabilidade penal passível de conformação e de ponderação⁸⁹, que busque uma “justa medida” de responsabilização. A capacidade de compreensão, quando se parte de presunções, como é o caso inevitável de critérios etários, acaba sempre por abarcar eventual pessoa determinada que ainda é imatura para a responsabilização. É assim aos 18 anos. Será assim se a idade for reduzida ou mesmo se for aumentada⁹⁰.

⁸⁷ Comentando a decisão, Luis Roberto Barroso afirma que “é evidente que a cláusula pétreia que trata o art. 60, §4º, III, não imobiliza os quase cem artigos da Constituição que direta ou indiretamente, delineiam uma determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário”, sustentando que a violação deve ser apurada de acordo com o núcleo essencial do princípio. Conselho Nacional de Justiça: Constitucionalização da sua criação e balanço do seu primeiro biênio. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da constituição cidadã de 1988*. Efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.101.

⁸⁸ ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094652&base=baseAcordaos>. Consulta em 29.03.2018, (grifos nossos).

⁸⁹ Mesmo esses limites diferem no direito comparado. Por exemplo, na maioria dos estados norte-americanos admite-se a responsabilização criminal a partir dos 12 anos, conforme tratado em item *supra*. Ver: SNYDER, Howard N. Juvenile Delinquents and Juvenile Justice clientele. Trends and patterns in crime and justice system responde. In: FELD, Barry C Feld; e BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013.

⁹⁰ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I – questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Referindo-se à imputabilidade penal de 16 anos que vigora em Portugal: “claro que, sempre que a idade como fundamento de inimputabilidade seja – por razões óbvias de segurança jurídica – expressa pela lei penal (como hoje o é as mais das vezes) através de um critério puramente quantitativo (12, 14, 16, 18 anos...), todas as concepções esbarrarão com grande dificuldade em compreender inteiramente este fundamento a partir do pensamento da culpa. Apesar desta dificuldade, porém, é o fundamento que apontamos que depois se conxiona, formalmente, com o índice oferecido por uma certa idade e que há de ser justificado à luz de outras considerações, nomeadamente político-criminais” (p.548).

Esse espaço de conformação – *que o constituinte originário não pretendeu subtrair definitivamente ao reformador, como se procurou demonstrar acima, mas apenas proteger de circunstanciais mudanças pela legislação ordinária* – depende de um processo de avaliação a ser realizado pelo legislador constitucional. Neste processo, muitas outras questões precisarão ser avaliadas a fim de verificar se, no caso concreto, as restrições serão constitucionalmente admitidas, com a devida proteção ao núcleo essencial que o Constituinte originário colocou a salvo de qualquer mudança.

Na análise de emenda constitucional que vise a reduzir a idade penal, é preciso verificar se ela *tende a abolir* a proteção contra o poder de punir do Estado e se a redução é adequada, necessária e proporcional para os fins pretendidos. A decisão final compete ao legislador democraticamente eleito para as escolhas de política criminal⁹¹, observado o procedimento agravado da emenda que, como visto, já tem a função de conferir maior estabilidade a todas as normas constitucionais.

5. Conclusão: idade de responsabilidade penal – é possível debater?

“Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”⁹².

A possibilidade de reforma do texto constitucional quanto à idade de responsabilidade penal perpassa por opções acerca da natureza do direito constitucional que se entende delimitado naquele dispositivo, bem como de seu conteúdo essencial objeto de proteção.

Parece ser relativamente consensual que os limites materiais não tornam absolutamente intocáveis quaisquer direitos fundamentais. Difícilmente será possível falar em direito fundamental de natureza absoluta⁹³ e ele pode ceder quando confrontado com outros bens, interesses ou valores com a mesma dignidade constitucional⁹⁴.

Há enorme controvérsia acerca do alcance dos limites materiais de reforma bem como da definição do conteúdo essencial ou do núcleo dos direitos fundamentais protegido de mudança pelo constituinte derivado.

Grandes nomes do constitucionalismo vêm por anos refletindo acerca da legitimidade de submissão de gerações futuras a opções políticas de um dado momento histórico, por mais relevante que ele seja. Procurou-se delimitar este

⁹¹ Sobre a “Constituição Penal” perfeitamente delimitável no âmbito da Constituição Federal de 1988, *cfr.* FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

⁹² Art. 32, 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Consulta realizada em 25.01.2018

⁹³ Mais uma vez, aqui se remete à discussão acerca da existência, ou não, de direitos absolutos que guarda relação também com o tema da existência de conteúdos essenciais absolutos, para o que remetemos à nota *supra*.

⁹⁴ Para restrições possíveis no confronto com bens de natureza infraconstitucional, ver as ponderações feitas por NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, posição partilhada em parte também por CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017 que defende, no entanto, a existência de alguns direitos que são absolutos, como é o caso da vida.

consenso com a admissão de que as cláusulas de eternidade protegem um conteúdo mínimo que caracteriza a essência mesmo da Constituição, sem o qual ela se tornaria outra, mas não mais aquela.

Toda esta discussão pode ser transposta para o âmbito da proteção do disposto no art. 228 da Constituição Federal do Brasil.

Parece adequado concluir que, no âmbito da Constituição *prima facie*, a idade penal de 18 anos não é um direito absoluto, podendo eventualmente ser chamado ao sopesamento em face de outros bens, interesses ou valores constitucionais igualmente relevantes, como é o caso da segurança pública, por exemplo. A idade em que se dá esta limitação é passível de modificação, sem que com isso haja, *a priori*, violação de limites materiais.

Retomando Alexandre de Moraes⁹⁵, *a proteção constitucional é à imputabilidade penal*, norma decorrente do direito de liberdade, limitadora do poder de punir estatal.

A definição do núcleo essencial de tal direito, ou seja, do efetivo âmbito de proteção insuscetível de *abolição* – porque é de tendência a abolição que trata a Constituição –, depende de uma real análise dos interesses juridicamente protegidos e eventualmente colidentes quando se fala em idade de responsabilização criminal.

Olhar outras experiências quanto à definição de tal idade de imputabilidade permite alguma avaliação acerca das diversas opções dos diferentes Estados, que perpassam sempre por escolhas diretamente relacionadas à realidade daquele determinado povo.

A diversidade na definição etária aponta para uma falta de consenso internacional, bem como para as escolhas políticas diferentes que foram feitas pelos distintos Estados de Direito.

Não basta o clamor da maioria⁹⁶, essa é a lição mais importante⁹⁷. As restrições a direitos fundamentais devem sempre ser devidamente justificadas pelo legislador – mesmo e talvez principalmente o legislador constitucional – a fim de que seja possível apurar a sua compatibilidade com a Constituição.

Essa análise só se faz no caso concreto, observados os *princípios de proibição de excesso e de proteção deficiente*, além de outros critérios de harmonização das colisões

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

⁹⁶ Em 16.04.2016, o jornal “O Globo” divulgou pesquisa do Datafolha dando conta de que 87% dos entrevistados eram a favor da redução da idade penal. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/datafolha-87-sao-favor-da-reducao-da-maioridade-penal-15877273>. Consulta realizada em 08.01.2018. Por mais paradoxal que possa parecer – tendo em vista a vulnerabilidade direta da população mais carente à intervenção penal – o maior índice de rejeição à redução, segundo a pesquisa, está entre os que têm nível superior e os que têm renda superior a 10 salários mínimos.

⁹⁷ Aliás, há muito se vem entendendo que a garantia dos direitos fundamentais é frequentemente contramajoritária (o que fica bastante evidenciado no papel das Cortes Constitucionais), ganhando especial relevo quando a maioria entende de forma diversa do que aquilo que está assegurado. Neste sentido, porque apenas sobre este tema poder-se-ia escrever uma tese, ver: BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, número especial. Brasília, 2015, p.23-50. Vol. 5; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

dos múltiplos interesses constitucionalmente protegidos. O poder decisório de restringir não está completamente subtraído ao constituinte derivado, que deve observar o núcleo essencial de proteção da liberdade e da limitação ao poder de punir do Estado.

Como já estava destacado na introdução, mesmo que seja constitucionalmente admissível a mudança, não significa que ela seja necessariamente a melhor alternativa.

Aos operadores do direito, ao legislador e ao Estado-Administração cabe refletir: se reduzir a idade penal aparece como uma milagrosa solução para os males da violência para um percentual tão elevado de pessoas, é hora de discutir a questão no plano que ela realmente exige, que é o da realidade social e de política criminal do país.

É hora de avaliar, considerados os limites impostos pela Constituição, quais são os bens, interesses e valores contrapostos e quais são as medidas adequadas, necessárias e proporcionais para assegurá-los. Respeitada a moldura constitucional, o debate não pertence aos juristas.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição Originária. In: *RFDUFMG* (número especial comemorativo do centenário). Belo Horizonte, 1994.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, número especial. Brasília, 2015, p. 23-50. Vol. 5.

_____. Conselho Nacional de Justiça: Constitucionalização da sua criação e balanço do seu primeiro biênio. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da constituição cidadã de 1988*. Efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000. 8º volume.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Org.). *Perspectivas de Direito Público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte, 1995, p.175/195.

CANAS, Vitalino. *O Princípio da proibição do excesso na confrontação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões). In: *e-Pública*, nº 1, janeiro de 2014. Vol. I.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *O problema da dupla revisão na Constituição portuguesa*. Coimbra: Edição da CODECO/Revista Fronteira (separata), 1978.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal*, Parte Geral. Porto: Publicações Universidade Católica, 2004. Volume II.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I – questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de Menores Delinquentes*. A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: políticas actuais. In: *Psicologia Forense*. Separata. Coimbra: Almedina, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FELD, Barry C.; BISHOP, Donna M. Transfer of Juveniles to criminal Court. In: FELD, Barry C.; BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERNÁNDEZ-PACHECO, Gloria Alises. A importância da mediação no sistema de justiça juvenil espanhol: contributos para uma mudança. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (Coords.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1999. Volume 2.

GARCIA, M. Miguez; RIO, J. M. Castela. *Código Penal – Parte Geral e Especial*. Coimbra: Almedina, 2014.

GOMES NETO, Gercino Gerson. A inimputabilidade penal como cláusula pétrea. In: LEAL, Cesar Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Orgs.). *Idade da Responsabilidade Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Punir para proteger direitos. Proteger os direitos dos que se pune. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 7, nº 25, jan./abr., 2013.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. 5ª edição. Lisboa: Almedina, 2013. Vol. I.

GRAU, Eros Roberto; DUARTE, Helena Rodrigues. A desnecessária e inconstitucional redução da maioria penal. In: LEAL, Cesar Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Orgs.). *Idade da Responsabilidade Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11ª edição. Niterói: Impetus, 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Limites da Revisão Constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 21, p.69-91.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MONTERREAL, Ana Alemán. Reseña histórica sobre la minoría de edad penal. In: *AFDUDC*, 11, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I.

_____. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional? A Propósito do Art. 2º, §2º, da EC nº 3/93. In: *Revista Forense*, nº 330, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PALMA, Maria Fernanda. Desenvolvimento da Pessoa e Imputabilidade no Código Penal Português. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (Coords.). Coimbra, 2009, p.101-108.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição Viva*. Poder Constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

_____. *Reflexões sobre a Teoria das cláusulas pétreas*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31955-37391-1-PB.pdf>. Consulta em: 08/01/2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os Imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. Artigos 227 ao 230. In: BONAVIDES, Paulo Bonavides; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSSATO, Luciano Alves. A necessária responsabilização do adolescente em razão do ilícito praticado. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 7, nº 25, jan./abr., 2013. Disponível em: http://bid.editoraforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_print.aspx?i=96117&p=14. Consulta em: 03/11/2017 (acesso privado).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Ebook.

_____. Proteção de Direitos Fundamentais diante das emendas constitucionais (partes 1, 2 e 3). In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-06/direitos-fundamentais-protexao-direitos-fundamentais-diante-emendas-constitucionais-parte>. Consulta em: 05/12/2017.

SILVA, Aline Kelly da; HÜNING, Simone Maria. Redução da idade penal, tecnologias de informação e maturidade: questões à psicologia. In: *Revista Psicologia: Teoria e Prática*, 18(3), 41-53. São Paulo, SP, set./dez., 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5935/1980-6906/psicologia.v18n3p41-53>. Consulta em: 02/12/2017.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, 2006. SNYDER, Howard N. Juvenile Delinquents and Juvenile Justice clientele. Trends and patterns in crime and justice system responde. In: FELD, Barry C.; BISHOP, Donna M. (Editores). *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press, 2013.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SPOSATO, Karyna Batista; MATOS, Êmille Laís de Oliveira. Impedimentos constitucionais à redução da maioria penal no Brasil. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 7, nº 25, jan./abr., 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=96115>. Consulta em: 3 de nov. 2017 (acesso privado).

A necessidade de aperfeiçoamento estrutural do controle externo: a autonomia do Ministério Público de Contas como imperativo da adversariedade

The need for structural improvement of external control: the autonomy of the Public Prosecutor's Office of Accounts as an imperative of adversity

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. A linha evolutiva do Tribunal de Contas e do Ministério Público de Contas no direito brasileiro. 2.1. Natureza jurídica e principais atribuições do Tribunal de Contas. 3. A autonomia que o Ministério Público de Contas não possui. 4. As práticas adversariais do Ministério Público de Contas e a impostergável necessidade de ampliar a sua autonomia. Epílogo. Referências bibliográficas.

Resumo

Em qualquer Estado de Direito, os mecanismos de controle externo tendem a desenvolver uma postura adversarial em relação aos órgãos controlados. Não se trata propriamente de uma postura beligerante, mas de mera consequência da dialética argumentativa, em que controlador e controlado podem ter entendimentos distintos a respeito da mesma situação fática ou jurídica. É justamente em razão dessa constatação que os Tribunais de Contas possuem plena autonomia para o exercício de suas funções regulares. À atuação do Ministério Público de Contas, mesmo em relação ao próprio Tribunal de Contas, não basta a mera autonomia funcional, pois também aqui a adversariedade pode aflorar. Autonomia administrativa e financeira são exigências prementes ao livre exercício funcional. Este é o objeto de nossas breves reflexões.

* 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. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Abstract

In any State of Law, the mechanisms of external control tend to develop an adversarial stance in relation to the controlled organs. It is not a belligerent stance, but merely a consequence of the argumentative dialectic, in which the controller and controlled organs may have different understandings regarding the same situation. It is precisely because of this that the Courts of Accounts have autonomy for the exercise of its regular functions. The fact that the Public Prosecutor's Office of Accounts, even in relation to the Court of Accounts itself, has functional autonomy, is not enough. Administrative and financial autonomy are pressing requirements for free functional exercise. This is the object of our brief reflections.

1. Aspectos introdutórios

A existência das estruturas estatais, por imperativo lógico, está direcionada à satisfação do interesse público. Trata-se de concepção de contornos abstratos e grande volatilidade conceitual, que tem sua essência densificada a partir do teor de direitos e deveres reconhecidos pela ordem jurídica, em especial daqueles de estatura constitucional, e de valores juridicamente relevantes, considerando as peculiaridades da situação concreta do objeto de apreciação.

Um ato que afronte a legalidade ou a moralidade estará a jusante do interesse público, o mesmo ocorrendo em relação ao que desconsidere os valores colhidos no ambiente sociopolítico ou decorra de avaliação equivocada ou voluntariamente deturpada da realidade sobre a qual se projetará. Vícios dos atos estatais, historicamente catalogados pelo direito administrativo, como os de legalidade e legitimidade, os erros de fato e de apreciação e a teoria do abuso de poder sempre afetarão, em última ratio, o interesse público.

Portanto, nestas breves linhas, optamos por utilizar o interesse público como metáfora indicativa da correção do atuar administrativo. Trata-se de metaconceito indissociável de qualquer ato estatal.

É possível afirmar que o interesse público, em razão de suas características existenciais, possui contornos esféricos. Deve apresentar, ontologicamente, uma essência uniforme em relação a todas as estruturas estatais, ainda que cada uma delas possa visualizá-lo de distintas maneiras, realizando avaliações diversas do conteúdo da norma, dos valores envolvidos e dos próprios objetivos a serem alcançados. Os contornos esféricos indicam que o interesse público não se compatibiliza com a concepção de lados ou feições, que oscilariam conforme a estrutura estatal que o visualizasse, o que estimularia o surgimento de posturas adversariais.

Na medida em que as estruturas estatais atuam conforme a regra de competência, o que viabiliza a sua coexistência no sistema, é intuitivo que divergências exógenas, sob o prisma dos entes não competentes, não terão relevância jurídica. Se o Estado diverge de uma política pública municipal, por exemplo, pouco terá a fazer senão deixar de externar qualquer apoio institucional, em especial com a realização

de transferências financeiras voluntárias. A divergência exógena, no entanto, assume importância quando surge no âmbito dos órgãos de controle externo, entre os quais assume especial relevo o Tribunal de Contas competente.

Mas, se o interesse público é essencialmente esférico, harmonizando-se com a convergência, não com a adversariedade, como justificar divergências entre o órgão competente para a prática do ato administrativo e o Tribunal de Contas? Em rigor lógico, a uniformidade conceitual do interesse público não impedirá o surgimento de sucessivas conflitualidades no processo de construção do seu sentido. Essas conflitualidades tendem a se desenvolver inicialmente no plano interno, inclusive a partir da atuação dos mecanismos de controle ali existentes, até serem solucionadas pela autoridade que ocupe o ápice do escalonamento hierárquico. Podem projetar-se, ademais, no plano externo, a partir de juízos valorativos distintos realizados pelos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas. Neste caso, ou o agente público se resignará ao entendimento do órgão de controle ou a questão pode vir a ser submetida ao Poder Judiciário. Com isso, no processo de construção de um conceito ontologicamente uniforme, tem-se uma postura nitidamente adversarial.

O objetivo do Tribunal de Contas, obviamente, não é e não pode ser o de estimular e construir o conflito. O conflito, em verdade, decorre do processo democrático de construção da convergência, somente podendo surgir onde há pluralismo de ideias e liberdade para expressá-las livremente. É justamente aqui que surge a imprescindibilidade da autonomia do Tribunal de Contas. Sem essa autonomia, o processo de construção do interesse público deixaria de ser dialogal e assumiria os contornos de um monólogo. Essa constatação, não é exagero afirmar, integra o rol das obviedades ululantes. Afinal, em nossa atual quadra de evolução, poucas vozes (sãs) ousariam afirmar que o Tribunal de Contas não precisa de autonomia para bem desempenhar suas funções.

O que chama nossa atenção, e este é o objeto destas breves considerações, é que a autonomia do Ministério Público de Contas parece ser vista por nossos poderes constituídos como algo ontologicamente irrelevante. Para demonstrarmos a incorreção desse entendimento, percorreremos quatro vetores de análise distintos e complementares entre si, que são: a linha evolutiva do Tribunal de Contas e do Ministério Público de Contas no direito brasileiro; a natureza jurídica e as principais atribuições do Tribunal de Contas; a autonomia que o Ministério Público de Contas não tem e deveria ter; e as práticas adversariais inerentes à sua atuação e que tornam imposterável a outorga dessa autonomia.

2. A linha evolutiva do Tribunal de Contas e do Ministério Público de Contas no direito brasileiro

À gestão dos recursos públicos, desde os tempos mais remotos, está associada a necessária existência de mecanismos de controle, permitindo seja aferida a efetiva aplicação desses recursos nos fins estabelecidos pelo detentor do poder. Em sua

expressão mais rudimentar, o controle seria exercido pelo próprio soberano ou por agentes de sua confiança, origem remota da concepção de *controle interno*. Com o evoluir do Estado, surgiram órgãos específicos, tecnicamente qualificados, independentes ou não, responsáveis pela análise das contas de outros órgãos e agentes estatais, originando a concepção de *controle externo*. Enquanto o controle interno conta com níveis mínimos ou inexistentes de adversariedade, esses níveis são sensivelmente potencializados no controle externo. Incipiente ou aprimorado, pode-se afirmar que o controle de contas é mecanismo inseparável da riqueza pública e da necessidade de aplicá-la a objetivos previamente definidos.

Manifestações de controle externo das contas públicas já eram vistas na Grécia antiga, função desempenhada por agentes eleitos anualmente pelo povo, e em Roma, onde o Senado, ou comissão especial a ele vinculada, incumbia-se dessa tarefa. No Estado medieval, merece referência o exemplo português, em que a *Casa dos Contos*, criada no reinado de D. Dinis (século XIV) e que passou a gozar de relativa autonomia no reinado de D. João I (Regimento de 5 de julho de 1389), fiscalizou receitas e despesas públicas até a extinção em 1761, no reinado de D. José, sendo substituída pelo Erário Régio ou Tesouro Real (Tavares, 1998: 26) – no mesmo ano eram instituídos os Conselhos de Fazenda no Brasil. No Estado Contemporâneo, verifica-se a criação de Tribunais de Contas na França (1807), na Holanda (1820), na Bélgica (1831) e na Itália (1862), sistemática que não se estendeu aos Estados anglo-saxônicos, mais especificamente à Inglaterra e aos Estados Unidos, onde o próprio legislativo, por comissões específicas, também realiza o controle das contas.

No direito norte-americano, merece referência o *Government Accountability Office (GAO)*, órgão vinculado ao Congresso e que é responsável pela auditoria, tanto financeira como de *performance*, e avaliação da execução financeira a cargo dos órgãos públicos federais. O órgão, em seus contornos atuais, foi delineado pelo *Budget and Accounting Act* de 1921, diploma que lhe conferiu competência não só para zelar, como, também, para sugerir o aprimoramento do sistema, o que seria feito por meio de relatórios e recomendações “*looking to greater economy or efficiency in public expenditures*” [Sec. 312 (a), 42 Stat. 25]. Sua designação inicial, no entanto, era *General Accounting Office*, tendo sido alterada pela atual em 2004. O órgão é chefiado pelo *Comptroller General of the United States*, profissional sem vínculo partidário, escolhido pelo Presidente da República a partir de uma lista com ao menos 3 (três) nomes elaborada por uma Comissão do Congresso e que é investido na função pelo lapso de 15 (quinze) anos, período que não pode ser renovado. Sua destituição do cargo somente feita pelo Congresso.

No Brasil, a Constituição de 1824 (art. 170) previu a instalação de um órgão, o “Tesouro Nacional”, incumbido da receita e da despesa da fazenda nacional, não sendo propriamente um órgão de controle externo. Pimenta Bueno (1958: 89) já advertia que:

[É] de suma necessidade a criação de um tribunal de contas, devidamente organizado, que examine e compare a fidelidade das

despesas com os créditos votados, as receitas com as leis do imposto, que perscrute e siga pelo testemunho de documentos autênticos em todos os seus movimentos a aplicação e emprêgo dos valores do estado e que enfim possa assegurar a realidade e legalidade das contas. Sem êsse poderoso auxiliar nada conseguirão as câmaras.

Somente com a Constituição de 1891 (art. 89), recepcionando a iniciativa do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, que já dispusera sobre a existência do Tribunal e com a decisiva influência de Rui Barbosa, é que efetivamente se criou um “tribunal de contas”, “para liquidar as contas da receita e da despesa” e, em especial, “verificar a sua legalidade”. Como assinalado pelo Mestre (vol. VI, 1934: 427):

[O] Governo Provisorio reconheceu a urgencia inevitavel de reorganiza-lo; e acredita haver lançado os fundamentos para essa reforma radical com a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediaria á administração e á legislatura, que, collocado em posição autônoma, com attribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaesquer ameaças, possa exercer as suas funções vitaes no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato apparatuso e inutil.

E mais adiante arremata: o Tribunal de Contas é “da essencia da probidade administrativa no systema dos Governos Populares” (vol. VI, 1934: 445). O seu primeiro regulamento, o Decreto nº 1.166/1892, conferiu ao Tribunal as atribuições de fiscalizar a administração financeira e de tomar contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, sendo o órgão instalado em 17 de janeiro de 1893. Em sua primeira formação, o Tribunal era composto “de cinco membros, o presidente e quatro directores”, um dos quais, necessariamente formado em direito, representando o Ministério Público (arts. 19 e 47, *caput*, do Decreto nº 1.166/1892).

No âmbito dos Estados-membros, a primeira unidade federada a contar com o seu Tribunal de Contas foi o Estado do Piauí, tendo a criação ocorrido em 27 de maio de 1891 e a instalação em 1º de agosto de 1899. Em relação ao Tribunal de Contas dos Municípios, o primeiro deles foi criado no Estado do Ceará, por força da Lei Estadual nº 2.243, de 24 de junho de 1954 (Cf. VIEIRA, Luiz Sérgio Gadelha. 2012: 5).

Como já tivemos oportunidade de afirmar (2017: 137-145), o Decreto nº 392/1896, que tratou da reorganização do Tribunal de Contas, dispôs, em seus arts. 1º, 5º e 6º, que o membro do Ministério Público em atuação perante o Tribunal seria nomeado pelo Presidente da República, assistiria às reuniões e tomaria parte nas discussões, isso sem direito a voto, bem como desempenharia as atribuições conferidas pela legislação de regência. Esse Diploma Normativo foi regulamentado pelo Decreto nº 2.409/1896, que tratou do Ministério Público em seu Capítulo IV, integrado pelos arts. 80 a 87. De acordo com o seu art. 81:

[O] Representante do Ministério Público é o guarda da observância das leis fiscais e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal de Contas. Conquanto represente os interesses da Pública Administração, não é todavia delegado especial e limitado desta, antes tem personalidade própria e no interesse da lei, da justiça e da Fazenda Pública tem inteira liberdade de ação.

O art. 84, por sua vez, estabeleceu-lhe as seguintes atribuições:

§1º Promover perante o Tribunal de Contas os interesses da Fazenda e requerer tudo que for a bem e para ressalva dos direitos da mesma; §2º Promover a revisão das contas em que se der erro, omissão, falsidade ou duplicata em prejuizo da Fazenda; §3º Levantar ao conhecimento do Ministério respectivo qualquer dolo, alidade, concussão ou peculato que dos papéis sujeitos ao Tribunal se verificar haver o responsável praticado no exercício de suas funções; §4º Promover a imposição das multas que ao Tribunal caiba infligir e dada a imposição comunicar o facto remetendo cópia do acto que a houver deliberado ao procurador seccional para tornar efectiva a cobrança; §5º Responder de direito nos papéis de que lhe for dada vista por despacho do presidente do Tribunal; e §6º Remetter ao procurador seccional cópias authenticas das sentenças proferidas pelo Tribunal na tomada das contas de responsáveis para ser promovida a execução da mesma, perante o juiz federal da secção.

O Decreto nº 13.247/1918, ao reorganizar o Tribunal de Contas, estabeleceu, em seu art. 3º, que o seu quadro de pessoal seria integrado por “I – Corpo deliberativo; II – Corpo especial; III – Corpo instructivo; e IV – Ministério Público”.

Ao Ministério Público foi dedicada toda uma secção, sendo previsto, no art. 23, que:

[O] Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, com a missão propria de promover, completar instrucção e requerer no interesse da administração, da justiça e da fazenda pública, constará de dois representantes, com as denominações de primeiro representante e segundo representante, com igual categoria e vencimentos, tendo cada um deles o seu auxiliar, com a denominação de adjunto.

A opção de inserir o Ministério Público na própria estrutura do Tribunal de Contas continuou a ser prestigiada pelas normas editadas em momento posterior

(vide a Lei nº 156/1935, arts. 2º e 18 a 20, editada sob a égide da Constituição de 1934; Decreto-Lei nº 426/1938, arts. 2º, 16 e 17, amparado pela Constituição de 1937; Lei nº 830/1949, arts. 3º e 29 a 33, promulgada na vigência da Constituição de 1946). A distinção do Ministério Público junto ao Tribunal em relação ao Ministério Público comum era bem perceptível pelo teor do art. 30 da Lei nº 830/1949, que assim dispunha sobre a escolha dos membros daquele órgão:

[O] Procurador e o Adjunto do Procurador serão nomeados pelo Presidente da República, dentre os cidadãos brasileiros, o primeiro com os requisitos exigidos para a nomeação dos Ministros do Tribunal e o segundo, que comprove o exercício, por cinco anos no mínimo, de cargo de magistratura ou de Ministério Público ou advocacia.

A Constituição de 1934 conferiu ao Tribunal de Contas uma disciplina que, conquanto sintética, era extremamente avançada para a época. De acordo com o seu art. 99, “[é] mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiro ou por bens públicos”. Verifica-se, aqui, (1) a preocupação com a capilaridade do Tribunal e o conseqüente aumento de sua eficiência, objetivos a serem alcançados por meio de “delegações organizadas de acordo com a lei”; (2) a inovação em romper com a tradição que cingia a atuação do Tribunal à mera liquidação da receita e da despesa e atribuir-lhe competência para acompanhar a execução orçamentária, o que evitava o conhecimento da ilegalidade quando já se mostrasse irreversível; e (3) a outorga da competência de julgar as contas dos administradores da *res pública*.

A sistemática foi preservada pela Constituição de 1937 (art. 114), que acresceu, ainda, a competência de apreciar “a legalidade dos contratos celebrados pela União”. No entanto, com o evoluir da ditadura Vargas, essas competências tornaram-se quase que inteiramente semânticas. Afinal, o controle das contas públicas melhor se afeiçoa aos regimes democráticos, não aos autocráticos e ditatoriais. Não é por outra razão, por exemplo, que o Tribunal de Contas do Piauí foi extinto em 10 de março de 1931, somente voltando a operar em 24 de maio de 1946, com a redemocratização do País; o de São Paulo deixou de atuar em 12 de dezembro de 1930, somente sendo restabelecido em 7 de janeiro de 1947; e o do Ceará foi extinto em 4 de julho de 1939, ressurgindo em 14 de dezembro de 1945 (Cf. VIEIRA, Luiz Sérgio Gadelha. 2012: 5).

A Constituição de 1946 (art. 77) restabeleceu as competências do Tribunal, que passou a julgar, também, a legalidade das aposentadorias, reformas e pensões. A Constituição de 1967 (art. 71, §1º), no que foi secundada pela Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 70, §1º), reduziu as competências do Tribunal. A Constituição de 1967, art. 73, §5º, em preceito reproduzido pela Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 72, §5º), fez a primeira referência ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas no plano constitucional, dispondo que “[o] Tribunal de Contas, de ofício ou mediante

provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá (...)”, e vêm em seguida as providências cabíveis. O Decreto-Lei nº 199/1967 veiculou a nova Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e preservou, em seus arts. 3º e 18 a 21, a sistemática anteriormente adotada pela Lei nº 830/1949.

Com a edição da Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975, modificada pela Lei nº 6.525/1978, que “[d]ispõe sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional, e dá outras providências”, restaram superadas as divergências em relação à competência do Tribunal para fiscalizar os inúmeros entes da administração indireta, com personalidade jurídica de direito privado, criados pela União com base no Decreto-Lei nº 200/1967. Era o que dispunha o art. 7º da Lei nº 6.223/1975:

[A]s entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou qualquer entidade da respectiva administração indireta seja detentor da totalidade ou da maioria das ações ordinárias, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo, o que era extensivo às “fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público” (art. 8º).

A promulgação da Constituição de 1988 fez que os Tribunais de Contas alcançassem o auge de sua maturidade orgânica e funcional: tiveram sua autonomia reconhecida e receberam um extenso rol de competências, o que certamente decorreu da influência dos ares democráticos que sopraram em solo brasileiro. Afinal, o Tribunal de Contas é uma Instituição essencialmente democrática: existe para lembrar aos administradores públicos que devem atuar em harmonia com as normas vigentes, cuja origem remota é a soberania popular, e que a *res* é pública, não privada.

A Constituição de 1988 fez referência ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas em seus arts. 130 (“Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”) e 73, §2º, I (dispõe que os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos “um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento”). Em 16 de julho de 1992, foi editada a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, que, preservando a sistemática tradicionalmente adotada no direito brasileiro, previu a existência de um Ministério Público especial junto ao Tribunal (arts. 80 a 84). Esse órgão é integrado por um Procurador-Geral, três Subprocuradores-Gerais e quatro Procuradores, estando previsto que o ingresso

na carreira se dá nesse último cargo, exigindo a aprovação em concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da OAB, e que a diferença de vencimentos entre cada uma das classes não poderia ser superior a dez por cento. O Supremo Tribunal Federal, apreciando a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, decidiu pela constitucionalidade dos preceitos que preveem a existência de um Ministério Público dissociado dos únicos ramos contemplados no texto constitucional.

Outro importante passo na linha evolutiva dos Tribunais de Contas brasileiros foi dado com o aumento do intercâmbio de informações entre eles. Um marco de destaque nesse processo foi a operacionalização do “Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros” (PROMOEX), programa de apoio financeiro e logístico adotado com recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento e das esferas federal, estadual e distrital, contando, ainda, com o apoio do Governo Federal, realçando-se a atuação do Ministério do Planejamento (*vide* Lei nº 11.131/2005), e que exigia a adesão dos Tribunais de Contas interessados. O Programa foi inicialmente concebido para atendimento das novas demandas surgidas com o advento da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), tendo, como uma de suas funcionalidades básicas, a redução da assimetria entre os Tribunais de Contas. Contava com metas a serem alcançadas e grupos temáticos integrados por representantes dos Tribunais de Contas (*v.g.*: Grupo da Lei de Responsabilidade Fiscal, Grupo de Tecnologia da Informação, Grupo de Controle Fiscal, Grupo de Auditoria Operacional, Grupo de Planejamento etc.). Cf. PINTO, Heloisa Garcia. 2012: 9-15; e VIEIRA, Luiz Sérgio Gadelha. 2012: 7-8.

2.1. Natureza jurídica e principais atribuições do Tribunal de Contas

A análise dos órgãos supremos de controle das finanças públicas em diferentes Estados, como observa Tavares (1998: 31-32), permite sejam identificados cinco elementos comuns: 1º) são órgãos públicos; 2º) constituem o nível mais elevado de controle; 3º) realizam um controle externo; 4º) possuem independência, mas com garantias de grau variado; e 5º) o Parlamento é o destinatário privilegiado de sua atividade. Esses órgãos costumam ser identificados pelas expressões *Supreme Audit Institutions (SAI)*, *Institutions Suprêmes de Contrôle des Finances Publiques (ISC)* e *Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS)*.

Em face das características comuns dos órgãos e dos problemas a serem enfrentados, foi criada, em 1953, no âmbito da Organização das Nações Unidas, a INTOSAI – *International Organization of Supreme Audit Institutions* –, organização internacional de cooperação que até agosto de 2007 contava com 186 (cento e oitenta e seis) membros, incluindo o Tribunal de Contas da União.

Os três sistemas de controle de contas podem ser divididos da seguinte forma: (1) o italiano clássico, com exame prévio e possibilidade de veto absoluto de todas as despesas que a Administração pretendia realizar; (2) o belga, com exame prévio e veto limitado, de modo que as divergências verificadas com a Administração fossem

resolvidas pelo Parlamento; e (3) o francês clássico, somente com exame posterior, que historicamente sempre se mostrou pouco eficaz. Os sistemas contemporâneos se aproximam do belga, que não se compadece com o engessamento propiciado pelo veto absoluto ou com a leniência de um exclusivo controle *a posteriori*. Observa-se, no entanto, que esses sistemas raramente se apresentam em estado puro. O mais comum é que sejam combinados entre si.

O Tribunal de Contas brasileiro é uma estrutura autônoma de poder, de nível constitucional, destinada a auxiliar o Legislativo no controle externo das contas públicas. Sua autonomia se manifesta nos planos administrativo, financeiro e funcional, sendo descabida qualquer ingerência externa fora das hipóteses autorizadas na Constituição ou que, previstas na legislação infraconstitucional, a ela possam ser reconduzidas. A função de “auxiliar” o Legislativo deve ser compreendida em seus devidos termos, evitando-se qualquer tipo de distorção. Observa-se, inicialmente, que tanto o Tribunal de Contas como o Congresso Nacional estão funcionalmente vocacionados ao controle externo das contas públicas, tendo cada qual um rol de competências específicas. Essa divisão de competências é um claro indicativo de que o “auxílio” prestado pelo Tribunal de Contas reflete, em primeiro lugar, a concorrência de esforços em prol de objetivos comuns e, em segundo lugar, o dever de prestar informações (CR/1988, art. 71, IV e §4º) e de atender às solicitações realizadas pelo Congresso Nacional (CR/1988, arts. 71, VII e 72, §1º). Não há qualquer tipo de subordinação hierárquica entre o Tribunal de Contas e o Legislativo. Há, para o primeiro, tão somente o dever de bem exercer o *munus* que a Constituição lhe outorgou, o que inclui o relacionamento com o segundo em harmonia com a normatização de regência. Nas situações em que o Tribunal de Contas emite parecer a ser valorado pelo Congresso Nacional, cada qual exerce uma atribuição própria. O “auxílio”, por sua vez, decorre do fato de este último órgão principiar o exercício de sua função a partir do ponto em que o Tribunal de Contas cessou o exercício da sua.

A autonomia orgânica e a funcionalidade do Tribunal de Contas, a exemplo do que se verifica em relação ao Ministério Público, evidenciam a insuficiência do modelo oferecido por Montesquieu (Cf. ROLIM, Marcos. 2011: 6). Afinal, além das funções de administrar, legislar e julgar, outorgadas, respectivamente, aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, verifica-se a existência de outras funções que somente de modo acrítico podem ser reconduzidas à concepção mais ampla de “administrar”. É o que ocorre, por exemplo, com as funções de controlar (de modo externo, o que afasta a incidência do princípio hierárquico, inerente a uma estrutura tipicamente administrativa) e de promover (junto ao Poder Judiciário, a responsabilidade pelos ilícitos praticados ou a implementação de medidas de interesse social).

O Tribunal de Contas é órgão de controle eminentemente técnico, infenso, ao menos teoricamente, a injunções políticas. Tangencia a política no processo de recrutamento de seus membros, na interpretação da Constituição e na valoração de atos originariamente políticos, mas não é e não pode ser político ao avaliar o cumprimento de normas técnicas afetas à receita e à despesa pública. Mesmo

quando invoca razões de conveniência (v.g.: a paralisação, ou não, de obra pública), o faz a partir de uma base técnica e com os olhos voltados ao interesse público, não sendo motivado por razões puramente políticas. A ele compete fiscalizar o cumprimento das regras e dos princípios jurídicos que disciplinam a utilização dos recursos públicos, estando sua competência disciplinada nos incisos do art. 71 da Constituição da República e na legislação infraconstitucional.

No plano constitucional, está previsto, entre outros, o exercício das atividades (1) consultiva, ao emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo, que serão julgadas pelo Poder Legislativo (arts. 71, I; 49, IX; e 31, §2º, da CR/88); (2) de aprovação, podendo sustar a execução de atos dissonantes da ordem jurídica, ainda que a despesa pública não tenha sido realizada (art. 71, X e parágrafos); (3) de julgamento, ao apreciar as contas dos gestores da coisa pública, que não o Chefe do Poder Executivo, podendo aprová-las ou rejeitá-las (art. 71, II, da CR/88); e (4) sancionadora, ao impor, aos agentes que tiveram suas contas rejeitadas, multa proporcional ao dano causado ao erário, bem como a obrigação de repará-lo (art. 71, VIII, da CR/88).

No âmbito infraconstitucional, são múltiplos os diplomas legais que dispõem sobre a competência do Tribunal de Contas, v.g.: (a) Lei Complementar nº 61/1989, que dispôs sobre a atuação do TCU na verificação do coeficiente de participação dos Estados na apuração do IPI (art. 3º); (b) Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que previu a possibilidade de o Tribunal de Contas acompanhar o processo administrativo em que se imputa improbidade administrativa (art. 15); (c) Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), que conferiu atribuição ao Tribunal de Contas para acompanhar os editais de licitação e consagrou o direito de representação a respeito de qualquer irregularidade detectada na aplicação de suas disposições (art. 113); (d) Lei nº 8.730/1993, que outorgou ao TCU a atribuição de verificar a evolução patrimonial de agentes públicos vinculados aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como ao Ministério Público (art. 1º); (e) Lei nº 11.494/2007, que trata do FUNDEB e que atribui ao Tribunal de Contas da União e às demais Cortes de Contas o dever de fiscalizar a aplicação das verbas e o consequente cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição e no art. 60 do ADCT; (f) Lei nº 9.452/1997, que garante às Câmaras Municipais a possibilidade de encaminharem representação ao Tribunal de Contas da União sempre que não forem notificadas da liberação de recursos federais; e (g) Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que outorgou às Cortes de Contas o dever de emitir pareceres prévios, separadamente, a respeito das contas prestadas pelos Chefes de Poder e pelo Chefe do Ministério Público (art. 56, *caput*), bem como o dever de fiscalizar a regularidade da gestão e de alertar os Poderes ou órgãos sobre irregularidades que se mostram iminentes (art. 59). Acresça-se, ainda, que a Lei nº 10.028/2000 dispôs, em seu art. 5º, sobre inúmeras infrações administrativas passíveis de serem praticadas contra as leis de finanças públicas, tendo cominado multa de até trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa e fixado a competência do Tribunal de Contas para a sua aplicação.

Não é necessário um aguçado espírito científico para se constatar que a adversariedade é da própria essência das atividades desempenhadas pelo Tribunal de Contas.

3. A autonomia que o Ministério Público de Contas não possui

Socorrendo-nos das lições de Costantino Mortati (1967: 694), é possível afirmar que o significativo autonomia, em um Estado Democrático de Direito:

Segundo o seu significado (do grego: *autos* – si próprio, *nemein* – governar), quer significar a liberdade de determinação consentida para um sujeito, traduzindo-se no poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação, ou, mais compreensivamente, o poder de prover os interesses próprios e, portanto, de gozar e dispor dos meios necessários para obter uma harmônica e coordenada satisfação dos mesmos interesses.

A autonomia, no âmbito das estruturas estatais de poder, pode projetar-se nos âmbitos (a) funcional, indicando a liberdade de praticar os atos próprios do ofício, somente devendo obediência à juridicidade, sem influências exógenas; (b) administrativo, presente na capacidade de praticar os atos internos de gestão; e (c) financeiro, denotando a capacidade de elaborar sua proposta orçamentária e de ordenar as respectivas despesas.

No entender do Supremo Tribunal Federal, a Constituição efetivamente previu a existência de um Ministério Público “especial” junto às Cortes de Contas. Ironicamente, o art. 80, *caput*, da Lei nº 8.443/1992 estendeu ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional. Como desdobramento dessa constatação, tem-se que uma Instituição dissociada de suas congêneres, doravante, terá sua unidade e indivisibilidade preservadas. Eis a ementa do julgado:

Lei nº 8.443/1992 – Ministério Público junto ao TCU – Instituição que não integra o Ministério Público da União – taxatividade do rol inscrito no art. 128, I, da Constituição – vinculação administrativa à Corte de Contas – competência do TCU para fazer instaurar o processo legislativo concernente à estruturação orgânica do Ministério Público que perante ele atua (CF, art. 73, *caput*, *in fine*) – matéria sujeita ao domínio normativo da legislação ordinária – enumeração exaustiva das hipóteses constitucionais de regramento mediante lei complementar – inteligência da norma inscrita no art. 130 da Constituição – ação direta improcedente. – O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como

órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, par. 2.º I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. – O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130) encontra-se consolidado na “intimidade estrutural” dessa Corte de Contas, que se acha investida – até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, *caput, in fine*) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos. – Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita. A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar é reclamada, no que concerne ao *Parquet*, tão somente para a disciplina normativa do Ministério Público comum (CF, art. 128, §5º). A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum (STF, Pleno, ADI nº 789/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26/05/1994, DJU de 19/12/1994, p. 35.180).

É importante observar que a Lei nº 8.443/1992 não chegou a constituir propriamente uma inovação, pois, mesmo antes da Constituição de 1988, prática que foi mantida após a sua edição, já eram criados órgãos desvinculados da estrutura do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados para atuar junto às Cortes de Contas.

No âmbito da Lei nº 8.625/1993, o seu art. 28 (“A atuação do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas dos Estados, Conselhos de Contas e Tribunais Militares far-se-á na forma da Lei Complementar”) foi vetado sob o argumento de contrariar o art. 130 da Constituição da República, posição que terminou por ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Ante o disposto no art. 75 da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que essa interpretação deverá prevalecer na organização e na composição das Cortes de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nessa linha, o Tribunal já reconheceu a inconstitucionalidade de leis complementares estaduais que dispuseram sobre a atuação do Ministério Público Estadual junto ao Tribunal de Contas (STF, Pleno, ADI nº 1.545-1/SE, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU de 24/10/1997, p. 54156; Pleno, ADI-MC nº 2.068/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15/12/1999, Inf. nº 175; Pleno, ADI nº 2.068/MG, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 03/04/2003, Inf. nº 304; Pleno, ADI nº 2.884/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02/12/2004; e Pleno, ADI nº 3.192, Rel. Min. Eros Grau, j. em 24/05/2006, DJU de 31/05/2006; e Pleno, ADI nº 3.307/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 02/02/2009, DJ de 29/05/2009).

À luz do entendimento da Corte, apesar de ser integrado por agentes que estão sujeitos ao mesmo regime jurídico dos agentes ministeriais em geral, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não é dotado de características existenciais próprias. Em consequência, não goza de autonomia administrativa e financeira:

Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás. EC nº 23/1998. Inconstitucionalidade. 1. Esta Corte já firmou orientação no sentido de que o Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas não dispõe de fisionomia institucional própria (ADI nº 789, Celso de Mello, DJ de 19.12.94). 2. As *expresses* contidas no ato legislativo estadual que estendem ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado as prerrogativas do Ministério Público comum, sobretudo as relativas “à autonomia administrativa e financeira, à escolha, nomeação e destituição de seu titular e à iniciativa de sua lei de organização” são inconstitucionais, visto que incompatíveis com a regra do art. 130 da Constituição Federal. 3. Disposição reintroduzida na Constituição do Estado de Goiás pela EC nº 23, de 9 de dezembro de 1998, malgrado o seu teor já houvesse sido declarado inconstitucional pelo STF (ADIMC nº 1.858/GO, Ilmar Galvão, j. na Sessão de 16.12.98). Medida cautelar deferida (STF, ADI nº 2.378/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 22/03/2001, DJU de 05/04/2002, p. 037). No mesmo sentido: STF, Pleno, ADI-MC nº 2.378/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 22/03/2001, DJU de 05/04/2002. Quanto à lei de organização, como o órgão integra o próprio Tribunal de Contas, cabe a este, não àquele, “a iniciativa das leis concernentes à estrutura orgânica

do *Parquet* que perante ele atua”, o que é decorrência do art. 73 da Constituição da República (STF, Pleno, ADI nº 2.378/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 19/05/2004, DJU de 06/09/2007).

Em suma, junto às Cortes de Contas devem estar agregados Ministérios Públicos especiais, órgãos destituídos de autonomia administrativa e financeira e que em nada se confundem com as estruturas organizacionais previstas no art. 128 da Constituição da República: Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos Estados. Em sentido contrário a esse entendimento, *vide*: SILVA, José Afonso da. 2004: 255. Somente os seus agentes gozam de independência funcional, não o órgão:

Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas. Não lhe confere a Constituição Federal autonomia administrativa. Precedente: ADI nº 789. Também, em sua organização, ou estruturalmente, não é ele dotado de autonomia funcional (como sucede ao Ministério Público comum), pertencendo, individualmente, a seus membros, essa prerrogativa, nela compreendida a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte junto à qual oficiam (Constituição, arts. 130 e 75) – STF, Pleno, ADI nº 160/TO, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 23/04/1998, DJU de 20/11/1998, p.002.

4. As práticas adversariais do Ministério Público de Contas e a impostergável necessidade de ampliar a sua autonomia

O Tribunal de Contas, enquanto órgão de controle externo, invariavelmente adotará posturas adversariais com o só exercício de suas atividades finalísticas. Afinal, não é incomum que a sua concepção de interesse público apresente pontos de divergência em relação àquela ostentada pelos órgãos controlados. Como dissemos, é justamente em razão da adversariedade decorrente de sua atuação que se outorgou plena autonomia a esses Tribunais.

O Ministério Público de Contas, enquanto órgão inserido na estrutura do Tribunal de Contas, tende a ser automaticamente alcançado pela plena autonomia que o Tribunal possui em relação aos órgãos controlados. Essa constatação, no entanto, não põe fim ao problema. Em verdade, sequer tangencia a sua essência.

Em razão das próprias características de sua atuação, é perfeitamente possível, em situações normais e corriqueiras, que a adversariedade floresça entre o Ministério Público de Contas e o próprio Tribunal de Contas em cuja estrutura está inserido. Não podemos esquecer que o Ministério Público de Contas não é uma espécie de Procuradoria, um órgão de apoio técnico hierarquicamente subordinado e voltado ao fornecimento de subsídios técnicos ao órgão que assessorava. Ao atribuir-lhe autonomia funcional, o sistema tornou faticamente possível que os seus juízos de valor divirjam

daqueles formulados pelo Tribunal de Contas, divergência esta que tanto pode limitar-se ao plano jurídico como estender-se, de forma não muito transparente, a um juízo de conveniência e oportunidade.

Não podemos esquecer que os Tribunais de Contas, conquanto órgãos de controle essencialmente técnico, estão recheados de políticos de carreira em seus quadros. Há, inclusive, exemplos caricatos, como o de Conselheiros que sequer possuem escolaridade de nível superior e lá estão em razão de seus “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública”. Se a adversariedade jurídica é faticamente provável, a adversariedade decorrente da captação política do Tribunal não é faticamente impossível.

O Ministério Público de Contas, quer atuando como órgão agente, de modo a provocar a atuação do Tribunal de Contas, quer atuando como órgão interveniente, oficiando nos processos instaurados de ofício pelo Tribunal ou a partir de provocação de outros legitimados, pode adotar posturas que caminhem em norte contrário aos interesses dos integrantes do próprio Tribunal. Nesses casos, *quid iuris?* Afirmar que a autonomia funcional do Ministério Público de Contas seria suficiente para resguardar a sua atuação é levar a ingenuidade às raias do inusitado.

É factível que uma postura de confronto aberto entre o ente continente e o órgão conteúdo tende a gerar consequências funestas e imprevisíveis para este último. Soltas as rédeas da imaginação, é possível pensarmos em desestruturação do setor administrativo, com represálias singelas, como a falta deliberada do material de papelaria, ou extremas, com reflexos na própria política remuneratória, já que o Ministério Público de Contas não tem o poder de iniciativa legislativa e muito menos pode submeter ao Poder Legislativo a sua proposta orçamentária.

Nem se argumente que a atuação meramente provocativa ou opinativa do Ministério Público de Contas é claro indicativo de seu caráter acessório em relação ao Tribunal de Contas. Essa tese, aliás, por muito tempo, permeou o Ministério Público comum. Para não cansarmos o leitor com uma longa digressão histórica a respeito da temática, basta pensarmos no seguinte: seria imaginável que o Procurador-Geral da República ajuizasse duas ações penais em face do Presidente da República, como testemunhamos em 2017, na época em que era livremente escolhido pelo Chefe do Poder Executivo entre não integrantes da carreira, sendo demissível *ad nutum*? Quais seriam as consequências para esse agente e para os membros concursados do Ministério Público da União caso tal ato fosse praticado numa época em que a autonomia financeira da Instituição não passava de um sonho distante? Alguém duvida de que a autonomia funcional do Ministério Público seria insuficiente para amparar a sua livre atuação funcional?

Ainda que a atuação do Ministério Público de Contas apresente especificidades quando cotejada com aquela desempenhada pelo Ministério Público comum, não alcançando, por exemplo, o plano judicial, é factível que representa um importante fator de fiscalização do próprio Tribunal de Contas. Como se disse, não é faticamente impossível que o Tribunal seja cooptado por interesses político-partidários, máxime em razão da forma de escolha de parte de seus membros, ou, o que é pior, por uma

das muitas organizações criminosas que se instalaram nas estruturas estatais de poder nos últimos anos. Nesses casos, exauridas as possibilidades internas, o Ministério Público de Contas, caso tenha verdadeira autonomia, poderá municiar, com destemor e sem riscos, outros órgãos de controle, a começar pelo Ministério Público comum.

Epílogo

Na teoria do poder estatal, é comezinho que o poder deve conter o avanço do próprio poder. Trata-se de concepção teórica que remonta aos estudos de Montesquieu a respeito da Constituição inglesa e se mostra indissociável de qualquer Estado Democrático de Direito. A estruturação do sistema de controle externo de modo a assegurar a autonomia dos órgãos controladores é consectário lógico da adversariedade decorrente de sua atuação funcional, o que exige sejam cercados de garantias que não permitam o desvirtuamento dessa atuação.

Do mesmo modo que é inconcebível seja subtraída a autonomia dos Tribunais de Contas, também é inconcebível que, em nossa atual quadra de evolução, ainda persistamos no erro (ou absurdo) de imaginar que a atuação do Ministério Público de Contas pode alcançar níveis ótimos de eficiência com a só autonomia funcional que lhe tem sido assegurada.

A só existência de um Ministério Público de Contas denota que a adversariedade em relação ao respectivo Tribunal de Contas é uma possibilidade não só palpável como provável. À luz desse quadro, como imaginar uma atuação profícua sem autonomia?

Referências bibliográficas

ABREU, Márcio Rocha de. O princípio da precaução ambiental e o controle externo pelo Tribunal de Contas da União, *in: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 113, set.-dez., 2008, p.51.

AUGUSTO BÚRIGO, Vandrê. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas, *in: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 94, 2002, p.48.

BALANIUK, Remis. A Mineração de Dados como Apoio ao Controle Externo, *in: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 117, jan.-abr., 2010, p.679.

BARBOSA, Rui. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. VI, Art. 71 (Conclusão) a 91 (Disposições Geraes) e Disposições Transitorias. São Paulo: Saraiva & Cia., 1934.

BROWN RIBEIRO, Renato Jorge. O problema central do controle da administração pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? *In: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 93, 2002, p.55.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. A cláusula geral da boa-fé como condição do saneamento de contas no âmbito do Tribunal de Contas da União, *in: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 88, 2001, p.29.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos Tribunais de Contas visando a assegurar a efetividade do sistema, *in: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 108, jan.-abr., 2007, p.7.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CUNHA, Jatir Batista da. Legitimidade passiva de municípios no âmbito do TCU, *in: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 89, 2001, p.59.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público, *in: Revista do Tribunal de Contas da União* nº 111, jan.-abr., 2008, p.17.

FARIAS, Luciano Chaves de. O poder dos Tribunais de Contas de examinar a constitucionalidade das leis e normas, *in: Boletim de Direito Administrativo*, nº 10, 2006, p.1137.

FERRAZ, Luciano. Termos de Ajustamento de Gestão: do sonho à realidade, *in: Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, nº 56, verão de 2014, p.17.

FERREIRA, Hélio Rios. O controle externo sobre a atividade administrativa exercido pelo Tribunal de Contas, *in: Revista Síntese de Direito Administrativo*, ano XI, nº 122, fev., 2016.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

LESSA, Otávio. O controle das políticas públicas pelos tribunais de contas, *in: Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, nº 53, fev., 2013, p.10.

MARANHÃO, Jarbas. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas, *in: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Ano 30, nº 119, jul.-set., 1993, p.255.

MARTINS JÚNIOR, Antônio; BRAZ, Márcio Rodrigo. O controle externo por meio de bases de dados, *in: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 117, jan.-abr., 2010, p.679.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas, *in: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Ano 27, nº 108, out.-dez., 1990, p.101.

MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. A atuação do Tribunal de Contas da União e o princípio da moralidade administrativa, *in: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 115, maio-ago., 2007, p.92.

NOGUEIRA, Carnot Leal. A necessidade de ações integradas dos Tribunais de Contas e do Ministério Público no combate à corrupção nas obras públicas, *in: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 113, set.-dez., 2008, p.40.

PASCOAL, Valdecir. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas, *in: Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 115, maio-ago., 2009, p.103.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

PINTO, Heloisa Garcia. Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros – PROMOEEX, in: *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, nº 50, maio de 2012, p.9.

ROCHA, Alexandre Amorim. Especialização e autonomia funcional no âmbito do Tribunal de Contas da União, in: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, nº 157, 2003, p.223.

ROLIM, Marcos. Para além de Montesquieu, in: *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Ano I, out.-dez., 2011.

SANTOS, Jair Lima. O TCU e os controles estatal e social da administração pública, in: *Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 94, 2002, p.13.

SILVA, José Afonso da. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, in: *Revista Interesse Público*, vol. 5, nº 26, jul.-ago., 2004, p.255.

SILVA JÚNIOR, Bernardo Alves da. O exercício do poder cautelar pelos tribunais de contas, in: *Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 113, set.-dez., 2008, p.33.

SOUTO, Humberto Guimarães. O Tribunal de Contas da União e a defesa do patrimônio público e social, in: *Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 94, 2002, p.342.

_____. As cortes de contas são instituições permanentes de impossível extinção nos termos da Constituição Federal: sua competência é imodificável por legislação infraconstitucional, in: *Boletim de Direito Administrativo*, nº 5, maio, 1992, p. 289, vol. 8.

SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União, in: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Ano 26, nº 102, abr.-jun., 1989, p.173.

TAVARES, José F. F. O Tribunal de Contas. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas, in: *Revista de Direito Administrativo*, nº 194, out.-dez., 1993, p.31.

VIEIRA, Luiz Sérgio Gadelha. A importância do intercâmbio na modernização dos Tribunais de Contas, in: *Revista do Tribunal de Contas dos do Rio de Janeiro*, nº 50, maio de 2012, p.4.

WILLEMANN, Marianna Montebello. O Princípio Republicano e os Tribunais de Contas, in: *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, nº 38, maio de 2008, p.57.

Consensualidade na improbidade administrativa: por que não?

Gláucia Rodrigues T. de Oliveira Mello*

Sumário

1. Introdução. 2. TAC: conceito e natureza. 3. Do princípio da obrigatoriedade e a indisponibilidade da atuação do Ministério Público. 4. Releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público. 5. O princípio da consensualidade e o Ministério Público. 6. Princípio da eficiência, dever de resultados e Ministério Público resolutivo. 7. Dosimetria das sanções em improbidade administrativa. 8. Discricionariedade (ou grau de vinculação à juridicidade) e controlabilidade. 9. O problema da ausência de regulamentação legal. 10. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Questão que a cada dia mais desperta interesse é a possibilidade de celebrar-se ajustamento de conduta em sede de ação de improbidade administrativa. A questão é ainda hoje intensamente controvertida, mormente diante da expressa vedação contida no art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92. A razão de tal vedação reside no fato de ser *indisponível* o direito material tutelado na ação de improbidade administrativa, de modo que não caberia ao legitimado ativo, que não é titular do direito defendido em juízo, dele dispor.

Mesmo entre aqueles que entendem pela impossibilidade da transação na ação de improbidade, sempre se admitiu a transação quanto *à forma, ao modo e aos prazos* acerca de como se dará a reparação dos danos causados ao patrimônio público e à perda dos valores obtidos ilícitamente. Nesses casos, entende-se que não haverá transação quanto ao direito material em si, mas tão somente no que se refere à forma do seu exercício¹.

Todavia, se é certo que existe ainda dispositivo contendo tal proibição expressa, não é menos verdade que diplomas legais mais recentes pavimentem o caminho no sentido de ser admitida a consensualidade em matéria de direitos transindividuais indisponíveis.

* Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduação em Direito Público e em Direito Civil e Processual Civil pela UNESA. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ “Não vedou o legislador, no entanto, que se acordasse quanto às condições, ao prazo e ao modo de reparação do dano causado ao erário ou mesmo quanto à perda da vantagem ilícitamente obtida pelo agente (arts. 9º e 18 da Lei nº 9429/92), inclinando-se por tal solução a melhor orientação doutrinária. Quanto a tais aspectos, como soa evidente, têm-se direitos meramente patrimoniais, disponíveis, portanto, nada impedindo que o legitimado, via ajustamento de conduta, sem abrir mão da reparação integral do dano – e da pretensão sancionatória –, acorde quanto às condições de sua mera implementação.” (GARCIA Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. Ed. Saraiva. 2015. p.866.)

A entrada em vigor da Lei nº 13.140/2015 – Lei de Mediação – e da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção – reacendeu o debate – até então adormecido pela peremptória proscrição legislativa – acerca dos acordos em matéria de improbidade administrativa.

Por força do art. 36, §4º, da Lei de Mediação, parte da doutrina passou a sustentar a revogação implícita do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92. De acordo com o mencionado dispositivo: “as hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.”

De outra parte, o art. 3º da mesma Lei de Mediação passou a admitir a mediação com relação a direitos indisponíveis, mas que admitam transação. Apesar da obscuridade do que seriam os tais direitos indisponíveis que admitem transação, o diploma abre uma janela normativa para a possibilidade de transação em matéria de direitos indisponíveis².

Ademais, se a “*plea bargaining*” vem paulatinamente sendo admitida até mesmo na esfera penal – considerada a *ultima ratio* –, vide o acordo de não persecução penal, previsto no art. 18 da Resolução CNMP 181/2017, com redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018 e a Lei nº 12.850/2013, razão não haveria para que não fosse admitida na esfera da improbidade administrativa³.

De outra parte, o acordo de leniência encontra-se hoje expressamente previsto no art. 16 da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, o que reforça ainda mais a tese quanto ao cabimento na seara da improbidade⁴. Com efeito, assim como a Lei de Improbidade, a Lei Anticorrupção visa a tutelar a probidade e a moralidade na esfera administrativa, buscando punir os agentes que de alguma forma malversem ou espoliem a coisa pública⁵.

² “Em que pese o ainda obscuro significado a que a expressão remete, a nova previsão legislativa pode ser considerada um importante marco na busca pela maior adequação dos procedimentos resolutórios no Brasil, apta a influenciar uma gradativa relativização da nebulosa e paternalista concepção que tem marcado o debate a respeito da inegociabilidade e da exclusividade da solução adjudicatória referentemente aos conflitos de direitos indisponíveis no país.” (VENTURINI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis? In: Revista de Processo* – REPRO. vol. 251, janeiro de 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.16.PDF)

³ “A proibição de negociação na lei de improbidade administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o MP e da visão de que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia grau de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções de improbidade.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. 12ª ed. Editora Juspodivm, 2018. p.350)

⁴ “A Lei nº 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, embora com âmbito de aplicação distinto (art. 30 da Lei nº 12846/2013), compõe com a Lei de Improbidade Administrativa um microsistema legal de compare a atos lesivos à Administração. [...] A interseção entre as leis permite que se entenda cabível o acordo de leniência como negócio atípico em processo de improbidade administrativa.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. 12ª ed. Editora Juspodivm, 2018. p.350)

⁵ “A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/13 tem interseção com o da Lei nº 8429/92. A corregulação dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção

Podemos lembrar ainda do art. 86 da Lei nº 12.529/13 – Lei do CADE –, que permite a celebração de acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável em caso de infração à ordem econômica.

Em reforço argumentativo, traz-se à baila o Novo Código de Processo Civil, diploma que veio imbuído do espírito conciliatório, buscando a todo tempo estimular a solução consensual dos conflitos. Neste ponto, entre tantos, menciono o art. 3º, §3º, do NCPC, segundo o qual 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.

Neste emaranhado de normas, salutar ainda é o registro à nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), também chamada Lei da Segurança para a Inovação Pública, a qual trouxe novos balizamentos que prometem acirrar ainda mais o debate. Entre os nove dispositivos, relevam de destaque os artigos 26 e 27 da Lei, os quais contêm uma autorização genérica para a celebração de compromissos de ajustamento de conduta e acordos substitutivos.

Mencione-se, por fim, que a vedação à transação, ao acordo ou à conciliação da Lei de Improbidade Administrativa foi momentaneamente revogada em dezembro de 2015, através da Medida Provisória 705/2015. Todavia, a mencionada MP perdeu sua vigência sem que tenha sido convertida em lei, de modo que voltou a vigorar o texto original que consagra a proibição.

Salutar ainda a menção ao art. 23 da Lei de Improbidade, o qual estabelece os prazos prescricionais para a persecução das sanções de improbidade. A pretensão de aplicação das sanções de improbidade prescreve no prazo de cinco anos a contar do término do vínculo, para o caso de agentes públicos com vínculos temporários. No caso de agentes públicos com vínculos efetivos, o prazo deverá ser aquilo aplicável na legislação específica do ente para a prescrição das infrações puníveis com demissão a bem do serviço público.

A medida de ressarcimento, a qual sempre se entendeu imprescritível, por força da literalidade do art. 37, §5º, da Constituição, sofreu forte relativização no julgamento do RE 852.475. De acordo com o entendimento firmado, são imprescritíveis apenas as ações de ressarcimento decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa⁶.

Dessa forma, é cada vez mais premente a necessidade de encontrarmos meios extraprocessuais mais eficazes para a constatação do ato de improbidade e aplicação das correlatas sanções, a fim de evitar-se o total perecimento do direito sem que haja qualquer resposta estatal.

Posto o arcabouço da celeuma, passamos a enfrentar o tema.

do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade.” (CABRAL, Antônio Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Coletivo*. vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p.325)

⁶ O Tribunal fixou a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

2. TAC: conceito e natureza

Primeiramente, temos que analisar a problemática concernente à natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. Com efeito, há certa controvérsia na doutrina acerca da natureza jurídica do instituto. Parte da doutrina entende tratar-se de transação, tendo em vista a natureza consensual e bilateral.

Mazzilli, criticando o entendimento, destaca que o ajustamento de conduta não é um contrato, uma vez que os interesses tutelados não possuem conotação patrimonial, bem como pelo fato de que o legitimado extraordinário não é o titular do direito. Prosseguindo, entende o autor que o compromisso de ajustamento de conduta consiste, em verdade, em *ato administrativo negocial*, uma vez que somente o causador do dano se compromete, sendo certo que o Ministério Público, apenas implicitamente, compromete-se a não ajuizar a competente ação⁷.

O art. 40 da Res. GPGJ 2.227/2018 do MPRJ e o art. 1º da Res. CNMP 179/2017 (com redações idênticas), ao disporem sobre o Compromisso de Ajustamento de Conduta, pacificando a controvérsia, assentam desde logo a sua natureza *de negócio jurídico*.

Além disso, estabelece que o órgão ministerial não pode fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses tutelados, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados:

Art. 1º. O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de *negócio jurídico* que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

§1º. Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.

⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p.467/468.

Portanto, as resoluções posicionaram-se expressamente quanto à natureza de negócio jurídico do compromisso de ajustamento de conduta, consagrando a natureza de *negócio jurídico*.

3. Do princípio da obrigatoriedade e a indisponibilidade da atuação do Ministério Público

A problemática da aceitação, ou não, da consensualidade em sede de improbidade perpassa pela compreensão do princípio da obrigatoriedade. Sustentando a existência da obrigatoriedade e da indisponibilidade da atuação ministerial, disserta Hugo Nigro Mazzilli que, no inquérito civil e na ação civil pública, embora tenha o membro do Ministério Público ampla liberdade funcional, sua atuação *é estreitamente regrada*, já que, identificando uma hipótese em que a lei lhe imponha a atuação, não pode abster-se do dever de agir⁸.

Destaca ainda o autor que a obrigatoriedade e a indisponibilidade seriam apenas mitigadas em determinadas hipóteses, ditadas pelo próprio legislador, como é o caso da transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo e do compromisso de ajustamento de conduta em matéria de interesses transindividuais.

Na mesma esteira, Rogério Pacheco Alves sustenta que também no campo da ação civil pública – a, antes, no campo do próprio inquérito civil – tem-se a adoção do princípio da obrigatoriedade, não só em razão da indisponibilidade dos interesses em jogo, mas também pelo rígido sistema de arquivamento do inquérito civil⁹.

Com efeito, o princípio da obrigatoriedade significa que, uma vez vislumbrada determinada hipótese de atuação, não pode o Ministério Público simplesmente deixar de atuar. No entanto, a meu ver, tal obrigatoriedade de atuação há de ser encarada corretamente. Isso porque o só fato de ter se constatado a prática de um ato de improbidade administrativa não necessariamente quer significar que o órgão ministerial tenha que perseguir o máximo do sancionamento abstratamente previsto¹⁰.

Noutros termos, percebida a ocorrência da improbidade e delineada a obrigatoriedade de atuação, cabe ao membro do Ministério Público atuar no caso.

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 5ª edição. Saraiva. p.231.

⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p.788.

¹⁰ Sobre o tema: “Muito embora os princípios da obrigatoriedade e da inegociabilidade das punições legalmente estabelecidas para os atos de improbidade administrativa sejam perfeitamente justificáveis em valores éticos, morais e jurídicos, fato é que, pragmática e paradoxalmente, de tão ótima (teoricamente) a regra depõe contra a efetividade da punição dos responsáveis e pela reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público e à sociedade. Pela evolução do sistema de justiça brasileiro, sobretudo no que diz respeito aos mecanismos utilizados para investigação, retribuição e reparação de danos causados pela prática de atos ilícitos, tanto na esfera penal, civil e administrativa, parece cada vez mais claro não haver mais espaço para que perseverem proibições legislativas absolutas à busca de soluções consensuais que se revelem, a um só tempo, razoáveis e eficientes. Tanto mais autorizadas e aplicadas tais soluções devem ser quanto maiores o controle de todas as autoridades públicas competentes (jurisdicionais e administrativas) e a transparência pela qual sejam esclarecidas para a sociedade civil.” (VENTURINI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis? In: Revista de Processo 2016 – REPRO*. vol. 251, JANEIRO de 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bo_2006/RPro_n.251.16.PDF)

A forma como isso será feito, seja através do ajuizamento de uma ação civil pública, de um arquivamento (quando cabível) ou até mesmo da celebração de ajustamento de conduta, é coisa absolutamente diversa.

Poder-se-ia argumentar que a ausência de autorização legislativa específica impediria a mitigação do princípio da obrigatoriedade na improbidade administrativa. Todavia, conforme já demonstrado, há um amplo cabedal legislativo que ampara tal mitigação, valendo ressaltar o art. 36, §4º¹¹, da Lei de Mediação e o art 16 da Lei Anticorrupção.

Não bastasse isso, é imperioso ressaltar que há tempos a clássica noção da legalidade vem sofrendo temperamentos. Com efeito, de acordo com a moderna compreensão do direito administrativo, o princípio da legalidade evoluiu, passando atualmente a ser encarado como o princípio da juridicidade. De acordo com Gustavo Binbenbojm, *“a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”*¹². Assim, temos que o princípio da legalidade cede espaço ao princípio da juridicidade, entendido este como a vinculação da administração à lei e ao direito.

Transplantada a ideia para a atuação ministerial, podemos dizer que o Promotor de Justiça atua vinculado não somente à lei, mas ao direito como um todo, o que inclui, obviamente, os princípios e regras constitucionais. Nesta linha, os arts. 127 e 129 da Constituição, regramento legitimante da atuação ministerial, conjugados com os princípios da eficiência e da economicidade, confeririam o suporte normativo habilitador da atuação consensual do Ministério Público.

4. Releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público

Outro pressuposto que deve ser considerado é a releitura do tradicional princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público. Um dos argumentos mais tradicionais para proscrever os ajustamentos de conduta em matéria de improbidade é o princípio da indisponibilidade do interesse público. Com efeito, diz-se que o interesse público tutelado não pertence ao Ministério Público, mas à coletividade, razão por que não caberia ao órgão ministerial dele dispor por meio de acordo ou transação.

Todavia, parte da doutrina vem questionando o dogma da indisponibilidade. Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. destacam que *“o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público. Esta indisponibilidade não é, contudo, integral; há uma obrigatoriedade temperada com a conveniência e oportunidade”*¹³. Imbuídos deste espírito, não enxergamos óbice à consensualidade.

¹¹ §4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida *em ação de improbidade administrativa* ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a *conciliação* de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

¹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142.

¹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 9ª ed. 2014. p. 109-110.

É preciso ter em mente que a aplicação de sanções não é um fim em si mesma, mas instrumento de desestímulo geral e individual ao cometimento de atos ímprobos. Dessa forma, acaso a finalidade de desestímulo seja satisfeita com a aplicação de uma ou algumas sanções apenas, parece certo que o interesse público restou adequadamente tutelado.

Com efeito, a indisponibilidade do interesse público não quer dizer que não possa o legitimado *modular a sua estratégia de atuação* em prol da concretização de tal interesse. Noutros termos, sem descurar do princípio da indisponibilidade do interesse público, nada impede que o agente ministerial celebre ajustamento de conduta (ainda que abrindo mão de uma ou outra sanção), desde que tal decisão esteja voltada, em última análise, à consecução do interesse público.

Quer dizer, analisadas as variáveis postas no caso concreto, por vezes, poderá ser mais interessante ao atendimento da finalidade pública a celebração de uma transação com o investigado. Conforme será demonstrado, a celebração de acordos substitutivos é manifestação da consensualidade, possibilitando uma maior efetividade e resolutividade na implementação do acordado, dada a adesão voluntária da contraparte, propiciando uma maior celeridade e redução dos custos administrativos e judiciais.

Dito de outro modo, é plenamente consentâneo com o interesse público a aplicação imediata de uma ou algumas das sanções de improbidade, associada ao eventual ressarcimento, em prol de evitar-se uma prescrição ou até mesmo a tramitação de uma ação judicial por mais de década. Neste caso, apesar de estar-se “abrindo mão” de uma ou algumas das sanções de improbidade, isso não quer significar que estejamos diante de uma ilegítima disposição do interesse público. Em verdade, trata-se de uma *escolha estratégica* quanto à forma de melhor realizar o interesse público.

Discorrendo sobre o tema, Floriano Azevedo Marques demonstra que a supremacia do interesse público (e, obviamente, seu corolário da indisponibilidade) não pode servir de óbice à celebração de acordos substitutivos, veja-se:

A segunda ordem de questionamentos que se esvaem com tal permissivo diz com o antigo (e em vias de superação) entendimento de acordo com o qual a chamada “supremacia do interesse público” interditaria a disponibilidade do procedimento administrativo sancionador e do valor da multa dele decorrente. Tal entendimento não nos parece o melhor. Para além de o chamado princípio da supremacia do interesse público (na qualidade um valor metodológico) não ter previsão normativa nem acolhimento pela maior parte da doutrina, tal adágio seria antípoda à própria legislação vigente, que autoriza a celebração de pactos negociais envolvendo o poder público. Some-se isso ao fato de que, no âmbito de uma função de polícia no Estado Democrático de Direito, a sanção deve ser a *ultima ratio*. O simples ato de punir não está inserido como prioridade nas pautas administrativas. Na verdade, neste particular, a sanção só

será legítima se for o instrumento mais adequado para equilibrar os interesses enredados em determinada situação concreta. (MARQUES, Floriano Azevedo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos>)

Vale lembrar que o princípio da indisponibilidade do interesse público decorre, de certa maneira, do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Mais recentemente, todavia, parte da doutrina vem se rebelando contra a tradicional perspectiva do referido princípio. Argumenta-se que não há uma supremacia abstrata e *prima facie* do interesse público sobre o privado, bem como que eventual conflito entre os interesses deve se resolver com a ponderação, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. Dessa forma, não seria mais possível defender o princípio da *supremacia do interesse público*, que parte da existência de uma *hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados*.

Ainda de acordo com o entendimento, jamais haveria um verdadeiro conflito entre o interesse público e o interesse privado, já que a promoção do interesse público significa, em última análise, a promoção de interesses privados. Dessa forma, a contraposição entre interesses públicos e privados seria artificiosa. Assim, ao invés de estabelecermos uma preferência *a priori* ao interesse público, nos casos em que não houver ponderação constitucional ou legislativa prévia, caberá ao administrador realizar uma ponderação de interesses no caso concreto, a fim de realizar na máxima medida cada um dos interesses em jogo¹⁴.

Destarte, a releitura operada no princípio da supremacia do interesse público, da forma como exposta, obviamente espraia efeitos sobre o seu princípio corolário da indisponibilidade do interesse público, que não mais deve ser encarado sob a ótica da absolutização. Nessa linha, salutar que admitamos a sua relativização, em prol da promoção de outros interesses igualmente constitucionais, como a celeridade, eficiência, segurança jurídica, entre outros.

Obviamente, a decisão do Promotor de Justiça quanto à celebração do ajustamento de conduta deverá ser *motivada*¹⁵, assim como devem ser todas as manifestações ministeriais, bem como pautada por um juízo de ponderação proporcional¹⁶. Quer dizer,

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.105.

¹⁵ Discorrendo sobre os acordos substitutivos no direito administrativo sancionador, Binbenbojm pontua que: "A opção pela celebração do acordo em detrimento da pura e simples aplicação da sanção deve ser devidamente motivada, com a demonstração cabal de suas vantagens comparativas". (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Ed. Fórum. p.106)

¹⁶ "É preciso compreender que muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação (e, portanto, transação), não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isto se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização." (VENTURINI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis? In: Revista de Processo 2016 - REPRO*. vol. 251, janeiro de 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.16.PDF)

uma vez divisada situação em tese passível de ensejar um ajustamento de conduta, deve o promotor analisar se o negócio jurídico a ser celebrado é *adequado* à finalidade pretendida, no sentido de tutelar adequadamente o interesse público violado.

Em segundo lugar, deve aferir se a medida é necessária, no sentido de tratar-se de medida menos gravosa/restritiva ao direito promovido. Quer dizer, deve ser analisado se há meio menos gravoso ao interesse tutelado de se alcançar, *da mesma forma*, o mesmo objetivo. Neste ponto, há de ser considerado que, apesar de a não celebração do ajuste implicar tese em menores restrições ao interesse tutelado, uma vez que não são feitas concessões quanto às sanções da improbidade, o interesse público não será tutelado com a mesma presteza e celeridade. Dessa forma, o que deve ser aqui analisado é se há forma menos restritiva ao interesse público de se alcançar o mesmo objetivo, com a mesma celeridade e efetividade. Em havendo, obviamente, a celebração do ajuste não será justificável.

Por fim, deve ser verificada a proporcionalidade em sentido estrito entre o interesse promovido e o interesse sacrificado. Aqui, deve ser aferida a relação custo-benefício da celebração do negócio, ou seja, se a concretização do interesse tutelado suplanta as restrições que lhe foram impostas. Em caso positivo, entende-se que a medida será proporcional.

Nessa linha, entendemos que o princípio da indisponibilidade do interesse público, desdobramento do princípio da supremacia do interesse público, não pode ser erigido a óbice à consensualidade em matéria de improbidade administrativa.

5. O princípio da consensualidade e o Ministério Público

Outra mola mestra que deve pautar o raciocínio acerca do cabimento da transação em sede de improbidade administrativa é o princípio da consensualidade administrativa. Trata-se de princípio que prega a abertura ao diálogo entre administração e administrados, despindo-se o poder público da insita impositividade de suas posturas, em prol de uma mais célere e eficiente resolução da celeuma posta.

Trata-se de tendência que busca a utilização de meios alternativos de tomada de decisão, a fim de atingir, de modo mais rápido, mais barato e mais eficaz, a solução definitiva para o conflito. A ideia por detrás do princípio é que as soluções negociadas em geral são de mais fácil aceitação e implementação. Isso porque, se as próprias partes participaram da tomada de decisão, construindo um consenso, elas mesmas, ao longo do processo, aceitam a escolha como um veredito legítimo.

Neste aspecto, a consensualidade colabora para reduzir os custos de implementação da decisão. Com efeito, as decisões tomadas de forma verticalizada e sem debate, no mais das vezes, são resistidas por seus destinatários, que não necessariamente com elas concordam. Dessa forma, ao trazer os próprios destinatários ao debate, incorporando as ideias trazidas pelos administrados ao processo decisório, a implementação se mostra voluntária e, conseqüentemente, reduzem-se os custos e incrementa-se a eficiência.

Apesar de o princípio ser tradicionalmente aplicado às relações entre Administração e administrados, parece claro que a tônica da consensualidade pode ser transportada para a seara da transação na improbidade. Destarte, é certo que o agente ímprobo, quando chamado à mesa de negociação, terá a chance de expor seus argumentos e as provas de que dispõe, a fim de negociar um sancionamento mais brando.

Nesta esteira, cumpre mencionar a Res. 118/2014 CNMP, que dispôs sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, buscando estimular a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas ante a evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso.

O agente ímprobo, ao transacionar com o *Parquet*, tem a possibilidade de livrar-se da aplicação de uma ou mais sanções da lei de improbidade, bem como transacionar sobre a *forma* de ressarcimento ao erário ou até mesmo pensar em um acordo substitutivo. Ademais, vê-se livre de uma vez por todas da insegurança causada pela pendência de um processo judicial de improbidade. É inegável que a só existência de um processo judicial contra si já representa por si só uma dura sanção e motivo de intranquilidade constante. Ademais, inúmeros são os custos ocasionados pela condução do processo, custos estes que seriam substancialmente reduzidos com a aceitação de um acordo.

De outro lado, o Ministério Público, caso aceite as informações trazidas pelo agente, logrará êxito em concretizar a sua pretensão de forma muito mais célere. Veja que a tramitação de uma ação de improbidade pode chegar a durar anos. Sem contar os custos referentes a perícias de alta complexidade. Ao longo da tramitação do processo, grande parte da efetividade almejada com a aplicação das sanções se esvai.

Ademais disso, ao negociar a aplicação das sanções, o agente já sabe de antemão as consequências que lhe serão impostas, aquiescendo a elas, o que permite que a execução das medidas se faça de forma mais eficaz. Quer dizer, ao firmar ajustamento de conduta com o *Parquet*, o agente ímprobo poderá apresentar desde logo os bens adquiridos ilícitamente, os quais poderiam estar dissimulados, dificultando o ressarcimento.

O acordo na improbidade, portanto, seria como um acordo substitutivo, por meio do qual, pautada pela consensualidade, o Ministério Público flexibiliza uma conduta imperativa e celebra com o administrado o ajustamento de uma conduta, primariamente exigível, por outra negociável.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, comentando a Lei Anticorrupção, vão dizer que, no acordo de leniência, não há disponibilidade, mas apenas uma negociação quanto às vias formais para a satisfação do interesse público. Para os autores:

Trata-se de acordo substitutivo: atos administrativos complexos, por meio dos quais a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente

exigível, por outra secundariamente negociável. Por meio desta via negocial, a Administração Pública opta por uma atuação consensual, que lhe é aberta em hipóteses legalmente previstas, de sorte a tutelar, de forma mais eficiente, o interesse público primário que está a seu cargo. É relevante destacar-se que, nesses atos, a Administração não dispõe sobre direitos públicos, mas sobre as vias formais para satisfação do interesse público envolvido. De resto, o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões de acordos substitutivos, tais como o que ora se comenta. (*A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140211-10.pdf>)

Feitas as devidas adaptações, o entendimento dos autores acerca do acordo de leniência é o mesmo que deve pautar a celebração de ajustamentos de conduta na improbidade administrativa.

6. Princípio da eficiência, dever de resultados e Ministério Público resolutivo

Temos de nos lembrar ainda que a Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, erigiu a eficiência ao princípio basilar da administração pública. A inserção do princípio no rol dos princípios regentes da administração pública marca a mudança de paradigma da gestão administrativa.

Destarte, abandona-se o paradigma da administração burocrática, preocupada apenas com os procedimentos, para abraçar-se o paradigma da administração de resultados, focada no atingimento concreto dos objetivos públicos. Trata-se, portanto, do paradigma do resultado na administração pública.

A despeito de a norma encontrar guarida no art. 37, *caput*, da Constituição, é certo que o princípio da eficiência espalha seus efeitos à administração pública como um todo, em sentido lato, nela incluída o Ministério Público, como não poderia deixar de ser. Não se descarta do fato de que o princípio da eficiência sempre foi analisado sob o ponto de vista instrumental e não finalístico.

É indene de dúvidas que o princípio da eficiência se aplica ao Ministério Público no que toca aos atos administrativos praticados pela instituição. No entanto, o que se propugna aqui é a aplicação do princípio da eficiência ao aspecto finalístico da atuação ministerial. A proposta não causa espanto, tendo sido recentemente incorporada pelo CPC no que se refere à atuação funcional dos magistrados¹⁷. Neste contexto, impõe-se ao *Parquet* também a necessidade de eficiência no desempenho de suas missões institucionais, almejando-se a concretização de resultados de forma célere e menos dispendiosa.

¹⁷ CPC. 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*.

É neste contexto que surge o paradigma da *resolutividade*. O perfil resolutivo do Ministério Público nasce em contraposição ao perfil do Ministério Público demandista. O perfil ministerial demandista caracteriza-se pela condução das demandas ao poder judiciário, deixando em segundo plano a busca pela solução negociada e extrajudicial. O demandismo ministerial confere primazia à atuação por meio do ajuizamento de ações. Com isso, todavia, abarrotava-se o poder judiciário com processos volumosos e de altíssima complexidade, o que, em última análise, implica perda de eficiência e de eficácia¹⁸.

Todavia, o perfil demandista vem na contramão da contemporaneidade. Hoje, cada vez mais, presenciamos uma fuga do poder judiciário e a ascensão de formas alternativas de solução de conflitos, como a conciliação, mediação e a arbitragem. É notória a insuficiência do poder judiciário para a resolução célere e eficaz das demandas dos tempos atuais, dadas a morosidade, a imprevisibilidade e as vicissitudes da ação judicial.

Em razão de tais aspectos é que vemos o nascimento do perfil resolutivo do Ministério Público. Com efeito, o Ministério Público resolutivo define-se como uma instituição que assume identidade proativa, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais, evitando-se o acionamento do poder judiciário¹⁹.

Destaco mais uma vez a Res. 118/2014, a qual, imbuída do espírito da resolutividade, buscou mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias na atuação ministerial, destacando a importância da prevenção e da redução da litigiosidade. Em seus considerandos, a Resolução destaca que as controvérsias e os conflitos envolvendo o Poder Público e os particulares, ou entre estes, notadamente aquelas de natureza coletiva, podem ser resolvidas de forma célere, justa, efetiva e implementável.

Neste contexto, parece-me certo que o princípio da eficiência e o paradigma da resolutividade não somente recomendam, mas impõem que seja considerada a solução consensual em sede de improbidade administrativa, sempre que tal medida se revelar mais eficaz à tutela do direito violado e à salvaguarda do interesse público.

Com efeito, em determinados casos, a morosidade na adoção de providências ou na conclusão de uma demanda equivalerá à própria disposição integral do direito curatelado. Sabemos que a passagem do tempo tem o condão de ensejar a prescrição da pretensão punitiva, impedindo a própria persecução. Assim, avizinhandose a prescrição e estando ainda prematura a investigação, a celebração do ajustamento pode se revelar uma medida interessante, a fim de evitar o perecimento integral da própria pretensão. Noutros termos, mais vale um pássaro na mão do que dois voando.

¹⁸ "(...) a imposição de sanções, muitas vezes, pode não ser a melhor alternativa sancionatória. Os muitos anos até a consolidação administrativa e judicial do débito, atrelado ao recolhimento ulterior a um fundo sem destinação específica e com regras bastante restritivas de reversão em investimentos, pode sugerir, a depender da análise do caso concreto, que uma composição com efeitos imediatos, reais e concretos se constitua em penalidade compensatória mais eficiente." (Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Sérgio Guerra, Juliana Bonacorsi de Palma)

¹⁹ *Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica*. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1241/Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20Resolutivo.pdf?sequence=1>

Da mesma forma, a longuíssima tramitação de demandas de alta complexidade pode redundar na completa inefetividade da sanção, seja pela dilapidação do patrimônio adquirido ilicitamente ou em detrimento do erário público, seja em razão da não localização futura dos agentes envolvidos.

7. Dosimetria das sanções em improbidade administrativa

Outro ponto que deve ser sopesado é a possibilidade de ser realizada pelo magistrado uma dosimetria da sanção de improbidade. Quer dizer, na ação de improbidade administrativa, constatado o ato de improbidade, o magistrado não fica obrigado a aplicar todas as sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei de Improbidade, sendo-lhe autorizado realizar uma dosimetria da pena, deixando de aplicar determinadas sanções.

Neste sentido, é o entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça, plasmado no Enunciado 11 da Jurisprudência em Teses nº 40:

11) O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração.

Os artigos 20, parágrafo único, e 22, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação da Lei nº 16.655/2018, corroboram o entendimento acima exposto ao estabelecerem que, na aplicação de sanções, deverá ser demonstrada a *necessidade e a adequação* da medida imposta, bem como que devam ser sopesadas a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela advieram e as circunstâncias do caso, *verbis*:

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.* (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

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.* (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

(...)

Art. 22. *Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

§1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

§2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem/para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

§3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

Em suma, o que se pretende demonstrar é que, se ao fim e ao cabo nem mesmo o magistrado está obrigado a aplicar todas as sanções previstas objetivamente na lei para o ato de improbidade praticado, por que motivo não poderia o Ministério Público, em sede de TAC, dispor de determinadas sanções, em prol de uma maior celeridade e efetividade no atendimento ao interesse público e ressarcimento ao erário?

Ora, ao realizar a dosimetria da pena, dispondo de uma ou algumas sanções do art. 12 da Lei, ninguém acusa o magistrado de estar indevidamente dispondo do interesse público. Ao contrário, é amplamente admitida a conduta. Neste passo, pela mesma lógica, parece-me que pode o Promotor de Justiça, de forma fundamentada, celebrar negócio jurídico com o investigado, abrindo mão de uma ou outra sanção, em prol de um mais célere e eficaz resultado.

8. Discricionariedade (ou grau de vinculação à juridicidade) e controlabilidade

Poder-se-ia objetar que a consensualidade na seara da improbidade, seja para celebração de ajustamentos de conduta ou para acordos de leniência, poderia conduzir a arbitrariedades ou desvios de poder, já que a definição das sanções aplicáveis ou conteúdo de eventuais acordos estaria sujeita à exclusiva discricionariedade do promotor de justiça oficiante e supostamente livre de qualquer controle imediato.

No entanto, conforme já aventado, a celebração de qualquer ajuste consensual demanda a demonstração concreta e objetiva, por meio da motivação no inquérito civil, do *trade off* contido na avença. Quer dizer, é preciso que estejam presentes no inquérito, através de promoção fundamentada, as razões que levaram à eleição do caminho consensual, bem como as razões, de fato e de direito, que conduziram à proposição de uma ou mais sanções.

Neste ponto, impende destacar que a *discricionariedade*²⁰ é atributo tradicionalmente conferido ao poder de polícia no âmbito do direito administrativo ordenador, mormente no que se refere à aplicação de sanções. Com efeito, é inegável a similitude do procedimento da improbidade administrativa com o direito administrativo sancionador, razão por que seus institutos não só podem como devem ser intercambiados.

Conforme destacado pela doutrina, há uma legalidade flexível²¹ no que concerne à atividade administrativa sancionadora, o que significa dizer que há uma maior elasticidade na atuação do *ius puniendi* estatal nesta senda. Conforme adverte Fábio Medina Osório, a legalidade *das infrações e das sanções* é composta, no mais das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial²².

Portanto, no direito administrativo sancionador, há margem de discricionariedade à autoridade administrativa, para, com base na moldura da lei e diante dos fatos apurados (motivos de fato), aplicar a sanção proporcional e condizente ao caso sob sua avaliação. Com efeito, no âmbito de um processo administrativo sancionador/disciplinar, ninguém alega que a autoridade administrativa esteja a dispor ilegalmente do interesse público, caso opte, de forma razoável, pela aplicação de determinada sanção.

O paralelo fica ainda mais evidente se imaginarmos que, de um mesmo fato, o agente público poderá responder tanto por improbidade quanto administrativamente. Veja-se que a autoridade administrativa processante tutela o interesse público, no exercício de seu mister, da mesma forma que o faz o promotor, no âmbito de suas atribuições. No entanto, ao administrador público é reconhecida margem de discricionariedade, ao passo que o promotor – se levamos ao pé da

²⁰ A despeito da tradicional lição doutrinária, Gustavo Binenbojm adverte: “Na tradição do direito administrativo brasileiro, o poder de polícia sempre foi definido como um poder intrinsecamente discricionário. [...] Aos poucos, no entanto, com o avanço do processo de juridicização da atividade administrativa, a liberdade decisória dos gestores públicos no campo policial deixou de ser uma característica inerente para tornar-se uma opção – ou uma necessidade – da disciplina normativa incidente em cada caso. [...] Inexiste, desse modo, autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. [...] No mais baixo degrau de vinculação administrativa à juridicidade, encontram-se os atos vinculados diretamente por princípios, que corresponderiam aos outrora denominados atos discricionários. Nesses casos, há uma opção político-jurídica por transferir o momento, conteúdo ou dosimetria da decisão relativa ao poder de polícia para o administrador público, que deverá tomá-la sempre observando os elementos vinculados previstos em lei (competência, finalidade, forma) e os princípios gerais e setoriais da Administração Pública.” (*Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2ª ed. Belo Horizonte: 2017. p.88/90)

²¹ Neste sentido, traz-se à baila trecho do voto proferido no MS 28799/DF: “O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis no âmbito do direito administrativo sancionador, cuja textura aberta conduz à necessidade de o órgão disciplinar – com apoio em seu prudente critério e sempre atento às limitações que derivam dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – proceder à adequada correlação entre a infração funcional e a sanção a ela correspondente prevista no estatuto jurídico-disciplinar, tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário. (...) Na realidade, a utilização de elementos normativos de conteúdo abrangente na definição legal de condutas puníveis revela-se legítima, inclusive sob a perspectiva dos atos de improbidade administrativa, cuja prática pode justificar a imposição de sanções objetivamente muito mais graves do que aquelas próprias do regime jurídico-disciplinar dos servidores públicos em geral e dos magistrados em particular.”

²² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. Ed. RT. 4ª ed. 2011. p.216.

letra a vedação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92 – estaria cegamente obrigado à persecução judicial do sancionamento máximo, ainda que as nuances do caso concreto indiquem que não seja esta a melhor medida.

Portanto, diante do paradoxo acima apontado, advoga-se aqui a existência de margem de discricionariedade ao promotor de justiça oficiante para, diante do caso concreto e de forma motivada, propor a aplicação consensual das sanções mais adequadas, podendo, se for o caso, abrir mão da aplicação de uma ou mais sanções.

Não se desconhece, é claro, que as sanções administrativas são aplicadas no bojo de um processo administrativo do qual deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, ao cabo do qual a autoridade administrativa, com base nas provas produzidas e alegações oferecidas, vem a proferir sua decisão. O processo administrativo sancionador, decerto, não se equipara ao inquérito civil, de índole inquisitória, no bojo do qual não há obrigatoriedade de ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa (apesar de não estarem excluídos). Ademais, o promotor de justiça não julga, mas forma sua *opinio*, a partir da qual elegerá determinada via.

No entanto, é de se supor que, caso venha a ser aventada pelo promotor a via consensual, seja o investigado convocado a se manifestar sobre a proposta, trazendo, neste momento, suas considerações e eventuais provas que possua a seu favor. Dessa forma, resguardar-se-á a garantia do contraditório e ampla defesa. De todo modo, as sanções eventualmente aplicadas o serão em ambiente consensual, de forma consentida, razão por que não se há de objetar violação a tais princípios. Quer dizer, não está a parte obrigada a dispensar o contraditório judicial e aceitar a aplicação imediata das sanções. No entanto, se o fizer, não poderá argumentar violação a seus direitos. Em razão disso, revela-se importante a presença de advogado, apesar de não necessária, na forma da Súmula Vinculante 05, por analogia.

No que tange à controlabilidade do ajuste celebrado, a despeito de os ajustamentos de conduta não se sujeitarem à homologação pelo Conselho Superior como condição de eficácia, é certo que, após o cumprimento do TAC, deve ser o inquérito encaminhado ao Conselho para análise do arquivamento. Neste momento, poderá o Conselho realizar o controle sobre o conteúdo da avença celebrada. Caso entenda ter havido uma tutela deficitária do interesse público, poderá, obviamente, recusar o arquivamento e determinar o ajuizamento da ação (para aplicação das demais sanções deixadas de fora do ajustamento) ou mesmo o prosseguimento das investigações.

Da mesma forma, sendo certo que os inquéritos civis são públicos, caberá ainda recurso, por parte de qualquer interessado, ao Conselho Superior. No caso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o art. 40 da Res. 2.227/18²³ determina que cópia do termo de ajustamento de conduta seja afixada em quadro próprio na sede do órgão de execução, pelo prazo de 15 (quinze) dias, bem como que seja encaminhada, por

²³ Art. 45 - Cópia do termo de ajustamento de conduta deverá ser afixada em quadro próprio, na sede do órgão de execução, pelo prazo de 15 (quinze) dias, bem como ser encaminhada, por meio de arquivo digital, ao Centro de Apoio Operacional correspondente, na forma do art. 80, inciso IV desta Resolução.

meio de arquivo digital, ao Centro de Apoio Operacional correspondente. Trata-se, naturalmente, de forma de publicização que visa a viabilizar os meios de controle.

Sem prejuízo, o art. 50 da Res. 2.227/18²⁴ determina que sejam enviados relatórios anuais ao Conselho Superior e à Corregedoria-Geral, sendo certo que o relator poderá solicitar informações e documentos constantes no inquérito. Obviamente, não cabe à Corregedoria imiscuir-se na atividade fim do órgão de execução. No entanto, vislumbrado evidente desvio de finalidade na atuação do membro, não poderá o órgão correicional furtar-se à atuação.

Noutro giro, temos de lembrar ainda que o Ministério Público não é legitimado exclusivo para perquirir as sanções da improbidade, também competindo tal legitimação à pessoa jurídica interessada. Dessa forma, caso o colegitimado (pessoa jurídica interessada) entenda que o ajustamento de conduta não tutelou suficientemente o interesse público, nada obstará que este persiga judicialmente a aplicação das demais sanções.

Por fim, poder-se-ia ainda aventar da obrigatoriedade de homologação judicial do acordo celebrado no inquérito civil, com base na aplicação analógica do art. 3º, §2º, da Lei nº 13.140/15, que impõe a homologação em juízo das mediações sobre direitos indisponíveis, mas transigíveis.²⁵

9. O problema da ausência de regulamentação legal

Parte das críticas à consensualidade na improbidade decorre da ausência de regulamentação normativa do procedimento. Quer dizer, careceria o administrado de segurança jurídica quanto à forma de se realizar tal transação ou mesmo quanto à durabilidade da avença, diante de uma possível variação de entendimento futura. No entanto, a ausência de regulamentação legal específica não deve ser encarada como óbice. Deveras, apesar de desejável a previsão legal, parece possível a regulamentação administrativa do procedimento ou até mesmo tomar por empréstimo as regras de procedimentos análogos, como o procedimento da LINDB ou da Lei Anticorrupção.

Vale ainda trazer à baila o novel art. 26 da LINDB, o qual, segundo a doutrina, contempla *autorização genérica* para a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, estabelecendo-lhes ainda um mínimo regulamentar:

²⁴ Art. 50 - Os órgãos de execução que tenham atribuição para celebrar compromisso de ajustamento de conduta deverão apresentar anualmente relatório sobre sua execução ao Conselho Superior. §1º - O órgão do Ministério Público deverá enviar cópia do relatório à Corregedoria Geral. §2º - Os relatórios serão arquivados na secretaria do Conselho Superior em pastas identificadas por órgão de execução. §3º - Os relatórios, ao serem distribuídos a relator, serão acompanhados da pasta de relatórios para permitir exame do cumprimento do ajustamento ao longo do tempo. §4º - O relator poderá requisitar informações e documentos constantes do inquérito civil.

²⁵ "Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

(...)

§2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público."

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, *celebrar compromisso com os interessados*, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§1º. O compromisso referido no *caput* deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

De acordo com a doutrina, a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB, veio consagrar permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, possa celebrar compromissos. Com efeito:

Alinhando-se a outros sistemas jurídicos que dispõem de leis autorizativas genéricas à celebração de acordos pela Administração Pública, a Lei nº 13.655/18 expressamente confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro. Isso significa que qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso, nos termos do art. 26 da Lei, não se fazendo necessária a edição de qualquer outra lei específica, decreto ou regulamentação interna. (<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>)

De feito, conquanto o dispositivo tenha sua aplicação voltada aos acordos substitutivos celebrados pelo Poder Público com os administrados, é inegável a similitude de tal instrumento, sediado no âmago do direito administrativo sancionador ou disciplinar, com o acordo celebrado na improbidade administrativa. Em ambos os cenários, busca-se a tutela do interesse público, por meio da aplicação negociada de sanções, com vistas à sanação da irregularidade constatada.

Gustavo Binenbojm, discorrendo sobre acordos substitutivos e integrativos no direito administrativo sancionador, confessando ser desejável a regulamentação legal expressa, admite, contudo, a possibilidade de regulamentação administrativa de tais acordos:

Embora seja desejável a previsão legal expressa, parece possível haver a regulamentação administrativa tanto de acordos substitutivos como de acordos integrativos de decisões sancionatórias. O ponto nodal é a estruturação de modelos consensuais que possam otimizar os objetivos do aparato sancionador, sem criar perigosos incentivos à reincidência. Em uma palavra: o *trade off* consubstanciado no acordo deve ficar claro, cabendo às partes o ônus argumentativo de demonstrar que tal solução exhibe custo-benefício superior à pura e simples aplicação da sanção. A ideia de juridicidade administrativa ampara, aqui, a solução consensual bem engendrada: o acordo impõe algo diverso da sanção prevista em lei para realizar a sua finalidade de forma qualitativamente superior. (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Ed. Fórum. p. 106.)

Portanto, é de todo legítima a iniciativa de regulamentar o procedimento, ainda que por meio de regulamentos ou resoluções. Neste passo, a Res. 2227/18 do MPRJ procura regulamentar de forma detalhada o procedimento para a celebração de ajustamentos de conduta. Dessa forma, no cenário atual, não parece haver mais dúvidas quanto ao cabimento do ajustamento de conduta na improbidade administrativa, seja no bojo do inquérito civil, seja no bojo da ação de improbidade administrativa já ajuizada.

10. Conclusão

Com as palavras acima tecidas, esperamos ter demonstrado que o ajustamento de conduta em sede de improbidade administrativa deixou de ser considerado uma blasfêmia aos direitos transindividuais tutelados, passando a ser encarado como uma realidade no dia a dia da atuação ministerial.

Destarte, há profícuo arcabouço normativo a amparar a utilização do instituto, seja em sede legal seja em sede regulamentar, de modo que não mais há de haver insegurança jurídica em seu emprego. O terreno encontra-se, portanto, pavimentado. Resta apenas que os agentes ministeriais, operadores por excelência do instituto, afinem suas mentalidades com a novidade e busquem concretizar o ideal de resolutividade.

Conforme ressaltado, firmada a tese da prescritibilidade total das sanções de improbidade, inclusive da medida de ressarcimento, o ajustamento de conduta poderá se erigir à forte aliado do *Parquet* na persecução de condutas ímprobadas.

Quer dizer, não mais dispondo o Ministério Público de um infundável prazo para investigações, a solução consensual negociada avulta como uma aliada célere e eficaz ao exitoso sancionamento do ilícito praticado.

Com efeito, negar a possibilidade de ajustamento de conduta na improbidade vai na contramão dos avanços do processo civil, cuja ideologia estimulante das soluções consensuais dos conflitos milita a cada dia mais no sentido da ampliação das formas de convencionalidade no direito público.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação e regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CABRAL, Antônio Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Coletivo*. ZANETI JR., Hermes (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 8.

CONJUR. <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opinio-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos> (Acesso em: 26/06/2018)

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. Ed. Saraiva, 2015.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública* (<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>)

Maioria do STF entende que ações de ressarcimento por improbidade são prescritíveis. (Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI284939,101048-Maioria+do+STF+entende+que+acoes+de+ressarcimento+por+improbidade+sa>)

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. *O Inquérito Civil*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica. (Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1241/Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20Resolutivo.pdf?sequence=1>)

Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito

Jorge Lobo*

Sumário

1. Hermenêutica jurídica. A) Conceito de hermenêutica jurídica. B) Escolas hermenêuticas. C) Escola hermenêutica dogmática. D) Escola hermenêutica sociológica. E) Escola hermenêutica realista. 2. Interpretação do Direito. A) Conceito de interpretação. B) Interpretação quanto à origem. C) Interpretação quanto aos meios. D) Efeitos da interpretação. E) As lacunas da lei. 3. Aplicação do Direito. A) Metodologia. B) Interpretação literal e lógica da LSA com fundamento na Escola da Exegese. C) Interpretação lógico-sistemática da LSA ainda com fundamento na Escola da Exegese. D) Interpretação lógico-sistemática e teleológica da LSA com respaldo na escola sociológica de jurisprudência e na escola do realismo escandinavo. E) Interpretação da LSA como “Sistema Aberto”.

1. Hermenêutica jurídica

A – Conceito de hermenêutica jurídica

Não se chegou ainda a um conceito unívoco de hermenêutica jurídica.

Uns autores consideram-na sinônimo de interpretação das leis; outros, distinguem-nas.

Carlos Maximiliano, na introdução ao seu magnífico *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, doutrina, de início: “A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito”¹.

Todavia, ao cuidar da noção de interpretação, afirma, categórico: “Interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões de direito”², valendo-se, portanto, das mesmas palavras com as quais definiu hermenêutica.

Mais adiante, observa: “Do exposto, ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de hermenêutica, interpretação”.

Após, acrescenta: “Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”³.

* Doutor em Direito Comercial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito da Empresa. Livre-Docente na UERJ. Advogado.

¹ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957. p. 13.

² *Loc. cit.*

³ *Ob. cit.*, p. 14.

A seguir, adverte: “Ao invés de abandonar um vocábulo clássico e preciso, é preferível esclarecer-lhe a significação, variável com a marcha evolutiva do Direito. Todos os termos técnicos suportam as acepções decorrentes do progresso da ciência a que se acham ligados”⁴.

Finalmente, conclui: “A palavra hermenêutica resume o sentido das três outras conjugadas – teoria da interpretação”⁵.

Antes de Carlos Maximiliano, o Barão de Ramalho e Paula Baptista já haviam utilizado o vocábulo hermenêutica para títulos de suas obras “Cinco Lições de Hermenêutica Jurídica” e “Compêndio de Hermenêutica Jurídica”, respectivamente.

Em época mais recente, defenderam as ideias de Carlos Maximiliano, entre outros, R. Limongi França, ao declarar: “A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais”⁶, e Maria da Conceição Ferreira de Magalhães, ao dizer: “Hermenêutica jurídica é a disciplina científica da arte ou técnica de interpretar o direito. Interpretar, por sua vez, significa explicar, explanar, aclarar o sentido ou representar, reproduzir, exprimir o pensamento”⁷.

A maioria, entretanto, não faz distinção entre interpretação e hermenêutica; muitos, aliás, não empregam a palavra hermenêutica nem nos títulos de seus livros, estudos e artigos, nem durante a exposição do tema, por preferirem o termo interpretação, como se vê em Miguel Reale⁸, Eduardo Espínola⁹, W. Barros Monteiro¹⁰, Alípio Silveira¹¹, Francesco Ferrara¹² e Manoel A. Domingues de Andrade¹³, havendo, outrossim, quem à sua obra denomine “Hermenêutica” sem, contudo, no texto, empregar, uma vez sequer, essa expressão, como ocorreu com Alípio Silveira¹⁴.

Perfilho a lição de Luiz Fernando Coelho, segundo a qual hermenêutica, sob o ponto de vista epistemológico, é a “parte da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito.”¹⁵

B – Escolas hermenêuticas

(a) O pensamento de Luiz Fernando Coelho

As escolas hermenêuticas devem ser classificadas de acordo com o predomínio da “atitude racionalista ou empirista em face do fenômeno jurídico”¹⁶, disserta Luiz Fernando Coelho.

⁴ *Idem*, p. 15.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ *Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 21/22.

⁷ *A Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 1.

⁸ *Lições Preliminares de Direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 273.

⁹ *Sistema de Direito Civil Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1959. p. 175.

¹⁰ *Curso de Direito Civil*, Parte Geral. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 34.

¹¹ *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

¹² *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1987.

¹³ *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1987.

¹⁴ *Ob. cit.*, p. 1 e ss.

¹⁵ *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 178.

¹⁶ *Idem*, p. 192.

Se o intérprete adota uma “atitude racionalista”, pois julga que o direito contém princípios gerais e abstratos, que devem ser aplicados às situações concretas da vida do homem em sociedade, a sua função esgota-se na identificação daqueles princípios e na sua aplicação, não obstante as constantes mudanças sociais; todavia, se adota uma “atitude empirista”, porque vê no direito o modo de perseguirem-se certos fins, sempre intimamente relacionados com os dados da realidade fática, a sua função é “adaptá-los e, de certa forma, subordiná-los àqueles dados da experiência histórica”¹⁷.

Destarte, se prepondera a “atitude racionalista”, estamos diante de uma “escola hermenêutica dogmática”; se prevalece a “atitude empirista”, diante do que Luiz Fernando Coelho denomina de “escola hermenêutica zetética”.

Esclarece, ainda, Luiz Fernando Coelho: “A orientação dogmática decorre da concepção tradicional de que o direito está, todo ele, contido nas leis; assim, a função do intérprete passa a ser unicamente a de adequar o fato à lei, mediante o processo lógico da subsunção, o qual tem o método racional-dedutivo por basilar”¹⁸.

Depois, acentua: “A orientação zetética agrupa as escolas de interpretação jurídica que reagiram aos exageros do dogmatismo exegético, conceitualista e analítico e o tentaram superar, mediante uma atitude de oposição a todo apriorismo jurídico e procurando interpretar o direito de acordo com os fins por ele visados”¹⁹.

Mas, ainda consoante Luiz Fernando Coelho, tanto a “escola hermenêutica dogmática”, porque “coloca o Direito e a Jurisprudência a serviço, não da paz, da ordem, da segurança, da liberdade, da justiça, dos valores, enfim, mas das pessoas que se beneficiam da ordem social que deve ser mantida e a cujos interesses convém que permaneça inalterada”²⁰, quanto a “escola hermenêutica zetética”, porque, “embora subordine declaradamente o princípio dogmático às considerações político-sociais, acaba por reduzir-se a um dogmatismo encoberto”²¹, devem ser “questionadas pela teoria crítica do direito, que pretende introduzir uma terceira orientação, que denomina crítica, mas que pretende ser transformadora em seus resultados operacionais relativos à ordem jurídica e social”²², chegando à conclusão de que “as escolas tradicionais de hermenêutica jurídica servem na realidade para legitimar a ordem real, qualquer que ela seja”²³, o que o leva a propor a “tese de que a interpretação jurídica deve ser sempre metadogmática, porque dimanada de uma noção crítica e prospectiva do direito e voltada para um princípio basilar, o princípio construtivo ou de transformação que oponho ao princípio da ordem e da segurança”²⁴.

O pensamento de Luiz Fernando Coelho está inserido em uma corrente chamada “teoria crítica do direito”, que, em França, tem como um de seus prosélitos Michel Mialle.

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ *Loc. cit.*

¹⁹ *Idem*, p. 195.

²⁰ *Ob. cit.*, p. 199.

²¹ *Loc. cit.*

²² *Idem*, p. 198.

²³ *Ibidem*, p. 199.

²⁴ *Ibidem*, p. 200.

(b) O pensamento de Michel Miaille

Para Michel Miaille, a Universidade não tem ministrado, a contento, a disciplina “Introdução à Ciência do Direito”, pois ela não cria nem provoca, no estudante, a vontade de exercer juízos críticos, de “fazer aparecer o invisível”, o que só se consegue se, além de se valer do pensamento abstrato, o estudioso lançar mão do pensamento dialético. O pensamento dialético parte da indubitosa constatação de que o mundo é complexo e está em permanente luta e transformação, “quer ela seja consciente ou inconsciente”²⁵.

Comparando o pensamento dialético com o pensamento positivista, Michel Miaille destaca que o pensamento dialético se baseia na existência, assaz contraditória e em contínua mudança, do homem em sociedade, encarando o fenômeno não apenas no momento atual, mas como foi, é e provavelmente será no futuro, daí por que ressalta: “a realidade é coisa diversa e muito mais do que está codificado”²⁶, não se podendo reduzir o real a apenas uma de suas faces, enquanto o pensamento positivista limita-se a descrever o que é visível, como as cousas se apresentam em determinado momento histórico.

Ensina, outrossim, Michel Miaille que o pensamento crítico, por abarcar o passado, o presente e o futuro, por conseguinte a totalidade dos fatos, tem uma profunda ligação com a realidade prática, com a sociedade, com o homem “animal social”, pois o mundo jurídico não pode ser verdadeiramente conhecido e compreendido senão em relação a tudo o que permitiu a sua existência e o seu futuro possível. O estudo do direito, se realizado dentro desse padrão, tira-o do isolamento a que vem, com insistência por mestres de todos os tempos, sendo confinado, projetando-o no mundo concreto, no mundo real, onde ele, finalmente, encontra o seu lugar e a sua razão de ser, passando, então, a ficar ligado a todos os demais fenômenos sociais e a fazer parte da mesma história.

(c) O pensamento de Miguel Reale

A propósito das escolas hermenêuticas, Miguel Reale elucida que, no plano histórico, três movimentos conduziram às atuais concepções trivalentes ou tridimensionais do direito: (a) o normativismo jurídico: o direito é um sistema de comandos ou de regras; (b) o eticismo jurídico: o direito é um sistema de valores morais; e (c) o empirismo jurídico: o direito não é apenas norma, mas, por igual, o fato, que o direito visa a disciplinar²⁷.

(d) O pensamento de Carlos Maximiliano

Carlos Maximiliano, a sua vez, prega que são dois os sistemas de hermenêutica e aplicação do direito: o escolástico ou dogmático e o histórico-evolutivo ou, apenas, evolutivo²⁸.

²⁵ *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. portuguesa. 2ª ed. Lisboa: Ed. Stampa, 1989. p. 21.

²⁶ *Loc. cit.*

²⁷ *Ob. cit.*, p. 409/410.

²⁸ *Ob. cit.*, p. 65 e ss.

(e) O pensamento de Franzen de Lima

Franzen de Lima, sob a epígrafe “métodos de interpretação”, oferece a seguinte classificação dos vários sistemas: “(a) método lógico ou dogmático; (b) histórico; (c) teleológico; (d) sociológico; (e) livre indagação científica ou direito livre ou livre pesquisa do direito”²⁹.

(f) O pensamento de Caio Mário da Silva Pereira

Caio Mário da Silva Pereira escreve que há uma “hermenêutica tradicional”³⁰ e uma “interpretação científica”³¹, recordando que, no Direito Romano primitivo, o intérprete se limitava aos elementos literais do texto, reflexo da concepção formalista da época, somente vindo a empenhar-se numa interpretação lógica em fase adiantada da civilização romana, quando o homem passou a expressar-se através de conceitos abstratos e gerais, asseverando, calcado em Ihering, “que a interpretação é algo mais do que o conhecimento literal da linguagem da lei, para envolver também a perquirição da sua força e da sua vontade”³².

Para Caio Mário, na Idade Média houve um retrocesso, volvendo-se à interpretação meramente literal, em virtude da perfeição técnica do Direito Romano recepcionado, quando surgiu a glosa, “espécie de comentário marginal ou interlinear sob a vinculação dominadora da expressão linguística”³³.

O direito moderno, lembra Caio Mário, conheceu um movimento semelhante com a Escola da Exegese de Toullier, Duvergier, Durantou, Troplong, Demolombe, Malleville, Demante, Colmet de Santerre, Laurent, Huc, entre outros, a qual, dominada pela excelência do Código de Napoleão, pregava que a hermenêutica deve consistir na explicação da lei escrita, subordinando toda a técnica interpretativa à regra de que não pode haver direito fora da lei. Interpretar é indagar a vontade do legislador. A lei é fonte exclusiva do direito e na sua palavra está expressa a soberania legislativa. O juiz não aplica o direito, aplica a lei e, como esta é concretizada na forma escrita, seu entendimento mora na sua expressão vocabular³⁴.

(g) Classificação adotada

Prefiro adotar a classificação de Luiz Fernando Coelho, acrescida das noções sobre o “eticismo jurídico”, de Miguel Reale, apenas suprimindo a palavra “zetética” e aceitando a subdivisão em escolas sociológica e realista, de modo que a seguir tratarei: (1º) da Escola Hermenêutica Dogmática, (2º) da Escola Hermenêutica Sociológica e (3º) da Escola Hermenêutica Realista.

²⁹ *Da Interpretação Jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 10.

³⁰ *Instituições de Direito Civil*. 21ª ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. I, p. 196.

³¹ *Idem*, p. 198.

³² *Ibidem*, p. 196.

³³ *Loc. cit.*

³⁴ *Idem*, p. 197.

C – Escola hermenêutica dogmática

Como pontificou Miguel Reale, “no período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares”³⁵, quer do ponto de vista de classes (clero, nobreza, povo), quer do ponto de vista territorial (um para cada região, estado), o que obrigava o intérprete a recorrer a normas do direito natural, do Direito Romano, do Direito Canônico e à opinião comum dos doutores.

Promulgado, em 1804, o Código Civil francês, a “tarefa fundamental passou a ser interpretar seus textos de maneira autêntica, em confrontá-los entre si, tirando deles os resultados fundamentais graças a um fino labor de sistematização”³⁶, pois não se admitia que o Direito positivo tivesse lacunas, sendo todos os problemas jurídicos resolvidos pela interpretação extensiva dos textos, graças à analogia e aos princípios gerais do direito, consoante sustentou a Escola da Exegese.

(a) Escola da Exegese

“A tese fundamental da Escola da Exegese é a de que o Direito por excelência é revelado pela lei, sendo o Direito um sistema de conceitos bem articulados e definidos e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes”³⁷, enfatiza Miguel Reale, daí por que o jurista deve partir do direito positivo, analisando-o cuidadosa e metodicamente no tríplice plano gramatical, lógico e sistemático.

Os opositores da escola da exegese, também conhecida por escola clássica, subjetiva ou psicológica, criticam-na porque ela faz da lei a única fonte do direito e põe a vontade do legislador como objetivo da interpretação, acabando por conduzir ao fetichismo da lei, ao culto da lei, confundindo o direito com a fórmula legal.

Devido à excelência do Código Napoleônico, a Escola da Exegese conquistou a Alemanha (jurisprudência dos conceitos) e a Inglaterra (jurisprudência analítica) na esteira do postulado liberal individualista de não se deixar margem ao arbítrio do juiz, pois a lei era dogma jurídico, e o método interpretativo por isso mesmo se denominou dogmático, já que o direito era uma criação da razão humana, que, ao legislador, apenas incumbia revelar, devendo o intérprete limitar-se, valendo-se da lógica matemática, ao uso do processo lógico-dedutivo.

(b) Escola de jurisprudência analítica

Na Inglaterra, surgiu movimento semelhante, denominado escola de jurisprudência analítica, procurando compreender o direito segundo esquemas lógico-formais, como sistemas de vínculos normativos decorrentes de precedentes jurisprudenciais.

³⁵ Ob. cit., p. 414.

³⁶ Loc. cit.

³⁷ Idem, p. 415/417.

(c) Escola de jurisprudência conceitual

Na Alemanha, os pandectistas, que desenvolveram o movimento chamado jurisprudência conceitual, orientavam-se como franceses e ingleses, porquanto, para eles, o direito também era um corpo de regras uniformes e a lei, a fonte verdadeira e autêntica do direito.

(d) Escola italiana

Partindo das ideias da escola da exegese e dos pandectistas, formou-se, na Itália, uma plêiade de grandes juriconsultos com o propósito de “compor em unidade harmônica o abstrato e o concreto, o valor certo e estrutural das normas de Direito com o seu conteúdo histórico-social.”³⁸

Para a escola italiana, era necessário unir, ou pelo menos relacionar, o teórico com o prático, as especulações com suas aplicações concretas, como anotou Scialoja: “O teórico não pode conseguir clareza em nossas matérias se não e enquanto se proponha a tese da aplicação prática. Diga ele a si mesmo: Tudo o que estou em vias de formular, que consequências produzirá no campo das relações jurídicas? Produzirá alguma? E se produzir, quais serão essas consequências?” E, outrossim, Cesare Vivante: “É uma deslealdade científica, é um defeito de probidade falar de um instituto para fixar-lhe a disciplina jurídica, sem o conhecer a fundo na sua realidade”³⁹.

D – Escola hermenêutica sociológica

A insuficiência dos postulados da escola dogmática impôs se buscasse a *ratio legis*, para, numa sociedade em transformação, atender aos anseios sociais, evitando, dessarte, uma ruptura entre a lei e o fato, vindo Ihering a sustentar que “o fim é o criador de todo o direito”, devendo o intérprete identificar o fim, o escopo, a razão, a finalidade da lei, até mesmo lhe sendo lícito atualizá-la, pois o texto evolui e o que se deve buscar é o que pretende a lei e não o que pretendeu o legislador, prevalecendo o caráter valorativo, ético e político-social da interpretação.

Devido a essa nova concepção, que teve como precursores a escola histórica de Savigny, quanto a “uma visão mais concreta e social do Direito”⁴⁰, e Ihering⁴¹, Heck e Geny, quanto à ideia de finalidade⁴², passou-se, então, a admitir que se deveria buscar a intenção presumida do legislador, “abandonando-se assim a colocação puramente lógico-analítica do processo, para recorrer a um elemento empírico, metanormativo ou metalegal, mas não buscar a intenção que o legislador teria quando elaborou a lei, mas sim a que ele teria se estivesse vivendo no tempo da aplicação da lei, acomodando a lei ao fato, através de um enriquecimento do seu conteúdo”⁴³.

³⁸ *Ibidem*, p. 420.

³⁹ *Apud* Miguel Reale, ob. cit., p. 420.

⁴⁰ Miguel Reale, ob. cit., p. 422.

⁴¹ *Cf. El fin en el Derecho*. Tradução espanhola. Granada: Editoria Comares, S.C., 2000.

⁴² Luiz Fernando Coelho, ob. cit., p. 241.

⁴³ Miguel Reale, ob. cit., p. 427.

Podemos considerar como integrantes da escola hermenêutica sociológica: (a) a jurisprudência teleológica; (b) a jurisprudência dos interesses; (c) a escola de livre pesquisa científica; (d) a escola de direito livre; e (e) a escola sociológica de jurisprudência.

(a) Jurisprudência teleológica

A jurisprudência teleológica, preconizada por Ihering⁴⁴, sustenta a “concepção do direito como ciência de fins, em oposição à causalidade”, “na qual os dados sociais, históricos e sociológicos passam a constituir não já o elemento a mais de intelecção da *mens legis* e da *mens legislatoris*, mas o campo favorável à criação do novo direito mediante a interpretação”⁴⁵.

(b) Jurisprudência dos interesses

A jurisprudência dos interesses, de Heck, Soll e Rümeline, “preocupa-se sobretudo com o processo decisório e procura descrever o que realmente acontece quando o juiz decide”.

“O juiz deve submeter-se à lei, e não aos seus ideais de justiça, mas, diante de um fato concreto que a lei regula mal, a sua função é construtiva, isto é, a de construir regras, se estas não existem”⁴⁶.

(c) Escola de livre pesquisa científica

A Escola de livre pesquisa científica, de Geny, difunde a ideia de que, na solução dos problemas, o trabalho científico do intérprete consiste em extrair dos dados, “da realidade social, o direito, sempre levando em conta o interesse dos particulares” com o fim de descobrir o “direito no mundo dos fatos”⁴⁷.

(d) Escola de direito livre

A escola de direito livre, de Ehrlich e Zitelmann, “opõe o direito vivo às proposições abstratas da lei”, pois o “direito estatal está sempre em atraso em relação às exigências da vida e do direito dinâmico e concreto que se estabelece dentro das associações”⁴⁸, devendo o juiz afastar-se da norma se ela não conduzir à verdadeira justiça.

⁴⁴ No estudo preliminar da magnífica obra de Rudolf V. Ihering *O Fim do Direito*, Prof. José Luis Monereo Pérez declara que Ihering “se formou na Escola Histórica”, depois “contrapôs a Escola de Jurisprudência de Interesses à Escola de Jurisprudência dos Conceitos”, após “tratou de conjugar a lógica do ‘sistema’ e a lógica do ‘problema’, acentuando que ‘é função do direito o cumprimento de certos fins’, para, ao final, dar ‘maior atenção às condições sociológicas do Direito’” (ob. cit., p. X a XII).

⁴⁵ Luiz Fernando Coelho, ob. cit., p. 241.

⁴⁶ *Idem*, p. 245/246.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 213/214.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 257.

(e) Escola sociológica de jurisprudência

A escola sociológica de jurisprudência, de Benjamin Cardozo, Oliver Holmes, Roscoe Pound e Louis Brandeis, prega “a necessidade da correta compreensão das realidades sociais em permanente fluxo histórico, como atividade preliminar à interpretação das normas jurídicas expressas nos costumes, nas leis e nos precedentes”, eis que a “lógica dedutiva é imprestável para elaboração de sentenças justas, porque se funda em princípios gerais que têm algo de imutável e rígido” e “os princípios gerais precisam ser instrumentos de soluções justas verdadeiramente”, exigindo do juiz notável “senso de equilíbrio”, “pois o direito deve ter estabilidade e, não obstante, não pode permanecer inalterável. Por isso, toda meditação em torno do direito tem tratado de conciliar as necessidades contraditórias da estabilidade e transformação”, fazendo com que a “ordem jurídica seja flexível e ao mesmo tempo estável”, submetendo-a “continuamente à revisão e adaptação”, porquanto “os princípios que buscamos hão de ser tanto de evolução quanto de estabilidade”⁴⁹.

E – Escola hermenêutica realista

Para os adeptos da escola hermenêutica realista, o direito é aquele que se apresenta no universo fenomênico, que decorre da vida do homem no mundo real, e não dos princípios, da legislação, das noções metafísicas de fins e valores, devendo-se sempre subordinar tais princípios à realidade fática, pois o direito é fruto natural dos fatos sociais e históricos.

A doutrina costuma dividir o movimento realista em três escolas: a do realismo psicológico, a do realismo linguístico e a do realismo culturalista.

(a) Realismo psicológico

O realismo psicológico tem duas vertentes: a do psicologismo jurídico e a do realismo jurídico.

O psicologismo jurídico sustenta que a jurisprudência deve minimizar os elementos normativo e axiológico da experiência jurídica, reduzindo-a ao fato, e substituir a norma geral pela vontade do juiz, sem, todavia, perder de vista o sentido profundamente ético de toda juridicidade, pois o que é decisivo no julgamento do juiz é a sua intuição e o seu sentimento, sem o que a aplicação do direito não responderá às necessidades que o direito tem sido chamado a suprir.

O realismo jurídico nos EUA prega que o direito real é somente aquele declarado pelo juiz ao decidir o caso concreto, defendendo, outrossim, a ideia de que o juiz, no processo de elaboração da sentença e da decisão, não se vale, conscientemente, do uso das regras da lógica formal, que tem início com a formulação das premissas até chegar à conclusão, mas, sim, do processo psicológico da busca das premissas após

⁴⁹ *Ibidem*, p. 259 a 270.

haver chegado, durante o estudo do caso submetido a seu julgamento, a determinada conclusão. Para essa escola, o direito é mais um conjunto de decisões do que de normas, pois só com a prolação da sentença ao caso concreto se tem como definitivamente certa a norma capaz de dirimir esta ou aquela controvérsia ou de aplicar-se a esta ou àquela situação fática. Antes da sentença transitada em julgado, dizem os prosélitos dessa corrente de pensamento, só há conjecturas sobre um provável direito, sobre a regra definidora da relação jurídica, da controvérsia ou do litígio.

Destaque-se, a propósito, o chamado realismo jurídico escandinavo de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e, principalmente, Alf Ross, o qual, ao cuidar, na monografia “Direito e Justiça”, dos “fatores pragmáticos na interpretação”, observa que, “na administração da Justiça”, é indispensável levar-se em conta a “razoabilidade prática do resultado”, que se funda no “senso comum” e é “ponderada à luz de valores fundamentais”⁵⁰.

(b) Realismo linguístico

O realismo linguístico faz da linguagem o meio de realizar-se o direito, procurando pôr fim ao dualismo entre as escolas que, de um lado, reputam o direito apenas e tão somente um conjunto de fatos sociais e, de outro, a que o considera um sistema ideal de normas.

(c) Realismo culturalista

O realismo culturalista tem na teoria tridimensional um dos seus mais importantes segmentos, para o qual o direito é fato, valor e norma, numa permanente e fecunda interação.

2. Interpretação do Direito

A – Conceito de interpretação

Doutrina o insigne Carlos Maximiliano que “interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado do vocábulo, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão”⁵¹, daí por que incumbe, ao intérprete, “examinar o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por esse processo o alcance da norma jurídica e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta”⁵².

⁵⁰ Bauru: : Edipro, 2000. p. 174/181.

⁵¹ Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 23.

⁵² *Idem*, p. 24.

B – Interpretação quanto à origem

A interpretação, quanto à origem, pode ser autêntica, jurídica e doutrinal.

C – Interpretação quanto aos meios

Quanto aos meios, elementos, métodos ou processos, há divergências, a maioria falando em interpretação gramatical, lógica, sistemática e histórica; alguns, acrescentando a interpretação teleológica e suprimindo a interpretação histórica.

De minha parte, sigo a orientação de José de Oliveira Ascensão⁵³, que ensina serem os métodos de interpretação do direito o gramatical e o lógico, este subdividido em sistemático, histórico e teleológico, aos quais acrescento o axiológico ou valorativo, conforme a concepção de Miguel Reale.

“O ponto de partida de toda interpretação é o texto da lei; aliás, não só o ponto de partida, mas, por igual, o limite da busca do espírito”⁵⁴, daí deve o jurista, através do elemento literal ou gramatical, proceder à análise filológica do texto, da sua linguagem, do significado dos termos. Pode, entretanto, o elemento literal não exprimir o pensamento do legislador em termos adequados, quer porque usou palavras ambíguas, quer porque o espírito e a letra podem não coincidir, impondo-se então o sacrifício da letra.

A par do elemento gramatical, é mister recorrer ao elemento lógico para descobrir o espírito e o alcance da lei.

Anote-se, todavia, que, ao buscar o sentido das palavras, o cérebro humano já vai fazendo ilações quanto à finalidade da lei, pois, ao ler cada vocábulo de *per sí* e o texto global da lei, já o está interligando com outros e, concomitantemente, valorando-o, quer seguindo uma orientação subjetivista (*mens legislatoris*, o sentido da lei será o sentido do legislador), quer objetivista (*mens legis*, o sentido da lei não está condicionado ao pensamento e à palavra do legislador), com o escopo de, como diz Clóvis Beviláqua, “determinar o fundamento e a finalidade da lei, o porquê e para quê”.

O elemento lógico se subdivide em (a) sistemático, (b) histórico e (c) teleológico.

Como a interpretação deve ter em conta o ordenamento jurídico e não apenas uma lei isolada nem, tampouco, um artigo de lei específico, já que toda norma se integra numa ordem da qual a regra é apenas um modo de expressão, é preciso estabelecer, através do elemento sistemático, as necessárias relações entre as várias disposições, que se desdobram em relações:

(a) de subordinação (relacionamento do preceito isolado com os princípios gerais do sistema jurídico);

(b) de conexão (o preceito deve ser interpretado em função do contexto, jamais isoladamente, pois cada trecho é desenvolvimento

⁵³ *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 311 e ss.

⁵⁴ José de Oliveira Ascensão Ob. cit., p. 311.

de um plano lógico, cada artigo só é compreensível se o situarmos perante os que o antecedem ou o sucedem); e

(c) de analogia (devem-se buscar as semelhanças entre os preceitos).

Através do elemento histórico, têm-se em conta os dados históricos que expliquem a lei, os quais podem ser:

(a) precedentes normativos históricos (regras que vigoravam no passado) e comparativos (regras estrangeiras que vigoravam em época da formação da lei e tiveram influência sobre ela);

(b) trabalhos preparatórios (segundo a orientação objetivista, não têm grande importância); e

(c) *occasio legis* (circunstâncias sociais que rodearam o aparecimento da lei).

Através do elemento teleológico, persegue-se a justificação social da lei, a finalidade almejada pela norma, o “pra quê” da lei.

O direito, assentou Miguel Reale, é um fato histórico-cultural, porque “os fatos humanos se integram normativamente no sentido de certos valores”⁵⁵, razão pela qual, ao colimar o fim social da lei, o intérprete deve buscar descobrir o valor em que ela se estriba ou por ela colimado.

D – Efeitos da interpretação

Da conjugação desses elementos, resulta a *ratio legis*, o sentido, o espírito, a razão, o alcance da lei.

Observe-se, entretanto, que:

(a) se o resultado da interpretação levar à conclusão de que o dispositivo de lei tem um sentido nocivo, contrário aos interesses que se pretendem superiores, faz-se, então, uma interpretação corretiva, tendo em conta que a lei é um corpo harmônico e sistemático das normas;

(b) se a regra legal disse menos, recorre-se à interpretação extensiva, para ampliar-lhe o sentido; e

(c) se a norma jurídica disse mais, pede-se auxílio à interpretação restritiva para estreitar-lhe, reduzir-lhe o sentido.

⁵⁵ *Teoria Tridimensional do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 80.

E – As lacunas da lei

Ao final de todo esse processo hermenêutico, pode ocorrer que o ordenamento jurídico não contenha nenhuma previsão, no que se denomina de lacuna da lei, que é suprida:

- (a) pela analogia (dá-se tratamento igual aos casos semelhantes) legal ou *legis* (recurso a disposições normativas semelhantes) ou jurídica ou *iuris* (segundo princípios gerais normativos); e
- (b) pelos princípios gerais do direito (aqueles que decorrem das necessidades sociais, para uns; princípios de ordem positiva, para outros).

A nossa Lei de Introdução ao Código Civil manda, constatada a lacuna, aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, devendo o juiz atender aos fins sociais da Lei e às exigências ao bem comum (arts. 4º e 5º).

3. Aplicação do Direito

Neste artigo, vou valer-me da Lei de Sociedades por Ações (LSA) para discorrer sobre a “aplicação do direito”.

A – Metodologia

Na interpretação da LSA, deve-se:

- (a) recorrer aos ensinamentos das três escolas de hermenêutica jurídica, eis que o Direito é, a um só tempo, um ordenamento de comandos ou regras, um sistema de valores morais e éticos e um conjunto de fatos e atos humanos, portanto, tridimensional ou trivalente, conforme elucida Miguel Reale;
- (b) empregar todos os processos de exegese das leis, por Miguel Reale denominado de “interpretação estrutural da lei”.

Destarte, o intérprete deve basear-se nos cânones da escola hermenêutica dogmática, por “ser a lei a fonte verdadeira e autêntica do Direito” (escola de jurisprudência conceitual) e “o direito por excelência o revelado pelas leis” (escola da exegese) através de raciocínios lógico-dedutivos (escola de jurisprudência analítica) e, ademais, manter-se fiel ao princípio da separação dos poderes, fruto da teoria política de Montesquieu e da Revolução Francesa e de sua Constituição, ao princípio da supremacia da lei, pois a lei é a única garantia contra a arbitrariedade, e ao princípio da segurança jurídica, valor primordial da convivência social e necessidade imperiosa e vital do ser humano.

Todavia, anote-se, embora deva partir do direito positivo, cumpre-lhe repudiar o fetichismo da lei e a idolatria dos códigos, porque o direito está em contínuo progresso, e ter consciência de que o juiz não é um mero e frio aplicador da regra escrita pelo Poder Legislativo, mas um exegeta esclarecido dos fatos, dos valores e das normas pertinentes à hipótese *sub judice*.

Deve o intérprete, ainda, fundar-se nos preceitos da escola de hermenêutica sociológica, porque a sociedade está em perene mudança, por vezes ocorrendo uma ruptura entre a lei e os fatos sociais, econômicos e políticos, o que o obrigará a descobrir “o direito no mundo dos fatos” (escola da livre pesquisa científica) e sempre ter em mente o mundo real, a realidade objetiva, as exigências da vida, os fatos sociais, a flexibilidade e o dinamismo do direito (escola sociológica de jurisprudência).

Por fim, escudado nas lições da escola de hermenêutica realista e consciente de que “o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores” (escola do realismo culturalista)⁵⁶, deve considerar “os fatores pragmáticos da interpretação” e “a razoabilidade prática do resultado” (escola do realismo jurídico escandinavo).

Miguel Reale, em suas magníficas “Lições Preliminares de Direito”⁵⁷, sob a epígrafe “Compreensão Atual do Problema Hermenêutico”, doutrina, ademais, que o exegeta deve buscar a finalidade da lei em seu todo, correlacionando “o todo da lei e as partes”, o que exige se empreenda, de início, uma análise de cada preceito isoladamente para, depois, reuni-lo com os demais, para, ao final, atingir o “sentido global da lei”⁵⁸.

Para ele, a interpretação moderna da lei é estrutural, pois, ao se ler cada palavra, vai-se, automática e inexoravelmente, captando o seu sentido e alcance e, ao mesmo tempo, inserindo e fixando o seu sentido e alcance dentro do sistema da lei e do ordenamento jurídico do país, daí por que a interpretação é, a um só tempo, gramatical (determina-se o significado das palavras), lógica (estabelece-se o sentido e o alcance da norma), sistemática (firma-se o sentido e o alcance da norma no contexto do direito positivo), finalista (visa-se a definir o escopo da lei) e axiológica ou valorativa (procura-se o valor por ela almejado).

Por fim, pontifica Miguel Reale que “dessa compreensão estrutural do problema resulta, primeiro, que o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação do texto, representa um trabalho construtivo de natureza axiológica, não só por se ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presente os da mesma espécie existentes em outras leis: destarte, a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa”⁵⁹.

Neste artigo, a interpretação da LSA será inspirada no pensamento crítico-dialético, consoante difundido, entre outros, por Michel Mialle, procurará conciliar (e não opor) o

⁵⁶ Miguel Reale, ob. cit., p. 92.

⁵⁷ 11ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 285 e ss.

⁵⁸ Ob. cit., p. 285/287.

⁵⁹ *Idem*, p. 287.

princípio construtivo ou de transformação e o princípio da ordem e segurança, conforme orientação de Luiz Fernando Coelho, e fundar-se-á nas concepções trivalentes ou tridimensionais do direito, concebida e difundida, entre nós, por Miguel Reale.

Observado esse método, concluir-se-á, quando da Interpretação da LSA, que:

(1º) se a LSA possui norma regendo a hipótese, basta interpretá-la à luz dos princípios das Escolas de Hermenêutica Jurídica e consoante a teoria da interpretação das leis, inclusive, se for o caso, corrigindo, restringindo ou estendendo os seus efeitos;

(2º) se a LSA não é perfeitamente adequada para a solução da divergência, da controvérsia ou do litígio, porque a situação de fato se modificou com o tempo, é mister um esforço de adaptação do texto legal; e,

(3º) se a LSA não possui norma expressa, o jurista, criando o direito, com base no conhecimento dos dados técnicos e econômicos que possui, suprirá a lacuna, alçando-se, assim, a condição de autêntico hermeneuta.

B – Interpretação literal e lógica da LSA com fundamento na Escola da Exegese

Na maioria dos casos, a interpretação gramatical, literal, léxica, filológica da lei, sempre em conjunto com a interpretação lógica, conduzirá o acionista, o advogado, o professor, o juiz, o jurista e a quem, ainda que momentaneamente, se dedique à busca do espírito da norma jurídica da LSA a uma correta exegese.

É, por exemplo, o caso do art. 110, da LSA, que dispõe, de forma cristalina: “*A cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da assembleia geral*”, quase se podendo dizer que, de tão claro, dispensa interpretação, consoante o brocardo romano *in claris cessat interpretatio*.

Com efeito, basta o intérprete usar o método racional-dedutivo ou lógico-dedutivo, para determinar o sentido do art. 110 da LSA.

C – Interpretação lógico-sistemática da LSA ainda com fundamento na Escola da Exegese

Em muitos outros casos, o estudo sistemático de diversas regras da LSA, também através do processo lógico-dedutivo, permite, com relativa facilidade, chegar ao escopo, ao fim, à razão de ser dos dispositivos legais examinados, como ocorre, por exemplo, com o art. 120, que estabelece: “*A assembleia geral poderá suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto (...)*”, compelindo, portanto, o exegeta a pesquisar: (1º) quais são os direitos dos acionistas (art. 109, entre outros); (2º) quais as obrigações impostas pela lei aos acionistas (art. 106); (3º) quais as obrigações que o estatuto e a assembleia

geral podem estabelecer sem atentar contra os direitos essenciais e intangíveis dos acionistas (cobrança de ágio, pagamento à vista do preço de emissão etc.); (4º) além de obrigações de cunho econômico, impostas pela lei e pelo estatuto, os acionistas podem ter seus direitos suspensos se descumprirem deveres legais ou estatutários (art. 115) ou a norma do art. 120, por ser restritiva de direitos, deve sempre ser interpretada estritissimamente e, em consequência, só o descumprimento de obrigação legal, estatutária ou decorrente de deliberação assemblear válida enseja a suspensão dos direitos dos acionistas?

D – Interpretação lógico-sistemática e teleológica da LSA com respaldo na escola sociológica de jurisprudência e na escola do realismo escandinavo

Nas hipóteses dos arts. 2º; 109, I; 132, II, e 202, da LSA, que tratam, respectivamente, do “fim lucrativo” da companhia, do direito essencial do acionista aos dividendos, da distribuição dos lucros líquidos do exercício e do pagamento do dividendo obrigatório, a interpretação, de início, como sempre e necessariamente, gramatical, estende-se à lógico-sistemática e alcança a teleológica e axiológica, tendo em vista “descobrir o direito no mundo dos fatos”, tendo em mira a “razoabilidade prática do resultado”, pois há hipóteses, por exemplo, em que a maioria dos acionistas, ao deliberar na assembleia geral, pode – e deve – decidir não distribuir lucros ou distribuí-los sob a forma de ações; em outros, entretanto, a retenção dos lucros e a criação de reservas dar-se-á em flagrante e ilegal abuso do direito de voto, porque proferido não no interesse da companhia, mas com a intenção de prejudicar os minoritários.

E – Interpretação da LSA como “sistema aberto”

Casos há, todavia, e não são raros, que não basta o recurso aos elementos literal, lógico, sistemático, histórico, teleológico e valorativo, para bem entender e bem aplicar a LSA, como se verifica, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 115, *caput*, §§ 1º e 3º 116, alíneas *a* e *b* e parágrafo único; 153; 154; 155; 156, em que o legislador fez uso de normas ambíguas, indeterminadas, vagas, imprecisas, elásticas, móveis, próprias do “sistema aberto” de direito, o que exige do intérprete buscar os valores em que elas se estribam e agir com discricionariedade em função do caso concreto.

(a) Razão e realidade

Jerome Hall ensina⁶⁰ que as escolas de filosofia do direito podem ser classificadas⁶¹ em racionalista, realista e integrativa.

⁶⁰ Reason and reality in jurisprudence, pub. in: *Buffalo Law Review*, 1958. p. 351 e ss. vol. 7.

⁶¹ Anote-se, de pronto, que essa classificação se baseia em um critério genérico e nas oposições radicais entre as diversas subescolas. Adotamo-la aqui por propiciar desenvolvimento simples, mas escorrido, do raciocínio. Frise-se, contudo e por oportuno, que, também sob o prisma do “conhecimento quanto à origem”, a classificação é, por igual, tripartite, pois as escolas, que dele tratam, se dividem em racionalista, empirista e crítica (o amálgama de ambas), e, outrossim, “quanto à essência do conhecimento”, em que se bipartem em escola idealista (na qual, como se dá em relação ao racionalismo, a solução dos problemas é de ordem lógico-conceitual) e realista. Hall faz uma classificação quanto às “estruturas normativas” ou

A escola racionalista ou conceitualista, ou dogmática, herança da civilização grega⁶², fundamenta-se na razão⁶³, prioriza os critérios puramente formais do direito⁶⁴ e põe à margem o saber empírico.

Os racionalistas pensam o direito como um *sistema fechado*⁶⁵, *rectius*, um conjunto unitário, ordenado, harmônico e integrado de normas jurídicas, gerais e abstratas, de validade universal, aplicáveis ao caso concreto através do processo lógico-formal de subsunção ou dedução silogística, despidido de considerações axiológicas, quer quanto ao direito, quer quanto aos fatos.

A escola realista ou empirista, ou sociológica⁶⁶, fruto do direito romano⁶⁷, alicerça-se nos atos humanos e nos fatos históricos, sociais, políticos e econômicos, privilegia os aspectos materiais do direito e negligencia as tendências intelectualistas dos dogmatistas.

Os realistas concebem o direito como um *sistema aberto*, a partir da doutrina naturalista de Hume sobre as ciências sociais e da sociologia positiva de Comte, *rectius*, “o direito como fato”⁶⁸, “os fatos observados”, “a realidade fática”, “as puras condutas” (*behavior*), “a vida real”⁶⁹ e se baseiam em uma “concepção que, em princípio e consistentemente, considera o direito como um conjunto de fatos sociais – uma certa conduta humana e atitudes e ideias a ele relacionadas –, assim como o estudo do direito como ramificação da psicologia social”⁷⁰.

“modelos jurídicos”, para usarmos a terminologia de Miguel Reale, in: *O Direito como Experiência*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1992, p. XXIV.

⁶² “(...) devemos encarar a história da filosofia grega como o processo de racionalização progressiva da concepção religiosa do mundo implícita nos mitos. Se o representarmos por uma série de círculos concêntricos, a partir da exterioridade da periferia para a interioridade do centro, veremos que o processo pelo qual o pensamento racional toma posse do mundo se realiza na forma de uma penetração progressiva que vai das esferas exteriores para as mais profundas e interiores, até chegar, com Sócrates e Platão, ao centro, quer dizer, à alma” (JAEGER, Werner. *Paideia*. A formação do homem grego, São Paulo, Martins Fontes, 2001. p. 192).

⁶³ Para os racionalistas, “os juízos, que procedem da razão, possuem necessidade lógica e validade universal”, são “predominantemente conceituais e dedutivos”, “imperam com absoluta independência de toda a experiência, seguindo somente suas próprias leis” (HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. 7ª ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1980. p. 60/68).

⁶⁴ No preâmbulo do livro de Hans Kelsen, *A Justiça e o Direito Natural*, Coimbra, Arménio Amado Ed., 1979, 2ª ed., p. X/XI, lê-se, a propósito “dos critérios puramente formais”: “Kelsen, com efeito, empreendeu uma vez mais superar o velho complexo de inferioridade da ciência jurídica, fundar o seu caráter científico, determinando-lhe um objeto: as normas jurídicas e as conexões ‘de validade’ entre elas, e fixando-lhe um método específico: o método normológico, que se caracteriza por fazer abstração do substrato sociológico do Direito – dos conteúdos ético-jurídicos, político-sociais ou político-econômicos e dos fins dos preceitos jurídicos –, limitando a incidência da sua visualização àquelas conexões ‘de validade’ e às relações lógicas entre conceitos fundamentais de natureza formal. Assim, constituída, a ciência jurídica satisfaz aos postulados da cientificidade, já que opera tão somente com conceitos rigorosamente definidos a partir de alguns axiomas fundamentais, utilizando o instrumento da lógica formal, e exclui por completo todos os conceitos indeterminados (isto é, insuscetíveis de definição precisa nos quadros de uma axiomática), assim como todos os juízos de valor”.

⁶⁵ “A concepção da ciência como um sistema ‘fechado’ de categorias fixas e proposições rigorosamente axiomatizáveis não passa de uma hipostasiação idealista de uma das etapas, ou antes, de um dos polos, do pensamento científico” (João Batista Machado, na Nota Preambular do livro de Kelsen, ob. cit., p. XXXV).

⁶⁶ O realismo, em suas principais vertentes – ingênuo, natural e crítico –, sustenta, fundamentalmente, que há “objetos reais, independente da consciência” (HESSEN, Johannes. Ob. cit. p. 102).

⁶⁷ Em Roma, dizia-se que *ex facto ius oritur*.

⁶⁸ Hall, art. cit., p. 61 e ss.

⁶⁹ ROSS, Alf. *Towards a realistic jurisprudence*. Tradução espanhola. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 56.

⁷⁰ ROSS, Alf. ob. cit., p. 11.

A escola integrativa ou crítica estriba-se na razão e na realidade a um só tempo, propõe a união das dimensões ética e empírica da experiência jurídica e prega a síntese do direito.

Os críticos atuam em uma seara que transcende as visões unilaterais que se fundamentam ora no sujeito, que pensa, ora no objeto, algo que é pensado, porquanto o direito é concebido ao mesmo tempo como um fenômeno suscetível de observação no mundo dos fatos e como uma norma obrigatória no da moral e no dos valores; ao mesmo tempo como algo físico e metafísico, como empírico e *a priori*, como real e ideal, como algo que existe e algo que vale, como um fenômeno e uma proposição⁷¹.

(b) Sistema de Direito

Desde os gregos, o vocábulo sistema suscita a ideia de “uma totalidade construída, composta de várias partes”, de “totalidade bem ordenada”⁷².

No século XVIII, com Christian Wolff, “sistema é sobretudo *nexus veritatem*”, “um esquema ordenado de verdades”, “que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução”⁷³ ou, como doutrinou Johann Heinrich Lambert, a partir da definição de Wolff, “um conceito geral e abstrato”, “um todo fechado, no qual a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução”⁷⁴.

Com a Revolução Francesa e a ascensão da burguesia ao poder, a concepção de sistema como “uma totalidade ordenada”, “um todo fechado”, ganhou foros de verdade universal, que garantia o primado da certeza e da segurança através de regras jurídicas “claras e precisas, que prescindem de qualquer valoração por parte do aplicador do direito”⁷⁵ que se limitaria a julgar “a partir de critérios formais, sem qualquer consideração quanto ao conteúdo”⁷⁶, ideia que transformou o Código Napoleão num sistema “completo, pleno, total, harmônico e autorreferente das leis civis”.⁷⁷

O unilateralismo e reducionismo do sistema fechado positivista, para o qual “o direito constitui uma totalidade, que se manifesta no sistema de conceitos e preposições jurídicas em íntima conexão”⁷⁸ recebeu contundente crítica de Emil Lask, pois, para o emérito filósofo neokantiano da Escola de Baden, há um inexorável “entrelaçamento entre a realidade viva e as significações do direito, no sentido de

⁷¹ *Idem*, p. 15.

⁷² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 9.

⁷³ *Ob. cit.*, p. 11.

⁷⁴ *Idem*, p. 11/12.

⁷⁵ SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais. *Revista de Direito Privado*, nº 10, p. 12, nº 2, 12.

⁷⁶ ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Ideia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 47, *apud* Eduardo Sens dos Santos, art. cit., p. 12.

⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 277.

⁷⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Ob. cit.*, p. 33.

que ambas se prendem fortemente uma à outra”⁷⁹, razão pela qual categoricamente assevera que reduzir o sistema jurídico a um simples “conjunto de proposições e conceitos formais encadeados segundo os graus de generalidade e especificidade” implica “desconhecer a pluralidade da realidade empírica imediatamente dada em relação à simplificação quantitativa e qualitativa dos conceitos gerais”.⁸⁰

Em notável síntese da mudança de paradigma, Eduardo Sens dos Santos elucida, com raro brilho: (...) a noção de direito como sistema fechado passa a ser duramente criticada à medida que se percebem a ineficiência desse autoisolamento e a inexistência dessa completude e harmonia propostas pelo positivismo. Emil Lask diz que tal “função desagregante” (no sentido de que o sistema perde sua unidade) se processa pela absorção de conceitos extrajurídicos, deixando o jurista de se ater a meras significações (interpretações exegéticas da lei) em prol de uma busca teleológica pelo direito material. Em outras palavras, o sistema jurídico passa a ser considerado como algo concreto, sendo afastada a ideia abstrata de sistema como um todo interligado pela lógica formal e de caráter matemático: da vertente aristotélica dos silogismos passa-se à vertente tópica, também de Aristóteles, que privilegia a hermenêutica de princípios de direito.⁸¹

Claus-Wilhelm Canaris, em seu excelente “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, após discorrer sobre “as qualidades da ordem e da unidade como características do conceito geral de sistema” e “sua adequação valorativa”⁸², trata, em minúcias, com riqueza de detalhes e de maneira absolutamente brilhante, da “abertura do sistema científico”, em que demonstra, acima de qualquer impugnação ou contestação possível, que o sistema jurídico não é, nem pode ser fechado, estanque, completo, definitivo, estático, estratificado, mas natural e necessariamente aberto, em virtude da “incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico”⁸³ (grifos do original) e do fato incontestado de ele ser “suscetível de aperfeiçoamento”⁸⁴ permanente e incessante.

Juarez Freitas, debruçando-se sobre a teoria de Canaris e, em especial, sobre a definição de sistema jurídico “como ordem de princípios gerais do Direito”, ensina: (...) tal formulação, que vê o sistema como ordem axiológica ou teleológica, a partir das ideias de adequação valorativa e de unidade, atribuindo aos princípios um sentido que somente se dá numa combinação complementar ou de restrição recíproca, já possui as seguintes principais vantagens: (a) salienta, no trato de temas como antinomias, a função do sistema como sendo a de traduzir coerência valorativa, impedindo uma abordagem meramente formal; (b) evita a crença exacerbada na completude fechada e autossuficiente do sistema, permitindo pensar a completude e a coerência como processos abertos; (c) resguarda o papel da interpretação sistemática, pois tal abertura

⁷⁹ *Apud* Tercio Sampaio Ferraz Jr., *loc. cit.*

⁸⁰ *Apud* Eduardo Sens dos Santos, art. cit., p. 13.

⁸¹ *Idem*, p. 14.

⁸² Tradução de CORDEIRO, A. Menezes. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 9/102.

⁸³ *Ob. cit.*, p. 106.

⁸⁴ *Idem*, p. 107.

não contradita (antes pelo contrário) a exigência de ordem e de unidade interna; (d) realça o papel decisivo da interpretação bem ponderada, em virtude do manejo concertado de princípios no bojo do sistema jurídico, tomado e concebido em sua dinamicidade⁸⁵.

Por isso, o direito contemporâneo reclama e exige normas intencionalmente indeterminadas, vagas, imprecisas, elásticas, móveis, peculiares ao *sistema aberto*, que propiciem, ao intérprete e ao juiz, operarem com discricionariedade em função do caso concreto, em que levarão em conta: (a) os atos humanos e os fatos econômicos, sociais e políticos inerentes à hipótese *sub examine*; (b) conceitos extrajurídicos oriundos das ciências sociais; (c) conceitos jurídicos indeterminados⁸⁶; e (d) *cláusulas gerais*, todos em íntima conexão ou, como pontifica Miguel Reale, todos numa relação de complementariedade, e não *conceitos jurídicos puros*.

(c) Conceitos jurídicos puros

Com Ihering, a partir da metade do século XIX, a pesquisa e o estudo sobre o fenômeno jurídico tomaram novo e profícuo rumo⁸⁷, eis que o culto à lógica-formal, que ensejara a “ciência dos conceitos jurídicos” e provocara um distanciamento da realidade histórico-social, passou a ceder espaço a uma “concepção finalista do direito”, que se dispunha a atender aos reclamos, anseios e necessidades de uma sociedade em extraordinária transformação política, social e econômica.

De início, a doutrina de Ihering visava a conciliar “a lógica do sistema” e a “lógica do problema”, abranger “o sistema formal do direito” e, também, se não prioritariamente, “o fundo ou conteúdo (material) variável” da vida jurídica, tratar, criticamente, as “questões da forma e da matéria” na ciência do direito, enfim, cuidar da finalidade das normas e da realidade subjacente dos interesses em confronto.

Depois, Ihering liderou um movimento que tinha por escopo o primado do “elemento social do direito”, a partir dos interesses em luta, no que se convencionou chamar de “jurisprudência da realidade”, que combatia a primazia do elemento lógico nos julgamentos, opunha-se ao fetichismo jurídico e verberava contra as considerações estáticas do direito em prol de um direito flexível e dinâmico capacitado a disciplinar as mudanças sociais⁸⁸.

⁸⁵ *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 39/40.

⁸⁶ A doutrina moderna cunhou as expressões “conceito jurídico indeterminado” e “cláusulas gerais”. Por “conceito indeterminado”, diz Karl Engisch, “entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”, in: *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 228. Ainda para Karl Engisch, “o conceito multissignificativo de ‘cláusula geral’ contrapõe-se a uma elaboração ‘casuística’ das hipóteses legais” (*Ibidem*, p. 229) (sobre *cláusulas gerais*, vide nos 12 e ss. *infra*). Do estudo Regras da experiência e conceitos jurídicos indeterminados, *Revista Forense*, 1978, vol. 74, nº 261, p. 16, de José Carlos Barbosa Moreira, depreende-se que os “conceitos jurídicos indeterminados” distinguem-se das “cláusulas gerais” por possuírem grau de generalidade menor. Enquanto as cláusulas gerais são normas absolutamente abertas, nas quais o legislador não define o conteúdo ou tampouco as consequências de sua inobservância, trabalho que cabe ao juiz, os conceitos jurídicos indeterminados dependem, apenas, do preenchimento, em concreto, de seu significado, encontrando-se a sanção ao descumprimento da norma previamente prevista na própria lei.

⁸⁷ Nessa época, imenso era o prestígio da escola da exegese e a da jurisprudência dos conceitos.

⁸⁸ PÉREZ, José Luis Monereo. Estudio Preliminar: El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho, in: *El fin en el Derecho*, por Rudolf V. Ihering. Granada: Ed. Comares, 2000, p. XI.

Após haver sido positivista e realista, Ihering, na “terceira fase da evolução de seu pensamento”, “admite um certo dualismo metodológico”, ao reunir “o método lógico-jurídico” e o “método finalista ou funcional do direito”⁸⁹, porquanto, conforme deixou patente no monumental “O espírito do Direito Romano”, “a forma é o conteúdo sob o ponto de vista da visibilidade. Supõe sempre um conteúdo, porque não existe forma sem conteúdo nem conteúdo sem forma”⁹⁰.

Porque “a vida não existe para os conceitos, senão que os conceitos existem para a vida”⁹¹; porque a dinâmica humana, econômica, social e política faz surgir novos e inesperados fenômenos; porque as necessidades e os anseios do homem e do cidadão não se contêm nem se esgotam em fórmulas típicas e insubstituíveis; porque não se deve tratar abstratamente os interesses que o direito visa a proteger e garantir; porque não se pode examinar, interpretar e aplicar o direito considerando-o apenas e exclusivamente sob um prisma estático, dividido em categorias absolutas; porque, na análise e reflexão sobre o direito, não se deve privilegiar a forma em detrimento do conteúdo, a LSA e inúmeros outros diplomas legais, ao criarem “impedimentos” ou “vedações” aos agentes econômicos e às pessoas em geral em razão de determinadas peculiaridades e circunstâncias, fazem-no de modo taxativo, em enumerações exaustivas, casuisticamente, como ocorre em relação às situações de conflito formal de interesses, previstas, por exemplo, no art. 115, §1º, da LSA; no art. 1.749, I, do Código Civil; no art. 9º, da Lei nº 8.666/1993; nos arts. 134, 135 e 405, §2º, do CPC/73, e no art. 30 da Lei nº 11.101/2005.

(d) Cláusulas gerais

Assente a premissa de que o sistema jurídico é natural e necessariamente aberto e dinâmico, incompleto e provisório, a doutrina concebeu e o legislador passou a trabalhar com as denominadas *cláusulas gerais*.

Para Karl Engisch, “o conceito multissignificativo de ‘cláusula geral’ contrapõe-se a uma elaboração ‘casuística’ das hipóteses legais”, esclarecendo, primeiro, que “casuística é aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”⁹², e, depois, à guisa de conclusão, que, “deste modo, havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”⁹³.

Cláusulas gerais, explica Teresa Arruda Alvim Wambier, “são normas em que vêm explicitados princípios jurídicos e que têm por função dar ao Código Civil aptidão para acolher (= passar a abranger) hipóteses que a experiência social ininterruptamente cria e que demandam disciplina. Assim, estas cláusulas, pode-se dizer, têm um potencial de abrangência infinitamente maior do que as regras jurídicas de estrutura tradicional,

⁸⁹ Ob. cit., p. XVI.

⁹⁰ *El Espíritu del Derecho Romano*. Granada: Ed. Comares, 1998, vol. III, tit. III, sec. 2ª, p. 641.

⁹¹ Rudolf V. Ihering, ob. e vol. cit., p. 523.

⁹² Ob. cit., p. 228.

⁹³ *Idem*, p. 229.

mais minuciosas e que contêm em si mesmas descrita sua hipótese de incidência⁹⁴.”

As *cláusulas gerais* são formadas por “conceitos jurídicos indeterminados” e “incorporam princípios jurídicos”, “numa linguagem intencionalmente aberta, fluida, vaga”⁹⁵, com a finalidade precípua de regular, hoje⁹⁶ e no futuro, próximo e distante, variegados tipos de casos e situações, quaisquer que sejam as condições e circunstâncias fáticas⁹⁷. Por isso, consoante magistério do preclaro Luis Roberto Barroso, (...) a técnica legislativa, ao longo do século XX, passou a utilizar-se crescentemente de *cláusulas abertas ou conceitos indeterminados*, como dano moral, justa indenização, ordem pública, melhor interesse do menor, boa-fé. Por essa fórmula, o ordenamento jurídico passou a transferir parte da competência decisória do legislador para o intérprete. A lei fornece parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicador do Direito, será possível a determinação da vontade legal. O juiz, portanto, passou a exercer uma função claramente integradora da norma, complementando-a com sua própria valoração⁹⁸.

Os doutos e laboriosos Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, magníficos autores do Anteprojeto da LSA, conscientes de que, em pleno século XX, não podiam agir como simples positivistas do século XVIII em nome de um dogmatismo jurídico que se contenta em aprisionar os fatos da vida em fórmulas rígidas de uma filosofia do direito *a priori*, incompatível com o espírito e as finalidades do *sistema aberto do direito* e do *dualismo metodológico* da modernidade, incluíram, em 1974, em inúmeros artigos da LSA, normas de conteúdo indeterminado, que, embora desafiem a inteligência do exegeta, permitem à LSA manter-se atual e eficaz após mais de quatro décadas de vigência.

⁹⁴ Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – a função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, jan. 2005, vol. 94, nº 831, p. 59/60.

⁹⁵ Art. cit., p. 60/61.

⁹⁶ “A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos, como já observamos, consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçãoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais” (*Idem*, p. 61).

⁹⁷ A doutrina, pátria e alienígena, arrola como *cláusulas gerais*, v.g., “a boa-fé” (Judith Martins-Costa, ob. cit., p. 287); “culpa” e “delito” (*Ibidem*, p. 301); “uso abusivo de direito”, “usos do tráfico jurídico” (*Idem*, As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, vol. 81, nº 680, jun. 1992, p. 50); “bons costumes” (Claus-Wilhelm Canaris, ob. cit., p. 123/124); “função social” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Art. cit., p. 61); “ordem pública” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 196, nota 2); “justa medida” (*Ibidem*, p. 198); “diligência” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional, Trad.: CICCIO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 27/28, *apud* Eduardo Sens dos Santos, art. cit., p. 18, nota 35); “responsabilidade civil subjetiva” (GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, nº 2, abr./jun. 2000, p. 22); “enriquecimento ilícito”, “lesão enorme” (AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limite e responsabilidade. *Revista de Direito Renovar*, vol. 18, set./dez. 2000, p. 13) etc.

⁹⁸ Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação, in: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 82.

Estudo sobre o cumprimento da Meta 1 do Plano Nacional de Educação e o ciclo de políticas públicas garantidoras do direito fundamental à educação

Michelle Bruno Ribeiro*

Sumário

1. Introdução. 2. O direito à educação como direito fundamental e o Plano Nacional de Educação. 3. Metas do 1º PNE como problemas a serem resolvidos por políticas públicas de educação. 4. Avaliação dos resultados derivados do 1º PNE com manutenção da Meta 1 no novo PNE em razão do não alcance da meta. 5. Comparação dos resultados alcançados durante o 1º PNE e até o momento com o 2º PNE. 6. Análise do PNE 2014-2024 feita pelo Tribunal de Contas da União – processo TC 034.984/2017-8. 7. Omissão no planejamento e execução orçamentários da educação. 8. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo traz a discussão acerca do direito à educação previsto na Constituição da República, em especial à educação infantil, objeto da Meta 1 de dois Planos Nacionais de Educação publicados pós-Constituição, e não atingido até o presente momento, sendo que o descumprimento dessa Meta de forma reiterada foi objeto de análise por diversos órgãos e diversas instituições que observaram no ciclo de implantação das políticas públicas destinadas a garantir a ampliação de acesso à creche e pré-escola, visando a identificar as falhas e os meios viáveis de solucioná-la.

Palavras-chave: Educação infantil. Plano Nacional de Educação. Meta 1. Ciclo de políticas públicas. Orçamento público.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é analisar os principais estudos acerca do cumprimento da Meta 1 dos Planos Nacionais de Educação e cotejando os resultados obtidos após a década de duração do primeiro Plano Nacional de Educação (2001/2010) com os resultados obtidos após aproximadamente 4 anos de vigência do segundo Plano Nacional de Educação (2012/2024), visando a avaliar se as deficiências identificadas na avaliação de eficácia das políticas públicas destinadas a garantir o cumprimento

* Mestranda em Direito na área de Estado, Sociedade e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

da Meta 1 do 1º PNE foram sanadas no novo ciclo de políticas públicas que se iniciou com o novo Plano Nacional de Educação ou se o fracasso do primeiro PNE não se prestou para realimentar o referido ciclo com dados hábeis a proporcionar mudanças efetivas através dos agentes governamentais responsáveis pelas tomadas de decisão e implementação de políticas públicas definidas como eficazes, no que toca à garantia do direito à educação infantil.

2. O direito à educação como direito fundamental e o Plano Nacional de Educação

A Constituição da República de 1988 traz a educação como direito social fundamental nos seus artigos 6º e 205, nos quais consta de forma textual que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Ainda, o artigo 208, IV, da CRFB, determina que a educação infantil em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade, deve ser garantida pelo Estado. O artigo 211 prevê que os municípios devem atuar prioritariamente na educação infantil. A Carta Maior também aponta que a competência legislativa sobre diretrizes e bases da educação nacional é da União (artigo 22, XXIV) e, nesse sentido, foi publicada a Lei nº 9.394 de dezembro de 1996, nossa Lei de Diretrizes e Bases - LDB.

Ainda no texto constitucional, artigo 214, II, encontramos a menção à necessidade de publicação de um Plano Nacional de Educação decenal, no qual a universalização do atendimento escolar deve ser uma meta no desenvolvimento do ensino.

A Lei de Diretrizes e Bases detalha um pouco mais esse desenho do direito à educação, indicando no artigo 4º, II, que o dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de educação infantil gratuita e, no artigo 11, determina que cabe aos Municípios oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas. O artigo 30 da LDB disciplina inclusive a faixa etária que deve ser atendida em cada modalidade de ensino: de 0 até 3 anos em creches e de 4 a 5 anos em pré-escolas.

A Lei nº 9.394, de 1996, também estabelece nos artigos 9º e 87, respectivamente, que cabe à União a elaboração de um Plano, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e institui a Década da Educação. Estabelece, ainda, que a União encaminhe o Plano ao Congresso Nacional, um ano após a publicação da citada lei, com diretrizes e metas para os dez anos posteriores, em sintonia com a Declaração Mundial sobre Educação para Todos.

E, em atenção a esse arcabouço legal, foi publicado o *primeiro Plano Nacional de Educação através da Lei nº 10.172/2001*, do qual trazemos aqui apenas o recorte acerca da Meta 1 referente à educação infantil, eis que é o objeto deste estudo.

1. Ampliar a oferta de educação infantil de forma a atender, em cinco anos, a 30% da população de até 3 anos de idade e 60% da população de 4 e 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final da década, alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos.

Esse primeiro plano nacional de educação, como veremos abaixo, foi produzido após diagnóstico das necessidades da rede de ensino para o alcance do direito à educação, em especial à educação infantil. Contudo, nesse plano, como podemos observar, não se indicam medidas para o alcance dessa meta, o que ficou no âmbito de decisão discricionária de cada município, já que a educação infantil é competência municipal, como já delineado acima.

No PNE em comento, também consta a necessidade de acompanhamento e avaliação do plano (item VI), indicando a necessidade de participação do MEC, Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Educação - CONSED e da União Nacional de Dirigentes Municipais de Educação - UNDIME nos temas referentes à educação básica, bem como da participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. Também trouxe a necessidade de se contar com a atuação dos conselhos governamentais com representação da sociedade civil, como o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, os Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e os Conselhos Tutelares (Lei nº 8069/90) e de Acompanhamento e Controle Social do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, organizados, nas três esferas administrativas, para a boa condução do plano.

Consta também nesse item referente ao acompanhamento e avaliação que, além da avaliação contínua, deveriam ser feitas avaliações periódicas, sendo que a primeira seria no quarto ano após a implantação do PNE e que a organização de um sistema de acompanhamento e controle do PNE não prescindiria das atribuições específicas do Congresso Nacional, do Tribunal de Contas da União - TCU e dos Tribunais de Contas dos Estados - TCEs na fiscalização e no controle.

Ou seja, o PNE de 2001 trouxe um diagnóstico acerca da necessidade de atendimento das crianças na educação infantil, apontando deficiências a serem sanadas e uma meta de incremento de acesso à educação infantil apontando órgãos e instituições, tanto do próprio Executivo, como o Ministério da Educação, como órgãos de controle externo, como os Tribunais de Contas e atores da sociedade civil, como os Conselhos para atuarem no acompanhamento e na avaliação da efetivação do plano.

Após o transcurso da década do plano, foram verificadas as carências ainda existentes, o que será exposto no item 4 deste estudo, e em 2014 foi publicado um novo Plano Nacional da Educação através da Lei nº 13005/2014, também decenal, que trouxe no âmbito da educação infantil, a Meta 1:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.

O que vemos aqui após uma breve comparação entre os dois planos no que toca a Meta 1 é que ela praticamente se repete, já que no primeiro a meta era até o final da década, alcançar 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos e no plano vigente a Meta 1 é universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE, ou seja, *com relação às crianças de 0 a 3 anos, a Meta 1 se repetiu, o que demonstra seu não atingimento.*

3. Metas do 1º PNE como problemas a serem resolvidos por políticas públicas de educação

Após a exposição do arcabouço legislativo que coloca na agenda política a necessidade de implementação de políticas públicas garantidoras da educação infantil no nosso país, observamos, da leitura do PNE de 2001, o primeiro pós-Constituição de 1988, que nele podemos verificar o primeiro estágio do ciclo político-administrativo de construção de uma política pública. Nesse ponto, entendemos necessária breve exposição teórica acerca dos estágios desse ciclo.

Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl na obra *Política Pública: Ciclos e subsistemas – uma abordagem integradora*, descrevem o ciclo de construção de uma política pública. Antes disso, nos cabe trazer o que seria política pública para os referidos autores:

[a] *policy-making* trata fundamentalmente de atores cercados por restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (*policygoals*) com meios políticos (*polycymeans*), em um processo que pode ser caracterizado como “resolução aplicada de problemas”.¹

Nesse processo de resolução aplicada de problemas, os autores da referida obra trazem cinco estágios do ciclo político-administrativo de *policy-making*: a montagem da agenda, a formulação de políticas, a tomada de decisão política, a implementação de políticas e a avaliação de políticas.

1) A montagem da agenda é a maneira como os problemas surgem, ou não, enquanto alvo de atenção por parte do governo;

2) A formulação de políticas é a formulação de um curso de ação acerca de um problema que entrou na agenda formal do governo com a identificação e a determinação das possíveis soluções para os problemas políticos;

3) O estágio da tomada de decisão no processo de *policy-making* é aquele em que uma ou mais, ou nenhuma, das opções que foram debatidas e examinadas durante os dois estágios anteriores do ciclo político é aprovada como curso oficial de ação;

¹ HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. *Política Pública. Ciclos e subsistema: uma abordagem integral*. Ed. Elsevier, 2013.

4) A implementação do curso de ação definido é o quarto estágio desse ciclo e consiste em colocar a decisão da etapa anterior em prática, com alocação de recursos, designação de pessoas e desenvolvimento de regras de como proceder para tal;

5) O quinto estágio é a avaliação da política pública. Nele se verifica como uma política está funcionando na prática, avaliando-se os meios que são empregados e se os objetivos estão sendo atendidos. Aqui, a depender do resultado dessa avaliação, o ciclo pode ser revisto em qualquer de seus estágios, o que é até bem salutar de modo a corrigir tempestivamente os rumos de alguma política pública que não esteja atingindo seus objetivos de modo eficiente.

Após essa sucinta conceituação das etapas de construção de uma política pública, passemos a analisar o Plano Nacional de Educação de 2001 e veremos que ele consiste na inserção na agenda formal do governo do problema do direito à educação e parte de um diagnóstico prévio para a fixação de metas a serem atingidas em 10 anos.

Analisando a Lei nº 10.172/2001, observamos que o item 1.1 é um diagnóstico acerca da educação infantil, na qual o legislador identificou a importância da educação das crianças de zero a seis anos em estabelecimentos específicos de educação infantil, seja pela crescente necessidade familiar em contar com uma instituição adequada para os cuidados com a criança enquanto os pais trabalham fora de casa, seja pelo reflexo positivo no desenvolvimento infantil demonstrado por estudos científicos sobre o tema. No texto da referida lei, item 1.1, há a afirmação de que:

Se a inteligência se forma a partir do nascimento e se há “janelas de oportunidade” na infância quando um determinado estímulo ou experiência exerce maior influência sobre a inteligência do que em qualquer outra época da vida, descuidar desse período significa desperdiçar um imenso potencial humano. Ao contrário, atendê-la com profissionais especializados capazes de fazer a mediação entre o que a criança já conhece e o que pode conhecer significa investir no desenvolvimento humano de forma inusitada. Hoje se sabe que há períodos cruciais no desenvolvimento, durante os quais o ambiente pode influenciar a maneira como o cérebro é ativado para exercer funções em áreas como a matemática, a linguagem, a música. Se essas oportunidades forem perdidas, será muito mais difícil obter os mesmos resultados mais tarde.

Ou seja, tanto o mandamento constitucional do direito à educação como os dispositivos legais já mencionados e, por fim, o diagnóstico trazido pelo Plano Nacional de Educação de 2001 justificam a inserção, na agenda formal do governo, da necessidade de construção de políticas públicas hábeis a garantir a educação infantil às crianças de 0 a 6 anos, e o PNE de 2001 traz um planejamento a longo prazo (dez anos) para alcance da Meta 1, qual seja, ampliar a oferta de educação infantil de

forma a atender, em cinco anos, a 30% da população de até 3 anos de idade e 60% da população de 4 e 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final daquela década, alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos.

Assim, cotejando com o ciclo de construção de políticas públicas apresentado acima, a próxima etapa seria a formulação da política. Nesse momento, cabe ao administrador público, no caso da educação infantil, o gestor municipal, Prefeito e/ou Secretário de Educação, em conjunto com sua equipe técnica, apurar quais políticas públicas são opções viáveis para a ampliação das vagas de creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos (etapa da formulação de políticas públicas), para após definir qual será a política pública escolhida para ser implantada pelo município (etapa da tomada de decisão).

No caso do presente estudo, o município tem de estudar quais seriam as medidas adequadas para a ampliação da oferta de vagas no ensino infantil a curto e longo prazo, em atenção ao PNE de 2001. Por exemplo, a construção de escolas e creches, a contratação de vagas em escolas e creches privadas, a transformação de possíveis vagas ociosas em outras etapas do ensino em vagas de creche e pré-escola etc. Após o gestor decidir por uma ou mais dessas opções, quaisquer delas contém inúmeros desdobramentos que devem ser inseridos na sua formulação, como a previsão orçamentária dos gastos com construções/ampliações de escolas, contratação de pessoal capacitado para a prestação do serviço de ensino, impactos na previdência social, já que temos como regra o concurso público e a estabilidade dos funcionários empossados, o que acarreta impactos permanentes na folha de pagamento de pessoal ativo e inativo, entre outros, visto que cada município tem sua necessidade de ampliação de vagas, bem como disponibilidade orçamentária que deve ser analisada de forma individualizada por cada gestor, não sendo possível neste trabalho analisar as opções feitas pelos gestores municipais durante a década que sucedeu ao referido Plano Nacional de Educação - PNE, devido à extensão dos dados a ser analisados, que ultrapassa o escopo deste pequeno estudo.

Insta salientar que no artigo 2º do PNE de 2001 havia a determinação de que, a partir da sua vigência, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam, com base no Plano Nacional de Educação, elaborar planos decenais correspondentes. E o que essa previsão legal significa? Significa que cada Estado, Município e Distrito Federal deveriam elaborar seus planos decenais de forma a identificar a carência de cada ente, tendo as metas do PNE como mínimo a ser atingido e planejar as políticas necessárias para o atingimento das metas, observando as particularidades regionais.

Nestes planos decenais, os municípios realizariam um diagnóstico prévio da demanda de vagas de creche e pré-escola de modo a dimensionar suas carências. Após, avaliariam as possíveis alternativas de atendimento do acesso universal à educação previsto na Constituição da República e, em cotejo com as possibilidades orçamentárias, preveriam quais medidas seriam adotadas pela municipalidade para alcançar a meta mínima prevista no PNE e caso já alcançada para buscar a universalização prevista na Constituição da República.

Entretanto, no decênio 2001/2010, a Meta 1 do PNE de 2001 não foi alcançada.

4. Avaliação dos resultados derivados do 1º PNE com manutenção da Meta 1 no novo PNE em razão do não alcance da meta

O Ministério da Educação apresentou em 2009 a Avaliação do Plano Nacional de Educação 2001-2008², avaliação esta inserida como quinta etapa do ciclo de políticas públicas apresentado por Howlett no já mencionado manual, que é a avaliação da política implantada e no caso, como se trata de uma avaliação feita por órgão governamental, ela é chamada de avaliação administrativa e pretende apurar a prestação dos serviços públicos, com a verificação da qualidade do gasto do dinheiro público, mas com atenção aos princípios de justiça e democracia.³

Assim, com relação à avaliação, trazemos trechos transcritos abaixo, nos quais há uma análise de eficácia do PNE de 2001 durante o período entre 2001-2008, em especial com relação à Meta 1 que é o recorte que escolhemos para o presente trabalho:

Além do mais, em que pese a recente expansão da oferta de educação infantil nas áreas rurais com a ampliação da oferta da pré-escola, muitas vezes associada aos anos iniciais do ensino fundamental, importa assinalar a grande ausência de atendimento da educação infantil na etapa denominada creche, com implicações importantes na organização das famílias para o trabalho e nas oportunidades de aprendizagem escolar para as crianças entre zero e três anos.⁴

Observa-se, portanto, que os esforços para a construção de uma proposta para a educação infantil de 0 a 6 anos (incluindo-se a incorporação das crianças de 6 anos no ensino fundamental) fortaleceram-se, de fato, após a aprovação da LDB em 1996, ganhando maior impulso após a aprovação do PNE.

Assim, não é difícil compreender porque a oferta de educação infantil ainda é tão deficitária, tanto no que se refere à adoção de parâmetros ou orientações curriculares, quanto à própria existência física de unidades educacionais. Esse atendimento carece de recursos, de rede física, de pessoal qualificado, de infraestrutura pedagógica. Carece, ademais, de instrumentos de acompanhamento que garantam a chegada a cada instituição de educação infantil dos materiais produzidos e de mecanismos que assegurem a adoção das diretrizes emanadas do Ministério.⁵ (grifo nosso)

² Contudo, com relação às avaliações de políticas públicas por órgãos governamentais em geral, nos cabe ressaltar que devem ser avaliadas com cautela, visto que por se tratar de avaliação produzida pelo ente que tem interesse em demonstrar a eficácia da política pública escolhida, podem ser tendenciosas e adotar como índices ou parâmetros que favoreçam a demonstração da eficácia da política selecionada pelo governo.

³ HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. *Política Pública*. Ciclos e subsistema: uma abordagem integral. Ed. Elsevier, 2013, fl. 207.

⁴ Disponível em: <<http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume1.pdf>> fl. 32. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁵ Disponível em: <<http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume1.pdf>> fl. 34. Acesso em: 14 nov. 2018.

Da leitura da avaliação *supra*, observamos que ainda há uma grande ausência de atendimento da educação infantil na etapa creche e também uma conclusão acerca de um motivo para a deficiência na etapa da educação infantil de forma geral, que seria a própria inexistência física de unidades educacionais, de pessoal qualificado, de infraestrutura pedagógica, bem como de instrumentos de acompanhamento que garantam a chegada a cada instituição de educação infantil dos materiais produzidos e de mecanismos que assegurem a adoção das diretrizes emanadas do Ministério.

O quadro 1 traz dados acerca da insuficiência da rede de educação infantil, já que o objetivo final é a universalização do ensino.

Quadro 1 – Evolução anual da taxa de frequência escolar das crianças de 0 a 6 anos⁶

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Taxa de frequência à escola da população de até 3 anos	9,4	10,6	11,7	11,7	13,4	13,0	15,5	17,1
Taxa de frequência à escola da população de 4 a 6 anos	61,2	65,6	67,0	68,4	70,5	72,0	76,0	77,6

Fonte: Inep⁶

Dando continuidade a avaliação da eficácia das políticas públicas destinadas ao cumprimento da Meta 1, o MEC traz a seguinte avaliação, já apontando a deficiência de recursos financeiros para o custeio da expansão da rede escolar:

⁶ Os dados referentes às 25 metas da educação infantil foram sistematizados pelo Inep, *cf.* consta em sua publicação interna: Avaliação do Plano Nacional de Educação 2001-2005, vol. 1, e na planilha de atualização de dados, também feita pelo Inep, no ano de 2008, especialmente por solicitação da equipe de consultores.

Ampliar e melhorar o atendimento na educação infantil exige, necessariamente, o concurso das diferentes esferas do poder, visto que os municípios, responsáveis pela oferta dessa modalidade educacional, se defrontaram, há pouco mais de uma década, com desafios que poucos tinham condições de enfrentar. Providenciar o atendimento, na área da educação, para crianças de até seis anos, sem contar, na maioria das vezes, com recursos físicos e humanos adequados, além da pressão para o atendimento em tempo integral, *exige um volume tal de recursos que forma de financiar a educação*, no período de vigência do Fundef, não contemplava. Daí as expectativas criadas com a aprovação do Fundeb e com a possibilidade de participação dos diferentes ministérios para equacionar, de maneira adequada, o problema da infância no País.⁷ (grifo nosso)

Por fim, com relação à Meta 1, essa primeira Avaliação do PNE feita pelo MEC constatou que:

O PNE traçou a meta de atendimento a 30% da população de até três anos de idade, no prazo de cinco anos. A meta não foi atingida na primeira etapa do Plano, o que compromete o cumprimento da segunda: o atendimento a 50% dessa população. Isto significa viabilizar acolhimento, em creche, de cerca de 5,3 milhões de crianças.

As perspectivas de cumprimento da meta para a faixa etária de 4 a 5 anos são positivas. Primeiro, pelo nível de atendimento já alcançado, na média nacional, de 77,6%, em 2007.

Entretanto, esta meta de atendimento não tem sido alcançada de modo uniforme em todas as regiões e em todos os municípios brasileiros, persistindo diferenças entre diferentes etnias, classes sociais, cidade e campo, entre outros, como mostram os dados do Inep.⁸

O Centro de Referências de Educação Integral, que é uma iniciativa da Associação Cidade Escola Aprendiz em parceria com outras organizações não governamentais e com o apoio da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime) e da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), ou seja, representante da sociedade civil, trouxe em seu sítio de internet o panorama final de cumprimento da Meta 1 do PNE de 2001, demonstrando que os objetivos não foram alcançados⁹:

⁷ Disponível em: <<http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume1.pdf>> fl. 35. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁸ Disponível em: <<http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume1.pdf>> fl. 41. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁹ Disponível em: <<https://educacaointegral.org.br/reportagens/desvendando-pne-quais-os-desafios-da-meta-1/>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

Segundo dados do Observatório do PNE, de 2012, o Brasil possui 23,5% de crianças de 0 a 3 anos na escola, o que equivale a 2,6 milhões; já a fotografia dos 4 e 5 anos de idade mostra que 82,2% das crianças dessa faixa etária estão matriculadas, o que equivale a 4,5 milhões de indivíduos. Em suma, isso significa que as creches ainda precisam atender cerca de 3 milhões de crianças, e na pré-escola, cerca de 1 milhão.

A partir desse ponto, constatado que a eficácia das políticas públicas estavam deficientes em razão do reduzido esforço financeiro empregado no alcance da Meta 1, temos que esse deveria ter sido o principal objeto de mudança na postura governamental, já que o escopo de todo esforço avaliativo deve ser proporcional à mudança de rumo da política pública em curso, quando constatada sua ineficácia.

Decorrido todo o decênio do PNE de 2001, o Conselho Nacional de Educação, cumprindo seu papel de avaliação no ciclo de políticas públicas, apresentou o estudo “Indicações para Subsidiar a Construção do Plano Nacional de Educação 2011-2020” e com base nessas sugestões foi publicado o Plano Nacional de Educação para o decênio 2014-2024 através da Lei nº 13.005/2014, que, visando a sanar os obstáculos identificados no plano anterior para o alcance dos resultados pretendidos, trouxe em sua Meta 20 a necessidade de ampliação do investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de sete por cento do Produto Interno Bruto (PIB) do país no quinto ano de vigência desta lei e, no mínimo, o equivalente a dez por cento do PIB ao final do decênio.

Ressalte-se que nesse sentido da priorização da questão financeira de suporte a execução do PNE, o artigo 10 do plano vigente previu também o dever de alinhamento e harmonização dos planos plurianuais (PPAs) e demais peças do ciclo orçamentário com o PNE, de forma a garantir que aqueles assegurem a consignação de dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias que dispõe o seu artigo 10.

Com relação à Meta 1, que é o nosso objeto de estudo no presente artigo, observamos que infelizmente ela praticamente se repete, eis que não foi alcançada no primeiro PNE, como veremos a seguir.

5. Comparação dos resultados alcançados durante o 1º PNE e até o momento com o 2º PNE

Visando a expor aqui a atual Meta 1 para nossa análise, segue abaixo sua transcrição:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de quatro a cinco anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, cinquenta por cento das crianças de até três anos até o final da vigência deste PNE.

Como principal órgão destinado à avaliação do andamento das políticas públicas necessárias para o alcance das metas, foi criado em 2013 o Observatório do PNE. Consta do seu sítio na internet a descrição do seu objetivo¹⁰:

Lançado em 2013, o Observatório do PNE é uma plataforma de *advocacy* e monitoramento pelo Plano Nacional de Educação (PNE) que tem como objetivo contribuir para que ele se mantenha vivo e cumpra seu papel como agenda norteadora das políticas educacionais no País. A iniciativa conta com um site (www.opne.org.br), que traz indicadores de monitoramento das metas e estratégias do plano, além de análises, um extenso acervo de estudos, pesquisas, notícias relacionadas aos temas educacionais por ele contemplados e informações sobre políticas públicas educacionais. A ideia é que a ferramenta possa ser um instrumento de controle social – para que qualquer cidadão brasileiro possa acompanhar o cumprimento das metas estabelecidas – e também apoiar gestores públicos, educadores e pesquisadores.

Desta feita, trata-se de análise produzida por ator governamental e como tal deve ser lida com cautela, eis que pode ser permeada pela necessidade política de aprovação de determinado governo pela população, através da escolha de índices e critérios de análise que favoreçam a confirmação da eficácia das políticas públicas implantadas pelos gestores públicos. Contudo, considerando também que o acesso aos dados pelos órgãos públicos é maior, trata-se de material com compilação de dados de grande relevância para os estudos da evolução das políticas públicas que envolvem o direito à educação no nosso país.

Vejamos no quadro 2 a seguir o panorama trazido pelo referido observatório referente à Meta 1, tendo por base dados de 2015, ou seja, faltando apenas um ano para 2016, prazo para a universalização da pré-escola¹¹:

¹⁰ Disponível em: <<http://www.observatoriodopne.org.br/sobre-observatorio>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

¹¹ Disponível em: <<http://www.observatoriodopne.org.br/metaspne/1-educacao-infantil>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

Quadro 2 – Comparativo entre o percentual de crianças de 0 a 6 anos na educação infantil em cotejo com o percentual previsto como meta no atual PNE

Porcentagem de crianças de 4 e 5 anos na Educação Infantil	Alcançado em 2015 90,5%	Meta 2016 100%
Porcentagem de crianças de 0 a 3 anos na Educação Infantil	Alcançado em 2015 30,4%	Meta 2024 50%

Fonte: Observatório do PNE

Ou seja, nem mesmo a Meta 1 do primeiro PNE foi integralmente atendida; passados quase 15 anos, eis que em 2015 apenas 30,4% das crianças de 0 a 3 anos estavam em creche.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais produziu o TC Educa, sistema no qual constam informações mais atualizadas (dados de 2017) sobre o atendimento da Meta 1 do PNE vigente e nele vemos que, com relação à meta de universalização da pré-escola até 2016, apenas 18 dos 92 municípios do Estado do Rio de Janeiro alcançaram seu cumprimento¹² e com relação à meta da creche apenas 10 municípios já alcançaram a Meta. Em que pese saibamos que tal meta ainda não venceu, devemos observar que 29 municípios não alcançaram nem metade da meta e que outros 30 municípios chegaram a no máximo 37% de atendimento, restando ainda um longo caminho a ser percorrido, o que sem o correto e responsável planejamento orçamentário será inviável.

Observamos então uma evolução no percentual de crianças atendidas na etapa da educação infantil, mas o reiterado não atingimento da meta 1 com relação ao percentual de crianças de 0 a 3 anos em creches. Com base nessa deficiência de eficácia da Meta 1 no nosso país, o Tribunal de Contas da União, órgão de controle integrante do Poder Legislativo, cumprindo seu papel no apresentado ciclo de políticas públicas, apresentou recente análise acerca do cumprimento do PNE de 2014 com recomendações aos mais diversos órgãos com competência para sanar as deficiências indicadas e que vamos expor no próximo item.

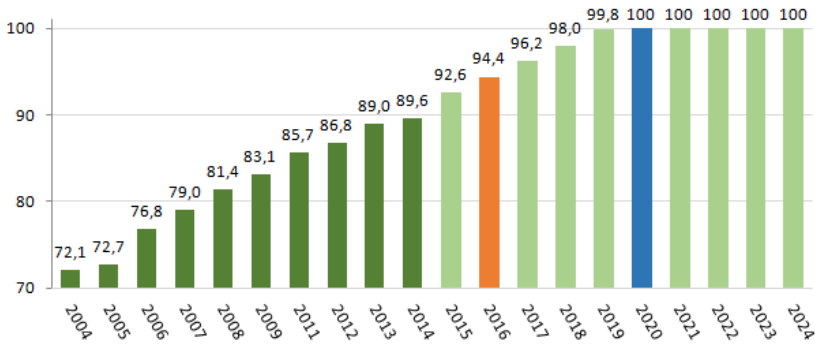
6. Análise do PNE 2014-2024 feita pelo Tribunal de Contas da União – processo TC 034.984/2017-8

O processo nº TC 034.984/2017-8 traz o terceiro acompanhamento do Plano Nacional de Educação (PNE) 2014-2024 feito pelo Tribunal de Contas da União que,

¹² Disponível em: <<https://pne.tce.mg.gov.br:8443/#/public/meta/1a>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

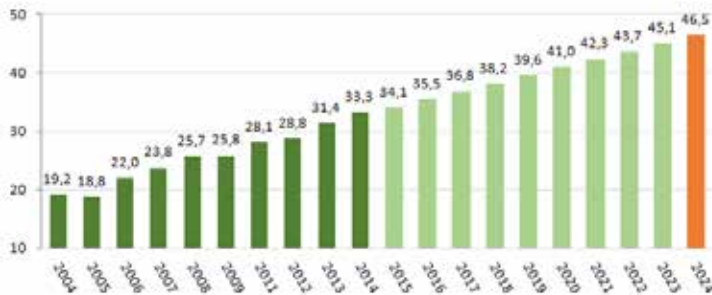
acerca da Meta 1, apresentou as seguintes conclusões com base nos dados do Inep (2004 a 2014) e uma projeção feita para 2015-2024:

Imagem 1 – Projeção do cumprimento da Meta 1 do PNE até 2024 no que toca às crianças entre 4 e 5 anos



Nessa primeira imagem, consta a projeção feita pelo Tribunal de Contas da União no bojo do referido processo, demonstrando o percentual da população de quatro a cinco anos que frequenta a escola ou creche com base em dados concretos até 2014 e realizando uma projeção a partir desses dados até o final da década contemplada pelo PNE.

Imagem 2 – Projeção do cumprimento da Meta 1 do PNE até 2024 no que toca às crianças entre 0 e 3 anos



Já na segunda imagem, há o percentual da população de zero a três anos que frequenta a escola ou creche. O que vemos da análise das duas projeções é que nenhuma das duas metas foi ou será atingida no prazo previsto no PNE se não houver mudanças no que tange à efetividade da etapa de implantação das políticas públicas em andamento.

Nesse relatório, consta também a informação acerca da estimativa de aumento de vagas na educação infantil. Através de uma projeção populacional feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verifica-se a necessidade de abertura, até 2024, de cerca de 1,9 milhão de vagas na educação infantil. Esse número equivale à construção de aproximadamente 28 mil unidades escolares, tendo como referência a média de matrículas por escola na educação infantil verificada em 2015.

Com base no relatório de acompanhamento TC 034.984/2017-8, os Ministros do Tribunal de Contas da União determinaram ao Ministério da Educação algumas providências. Aqui, transcreveremos apenas aquelas que são pertinentes à Meta 1 do PNE:

9.1. determinar ao *Ministério da Educação* que:

9.1.1. no prazo de noventa dias, contados da ciência, encaminhe ao TCU relatório contendo avaliação acerca da possibilidade de cumprimento das metas do Plano Nacional de Educação, indicando as correções necessárias para o seu alcance e a execução física e financeira das ações orçamentárias e dos programas e políticas relacionados;

9.1.2. no prazo de trinta dias, contados da ciência, informe ao TCU as datas das próximas reuniões da instância permanente de negociação e cooperação federativa de que trata o artigo 7º, §5º, da Lei nº 13.005/2014, a serem realizadas em 2018, bem como as pautas definidas para essas reuniões;

9.1.3. encaminhe ao TCU as atas das reuniões da instância permanente de negociação e cooperação federativa de que trata o artigo 7º, §5º, da Lei nº 3.005/2014, que vierem a ser realizadas, tanto em 2018 como em anos vindouros, até trinta dias após a realização de cada reunião;

9.4. determinar à *Secretaria Geral de Controle Externo (Segex)* que, considerando a preocupante situação projetada de não atendimento de diversas metas do Plano Nacional de Educação 2014-2024, priorize, na alocação dos recursos escassos da Secretaria, a realização de ações de controle relacionadas às metas e estratégias do referido plano, se for o caso, com a criação de forças-tarefa e núcleos de auditores encarregados exclusivamente dessas ações, avaliando as reais possibilidades da Secretaria para cumprimento desses misteres, tomando as providências necessárias e reordenando as prioridades do Plano de Auditoria;

9.5. determinar à *Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto* que analise, nos próximos relatórios de acompanhamento do Plano Nacional de Educação, ou em outro

processo que se mostrar mais adequado, as informações prestadas pelas unidades jurisdicionadas em razão dos encaminhamentos desta deliberação;

9.6. dar ciência ao *Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República* que a ausência de compatibilização entre as leis de diretrizes orçamentárias e o Plano Nacional de Educação, demonstrada em vetos de dispositivos que buscam priorizar a efetivação do referido Plano, afronta o artigo 10 da Lei nº 13.005/2014, e gera risco ao cumprimento das diretrizes, metas e estratégias do PNE.

Da leitura das determinações feitas, observamos que se relacionam ou com a interlocução entre os entes federativos, já que as Metas do PNE são de cumprimento por todos os entes, cada um com sua esfera de atribuição, ou se referem à necessidade de alocação de recursos orçamentários e financeiros para as políticas públicas destinadas à implantação das Metas. Ou seja, obstáculos já identificados quando das análises do PNE 2001-2010 e que, como percebemos, não foram ultrapassados, o que reflete no não cumprimento da Meta 1 no prazo devido em nenhum dos dois planos.

7. Omissão no planejamento e execução orçamentários da educação

Vemos que, com relação à Meta 1, a dificuldade identificada pelos órgãos e instituições que se dedicaram a avaliar a evolução do seu cumprimento, foi o aporte mínimo de recursos com destino à expansão das vagas de creche e pré-escola e todos os custos que advêm dessa expansão ou reorganização da rede de educação infantil, como a contratação de pessoal e os custos de manutenção de novas unidades escolares, a título de exemplo. As dotações orçamentárias destinadas ao custeio da educação infantil, rubrica orçamentária em que se inserem os custos de ampliação da rede, são insuficientes até mesmo para a manutenção da rede já existente, quicá para sua ampliação.

Numa análise geral das peças orçamentárias municipais do Estado do Rio de Janeiro no que tange às despesas com educação, o que vemos são dotações orçamentárias que não refletem os gastos mínimos necessários para implantação gradativa das Metas do PNE ou mesmo dos seus próprios Planos Municipais de Educação. Ou seja, demonstram ausência de planejamento e alocação de recursos financeiros no orçamento de modo a atender as exigências do PNE.

Visando a comprovar o que indicamos acima, observemos como exemplo, primeiramente, o Município de Quatis no Estado do Rio de Janeiro, que é um município pequeno (12.793 pelo Censo de 2010) onde o planejamento orçamentário deveria ser bem mais simples e, portanto, feito de forma abrangente e responsável. No seu Plano Municipal de Educação (Lei Municipal nº 883 de 24 de Junho de 2015), Quatis traz a Meta 1 até mesmo com ampliação do objetivo nacional, se comparada com a Meta 1 do Plano Nacional de Educação conforme Quadro 3 abaixo:

Quadro 3 – Comparativo entre a Meta 1 Nacional e a Meta 1 do Município de Quatis-RJ

META NACIONAL	META MUNICIPAL
Meta 1: Universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 04 (quatro) e 05 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta da educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 03 (três) anos até o final da vigência deste PNE.	Meta 1: Manter a universalização da Educação Infantil na pré-escola para as crianças de 04 (quatro) e 05 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta da Educação infantil em creches de forma a atender 90% (noventa por cento) das crianças de até 03 (três) anos até o final da vigência deste PME.

Para alcançar tal meta, em especial quanto às vagas de educação infantil em creches, o Município apontou no próprio Plano Municipal de Educação como políticas públicas destinadas a tal feito as seguintes:

- Ampliação de mais 02 (duas) salas na Creche Municipal Conceição Aparecida Vieira Pena, propiciando a abertura de 34 (trinta e quatro) vagas;
- Construção de uma creche no bairro Nossa Senhora do Rosário para atender aproximadamente 30 (trinta) crianças;
- Liberação de um terreno no Bairro da Barrinha para a construção de uma creche com atendimento previsto a aproximadamente 100 (cem) alunos. Situação – aguardando recurso do Governo Federal;
- Medidas de redistribuição de alunos por faixa etária e segmento, grande parte dos alunos de 03 (três) anos (Maternal III), poderão ser reconduzidos às creches.

Tais medidas poderiam consistir no desenho de uma política pública bem sucedida de incremento de vagas em creche, desde que houvesse no planejamento orçamentário previsão dos valores necessários para sua implantação.

Considerando que o Plano Nacional de Educação é de 2014 e esse Plano Municipal de Educação é de junho de 2015, se faz necessário que haja no planejamento e na execução orçamentária de 2016 dotações orçamentárias suficientes para tais ampliações da rede, o que importaria, no mínimo, em um acréscimo da rubrica de ampliação e construção de novas unidades, sob pena de completa ineficácia do Plano Municipal de Educação criado, ao menos com relação à Meta 1.

Desta feita, em cotejo das duas execuções orçamentárias anuais do referido município, através do relatório resumido de execução orçamentária dos anos de 2015 e 2016 disponíveis no sítio da internet do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro¹³, vemos que em 2015 a dotação orçamentária inicial para educação infantil foi de R\$ 472.440,40, sendo de fato empenhado apenas R\$ 116.690,70 e liquidado um valor ainda inferior, R\$ 56.468,60.

Em 2016, visando a viabilizar a execução do Plano Municipal de Educação publicado em 2015, em especial com relação à Meta 1, os valores destinados à educação infantil deveriam ser superiores àqueles destinados à mesma rubrica orçamentária em 2015. Mas vejamos que o investimento foi ainda menor. Em 2016, a dotação orçamentária inicial para educação infantil foi de R\$ 435.727,00, sendo de fato empenhado apenas R\$ 118.523,50 e liquidado um valor muito inferior, R\$ 19.029,50.

Tendo em vista que a liquidação de despesas ocorre quando a aquisição de produtos e serviços é atestada como entregue ou prestado, não é viável aceitarmos que houve ao menos início de expansão das vagas de creche no Município de Quatis, que ao invés de aumentar os investimentos em educação infantil, no momento da execução do orçamento, diminuiu o emprego de recursos em tal rubrica orçamentária.

Contudo, verificamos no orçamento em testilha a existência de despesas com ensino superior, que não é etapa de ensino de competência prioritária do Município. Em um cenário de recursos financeiros escassos, só se poderia admitir gastos nessa rubrica orçamentária caso a educação infantil e o ensino fundamental estivessem sendo prestados com qualidade a todos os seus usuários, o que não é o que se verifica no referido Município, que, além da deficiência de vagas em creche, não só não atingiu a meta do IDEB em 2015 esperada para o 5º ano como houve queda no IDEB se comparado ao ano de 2013¹⁴, o que representa enorme retrocesso em termos de qualidade educacional nesta primeira etapa de ensino.

Noutro giro, observamos também que o orçamento da educação infantil de 2016 não foi aumentado ou mesmo mantido, mas que despesas com ensino superior foram previstas conforme verificado no Relatório Resumido da Execução Orçamentária do último bimestre de 2016 que apresentava dotação orçamentária inicial de R\$ 787.000,00 para a rubrica do ensino superior, constando como despesas liquidadas no 6º bimestre R\$ 694.453,30, valores esses mais que 10 vezes superiores àqueles previstos para a educação infantil no mesmo ano, que comprovadamente necessitava de maiores investimentos. Inclusive, se feita a comparação com o mesmo Relatório Resumido da Execução Orçamentária só que do último bimestre de 2015, observamos que a dotação orçamentária inicial do ensino superior era de R\$ 485.727,00, ou seja, enquanto a dotação orçamentária da educação infantil foi reduzida, a do ensino superior foi aumentada, em completo descompasso com os deveres constitucionais atribuídos ao Município pela Constituição da República (art. 214, parágrafo 2º, da CRFB).

¹³ Disponível em: <<https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/relatorios-lrf>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

¹⁴ Ideb de 2013 foi 5,2. Em 2015 foi 5,1 e a meta esperada para 2015 era de 5,4. Disponível em: <<http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultado.seam?cid=1823246>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

O mesmo equívoco ocorreu no ano de 2017, quando os valores das dotações orçamentárias, apesar de terem aumentado, continuaram em descompasso com as necessidades de incremento da rede de educação infantil. Vejamos. No Relatório Resumido de Execução Orçamentária do ano de 2017¹⁵, a dotação orçamentária inicial para educação infantil foi de R\$ 265.727,00, tendo sido atualizada para R\$ 1.119.383,20, sendo de fato empenhado apenas R\$ 1.059.644,00 e liquidado R\$ 1.095.722,60. Contudo, observamos também uma dotação orçamentária de R\$ 1.023.186,90 para educação superior, com liquidação de despesas no montante de R\$ 894.347,80. Ou seja, aproximadamente um milhão de reais em investimentos em educação superior que poderiam ser destinados ao atingimento da Meta 1 do PNE, mas foram destinados à educação superior, que nem mesmo é de competência prioritária municipal, como já dito anteriormente.

Em 2018¹⁶, novamente, houve um planejamento orçamentário desconsiderando a reiterada necessidade de investimento na educação infantil. Houve forte dotação orçamentária para educação superior, R\$ 900.000,00, quando a dotação inicial para educação infantil foi de R\$ 185.000,00, ambas atualizadas até o 5º bimestre de 2018 para R\$ 1.443.319,70 e R\$ 1.026.184,00 respectivamente.

Noutro giro, tendo por base os dados de 2017 do INEP, Quatis tinha 171 crianças na creche em tempo parcial, 169 crianças em creche de tempo integral e 280 crianças na pré-escola em tempo parcial. Com base na Portaria Interministerial MEC/MF nº 11 de 30 de dezembro de 2015, os valores por aluno em creche em tempo integral e pré-escola em tempo integral são de R\$ 4.164,13 e em creche e pré-escola em tempo parcial são de R\$ 3.203,18. Assim, a dotação orçamentária mínima apenas para manutenção dos alunos já inscritos na rede escolar infantil seria de R\$ 2.148.372,15. Ou seja, o valor de R\$ 1.119.383,20 previsto na dotação orçamentária atualizada para educação infantil era quase a metade do que seria necessário apenas para a mera manutenção da rede escolar, sem considerar as expansões de rede necessárias ao atendimento da Meta 1, o que poderia ser suprido pela dotação destinada ao ensino superior (R\$ 1.023.186,90), conforme exposto linhas acima.

O Município de Quatis, usado aqui apenas como exemplo de falta de planejamento orçamentário e de empenho de recursos no atingimento da Meta 1 prevista pelos dois Planos Nacionais de Educação (o anterior e o vigente) e pelo próprio Plano Municipal de Educação, reflete as mesmas deficiências verificadas em âmbito de análise nacional já demonstradas nos capítulos iniciais deste artigo.

8. Conclusão

O que observamos neste pequeno estudo sobre a Meta 1 prevista nos dois Planos Nacionais de Educação publicados pós promulgação da Constituição de 1988 é que com relação aos métodos de acompanhamento e avaliação da eficácia das

¹⁵ Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/relatorios-lrf>. Acesso em: 5 fev. 2019.

¹⁶ Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/relatorios-lrf>. Acesso em: 5 fev. 2019.

políticas públicas em curso houve muitos avanços, com a criação do Observatório do PNE, bem como com o incremento de instituições da sociedade civil e de órgãos de controle como os Tribunais de Contas e o Ministério Público, que se dedicaram a este acompanhamento e à produção de dados acerca do cumprimento desse plano.

Contudo, com relação ao atingimento em concreto da Meta 1, falharam os Municípios em não adotar as medidas cabíveis para o correto planejamento e execução das construções de escolas necessárias para a expansão das vagas de creche e pré-escola. Observamos que não inserem nos seus instrumentos orçamentários os valores realmente necessários para a implantação das políticas necessárias ao alcance da Meta, bem como não se verificam as devidas articulações entre os entes federativos, já que muitas vezes os municípios gastam verbas orçamentárias com outras competências que não se situam na sua esfera de atuação prioritária exclusiva (art. 211, §§ 2º e 3º da CRFB)¹⁷.

Desta forma, podemos concluir que a Meta 1, decorridos quase 18 anos desde a sua primeira previsão no PNE de 2001-2010, não foi atingida, principalmente, em razão do mesmo obstáculo principal identificado por órgãos e instituições variados, vinculados ao Poder Executivo ou não, que é, de forma geral, a falta de planejamento orçamentário e financeiro para implantação das políticas públicas identificadas por cada município gestor da educação infantil como hábeis a sanar a deficiência de vagas. As avaliações de eficácia das políticas públicas destinadas a avaliar o cumprimento da Meta 1 identificaram corretamente o principal ponto falho da política. Contudo, não houve, até o momento, o devido empenho dos municípios para sanar essa deficiência de esforços de planejamento e dotação de recursos necessários ao alcance da meta 1 de forma tempestiva com relação ao segundo PNE 2014-2024, já que, com relação ao primeiro, se esgotou sem esse atingimento.

De nada adiantou o legislador inserir na agenda política do governo as metas e estratégias para viabilizar o acesso à educação de forma universal, como preconiza a Constituição da República, ofertando inclusive o acesso à creche para as crianças de 0 a 3 anos e à pré-escola às crianças de 4 e 5 anos, se não há o necessário planejamento orçamentário com a sua competente execução de modo a alimentar a etapa de implantação da política pública escolhida pelo gestor. Assim, além de ser necessário fiscalizar e controlar o ciclo das políticas públicas, em especial a eficácia da política pública escolhida pelo gestor no âmbito da sua discricionariedade, se mostrou indispensável o controle do planejamento e execução orçamentária, eis que o orçamento público, que deveria ser o instrumento de implantação de políticas públicas destinadas à garantia de direitos, aqui no caso o direito à educação infantil, se tornou um obstáculo odioso, em uma total inversão da noção instrumento-objetivo, em que a viabilidade orçamentária se tornou objetivo e para tal o corte de investimentos se tornou instrumento.

¹⁷ O que se viu recentemente no nosso Estado com a municipalização do ensino fundamental é que esta etapa de ensino é competência compartilhada entre municípios e Estado e aqui no Rio de Janeiro o Estado repassou a vários municípios a responsabilidade pela manutenção integral de toda a rede de ensino fundamental, quando na verdade temos municípios que não se desincumbiram nem mesmo da sua competência prioritária exclusiva que é a educação infantil.

Referências

BRASIL. *TC Educa*. Disponível em: <<https://pne.tce.mg.gov.br:8443/#/public/meta/1a>>. Acesso em 05 fev. 2019.

_____. Ministério da Educação. *Plano Nacional de Educação*. Disponível em: <<http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume1.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Ministério da Educação. *Plano Nacional da Educação*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/pne_200809.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Disponível em: <<https://educacaointegral.org.br/reportagens/desvendando-pne-quais-os-desafios-da-meta-1/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/relatorios-lrf>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. Diário Oficial da União. Lei nº 9.394, 20 de dezembro de 1996. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação*. Brasília, DF.

_____. Constituição (1988). Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Centro gráfico, 1988.

HOWLETT, M.; RAMESH, M; PERL, A. *Política Pública seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, fls. 5 e 207.

A efetivação dos direitos políticos positivos por meio das candidaturas avulsas e o papel do Ministério Público

Renee do Ó Souza*
Leonardo Yukio D. S. Kataoka**

Sumário

1. Introdução. 2. Do quadro vigente – possibilidade jurídica de candidaturas avulsas. 3. Candidaturas avulsas como manifestação de um direito fundamental. 4. Panorama internacional sobre as candidaturas avulsas. 5. A candidatura avulsa como captura da democracia contemporânea. 6. Questões eleitorais decorrentes das candidaturas avulsas/sem partido. 7. Conclusão. Referências.

1. Introdução

É certo que nesses trinta anos de vigência, a nossa Constituição Federal, como uma expectadora atenta às transformações da sociedade, converteu valores comunitários e aspirações sociais em novas perspectivas jurídicas. Conferir plasticidade regrada ao ordenamento jurídico permite um permanente dinamismo, de modo a lhe conferir adaptabilidade semelhante à de um organismo vivo que, em contato com novos patógenos, desenvolve anticorpos que lhe asseguram evolução orgânica e sobrevivência resiliente.

Dos agentes do sistema de justiça, entre os quais destacamos o Ministério Público, é esperado papel de protagonismo, vez que o art. 127 da CF/88 alude às suas funções básicas a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que o habilita a atuar como agente catalisador das necessárias alterações axiomáticas que devem produzir construções transformacionais e identificações jurídicas não previstas antes, de modo a conferir capacidade de amoldamento do ordenamento jurídico em face dos novos dilemas e conflitos antes imprevisíveis.

É exatamente o que explica, atualmente, a intensificação no debate acerca da possibilidade de candidaturas avulsas, isto é, candidaturas para cargos eletivos sem a prévia filiação partidária. Além da sua internacionalização inegável, trata-se

* Mestre em Direito e Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento no Centro Universitário de Brasília-UNICEUB. Pós-graduado em Direito Constitucional, em Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Escola Superior do MP de Mato Grosso. Promotor de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso. Professor na Pós-Graduação de *Compliance* e Direito Anticorrupção no CERS e na Fundação Escola do Ministério Público de Mato Grosso.

** Mestre em Direitos Humanos pela *University of Essex*. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

de tema de interesse nacional, que repercute diretamente no regime democrático e ordem jurídica, estando a questão, inclusive, submetida ao E. Supremo Tribunal Federal nos autos do ARE nº 1054490/RJ, em que foi reconhecida, pelo Plenário da Corte Suprema, a repercussão geral da matéria.

As candidaturas avulsas devem ser compreendidas como uma solução subjacente a um quadro desolador a que acomete a democracia contemporânea e que, via reflexa, atinge os direitos políticos positivos, a saber, a crise de representatividade do sistema partidário. Como cediço, os direitos políticos positivos asseguram a participação do indivíduo no processo político, incluindo o direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e de ser votado (capacidade eleitoral passiva); iniciativa popular de lei, plebiscito, referendo, propor ação popular etc., inegavelmente, caracterizam-se como espectro dos direitos fundamentais, visto que inserido no Título II da Constituição Federal de 1988 – que reza: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” – abrangem-se quatro esferas de direitos fundamentais, a saber: (1) direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); (2) direitos sociais (arts. 6º a 11); (3) nacionalidade (arts. 12 e 13); (4) direitos políticos (arts. 14 a 17).

O presente trabalho explora a viabilidade jurídica da candidatura independente/avulsa no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a indicar a existência de substrato mínimo suficiente para sua adoção no país. Serão analisadas ainda as consequências decorrentes dessa nova realidade, de modo a emprestar a vários institutos uma interpretação conformadora às regras eleitorais específicas, como anualidade eleitoral, coeficiente eleitoral, propaganda eleitoral etc.

2. Do quadro vigente – possibilidade jurídica de candidaturas avulsas

As candidaturas avulsas encontram previsão no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto de San José da Costa Rica, que foram promulgados, respectivamente, pelos Decretos nº 592/1992 e nº 678/1992 e preveem:

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Artigo 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 23

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a) de participarem da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- b) de votarem e serem eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
- c) de terem acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades e a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

(...)

Artigo 29

Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-Parte, grupo ou pessoa, suprimirem o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Parte ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Como se vê no art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no art. 23, inc. I, b, e inc. II do Pacto de São José, a filiação partidária não é exigência capaz de restringir a participação de candidatos em eleições nos países signatários de tais compromissos vez que asseguram a participação direta, isto é, sem interposta pessoa na direção pública do Estado.

Tanto o Pacto de São José como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos são materialmente tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, internalizados no Brasil antes do advento da Emenda à Constituição nº 45/2004. Embora não se desconheça a tese de que referidos tratados são recepcionados com *status* de norma constitucional, dada a matéria especificadamente tratada nestes pontos (direitos políticos), forçoso concluir que ingressam no plano normativo brasileiro como normas infraconstitucionais, como se lei ordinária fossem.

Como normas ordinárias, verifica-se nesses compromissos internacionais aptidão legal para conferir às candidaturas avulsas plena função regulamentar e complementar autorizada por nossa Carta Política no art. 14, §3º, V, que, como sabido, é autêntica norma constitucional eficácia contida que reclama complementação legal a fim de conferir sentido e alcance ao projeto constitucional nela existente.

Tem-se, deste modo, que, tanto quanto o Código Eleitoral (art. 87), tais tratados devem ser considerados como normas infraconstitucionais capazes de compor e regulamentar o dispositivo constitucional citado.

O quadro jurídico atual é, então, de coexistência de dois sistemas de elegibilidade: um regulamentado pelo Código Eleitoral, que exige a filiação partidária, e outro decorrente do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São José, que admitem candidaturas avulsas/sem partido.

A norma contida nos pactos, que proclama a juridicidade das candidaturas avulsas, favorece a participação política porque, além de ampliar o número de cidadãos aptos a disputar eleições para cargos públicos no Brasil, amplia a qualidade representativa do sistema eleitoral vigente e harmoniza-se com outras normas constitucionais fundamentais, característica central para este breve estudo.

3. Candidaturas avulsas como manifestação de um direito fundamental

A restrição aos cargos eletivos que a filiação partidária, além de não ser inexigível em face da legislação internacional acima citada, avilta o direito fundamental de ser votado, que só é possível, segundo o regime constitucional, em graves situações elencadas no art. 15 da Carta da República. Ora, adotada a clássica divisão de Jellinek, os direitos políticos se inserem nos chamados direitos de participação e de *status* ativo.

Compreender o tema dos direitos políticos, por esse modo de observar, implica que ele: a) se liga, numa relação de complementaridade, a outros direitos fundamentais, tais quais o de livre expressão e o de associação; b) é manifestação imediata de um direito de liberdade e mediata de um direito de igualdade, conforme se pode extrair do disposto no art. 17, *caput*, da Constituição.

A relação de complementaridade existente entre os direitos políticos e os direitos de liberdade de expressão e de associação, no caso,

políticas, demonstra a manifestação dos direitos fundamentais na sociedade moderna, sob a égide de uma forma polifacetada, pois pode representar vários direitos fundamentais a incidirem, simultaneamente, na realidade social.¹

A obrigatoriedade de filiação implica uma restrição ao direito fundamental do cidadão de participar da vida política do Estado e que, conforme será adiante verificado, não encontra mais qualquer razão de existir. Mas o que deve ser ressaltado neste ponto é que o Ministério Público, enquanto instituição incumbida constitucionalmente da defesa do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, possui a importante missão de zelar pela efetivação dos direitos políticos da forma mais ampla possível. Diante desse cenário, tendo em vista sua atribuição de fiscal da lei em diversas ações eleitorais, entre elas os pedidos de registro de candidaturas, o *Parquet* pode desempenhar papel importante na viabilização das candidaturas avulsas. Nesse particular, há que se ressaltar que a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer favorável à possibilidade de registro de candidaturas avulsas nos autos do ARE nº 1054490/RJ, que se encontra pendente de julgamento pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Ao condicionar a elegibilidade do cidadão à filiação partidária, o sistema eleitoral exclui parcela significativa de cidadãos que almejam os cargos públicos, mas não se sentem idealmente ligados aos partidos políticos nem se encontram dispostos a enfrentar toda sorte de testes internos que frustrem a sua autonomia individual. A desolação com o sistema partidário tem início com a falta de transparência e igualdade de condições nas disputas internas a que se sujeita um indivíduo ao almejar uma candidatura. Precisas as colocações de José Jairo Gomes:

É baixo o índice de democracia interna nos partidos. Salvo raras exceções, as decisões mais importantes na vida do partido não são tomadas pelos filiados, mas, sim, por poucos dirigentes. (...) não cai bem, para um regime democrático, que decisão tão importante fique à mercê de três ou quatro cavalheiros, sobretudo se o partido contar com milhares de filiados, como era o caso. Daí a evidência de que, no Brasil, a democracia representativa é exercida de cima para baixo e não de baixo para cima. Nesse cenário, lembra, “o poder não emana do povo, como rezam a Constituição e os bons costumes políticos, mas de um jantar [...] em que os hierarcas (bons ou maus, não importa) decidem quem será candidato.”²

¹ GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. Inclusão eleitoral e efetivação dos direitos políticos. In: *Temas do direito eleitoral no século XXI*. Vários autores. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012. p. 42-43.

² *Direito Eleitoral*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Item 6.11.

4. Panorama internacional sobre as candidaturas avulsas

A tese das candidaturas avulsas, já há algum tempo, conta com algumas decisões em tribunais internacionais. Cite-se, por exemplo, o caso *Yatama vs. Nicarágua*, de 2005, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que restrições à capacidade eleitoral passiva devem atender a critérios de legalidade, finalidade e necessidade em uma sociedade democrática para serem aceitas pelo Pacto de São José da Costa Rica. O caso é emblemático e serve para demonstrar que, sob os auspícios do Pacto, a candidatura avulsa é viável. Nesse sentido, cumpre transcrever o trecho em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisa as restrições válidas ao exercício dos direitos políticos:

*The restriction should be established by law, non-discriminatory, based on reasonable criteria, respond to a useful and opportune purpose that makes it necessary to satisfy an urgent public interest, and be proportionate to this purpose*³.

Especificamente em relação à necessidade de filiação a partido político, como condição para o exercício da capacidade eleitoral passiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o caso mencionado acima, entendeu que tal restrição não é compatível com o direito consagrado no artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica, nos seguintes termos:

*There is no provision in the American Convention that allows it to be established that citizens can only exercise the right to stand as candidates to elected office through a political party. The importance of political parties as essential forms of association for the development and strengthening of democracy are not discounted, but it is recognized that there are other ways in which candidates can be proposed for elected office in order to achieve the same goal (...)*⁴.

Da mesma forma, o Comitê de Direitos Humanos, organismo internacional responsável por monitorar a implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, manifestou o entendimento de que a exigência de participação em partidos políticos não deve limitar de forma excessiva o direito das pessoas a se

³ Parágrafo 206. “A restrição deve ser estabelecida por lei, ser não discriminatória, fundada em critério razoável, possuir finalidade útil, sendo essencial para atender interesse público e ser proporcional ao fim a que se destina”. (Tradução livre)

⁴ Parágrafo 215. “Não há qualquer dispositivo na Convenção Interamericana que permita o estabelecimento de exigência de que cidadãos somente possam concorrer a cargo eletivo através de partido político. A importância dos partidos políticos como entidades associativas essenciais para o desenvolvimento e fortalecimento da democracia não é menosprezada, mas é reconhecido que existem outras formas através das quais candidatos podem se candidatar a cargos públicos, de maneira a atingirem o mesmo objetivo”. (Tradução livre)

candidatarem a cargos públicos. Sobre o assunto, necessário transcrever o seguinte trecho do Comentário Geral nº 25 do Comitê de Direitos Humanos, que traz diretrizes para a interpretação do art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

17. O direito das pessoas a candidatarem-se às eleições não deve ser limitado de forma excessiva à exigência de que os candidatos sejam membros de partidos ou pertençam a determinados partidos. Se for exigido aos candidatos que tenham um número mínimo de apoiantes para nomeação, este requisito deve ser razoável e não deve constituir um obstáculo à candidatura. Sem prejuízo do disposto no artigo 5º, número 1 do Pacto, a opinião política não pode ser usada como fundamento para privar alguém do direito de se candidatar às eleições.

É importante destacar que os comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, apesar de não possuírem caráter vinculante aos países signatários do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, constituem-se em importantes parâmetros para interpretação das obrigações decorrentes de tal instrumento internacional⁵.

Observe-se ainda que a ordem constitucional vigente já indica que, para realização de projetos de vida e desenvolvimento de suas capacidades individuais, sobretudo quando canalizadas em prol do bem comum, ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5º, XX, da CF). Trata-se de garantia constitucional salutar à liberdade de expressão, ao sistema democrático e ao próprio princípio da igualdade, visto que o condicionamento de direitos ao dever de associar-se, notadamente às entidades de direito privado, implica restrições injustificadas a direitos fundamentais.

Nessa linha, a filiação ao partido político permanecerá existindo como um ato voluntário de adesão a uma proposta de trabalho virtuoso, fruto de uma opção consciente, e não decorrente de uma imposição legal. A candidatura avulsa assim, ao contrário do que se supõe, a médio prazo, fortalecerá os partidos políticos que, devido à concorrência com outro sistema, deverão amealhar filiados pelos valores virtuosos que inspiram.

Para além da hermenêutica sistemática acima realizada, a admissão de candidaturas avulsas é mecanismo de compatibilização entre o postulado democrático, a cidadania e as tecnologias vestíveis da contemporaneidade.

5. A candidatura avulsa como captura da democracia contemporânea

A velocidade e facilidade com que a internet conecta a população atualmente já produziram efeitos sobre o exercício da cidadania e participação popular nos regimes democráticos, originando o que vem sendo denominado como *crowdsourced*

⁵ MECHLEM, Kerstin. *Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights*. Vanderbilt Journal of Transnational Law. vol. 42, p. 905/947.

*constitution*⁶. Trata-se de uma democracia que se vale de ferramentas e tecnologias que asseguram a manifestação direta dos cidadãos nas decisões políticas do Estado⁷. Esses novos mecanismos de participação são capazes de dar voz e refletir diversidades que encontram nas convenções partidárias obstáculos às suas proliferações.

Noutra perspectiva, a possibilidade de candidaturas sem partidos tem potencial de dar uma resposta adequada à crescente onda mundial de crise de representatividade, caracterizada pela descrença da população em geral no atual sistema eleitoral político-partidário. As causas dessa crise são variadas, mas podemos resumi-las da seguinte forma:

1) A multiplicação de legendas partidárias, fenômeno conhecido como multipartidarismo, levou à degeneração da ideia de que os partidos representariam as instituições necessárias para canalizar os votos da população em torno de ideias e programas. Os inúmeros partidos criados (há no Brasil, atualmente, 35 partidos políticos) revelam que muitos foram criados sem critérios, com propósitos espúrios, como para troca de favores, obtenção de vantagens etc. Na prática, não há ideário político nessas agremiações, que passam a servir como máquinas partidárias para a satisfação de projetos individuais despidos de interesse público;

2) O multipartidarismo levou ao esfacelamento das organizações partidárias e à ausência de uma maioria estável, o que revelou uma intolerável instabilidade de governos, refém do chamado presidencialismo de coalizão. Esse quadro levou o ministro Luís Roberto Barroso, com razão, a afirmar:

Todo governo necessita de apoio no Legislativo para aprovação das deliberações de seu interesse e, para tal fim, desenvolve articulações políticas para a formação de bases parlamentares de sustentação. É assim em toda a parte. No entanto, à falta de partidos sólidos e ideologicamente consistentes, essas negociações, frequentemente, deixam de ser institucionais e programáticas e passam a ser personalizadas e fisiológicas⁸.

3) Esse fisiologismo leva a uma propagação de clientelismo e negociatas escusas transformaram os partidos políticos em artífices de escândalos de corrupção

⁶ *Crowdsourcing* é “a atividade ou a prática de envolver muitas pessoas para desenvolver ideias, produzir conteúdo ou realizar tarefas enormes ou tediosas, como solicitando ajuda através da internet. A palavra se originou como um composto conveniente para denotar ‘terceirização para a multidão’”. Tradução livre. (GARNER, Bryan A. *Black’s law dictionary*. 10ª ed. p.459).

⁷ “A internet, por um lado, contribui para a pluralização da esfera pública, ao multiplicar as fontes de informação e de difusão de ideias e baratear o custo de acesso ao espaço público daqueles que desejam se exprimir”. (SARMENTO, Daniel. *Comentários à Constituição Federal*. CANOTILHO, J. J. Gomes et al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Art. 220.)

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Sistema Eleitoral: o modelo distrital misto*. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1604367/mod_resource/content/1/Texto%20Barroso%20Sistema%20de%20Governo%2C%20eleitoral%20e%20partid%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 17 fev. 2018. p. 60.

envolvendo políticos. Esses eventos serviram para minar os propósitos declarados pelo sistema constitucional partidário, que passaram a negligenciar a função de agregar interesses e demandas sociais;

4) Impulsionada pelas novas mídias sociais de comunicação, tem sido cada vez mais comum a resistência da população pelo sistema político-partidário. Além disso, o ritmo da vida moderna, em que a troca das informações é feita na velocidade da internet, reclama a adoção de mecanismos que assegurem uma participação política do cidadão nas decisões de poder de forma direta.

Esse quadro geral, aliado às informações prestadas pela liberdade de imprensa, ao fortalecimento de instituições como o Ministério Público e o Poder Judiciário, além do amadurecimento da própria democracia, provocaram uma verdadeira revolução na percepção do povo brasileiro acerca do sistema político-partidário.

É o que revela recente pesquisa publicada no dia 13 de agosto de 2017 pelo jornal "O Estado de S. Paulo", que mostra que 94% dos eleitores não se sentem representados pelos políticos que estão no poder. O levantamento, do instituto Ipsos, confirma a rejeição generalizada dos brasileiros à classe política, independentemente de partidos, e ao atual sistema político-eleitoral. Além disso, 86% disseram que não se sentem representados por aqueles políticos nos quais já votaram. A crise de representatividade também atinge fortemente as legendas partidárias: 81% avaliam que "o problema do país não é o partido A ou B, mas o sistema político"⁹.

Esse sentimento popular deve ser capaz de compor uma alternativa a este estado de coisas, visto que reformas legislativas nestas questões são, na maioria das vezes, supérfluas e não tocam no âmago do problema. Aliás, foi neste contexto que o fenômeno das candidaturas avulsas ganhou fôlego em muitos países, sendo que os mesmos motivos que levaram à sua adoção em outras nações podem ser aqui invocados¹⁰. Em estudo publicado na agência de notícias do Senado, realizado pela ACE Project, estima-se que apenas 9,68% dos 217 países democráticos do mundo barram candidaturas independentes¹¹.

Para citarmos alguns casos, noticia-se que países como Islândia, Eslováquia e Moçambique adotam as candidaturas independentes. O rol de eleitos com este sistema tem importantes centros internacionais, como o atual presidente da França,

⁹ Pesquisa disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/para-94-dos-eleitores-atuais-politicos-nao-os-representam-aponta-pesquisa/>. Acessado em: 17 fev. 2018.

¹⁰ "Esse tipo de influência recíproca de determinados institutos jurídicos de ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, apto a ensejar uma 'fertilização cruzada', é útil em tempos de mundialização de problemas internacionais. Interpretações jurídicas desenvolvidas em outros tribunais, estrangeiros ou internacionais, possibilitam que uma ideia de ordem no direito internacional contemporâneo, marcado pela complexidade com a profusão de redes de atores e de normas, de organizações e de tribunais, ingresse internamente após uma interpretação judicial comum ou dialogada, respeitando-se as diferenças culturais ou de linguagem, dentro da margem nacional de apreciação de cada Estado". (VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606f. Tese de Doutorado. Dissertação (Tese de Livre-docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. f. 437-439. p. 216-217).

¹¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/stf-analisara-acao-liberacao-candidatos-partido>. Acessado em: 25 jan. 2018.

Émanuel Macron, o atual presidente da Áustria, Alexandre Van der Bellen, o atual presidente da Finlândia, Sauli Niinistö, a atual prefeita de Tóquio, Yuriko Koike, de Bogotá, capital da Colômbia, Enrique Peñalosa¹².

Por onde se analise a questão, não se vislumbram prejuízos à nação brasileira na possibilidade de candidaturas avulsas¹³. Se é verdade que o sistema partidário atual tem assento constitucional¹⁴, as alterações normativas provocadas pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto de São José, devidamente referendados e internalizados pelo Brasil¹⁵, indicam que este é um novo horizonte para a compatibilização da atual sociedade, conectada, complexa e pluralista, e um regime democrático apto a promover com uma vida moderna virtuosa.

6. Questões eleitorais decorrentes das candidaturas avulsas/sem partido

Superada a análise sobre o cabimento das candidaturas avulsas, verifica-se a necessidade de adaptação de alguns institutos jurídicos eleitorais capazes de conformá-las às regras eleitorais vigentes. Naturalmente que dada a imprevisão legal sobre a questão, visando a atender a igualdade entre os candidatos e a lisura do pleito, alguns ajustes jurídicos devem ser realizados à luz dos princípios constitucionais e eleitorais vigentes.

1ª) anualidade: trata-se de regra prevista no art. 16 da Constituição Federal que estabelece que a lei que altera o processo eleitoral só se aplicará às eleições que ocorram até um ano da data de sua vigência.

Considerando que o Pacto de São José foi referendado em 06 de novembro de 1992, pelo Decreto nº 678, entende-se como satisfeita regra constitucional para os pleitos realizados a partir de 1993, uma vez que foi essa norma, essencialmente, que elasteceu a elegibilidade do cidadão brasileiro e materialmente alterou o processo

¹² Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/10/em-julgamento-pelo-stf-possibilidade-de-candidatura-sem-partido-gera-controversia-cj8da78im002601objvl7ad4h.html>. Acessado em: 25 jan. 2018.

¹³ Cabe neste ponto expor que a recepção do Pacto de São José no ordenamento jurídico não expõe a riscos o sistema de inelegibilidade previstos na Lei Ficha Limpa. A uma porque o Pacto foi internalizado em 1992, sendo que a Lei Ficha Limpa é de 2010, o que permite concluir que esta lei é posterior e especial, de forma que excepciona a regra exposta pela legislação anterior. A duas porque a matéria tratada na Lei Ficha Limpa reclama Lei Complementar, ao passo que o Pacto tem *status* de lei ordinária, cujo rol de matérias objeto da lei não se confunde com o rol de Leis Complementares. A três porque a Lei Ficha Limpa goza de proteção decorrente da eficácia vinculante decorrente do julgamento da ADC nº 29/ADC nº 30/ADI nº 4578.

¹⁴ O sistema partidário atual, como aponta Luís Roberto Barroso, possui muitas críticas porque se caracteriza “pela multiplicação de partidos de baixa consistência ideológica e nenhuma identificação popular. Surgem, assim, as chamadas legendas de aluguel, que recebem dinheiro do Fundo Partidário – isto é, recursos predominantemente públicos – e têm acesso a tempo gratuito de televisão. O dinheiro do Fundo é frequentemente apropriado privadamente e o tempo de televisão é negociado com outros partidos maiores, em coligações oportunistas e não em função de ideias. A política, nesse modelo, afasta-se do interesse público e vira um negócio privado. [...]” (STF – ADI nº 5.081/DF – Pleno – trecho do voto do Rel. Min. Luís Roberto Barroso – j. 27-5-2015).

¹⁵ A aprovação e a internalização do Pacto de São José da Costa Rica indicam, como bem apontou a Procuradoria-Geral da República no parecer exarado no ARE nº 1.054.490-RJ, uma concordância política com a tese das candidaturas avulsas: “Daí que os partidos representados no Congresso Nacional abriam mão, validamente, da função de organizações intermédias exclusivas entre governantes e governados, ao terem aprovado o Pacto de São José”.

eleitoral. Não há como considerar que a candidatura avulsa, embora somente recentemente debatida, é instituto recém-criado pelo ordenamento jurídico. Não há como identificar, nesta quadra temporal, qualquer objetivo de beneficiar ou prejudicar determinadas candidaturas, finalidade principal da anualidade eleitoral.

2ª) pré-campanha: Ao candidato sem partido há de se admitir a possibilidade de pré-campanhas, devendo para tanto ser realizada interpretação teleológica do disposto no art. 36-A da Lei nº 9.504/97. As previsões legais que condicionam a realização de determinados eventos às expensas de partidos políticos podem ser perfeitamente superadas como indicativas de que essas despesas não devem ser realizadas em nome pessoal do candidato, a fim de evitar a desnaturação do evento em uma travestida e camuflada compra de votos. A questão passa pela necessidade de constituição de uma pessoa jurídica temporária, responsável pela gestão destas operações financeiras, o que nos remete à questão seguinte.

3ª) financiamento e despesas de campanha: À luz do que prevê o art. 17 da LE, as despesas de campanha serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos ou de seus candidatos. Assim, cabe ao candidato avulso administrar a sua campanha eleitoral de modo inclusive a prestar as devidas e necessárias contas ao final da disputa, os quais, segundo prevê o art. 22-A da mesma lei, estão obrigados à inscrição no CNPJ. Anote-se que o início da arrecadação de recursos e da realização de investimentos em uma campanha só pode ser feito após os pedidos de registro das candidaturas estejam formalizados, desde que haja inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ e tenha sido aberta conta bancária específica para a movimentação financeira da campanha (LE, art. 22-A, §2º). As demais regras eleitorais relativas ao tema são aplicadas indistintamente.

4ª) fundo partidário: essencialmente destinados aos partidos políticos, o fundo partidário será inacessível aos candidatos avulsos. Essa situação enseja um pequeno desnivelamento entre os candidatos partidários e os avulsos, o que pode desequilibrar o pleito. Como medida de compensação, vislumbra-se a possibilidade de acesso ao fundo, mediante decisão judicial eleitoral. Outra possibilidade seria a possibilidade de financiamento público de campanha somente para candidatos avulsos, como soa ser na vizinha Argentina¹⁶.

5ª) coligação: como são destinadas à formação de consórcios e alianças entre partidos políticos, ao candidato avulso não deve ser permitida a formação de coligações.

6ª) quociente eleitoral em eleições proporcionais: ante a ausência de partido político junto ao candidato avulso, o sistema de quociente eleitoral deve ser compatibilizado a fim de permitir que os candidatos avulsos também disputem eleições proporcionais. Para tanto, vislumbra-se como adequado considerar a totalidade de candidatos avulsos como se um partido político fossem, de modo que o quociente partidário será calculado levando-se em conta todos os votos válidos dados aos candidatos avulsos.

¹⁶ Dado noticiado por José Jairo Gomes (*Op. cit.*, item. 15.1.1).

Assim, adotada essa ficção, o cálculo do quociente eleitoral será feito observando-se as tradicionais regras do art. 106 do Código Eleitoral. Para obter-se o Quociente Partidário (art. 107 do Código Eleitoral), deve-se, então, dividir o número de votos válidos dos candidatos avulsos pelo resultado adquirido no quociente eleitoral.

7ª) propaganda eleitoral e horário eleitoral: adotada a ficção jurídica acima, isto é, considerando a totalidade de candidatos avulsos como se um partido político fossem, a divisão do tempo de propaganda ser-lhes-á assegurada na proporção prevista no §2º do art. 47 da LE:

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo.

§2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do §1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I – 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem;

II – 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.

7. Conclusão

Inegável que a possibilidade de candidaturas avulsas acomoda o desacordo atual entre a crise no sistema de representação político-eleitoral e os anseios comunitários por uma nova forma de recrutamento democrático. Ademais, implica importante aperfeiçoamento da democracia brasileira, constituindo-se em avanço para a cidadania. Trata-se de instituto que inegavelmente alarga a liberdade política do cidadão, amplia a participação popular no governo, reafirma direitos humanos fundamentais e promove a esperada evolução das instituições democráticas do Brasil.

Compete ao Ministério Público assegurar igualdade de condições entre os cidadãos e coibir formas de abuso que violem o ecossistema político fundamental do cidadão, fazendo valer o princípio da plenitude do gozo dos direitos políticos, pelo que qualquer interpretação sobre a matéria deve, necessariamente, ser a mais assecuratória possível, afinal, *“a interpretação constitucional adequada, consoante melhor entendimento doutrinário, é aquela que possa retirar do rol das cláusulas pétreas a sua*

*melhor e mais legítima eficácia social.*¹⁷ O acolhimento da tese da candidatura avulsa representa uma atuação proativa do Ministério Público na defesa exponencial dos direitos fundamentais, como os direitos políticos positivos, direitos à livre manifestação e à livre associação.

Referências

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo*: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o_mp_no_neoconstitucionalismo1.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. *O Sistema Eleitoral*: o modelo distrital misto. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1604367/mod_resource/content/1/Texto%20Barroso%20Sistema%20de%20Governo%2C%20eleitoral%20e%20partid%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 17 fev. 2018.

GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 10^a ed. Hardcover.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. Inclusão eleitoral e efetivação dos direitos políticos. *In: Temas do direito eleitoral no século XXI*. Vários autores. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MECHLEM, Kerstin. *Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights*. Vanderbilt Journal of Transnational Law. vol. 42.

SARMENTO, Daniel. *Comentários à Constituição Federal*. CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito*: direito internacional, globalização e complexidade. 2012. 606f. Tese de Doutorado. Dissertação (Tese de Livre-docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. f. 437-439.

¹⁷ ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo*: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o_mp_no_neoconstitucionalismo1.pdf. p.18.

O caso da suspensão da CNH por dívida: para um agir normativo não discricionário e a justificação normativa adequada

Ricardo Diego Nunes Pereira*

“Exercer a crítica no direito é uma tarefa difícil.
Principalmente em *terrae brasilis*.”¹

Sumário

1. Introdução. 2. Para um agir normativo não discricionário e a justificação normativa adequada. 3. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo analisa a questão da *lógica normativa adequada* referente a uma decisão judicial que suspende a CNH de certo devedor por dívida em determinado processo judicial, havendo dois dimensionamentos: um derivado da análise normativa vazia do art. 139, CPC/15, ou pelo menos preenchida por discurso de efetividade executiva; outro, com análise normativamente preenchida pelo art. 833, CPC/15, c/c art. 6º, CF/88, ambos já justificados principiologicamente pelo mínimo existencial.

Abstract

This article analyzes the question of the appropriate normative logic in relation to a judicial decision that suspends the CNH of a certain debtor for debt in a given judicial process, having two dimensions: one derived from the empty normative analysis of art. 139, CPC / 15, or at least filled by the executive effectiveness discourse; other, with analysis normatively fulfilled by art. 833, CPC / 15, c / c art. 6, CF / 88, both already justified mainly by the existential minimum.

Palavras-chave: Direito processual civil. Direito Constitucional. Teoria do Direito.

Keywords: *Civil procedural law. Constitutional right. Theory of Law.*

* Pós-graduado em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia (FSBA). Advogado.
¹ (Lenio Streck, jurista pós-doutor em Direito) STRECK, Lenio Luiz. Ministro equivocava-se ao definir presunção da inocência. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 nov. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

1. Introdução

Lê-se a seguinte notícia²: “STJ permite retenção de CNH, mas impede suspensão de passaporte por dívida. De acordo com o ministro Luís Felipe Salomão, relator do processo, bloqueio da carteira de motorista de devedor não fere direito de ir e vir.”

Por outro lado, segundo o mesmo Tribunal Superior, a medida restritiva não se aplicaria ao caso de suspensão de passaporte de devedor, pois, “por mais legítima que seja, a prática não pode atropelar o *devido processo constitucional*, menos ainda desconsiderados *direitos e liberdades* previstos na Constituição”.³

O objetivo deste artigo científico é demonstrar, normativamente e hermeneuticamente, que ali, no caso da suspensão da CNH, também se aplica a mesma conclusão do STJ para passaporte, ou seja, novamente, “por mais legítima que seja, a prática não pode atropelar o *devido processo constitucional*, menos ainda desconsiderados *direitos e liberdades* previstos na Constituição”.⁴

Para tanto, devem ser lembrados alguns conceitos da dogmática e hermenêutica jurídica, a fim de que a assunção aqui da carga argumentativa (*topoi-Alexy*), em função do princípio da inércia (*topoi-Perelman*), esteja de acordo com aquilo considerado adequadamente jurídico, em uma acepção de integridade e coerência do Direito (*topoi-Dworkin*). Evita-se, com isso, aquilo chamado de interpretação-aplicação em solipsismo antinormativo do Direito (*topoi-Streck*), isto é, o objetivo a ser perseguido deve desbocar em um agir não discricionário *na acepção normativa*⁵.

2. Para um agir normativo não discricionário e a justificação normativa adequada

Seja observada, primeiro, a problemática do argumento de princípio, baseado em direito, e argumento de política, baseado em finalidade, exposta por Ronald Dworkin. Para ele, em brevíssimo resumo:

Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no

² DA REDAÇÃO. STJ permite retenção de CNH, mas impede suspensão de passaporte por dívida. *Revista VEJA*, São Paulo, 06 jun. 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/stj-ordena-devolucao-de-passaporte-a-devedor-que-teve-o-documento-retido/>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

³ Cf. STJ. RHC 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão – Quarta Turma, j. 05/06/2018. *Vide*: COELHO, Gabriela. Aprender passaporte para sanar dívidas fere direito de locomoção, diz STJ. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-05/apreender-passaporte-sanar-dividas-fere-direito-locomocao>>. Acesso em: 01 jul. 2018. *Vide* também: Voto Min. Luis Felipe Salomão. STJ, RHC 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão – Quarta Turma, j. 05/06/2018. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 jun. 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/apreensao-passaporte-voto-salomao.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

⁴ *Ibid.*

⁵ O discricionário aqui mencionado não está para arbitrário, considerando as teorias desenvolvidas desde Kelsen, passando por Hart e novamente trabalhadas em Dworkin, na acepção de limites de abertura normativa de conceitos e proposições jurídicas indeterminadas.

objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como todo fique consequentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos. (...) ambos são importantes, mas, exceto em circunstâncias extraordinárias, a disputa deve ser resolvida a favor do princípio.⁶

No presente *case*, a tendência também deve ser o argumento de princípio, pois repousado em direito fundamental constitucional: o direito à proteção ao mínimo existencial da pessoa humana.

Uma advertência epistemológica: não se está a tratar, *sequer*, de colisão de princípios, pois há *norma-regra explícita* ao caso e com densidade principiológica inerente e já para *pronto* atendimento normativo em interpretação-aplicação. Por isso, não haverá incurso em proposta de resposta por *dimensão de peso* entre fundamentos de princípios colidentes, na forma da teoria de Dworkin⁷, muito menos na busca de uma norma de *direito fundamental atribuída*, como propõe Alexy⁸ no caso da aplicação da tese especial para ponderação em colisão de direitos fundamentais, insista-se, principiológica.

Não é o caso. Em verdade, por um movimento de compreensão normativamente adequada (*círculo hermenêutico*, de Gadamer), deve ser notado que *já* há *princípio-na-norma-regra* com a previsão expressa (de tal norma-regra) no art. 833, CPC/15, c/c art. 6º, CF/88 – e, portanto, *sequer* se necessita de abordagem de norma-princípio-tendente-a-uma-norma-fundamental-atribuída. Não há otimização a ser ponderada, pois tal otimização fundamental *já* o foi inserida no bojo da norma-regra processual e constitucional. Basta, por tal interpretação normativa adequada *já* atribuída, *aplicar idem* adequadamente.

Então, o fator de proteção ao *mínimo existencial* faz-se presente com a atribuição categórica prevista nos citados dispositivos normativos (consistência da juridicidade, advinda do efeito irradiante dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva⁹):

[Norma-regra *já* atribuída (*integridade-coerência do Direito*, cf. Dworkin)]

CPC/15. Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.IX e XIV.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o §2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§2º O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, §8º, e no art. 529, §3º.

§3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do *caput* os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual

produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

[Mínimo existencial subjacente no princípio-*na-norma-regra*]

CF/88. 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.)

O conceito de mínimo existencial cai útil a essa altura do discurso:

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o *padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido*. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no artigo 208, §1º, da CF, de acordo com o qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância.¹⁰

Apreendida a carga axiológica da proteção ao *mínimo existencial* (princípio derivado do princípio-mor *dignidade humana*), observe-se que, como princípio, já subjaz a norma-regra do art. 833, CPC/15, c/c art. 6º, CF/88, não necessitando, aqui no *case*, de qualquer modelo de ponderação, como dito.

Assim, é por proteção ao valor do *mínimo existencial* que o art. 833 do CPC/15 prevê as hipóteses de manutenção de *algo* a favor do devedor, pelo menos minimamente, com objetivo fincado em sua existência através dos seguintes direitos

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.36-37.

constitucionais, conforme art. 6º, CF/88: “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”.

Por sua vez e destarte, o art. 139, IV, CPC/15, embora com abertura hermenêutica, *jamaiz* poderia violar a integridade-coerência posta no arcabouço normativo acima desenhado. Prevê o citado dispositivo:

CPC/15. Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Clarividente, a semântica “*determinar todas*” não permite, por uma hermenêutica jurídico-constitucional adequada, a determinação de *todas* as medidas possíveis. Isso violaria do mais comezinho ao mais fundamental Direito, sem qualquer amparo normativo *posto* ou *pressuposto*, para usar as palavras do Min. Eros Grau, outrora do STF. Seria uma abertura a um agir discricionário, ao nível do voluntarismo ou solipsismo, tão advertido por Lenio Streck em *Verdade e Consenso*¹¹. Ao contrário, o objetivo, também por óbvio, é um agir normativo não discricionário.

Seria como pudesse ter uma *carta branca*¹², pelo art. 139, IV, CPC/15, para argumentos do *tipo fraco*¹³, não tendente a uma correção ou justificação normativa adequada, a exemplo: se não pode pagar dívida, não pode comprar roupa (que se lhes cacem algumas roupas); se não pode pagar dívida, não pode almoçar três vezes ao dia (que se lhes cacem uma ceia), devendo ainda selecionar os lugares mais baratos; se não pode pagar dívida, não pode colocar gasolina aditivada (que se lhes vedem a bomba de gasolina aditivada). Ou seja, determinar “*todas as medidas*” contém em si o parâmetro hermenêutico “*determinar todas as medidas... normativamente adequadas*”.

Pareceria, com a *concessa venia*, quase que um tipo de *coerção indireta*, mas sem qualquer substrato normativo adequado, seja por *inadequação processual* (art.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹² STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbitrio? *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 ago. 2016, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

¹³ Na ideia do agir comunicativo em sentido fraco e forte, cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

833 do CPC/15, c/c art. 5º, LIV, CF/88), seja por *inadequação valorativa constitucional* (art. 6º, CF/88)¹⁴. Veja-se, com Lenio Streck e Dierle Nunes, pleiteando a retirada da roupagem normativa inadequada do art. 139, CPC/15:

O dispositivo deixaria de ser embasamento para medidas arbitrárias e autoritárias de restrição de direitos fundamentais, com o propósito utilitarista de satisfação de obrigações pecuniárias, e tornar-se-ia fonte de uma satisfação processual-jurisdicional sofisticada e participativa dos direitos. O perigo é o artigo 139, IV, ser transformado em instrumento de um quase desforço físico, só que com autorização judicial.¹⁵

A vontade interna ou solipsista de aplicação de uma justiça para efetivação dos direitos executórios não encontra, assim se entende, correspondência nas citadas normas-regras e princípios subjacentes a essas mesmas normas-regras, lembrando-se que *sequer* há colisão de princípios para entrar no fator mais amplo de ponderação ou dimensão de peso, como já dito.

Aliás, a problemática dos excessos de valores atuais da sociedade (*a tal modernidade líquida, na sociologia de Bauman, ou o pamprincipiologismo, na jurídica de Streck*), advindos de uma massificação e repetição de uma filosofia de consumo individualista, pelo que o que vale hoje, talvez amanhã não, assim como o excesso de princípios no direito, tem uma consequência nefasta: perde-se a hierarquia de valores pelas múltiplas ofertas de sistemas de sentido. Uma desconstrução do indivíduo e do sistema, inclusive jurídico, pelo próprio excesso e solipsismo, já que o universal (*normativo*) e hierárquico (*normativo*) perde sentido de ser. Em palavras mais diretas: cada um puxa seu valor e encontra referência em algum ponto do *marketing* consumista, desconstruindo e fragmentando o sistema de referência global. Esse o motivo da importância de uma resposta normativamente adequada.

Para explicar a *lógica* desse discurso (aplicação normativa inadequada na suspensão da CNH por dívida, através de processo judicial), a *Teoria da Argumentação Jurídica* de Alexy¹⁶ ajuda.

¹⁴ Mesma conclusão aplica-se em casos que, na práxis forense, determina-se, em processo judicial, a prisão do devedor de pensão alimentícia a um menor, mas (e aqui seja notado o “mas”) que não detém, mesmo, condições de pagar tais alimentos por se encontrar desempregado. Por vezes, poder-se-ia pensar *fora* de um padrão normativo (se dito pragmático, *pragmático* o é normativamente inadequado): não deteve, o devedor da pensão alimentícia, responsabilidade no planejamento familiar. Inadequação normativa processual (pois contrário ao art. 528, *caput* e §§ 1º a 3º, CPC/15, c/c art. 5º, LIV, CF/88) e valorativa constitucional (nos termos do art. 6º, CF/88). Por outro lado, como política pública informativa, o argumento de planejamento seria aceitável. *Vide*, nesse sentido: SPERB, Paula. Prefeitura lança campanha “Só tenha os filhos que puder criar”. *Revista VEJA*, São Paulo, 17 mai. 2018, Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/prefeitura-lanca-campanha-so-tenha-os-filhos-que-puder-criar/>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. *Op. cit.*

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Para o referido autor, as regras específicas do discurso jurídico (a tese do caso especial) são: justificação interna (*verificação se a decisão é deduzida logicamente das assertivas expostas no discurso, sendo que se utiliza não só da lógica deontica do hipotético-condicional do “dever ser”, mas também da lógica pragmática do discurso, ponderando-se diversos conteúdos valorativos*) e justificação externa (*verificação da correção das próprias premissas, mediante as regras da argumentação prática geral, da argumentação empírica, da interpretação, da argumentação dogmática, do uso dos precedentes e das formas especiais de argumentos jurídicos*). Cumprindo-se as justificações internas e externas, resta satisfeita a exigência de consistência da decisão jurídica, ao largo do agir discricionário, promovendo-se controlabilidade, aplicabilidade normativamente adequada, distinções de caso concreto, além da legalidade e legitimidade em um Estado Democrático de Direito (o teste de consistência¹⁷).

Na decisão judicial que, em determinado processo judicial, suspende a CNH por dívida, a *lógica normativa adequada*, pelo que trazido *supra*, tem dois dimensionamentos: um derivado da análise normativa vazia do art. 139, CPC/15, ou pelo menos preenchida por discurso de efetividade executiva; outro, com análise normativamente preenchida pelo art. 833, CPC/15, c/c art. 6º, CF/88, ambos já justificados principiologicamente pelo mínimo existencial.

A primeira análise pode ser assim posta, como consta de decisão judicial de determinado caso concreto, que ampliou a restrição não só para caso da CNH, mas também para passaporte:

Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se, porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva (...) defiro o pedido formulado pelo exequente e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado M. A. S., determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte até o pagamento da presente dívida.¹⁸

A segunda dimensão pode ser resumida da seguinte maneira: na decisão, pode-se apontar um grande problema de *lógica categórico-normativa condicional (justificação interna, cf. Alexy em Teoria da Argumentação Jurídica)*. Isso porque considera que 100% da atividade de viagem (passaporte) e transporte (carteira de motorista) valeria como deleite extremo, quando há *um mínimo controlável* (quanto?) que usa para o *próprio mínimo existencial*: viagem (de negócios? Renda? Lazer?) e transporte (ao trabalho? Descanso?). E aí, o problema: como comensurar esse mínimo

¹⁷ O teste de consistência é uma resposta jurídica mais adequada, pela abrangência normativa principiológica, que o mero teste de *pedigree*, de Hart.

¹⁸ Vide: OLIVEIRA, Mariana. PT questiona no Supremo trecho do CPC que autoriza retenção de documentos. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 mai. 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/pt-questiona-trecho-cpc-autoriza-retencao-documentos>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

inafastável por lei através da decisão judicial? Irá interpor um censor que diga “se usar o carro para trabalho, pode, para viagem de férias, não”? Colocar uma observação nisso na carteira de motorista para a polícia rodoviária federal fiscalizar a intenção de uso para produção para o trabalho (*aspecto do mínimo existencial normativo*) ou para deleite por uma moral-voluntarista expurgável (*aspecto do “não pagou a dívida, fica sem deleite”*)? E o deleite não seria aspecto de um ócio criativo¹⁹ também inserido no mínimo existencial? O próprio mínimo existencial contém, em si, cláusula de maximização, isto é, de que seja sua proteção maximizada pelo Poder Público (verticalidade dos direitos fundamentais) e pelo setor privado (horizontalidade dos direitos fundamentais).²⁰

A justificação externa, nos termos da mesma Teoria da Argumentação de Alexy, seria, aqui, o uso da argumentação dogmática e hermenêutica pelas previsões semântico-sistemáticas do art. 833, CPC/15, c/c art. 5º, LIV, e art. 6º, CF/88. O conteúdo do instrumento geral de poder de efetivação do art. 139, IV, CPC/15, está jungido aos dispositivos retromencionados, até mesmo pelo elemento normativo-valorativo contido na palavra “*necessária*”, ou seja, devendo ser normativamente adequada (“determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias *necessárias* (...)”). Então:

- [A previsão norma-regra de proteção contra restrição e penhora de:]

CPC/15. Art. 833. (...) IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o §2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

- [Com base em princípio já subjacente em seu teor e advindo de comando constitucional, para a proteção do mínimo existencial com pretensão de maximização - mínimo existencial subjacente no princípio-*na*-norma-regra:]

CF/88. 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)

¹⁹ No sentido da necessária higienização corporal e mental inerente ao aspecto humano, bem trabalhado, sociologicamente, no livro de Domenico de Masi, *O Ócio Criativo*.

²⁰ No mesmo sentido: CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, 54/28, p. 239-252, jan./mar., 2006.

- [Bem como o respeito ao devido processo legal na aplicação dos instrumentos legais:]

CF/88. Art. 5º LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

- [Traduzem uma resposta normativa adequada para a densificação do instrumento geral de poder de efetivação do art. 139, IV, CPC/15, controlando-o normativamente.]

Por tudo isso, a resposta normativa adequada, hermenêuticamente e constitucionalmente, é pela impossibilidade de suspensão de título permissivo do cidadão (CNH) para obtenção de renda, trabalho e (até) lazer, pois contém dentro de si, tal título, um mínimo existencial na representação da maximização dos direitos fundamentais previstos no art. 6º, CF/88. A mesma liberdade-direito que jaz na questão do passaporte também jaz na questão da CNH, em razão de aporte normativo-finalístico: “por mais legítima que seja, a prática não pode atropelar o *devido processo constitucional*, menos ainda desconsiderados *direitos e liberdades* previstos na Constituição”.²¹

O assunto em torno dessa e de outras medidas restritivas com base no art. 139, IV, CPC/15, está, atualmente, na pauta do STF, ADI 5941, cuja matéria foi considerada, em decisão publicada DJe 21/05/2018, pelo Min. Rel. Luiz Fux, como “de grande relevância, apresentando especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PROCESSUAL. ARTIGOS 139, IV; 297, CAPUT; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 403, PARÁGRAFO ÚNICO, 536, CAPUT E §1º; E 773, CAPUT, DA LEI FEDERAL Nº 13.105/2015 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS CONSISTENTES NA APREENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E/OU SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR, A APREENSÃO DE PASSAPORTE, A PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E A PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III; 5º, II, XV E LIV; 37, I E XXI; 173, §3º; E 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO DO RITO DO ARTIGO 12 DA LEI FEDERAL Nº 9.868/1999.

3. Conclusão

Inobstante o *agir discricionário seja potencialmente fraco* na análise de normas-regras – pois já dimensionadas em seu princípio subjacente e pronta para aplicação normativa

²¹ Cf. STJ, RHC 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão – Quarta Turma, j. 05/06/2018, *op. cit.*

adequada –, em contraposição a um *agir discricionário potencialmente forte* quando na análise de normas-princípios – pois dependentes da atribuição de uma norma de direito fundamental adstrita (Alexy)²² ou do percurso no romance em cadeia para fins de ajustes de integridade e coerência pela adequação e justificação do ordenamento jurídico, este inserido, pela faticidade (Heidegger), em uma certa comunidade (Dworkin)²³ –, *inobstante tudo isso*, o erro normativo mais grave estará com a hipótese do agir discricionário chamado de potencialmente fraco, pois a justificação interna e externa (Alexy) da decisão jurídica era, juridicamente, mais fácil de apreensão pelo intérprete-aplicador. É no *hard case*, que não é o caso em análise, que se situa a abordagem discursiva com maior carga argumentativo-jurídica²⁴.

Em tempos em que “exercer a crítica no direito é uma tarefa difícil, principalmente em *terrae brasiliis*”²⁵, a conclusão normativa adequada, pelo que visto, não pode (nem deve, juridicamente) ser outra, sob pena de violação da coerência sistêmica valorativa posta no Código de Processo Civil e, mais ainda, na Constituição: o mínimo existencial irradiado no ordenamento jurídico.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, 54/28, p. 239-252, jan./mar., 2006.

²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*

²³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁴ Como exemplo de típico *hard case*, onde não havia norma-regra ainda pronta e adequada normativamente para aplicação, cite-se o caso do Recurso Especial 948944/SP, STJ, julgado em 2008: “No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como *hard case* (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. O pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais *stricto sensu* – direitos sociais fundamentais) traduz-se, *in casu*, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta, norma jurídica – que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão (resultado final da concretização). (J. J. Gomes Canotilho e F. Müller). Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e à criança prevaleçam, em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto”.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência, *op. cit.*

COELHO, Gabriela. Apreender passaporte para sanar dívidas fere direito de locomoção, diz STJ. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 jun. 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-05/apreender-passaporte-sanar-dividas-fere-direito-locomocao>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

DA REDAÇÃO. STJ permite retenção de CNH, mas impede suspensão de passaporte por dívida. *Revista VEJA*, São Paulo, 06 jun. 2018, Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/stj-ordena-devolucao-de-passaporte-a-devedor-que-teve-o-documento-retido/>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX e XIV.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

OLIVEIRA, Mariana. PT questiona no Supremo trecho do CPC que autoriza retenção de documentos. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 mai. 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/pt-questiona-trecho-cpc-autoriza-retencao-documentos>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.36-37.

SPERB, Paula. Prefeitura lança campanha “Só tenha os filhos que puder criar”. *Revista VEJA*, São Paulo, 17 mai. 2018, Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/prefeitura-lanca-campanha-so-tenha-os-filhos-que-puder-criar/>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

STJ. RHC 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão - Quarta Turma, j. 05/06/2018. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 jun. 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/aprensao-passaporte-voto-salomao.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 ago. 2016, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 nov. 2011, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

“Pacote anticrime” – Art. 33, §1º, IV, 11343/06: a superação do enunciado 145, STF, e a renúncia ao conceito de bem jurídico

Tiago de Lima Santos Reid*

Sumário

1. Introdução. 2. Identificação do tema. 3. Criminalização de um delito putativo?

1. Introdução

Diante da compreensível percepção de aumento crescente da criminalidade ou dos riscos¹, a sociedade tem reclamado pela firme atuação do Estado. Inevitavelmente, portanto, contrariando sua natureza subsidiária, o Direito Penal encontra-se em um protagonismo sem precedentes em busca de uma utópica “efetividade”.

A rigor, este protagonismo é sintoma de um “novo momento” experimentado pelo Direito Penal, caracterizado pelo “esgotamento do paradigma passado”, sem, porém, perceber com devida “clareza o modelo que começa a surgir.”² Nesse cenário:

[O] resultado prático é por todos conhecido. Por um lado, há um enfraquecimento das garantias processuais acompanhado de medidas de vigilância altamente invasivas. Mas tudo, certamente, sob o pretexto de uma “boa causa”, tudo para garantir o “bem de todos”, tudo para garantir a segurança.³

Seguramente, o pacote “anticrime” insere-se neste cenário. A questão passa a ser: Afastando-nos dos discursos inflamados e apaixonados, resta-nos refletir, enquanto

* Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Especialista em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogado. Professor de Direito Penal do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Professor de Direito Penal do curso de graduação da Faculdade Redentor/Campos. Palestrante do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense.

¹ “Mais importante que aspectos objetivos é seguramente a dimensão subjetiva de tal modelo de configuração social. Desde essa última perspectiva, nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da insegurança sentida (ou como a sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança”. (SILVA SANCHES, Jesús-María. *A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT. Trad.: ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. 3ª ed., 2013, p. 40.)

² D’ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, vol. 1, nº 1, junho 2013.

³ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, vol. 1, nº 1, junho 2013.

doutrinadores, se as propostas do pacote são compatíveis com nossa Constituição, já que as mencionadas “mudanças sociais têm se convertido em terreno fértil não apenas para a expansão do direito penal, mas, e principalmente, para o surgimento de um direito penal de traços não democráticos”⁴.

2. Identificação do tema

Muito se tem produzido sobre o “pacote anticrime”, que replicou⁵ criticadas⁶ disposições ao texto inicial do (famigerado) Projeto do Novo Código Penal (PLS 236/12).

Em particular, este breve artigo terá como objetivo analisar a alteração proposta para o art. 33, §1º, da Lei nº 11343/06. Conforme a proposta apresentada, incorreria nas mesmas penas do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06:

Quem: vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente.

Visivelmente, pretende-se superar o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do flagrante provocado no tráfico de drogas, compreendido atualmente como um delito putativo: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Seguramente, a “superação legislativa da jurisprudência” pode ensejar questionamentos de ordem constitucional, como historicamente já ocorreu com dispositivos do Código de Processo Penal⁸.

⁴ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, vol. 1, nº 1, junho 2013, p. 65.

⁵ Em especial, a controversa isenção de pena para o excesso na legítima defesa: “Art. 28, §2º, CP: Não se aplica o disposto no parágrafo anterior (excesso punível) em caso de excesso escusável por confusão mental ou justificado medo”. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1553197058946&disposition=inline>. Acesso em: 25/03/2019.

⁶ GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. *Reforma da parte geral do Código Penal: Uma proposta alternativa para debate*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁷ Duras críticas à redação e ao propósito: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime*. Editora Juspodivm, 2019, p. 91.

⁸ No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-2/DF, o então ministro Sepúlveda Pertence alertou que: “a indagação que assim logo se põe é saber se lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República. A resposta é negativa. Certo, a Constituição não outorgou à interpretação constitucional do Supremo Tribunal o efeito de vincular o Poder Legislativo, sequer no controle abstrato da constitucionalidade das leis, quando as decisões de mérito só terão força vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo”. Menos ainda cabe cogitar de vinculação do Legislativo às decisões do STF que diretamente aplicam a Constituição aos fatos: ao contrário das proferidas no controle abstrato de normas, são acórdãos que substantivam decisões tipicamente jurisdicionais, de alcance restrito às partes. O ponto está em que às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição. A circunstância de que a interpretação constitucional convertida em lei ordinária contrarie

No entanto, gostaria de analisar a questão sob um enfoque anterior, considerando que, segundo Roxin, “de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível”⁹.

3. Criminalização de um delito putativo?

Desde 1940¹⁰, o Supremo Tribunal Federal tem compreendido que o flagrante provocado é uma hipótese de delito putativo por obra do agente provocador:

De tal depoimento do próprio condutor do preso, está se vendo que a suposta vítima foi um verdadeiro agente provocador, como é tecnicamente chamado na doutrina, isto é: um indivíduo que provoca outrem a cometer um crime (movido geralmente por vingança) para envolvê-lo num processo criminal e fazê-lo punir. Este “agente provocador”, que é o autor intelectual do crime e o seu instigador, é que cria o crime, porque é quem faz nascer, no instigado, a resolução criminosa. Quanto ao instigado, apenas revela, clara e iniludivelmente, uma resolução criminosa, resolução que não se objetiva, porém porque todas as providências foram tomadas pelo próprio agente provocador para evitar que a tentativa surta efeito, para que se frustre a tentativa; (...) Se assim é, o fato imputado ao paciente não é crime. Parece-me que isto se apura sem necessidade de examinar a prova produzida no processo (...). Sem necessidade de outros elementos de convicção, chego à conclusão de que o fato não constitui crime, tal como consta da denúncia¹¹.

Desde aquela época, nossa Corte Constitucional compreende que a vontade criminosa não pode/deve sobrepor-se aos aspectos objetivos de violação da tipicidade e do bem jurídico.

É óbvio que esta afirmação não encerra a questão. Pode-se, de fato, questionar o seguinte: Seria possível superar esse entendimento ou haveria uma fundamentação que simplesmente impedisse tal postura?

a jurisprudência do Supremo Tribunal – guarda da Constituição – não é, assim, determinante, por si só, da inconstitucionalidade, embora evidencie o desconcerto institucional a que pode conduzir a admissão da interpretação da Constituição por lei ordinária”. Para uma visão crítica sobre o tema, recomenda-se a leitura de: NOVELINO, Marcelo; FELLETT, André *et al.* *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, p. 139.

⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar. Tradução de Luís Greco, 2006, p. 31.

¹⁰ STF, RHC 27566/DF, Rel. Ministro José Linhares, Julgado em 03/07/1940; STF, RE 15531, Rel. Ministro Ribeiro da Costa, Julgado em 26/09/1949; STF, HC nº 38758, Rel. Ministro Gonçalves de Oliveira, Julgado em 25/10/1961; STF, HC nº 40269, Rel. Ministro Gonçalves de Oliveira, Julgado em 27/11/1963.

¹¹ STF, RHC 27566/DF, Rel. Ministro José Linhares, Julgado em 03/07/1940.

Respondendo claramente: Em um sistema que declara abertamente proteger bens jurídico-penais¹², não é possível punir qualquer espécie de “delito putativo” não obstante a vontade criminosa.

Ao legislador não é conferido uma espécie de “poder ilimitado” em matéria penal. Segundo Hassemer, “quem não estiver disposto a reconhecer uma diferença entre lei (positiva) e Direito (justo) não consegue vislumbrar como a punibilidade possa ser fundamentada, não consegue sequer ver onde está o problema”¹³.

Segundo parcela considerável da doutrina especializada, a moderna compreensão de bem jurídico-penal¹⁴ possui uma pretensão “crítica”, pretendendo “mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima.”¹⁵

Haveria, dessa forma, um claro limite ao poder de legislar em Direito Penal. Este limite seria conformado pelo conceito de bem jurídico-penal, que não admitiria a simples “inconveniência” de um comportamento para fundamentar a punibilidade.¹⁶ Essa ideia fundamental seria tão importante que vincularia o legislador: não seria legítima a intervenção penal sem observância deste fundamento¹⁷:

O conceito de bem jurídico que aqui se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Ele se diferencia do assim denominado conceito metódico de bem jurídico, segundo o qual como nem jurídico unicamente se deve entender o fim das normas, a *ratio legis*. Este conceito de bem jurídico deve ser rechaçado, pois não aporta nada que vá mais além do reconhecido princípio de interpretação teleológica. (...) Em um Estado Democrático de Direito, do qual parto como ideia diretriz,

¹² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, parte geral. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 04; CAPEZ, Fernando. *Direito penal*, parte geral. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*, parte geral. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 04; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12ª ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 07/09; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15; MASSON, Cléber. *Direito penal*, parte geral. 10ª ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 09.

¹³ HASSEMER, Winfried. *A história das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176133>. Acesso em: 24/03/2019.

¹⁴ Em apertadíssima síntese, parte-se da premissa de que “são chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas” (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, *Op. cit.*, p. 35.)

¹⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20 e 61.

¹⁶ Em defesa da tese: STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general: el hecho punible*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. MELIÁ, Manuel Cancio; y SANCINETTI, Marcelo A. 4ª ed., 2005, §§ 6, 6, 7 e 9, p.115/117.

¹⁷ Panorama da discussão e pontos de vista em: ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Traducción y notas de la 2ª edición alemana por PEÑA, Diego-Manuel Luzón; DIÁZ, Miguel; y CONLLEDO, García; REMESAL, Javier de Vicente. Civitas, Thompson Reuters: España; RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Ed. Trotta, 2004; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Parte geral, tomo I. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

este estado só pode consistir em um viver em comunidade de forma pacífica e livre, onde se respeitem os direitos humanos dos membros da sociedade. (...) A proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da Teoria do Injusto. O Direito Penal protege, no marco do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos em face dos riscos não permitidos.¹⁸

No mesmo sentido:

El bien jurídico no sólo es una categoría político-criminal, sino también dogmática, cuya afección resulta indispensable para la determinación del injusto; (...) Como todos los demás elementos típicos, la tipicidad de una acción concreta ha de ser establecida no solo sobre la base de la causalidad, sino en referencia de ese elemento referencial que es el bien jurídico protegido¹⁹.

Tomando o bem jurídico como premissa inafastável, parece natural concluir pela impossibilidade de punir o delito putativo, porque não há nenhuma possibilidade de o bem jurídico ser atacado.

Afinal, se o bem jurídico em questão consiste em proteger a “saúde pública”,²⁰ evitando a circulação da droga, como sustentar a punição de um agente provocado por uma autoridade na qual jamais ocorreria tal circulação?

Registre-se que nem mesmo a presença do dolo poderia afastar este raciocínio, já que:

É o bem jurídico o fundamento desde o qual é possível determinar que ações podem ser atribuídas a um tipo legal determinado e quais ficam sem consideração para o Direito Penal, em outras palavras, a ação por si só não diz absolutamente nada para o Direito penal, é o bem jurídico o que permite que uma determinada ação apareça como relevante para o Direito Penal.²¹

¹⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20 e 61.

¹⁹ RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Ed. Trotta, 2004, p. 66 e 82.

²⁰ “O bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa a evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos.” (GRECO FILHO, Vicente. *Lei de drogas anotada*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.)

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan *apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. Op. cit., p.116.

Pensar o contrário é resgatar um dos capítulos mais lamentáveis do finalismo proposto por Hans Welzel²² em que, no afã de vincular o Direito Penal às estruturas lógico-reais (“sachlogisch Strukturen”), “a vontade passou a preponderar sobre o resultado, chegando-se ao absurdo da punição do crime impossível, vale dizer, tão somente daquilo que o autor quis fazer”²³.

Com essa ótica, vê-se que o projeto “anticrime” é, na verdade, uma autêntica renúncia ao bem jurídico²⁴ já que, invertendo a ordem das coisas, confere privilégios aos aspectos “subjetivos” (dolo) em detrimento daquilo que antecede o “objetivo” (tipicidade fundamentada em um bem jurídico).

Não fosse o suficiente, tudo estaria legitimado com os chamados “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente”, exercício mediúnico de presunção daquilo que não se viu:

Usa-se o conhecido “jeitinho” para incriminar alguém que é vítima de flagrante preparado pela polícia “descaracterizada”. O jeito encontrado é o descrito na parte final do inciso IV do §1º do enunciado em tela correspondente ao art. 33 da Lei de Drogas: se for entregue droga a agente disfarçado, haverá crime de tráfico, desde que “presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente”. A “colher de chá” é a suposição de que tudo está justificado, diante da enigmática expressão “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente.” (...) Vale dizer, ainda, que o anteprojeto pretende regular direito criminal (que deveria ser

²² Vide: REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas?*

²³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal. Op. cit.*, p.163. Críticas em: REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas?* Disponível em: <https://www.uniflu.edu.br/arquivos/artigos/tiago-finalismo.pdf>.

²⁴ Exatamente pelo significado de bem jurídico, não se concorda com a crítica de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar: “Note-se ainda que as figuras do ‘agente infiltrado’ (Lei nº 12.850/2013) e ‘agente encoberto’ (pacote anticrime) podem se apresentar como ‘agente provocador’. Ou seja, aqueles agentes podem atuar na preparação e no incentivo de crimes atuando ilícitamente. A diferença é que a proposta de se inserir o “policia disfarçado” coincide, de acordo com o texto, com a figura da provocação do flagrante e com a produção de prova ilícita, máxime quando se fala na venda de drogas ao próprio agente (que não espera o delito, mas participa da cena, adquirindo a substância entorpecente).” TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime*. Editora Juspodivm, 2019, p. 92. É de se destacar que o bem jurídico provoca uma reformulação no tipo penal: Sendo o tipo dotado de um sentimento (proteção de bens jurídicos), foi necessário desenvolver uma teoria mais apurada acerca da adequação típica com o propósito de alinhá-la ao injusto, ou seja, compreender a adequação típica além da mera causação; além da mera realização do verbo típico; pois, em última análise, nem todo resultado naturalístico ofende os bens jurídicos. Idealizaram-se, assim, pressupostos que pudessem filtrar a subsunção à parte objetiva do tipo, primeira referência para as demais valorações típicas. Logo, a parte objetiva do tipo enriqueceu; deixou de ser compreendida como mero “fazer” ou “não fazer”, segundo um simples raciocínio de eliminação hipotética, passando a estar alinhada ao sentido conferido ao bem jurídico e a resolver, desde o tipo objetivo, problemas de imputação sem recorrer à finalidade do agente. Esse foi o propósito da teoria batizada de imputação (subsunção à parte) objetiva (do tipo). Segundo Roxin: “Ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do direito penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica, abstraindo de suas variadas manifestações ônticas.” (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 79.)

claro, estrito – mas é ambíguo!). No dispositivo, fala-se “elementos probatórios ‘razoáveis’” de delito anterior. Que é isso? De que ordenamento jurídico se retirou a inspiração para o uso da palavra “razoáveis”? Imagine-se: o agente policial “disfarçado” (sem farda ou fantasiado?) pede para comprar drogas a um suposto traficante de drogas, oferecendo-lhe dinheiro. Antes de se tornar perfeita a venda, surge a voz de prisão. Houve provocação da situação de flagrante? Havia condições de se consumir o delito de tráfico? É proceder do Estado aceitável eticamente ou em conformidade com as garantias do art. 5º, CF? Esse é o sentido do enunciado do anteprojeto. Depois de “preso” com a prova ilícita decorrente da provocação, somado ao elemento “probatório” anterior “razoável”, oferece-se uma “barganha”. Em síntese, teremos uma fábrica de fazer presos. E de forma muito facilitada²⁵.

Essa proposta revela que:

[U]ma ciência penal subserviente à política criminal presta um desserviço em tempos difíceis como os de hoje. É preciso ter claro que o reconhecimento e a defesa de direitos e garantias fundamentais implicam necessariamente limites às políticas públicas de segurança.²⁶

Resgatando, pois, os postulados de Liszt, é preciso reconhecer que “somente quando esses precisos limites forem levados a sério sem qualquer tergiversação, será possível, a partir do direito penal, avançar no sentido da recondução do Estado de Direito às razões que lhe dão fundamento”.²⁷

Espera-se, como entusiasta do conceito crítico de bem jurídico, que a proposta em análise seja rejeitada, transformando-se na lembrança de quando “os interesses do poder se dobraram diante das exigências da razão”²⁸.

²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime*. Editora Juspodivm, 2019, p. 92

²⁶ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, vol 1, nº 1, junho 2013, p. 65.

²⁷ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, vol 1, nº 1, junho 2013, p. 65.

²⁸ GRECO, Luís. *O projeto de lei do Código Penal e sua retórica*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-14/luis-greco-projeto-lei-codigo-penal-retorica>. Acesso em: 24/03/2019.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



Fostering Integrity Online: from open data to interpreted data¹

Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento*

The fight against corruption is a recurring theme in Brazilian history. Despite the undeniable recent advances of the judiciary in this area, revealing old multi-million dollar schemes and condemning the guilty, in 2018, Brazil worsened its position in the Corruption Perceptions Index. Therefore, only acting repressively when dealing with the problem has proved insufficient. Repressing acts of corruption will always be a legal and institutional necessity because there will always be those who will choose an illegal path. However, by only acting after public funds are diverted, the public manager is deprived of the possibility of immediately turning those amounts into assets for citizens, and a long and uncertain investigation that may or may not turn into an equally long and uncertain legal process is required.

There should, therefore, also be a focus on preventing acts of corruption. The use of internet applications (apps) to enhance transparency and accountability is intended to contribute to the debate focused on preventing acts of corruption and, as a consequence, may help to avoid the occurrence of damage to public patrimony and reduce the demand for repressive action. It should be noted that apps (short for applications) are computer programs that may be made to run in web browsers, on mobile devices, or both.

What does the internet add to the playing field? How can apps be used for such a purpose? Furthermore, are they effective tools that can help to prevent corruption? The internet democratizes access to information, allowing data to flow further, faster, and cheaply. It has dramatically changed the form of storage, search, acquisition, and distribution of information worldwide.

In Brazil, the right to information is ensured among others, in Article 5, items XIV and XXXIII of the Constitution of the Federative Republic, which guarantees to everyone access to information, protects the confidentiality of the source when necessary for professional exercise, ensures to everyone the right to receive from public agencies information of their particular interest or information of collective or general interest (except those whose secrecy is indispensable to the security of society and the State), and establishes an obligation of public officials to provide such information or they will be subject to administrative misconduct sanctions.

¹ Ensaio originalmente publicado no livro *Integrity, A Valuable Proposition*, lançado por ocasião do "ICC's International Integrity & Anti-Corruption Conference", na cidade da Haia, Holanda, em 7/12/2018. Disponível em: <http://www.weekvandeintegriteit.nl/booklet/>.

* Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Direito pela escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ). Vencedora da competição de pesquisa acadêmica "2018 OECD Youth ResearchEdge Competition" do Fórum Global Anticorrupção e Integridade da OCDE, Paris.

Brazil is a civil-law system with a detailed Constitution and an extensive amount of ordinary laws. In 2011, the Law on Access to Information (Ordinary Law 12.527/2011) was published. It regulates the fulfilment of this duty by the government and, among many other obligations, in Article 8, *caput*, concurrently with paragraph 2 of that Article, establishes the responsibility of public agencies and entities to promote the dissemination of information of collective or general interest that they produce or custody on official websites on the internet. The law also states that such websites must meet specific requirements, among them, the requirement to contain content search tools that allow access to information in a manner that is objective, transparent, clear, and easy to understand (art. 8, paragraph 3, I). Thereby emphasizing that information should not only be made available but that this should be done in a manner that makes the information broadly and easily accessible for all. Based on this law, several public agency websites now have a specific link to “access to information”, which provides the legally required data.

The underlying principle of this legal standard is clear: the relationship between information and democracy is essential. Democracy fades when the truth is hidden. A system in which democratic decisions are based on misleading data is an imperfect democracy. Enhancing transparency and providing information of better quality to citizens improves the quality of decisions and contributes to a better-informed society and to the construction of a full democracy.

The Federalists Papers (USA) already highlighted how vital the distribution of knowledge of and information on political dealings is to the health of democracies. Disclosing data concerning public officials and affairs is fundamental to allow social control, without which there is no truly democratic regime. Hence, a digital archive of official data empowers citizens, facilitating their access to information of public interest.

However, even though disclosure of data is required to establish a means of communication between the public sector and the citizens, it is not enough. The virtualisation of the world has overwhelmed us with an incredible volume of raw information. The internet is the most extensive collection of knowledge ever developed by humanity. In this context, just disclosing the data is not sufficient. In an ocean of information, developing methods to process and interpret records is also essential. In order to be truly transparent, the disclosed data must be processed: it must be read, analysed and interpreted.

The use of internet apps can be helpful in the processing of the disclosed data. In Brazil, many initiatives have emerged. For the 2018 general elections, a website for consumer complaints called “Complaint Here” (*Reclame Aqui*) developed an app called “corruption detector”. The app uses facial-recognition technology to cross photos of candidates and politicians with official information about them available on the webpages of the Courts of Justice, indicating both whether they are subject to lawsuits and the type of lawsuit. It is interesting that although it is a private sector initiative, it “crawls” through open data from the public sector websites but adds a user-friendly interface to deliver the result in an easily understandable manner.

The Rio de Janeiro State Public Ministry has been developing a network of apps for such a purpose. Two examples of the first generation are Citizen Manager and Building Internal Control. The first app lists lawsuits by municipality and calculates the total amount of money currently claimed in court by local prosecutors against public and private agents accused of corruption or damaging the treasury. The app allows citizens to simulate how that money could be spent on public policies such as building schools or hospitals, thereby revealing the true cost of corruption. The second app ranks municipalities by their level of internal control maturity, which is calculated on the basis of elements such as audit, internal affairs, transparency, budget, and planning. By choosing these as the elements to demand, the project aims to fortify integrity, since governments will try to comply with the standards to avoid the embarrassment of having their images linked to poor governance. Therefore, they will work to enhance internal control according to these criteria, in order to minimise bad publicity.

Together, these two apps work to increase publicity, transparency, and accountability in the public sector, acting as mechanisms to prevent corruption because both the parties and contracts questioned in court, as well as the damage caused by them are exposed. Governmental authorities are also exposed since the comparison reveals the deficiencies of each municipality, outlining risks to integrity. It is expected that these apps will enhance citizenship, public trust, and good governance while decreasing litigation, misuse and misappropriation of public resources, resulting in less corruption.

However, there is no miracle here. These apps are a contribution to the fight against corruption, but not a silver bullet. Digitalisation is a necessary evolution due to the volume of information available nowadays. Institutions that remain restricted to analogue data processing tend to be left behind as they will fail to keep pace with the technological evolution of society. However, without the effective use of these tools by citizens and public servants, no change will come.

The effectiveness of these tools lies especially in raising awareness and facilitating, each one a little, social control. When anti-corruption bodies do their work, but do not show it to the citizens, a false perception of widespread corruption can be generated among the people. Therefore, facilitating the interpretation of the data disclosed and displaying the results of the actions taken by the public sector are essential to reduce the general sense of impunity and vital to foster public trust.

The effectivity of such apps may be reduced if, for example, the app interprets the data in a misleading way or if they are being used in a country with scarce internet accessibility. What if the interpretation of the information by the app seems misleading? A possible solution might lie in providing the code of the app to allow auditing by the people, which will then be responsible for quality control. It is worth remembering that the capacity to produce collective knowledge on the internet is based mainly on peer review.

As to the question whether such apps are still effective if, in a certain country, access to the internet is scarce. The answer could be: For this proposal to be effective, the percentage of the population with access to the internet is irrelevant. If only 10% of the people are connected, it is for this 10% that the data should be disclosed and interpreted. In other words, regardless of the percentage of people who have online access, if those who have access to the internet are better supplied with information about their government affairs and public expenses, the prospect will be better than having no information online. They are the ones who will exercise social control online and will have the social responsibility to disclose this information through other media, such as radio, newspapers or television.

It is expected that the increasing development and use of artificial intelligence, blockchain, and big data analytics will open more possibilities in the future, reshaping anti-corruption tools, updating traditional methods, and reaffirming the idea presented in this essay, that is: internet apps can and must be used to promote integrity.

25 anos do Plano Real¹

Ives Gandra Martins*

Em 2019, comemoram-se os 25 anos do Plano Real. Foi um autêntico ovo de Colombo, a formatação da estrutura do projeto, que redundou, em 1994, no fim da superinflação, em que vivia o país.

Todos os planos anteriores (Cruzado, Bresser, Verão, Collor) foram um fracasso, por não terem percebido, seus arquitetos, que a mera criação de um deflator nas projeções de inflação era insuficiente num país que convivia com múltiplos índices corretivos. Nos planos anteriores, a situação assemelhava-se à imagem seguinte: se numa autoestrada, em que os veículos correm em velocidades diferentes, todos brecassem ao mesmo tempo, haveria abalroamentos de todos eles. Os planos anteriores fracassaram, pois os índices e os prazos de vigência distintos provocaram choques inevitáveis e descompassos naturais.

Por outro lado, os sucessivos ocupantes do Executivo nunca atentaram para o real problema do *deficit* público brasileiro. Steven Webb, em seu livro *Hyperinflation and Stabilization in Weimar Germany*, mostra que a hiperinflação alemã, após a 1ª Guerra Mundial, decorria de absoluto descontrole orçamentário, o que levou a um choque real em 1923, comandado pelo Ministro Hjalmar Horace Greeley Schacht, culminando com a criação do “Marco forte” a partir de controle drástico das despesas públicas.

Fernando Henrique Cardoso e sua equipe, no Ministério da Fazenda, perceberam que o “*deficit* público”, decorrente da inconfiabilidade do sistema, se não fosse controlado, continuaria a pressionar, como nos planos anteriores, a inflação, levando a seu fracasso e, por isto, em fins de 1993 apresentou orçamento equilibrado e, em março de 1994, o Plano Real. Conseguiram, simultaneamente, pela primeira vez em muitos anos, uma folga nas reservas cambiais. Criaram, então, duas moedas: uma de conta, corrigida pela URV, e outra, de pagamento, que ostentava desvalorização de 50% ao mês. Impuseram, todavia, que todos os variados índices de correção de inflação desembocassem na URV. No momento em que mais de 95% dos índices tinham se convertido num único índice, ao mudar a moeda de conta para a moeda de pagamento, eliminou-se a inflação, pois a URV passou a ser o real. Com reservas em dólares, conseguiram, de imediato, coibir a especulação cambial e, sem *deficit* público, o Estado deixou de pressionar o valor da moeda.

Com isto, ao darem início a seu Plano, em um 1º de julho, há 25 anos, conseguiram que o Real, de início, superasse o Dólar, e, no tempo, reduziram a inflação a índices civilizados, *bastando comparar, nesse período, a desvalorização do peso argentino, superior a 10 vezes o valor do Real (1 Peso = 0,09628 Real)*.

¹ Texto publicado na seção “Ponto Final” da Revista “Bonijuris”, ano 31, edição 657, abr./maio de 2019.

* Professor Emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra. Advogado.

O certo é que a política correta do Banco Central, seja na presidência de Fernando Henrique ou na condução de Henrique Meirelles e, apesar dos desmandos do Governo Dilma, corrigidos pelo governo Temer, não permitiu que a moeda tivesse seu valor deteriorado como em outras economias latino-americanas, visto que o Banco Central tem conservado a espinha dorsal daquele plano. O certo é que a inflação, hoje, está em torno de 3,8% ao ano, abaixo do ponto médio das denominadas metas da inflação (4.5%) e as reservas atuais do Brasil mantêm-se, confortavelmente, no patamar de aproximadamente 375 bilhões de dólares. É de se lembrar que conseguiu, o governo Itamar, segurar, nos primeiros meses, as pressões especulativas do Dólar, adotando também política de redução do imposto de importação para permitir a entrada de produtos estrangeiros a preços não especulativos.

Um país que não controla a inflação não tem moeda. A verdade é que a moeda não existe se não houver confiança e a confiança resultante do Plano Real permitiu que substituíssemos índices inflacionários por uma moeda que se mantém estável, malgrado os problemas da Lava Jato e um *"impeachment"* presidencial. Até mesmo o despreparo da Presidente Dilma em cuidar da moeda não foi capaz de derrubá-la, tendo hoje, em face do Dólar, valor maior do que em 2002, quando o Dólar chegou, em meados do ano, a atingir 4 Reais. Felizmente, o Brasil adquiriu o direito de ter moeda.

Direitos sociais e propinas no ensino superior¹

Os que podem pagar devem pagar. A frequência do ensino superior não tem de ser gratuita quando as condições dos alunos o dispensem.

Jorge Miranda*

Os direitos económicos, sociais e culturais são, no contexto do Estado de Direito democrático, direitos universais e não direitos de classe. Tal não obsta a que, por estribadas na ideia de uma igualdade real a construir, as incumbências públicas correlativas da sua realização consintam alguma adequação em função das condições concretas dos seus titulares ou beneficiários.

Direitos de libertação de necessidade e expressão de solidariedade organizada são direitos de todos – porque todos fazem parte de uma só comunidade e porque todos, conforme as suas circunstâncias e vicissitudes, podem vir carecer dos correspondentes bens. Porém, precisamente porque há desigualdades de facto, as prestações em que se projetam hão de tomá-las em conta podem ser diferenciadas e hão de ser suportadas desigualmente de acordo com as capacidades económicas.

É o próprio princípio de igualdade que o exige, assim como insuperáveis limites financeiros – a efetividade das normas constitucionais em relação aos direitos derivados a prestações, no seu conjunto. É também uma exigência de uma sociedade aberta e solidária.

Por um lado, recai sobre o Estado assegurar, por meio de impostos, a assistência materno-infantil, os cuidados primários de saúde, o ensino básico e o secundário obrigatórios, o apoio no desemprego, a integração das pessoas com deficiência e dos marginalizados, o auxílio material às vítimas de crimes e de calamidades naturais etc. A essencialidade dos bens, assumida pela consciência coletiva do país nesta época histórica, justifica-o.

¹ Artigo publicado no Jornal “Público”, Caderno “Atualidade”, Seção “Opinião”, em 12 de janeiro de 2019. Disponível em: <www.publico.pt>.

* Doutor em Ciências Jurídico-Políticas. Participou na elaboração das constituições Portuguesa (1976), de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e do Timor-Leste (2001). Autor de mais de duas centenas e meia de publicações, entre monografias, manuais, lições policopiadas e artigos científicos, salientando-se os títulos: Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade (1968); A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional (1975); A Constituição de 1976: formação, estrutura e princípios fundamentais (1978); Manual de Direito Constitucional (1981); Direito da Economia (1983), Estudos de Direito Eleitoral (1995); Direito Internacional Público (1995); O Constitucionalismo Liberal Luso-Brasileiro (2001) e Teoria do Estado e da Constituição (2002). Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Por outro lado, quanto às restantes necessidades – ou porque não afetam identicamente todos os cidadãos ou porque não revestem para todos o mesmo significado ou porque dependem de circunstâncias nem sempre previsíveis –, pode justificar-se uma partilha dos custos da sua satisfação (até porque se verifica uma partilha de benefícios). O Estado deve pagar uma parte, os próprios, outra parte e até onde possam pagar.

Os que podem pagar devem pagar. E é preferível que paguem em parte (até certo limite do custo real) o serviço ou o bem, diretamente, por meio de taxas, e não indiretamente, mediante impostos, por três motivos: 1) porque assim tomam consciência do seu significado econômico e social e das consequências de aproveitarem ou não os benefícios ou alcançarem ou não os resultados advenientes; 2) porque, em muitos casos, podem escolher entre serviços ou bens em alternativa; 3) porque mais de perto podem controlar a utilização do seu dinheiro e evitar ou atenuar o peso do aparelho burocrático.

Diversamente, os que não podem pagar não devem pagar (ou devem receber prestações pecuniárias – bolsas, pensões, subsídio de desemprego – para poderem pagar).

Mas a fronteira entre necessidades básicas e outras necessidades não é nunca rígida nem definitiva. Depende dos estágios de desenvolvimento econômico, social e cultural e da situação do país. E é também o sufrágio universal que, em cada momento, a traça, através das políticas públicas adotadas pelos órgãos nele baseados.

O que se diz em doutrina geral tem uma aplicação clara no respeitante, por exemplo, ao ensino superior. Se no Serviço Nacional de Saúde – que é universal e geral – se atende às condições econômicas e sociais dos cidadãos [art. 64º, nº 2, alínea a) da Constituição], o mesmo deverá – por maioria de razão – verificar-se no ensino superior: a gratuidade aqui há de ser outrossim função das condições econômicas e sociais.

O contraste entre os ensinos básico e secundário e o ensino superior entremostra-se não menos flagrante. Aquele é tornado universal e obrigatório e, por isso, pode e deve ser gratuito, pelo menos nas escolas públicas: porque beneficia toda a comunidade, esta deve suportar integralmente o seu custo. De diverso modo, o ensino superior, visto que não é universal, tem uma gratuidade a ser conseguida progressivamente e moldável em razão das condições econômicas e sociais: ele deve ser gratuito quando as condições dos alunos o reclamem, porque senão frustrar-se-ia o acesso dos que tivessem capacidade; não tem de ser gratuito quando as condições dos alunos o dispensem.

A frequência do ensino superior implica, ao mesmo tempo, o exercício de um direito pessoal complexo (ou de um feixe de direitos pessoais) e um instrumento de elevação do nível educativo, cultural e científico do país (arts. 43º, nº 1, e 76º, nº 1). É um benefício para os próprios e um benefício para a coletividade. Logo, afigura-se justo, no plano dos valores constitucionais, que aqueles que podem pagar a sua quota-parte desse benefício ou contribuir para o pagamento de certo montante desta quota-parte o venham a fazer.

Em suma: se as condições econômicas e sociais – quer dizer, as necessidades e os rendimentos do agregado familiar [citados arts. 67º, nº 2, alínea f), e 104º, nº 1] – não permitirem qualquer forma de pagamento, impor-se-á a gratuidade no ensino superior; se, porém, elas permitirem o pagamento (ou uma parte do pagamento), a isenção deste não só não apresentar-se-á fundada como poderá obstar à correção de desigualdades.

O problema que fica – e não só quanto ao ensino superior – é a desigualdade de custos nas escolas públicas e nas não públicas (com a agravante de os alunos, vindos de meios socioculturais mais elevados, conseguirem mais facilmente ficar com melhor classificação nos exames de acesso ao ensino superior). Para que houvesse igualdade real e liberdade de escolha, teria de ser assegurado a quem desejasse frequentar umas ou outras escolas os indispensáveis meios econômicos (fosse de que maneira fosse).



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO ADMINISTRATIVO

MPRJ Nº 2019.0000764174

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir do Ofício CSI nº 766/2019, da Coordenadora de Segurança e Inteligência, no qual solicita à Chefia Institucional orientação acerca da atuação daquele órgão de inteligência no que tange à análise, realizada pelo seu Laboratório de Combate à Lavagem de Dinheiro, dos Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs), elaborados pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, após decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal que determinou a suspensão dos inquéritos policiais e procedimentos de investigação criminal em tramitação nos ramos do Ministério Público brasileiro, instaurados a partir de informações constantes dos RIFs, quando não obtidos a partir de autorização judicial, até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP.

Considerando que a consulta formulada foi dirigida à Chefia Institucional, os autos vieram a esta Consultoria Jurídica para manifestação.

II

Em 15 de julho de 2019, o Presidente do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, com repercussão geral reconhecida, que pode ser dividida em dois aspectos distintos: um afeto ao tema objeto de discussão na relação processual, com base no art. 1.035, §5º, do CPC, que permite a suspensão dos processos judiciais em andamento, e outro estranho a essa relação processual, “com base no poder geral de cautela”, que o Presidente entendeu possuir no caso concreto.

O dispositivo da decisão proferida tem o seguinte teor:

1) determino, nos termos do art. 1.035, §5º, do CPC, a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento, que tramitem no território nacional e versem sobre o Tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão Geral;

2) determino, com base no poder geral de cautela, a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PICs), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADIs nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de minha relatoria, jul. 24/2/16, DJe 21/10/16).

O tema referido no item 1 da decisão possui os seguintes contornos, *verbis*:

Constitucional. Processual penal. Compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pelo fisco no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem a intermediação do poder judiciário. Transferência de informações em face da proteção constitucional da intimidade e do sigilo de dados. Art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal. Questão eminentemente constitucional. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, a repercutir na esfera do interesse público tema com repercussão geral.

Apesar de o tema, teoricamente, delimitar o âmbito de apreciação judicial, a decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal foi proferida a partir de petição protocolizada pela defesa do Senador Flávio Nantes Bolsonaro, investigado em procedimento investigatório criminal instaurado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, cujos indícios iniciais foram obtidos a partir de informações constantes dos Relatórios de Inteligência Financeira elaborados e encaminhados pelo COAF.

De acordo com a defesa do Senador, a questão suscitada apresenta evidente similitude com a matéria objeto do Tema 990 de repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário em epígrafe, motivo pelo qual requereu a suspensão da tramitação do procedimento investigativo instaurado pelo MPRJ, bem como os seus respectivos desdobramentos judiciais, até que o Plenário julgue o mérito da questão, cuja pauta está prevista para o dia 21 de novembro de 2019.

Em sua manifestação incidental, aduziu a defesa do Senador que “o D. MPRJ utilizou-se do COAF para criar ‘atalho’ e se furtar ao controle do Poder Judiciário.

Sem autorização do Judiciário, foi realizada devassa, DE MAIS DE UMA DÉCADA, nas movimentações bancárias e financeiras do Requerente em flagrante burla às regras constitucionais garantidoras do sigilo bancário e fiscal. Houve extrapolação da autorização de compartilhamento de informações entre o MPRJ e o COAF e, até mesmo, quanto ao tipo e à forma de obtenção de dados pelo próprio COAF". Diante disso, segundo a defesa, o procedimento criminal instaurado pelo Parquet fluminense seria nulo desde seu nascedouro.

Em sua decisão, assinalou o Ministro Presidente que: (i) *o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade pelo Plenário, no qual se reconheceu a constitucionalidade da LC nº 105/2001¹ (ADIs nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, todas de minha relatoria, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16), foi enfático no sentido de que o acesso às operações bancárias se limita à identificação dos titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, ou seja, dados genéricos e cadastrais dos correntistas, vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou [a] natureza dos gastos a partir deles efetuados, como prevê a própria LC nº 105/2001;* (ii) *a depender do que se decidir no paradigma da controvérsia, o risco de persecuções penais fundadas no compartilhamento de dados bancários e fiscais dos órgãos administrativos de fiscalização e controle com o Ministério Público, sem o adequado balizamento dos limites de informações transferidas, podem redundar em futuros julgamentos inquinados de nulidade por ofensa às matrizes constitucionais da intimidade e do sigilo de dados (art. 5º, incisos X e XII, da CF);* (iii) *esses argumentos levam-me a concluir pela necessidade de se aplicar o disposto no art. 1.035, §5º, do CPC, de modo a suspender o processamento de todos os processos judiciais em andamento, que tramitem no território nacional e versem sobre o assunto discutido nestes autos. Penso que, dessa maneira, impede-se a multiplicação de decisões divergentes ao apreciar o mesmo assunto. A providência também é salutar à segurança jurídica;* (iv) *de mais a mais, forte no poder geral de cautela, assinalo que essa decisão se estende aos inquéritos em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADIs nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de minha relatoria, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16);* (v) *com base nos fundamentos suso mencionados, considerando que o Ministério Público vem promovendo procedimentos de investigação criminal (PIC), sem supervisão judicial, o que é de todo temerário do ponto de vista das garantias constitucionais que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, revela-se prudente ainda suspender esses procedimentos que tramitam no território nacional e versam sobre o mesmo tema, de modo a evitar eventual usurpação de competência do Poder Judiciário;* destacou, por fim, que (vi) *a decisão não atinge as ações penais e/ou procedimentos investigativos (Inquéritos ou PICs), nos quais os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, que foram além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, ocorreram com a devida supervisão do Poder Judiciário e com a sua prévia autorização.*

¹ Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

Como se constata, a relação processual na qual foi proferida a decisão discute o compartilhamento, com o Ministério Público, de dados bancários e fiscais pelo fisco, os quais foram obtidos com base na Lei Complementar nº 105/2001, que, em seus arts. 5º e 6º, dispôs sobre o repasse, à administração tributária, de informações sobre as operações financeiras, as quais ficariam restritas à *“identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.”* Não é por outra razão que o Ministro Presidente se valeu justamente dessas expressões, fazendo menção à *identificação dos contribuintes* e aos *valores globais*. Ainda, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade desse repasse: Pleno, ADI nº 2.859/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 24/02/2016, DJ de 21/10/2016.

O que parece ter passado despercebido ao Ministro Presidente é que o COAF atua a partir de parâmetros normativos substancialmente distintos e tem uma funcionalidade diversa daquela que recai sobre o fisco, atuando na repressão à lavagem de dinheiro. Vale lembrar que a Lei Complementar nº 105/2001, em seu art. 2º, §6º, dispõe que *“o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, de que trata o art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei.”* Este último preceito, por sua vez, faz menção ao dever de ser dispensada *“especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei ou com eles relacionar-se”*. O preceito, como se percebe, faz menção às *“operações”*, que devem ser concebidas em sua individualidade, não guardando qualquer relação, portanto, com a concepção de *“montantes globais”*, que somente interessa ao fisco. A Lei Complementar nº 105/2001, em seu art. 1º, §3º, IV, também dispõe que não constitui violação de sigilo a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, *“abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática ilícita”*.

Como já tivemos oportunidade de afirmar², a constatação de que certas espécies de ilícitos, quer em razão de sua pulverização no tecido social, quer em decorrência do respectivo *modus operandi*, não se exauriam com a simples prática da conduta vedada, gerando um proveito econômico que não só recompensava o autor do ilícito, como realimentava o sistema, tornou necessário o redimensionamento dos mecanismos tradicionais de coibição. O refinamento das organizações criminosas exigiu fosse instituída uma segunda ordem de ilícitos, cujo objetivo primordial seria impedir a utilização, mansa e pacífica, do capital auferido com a prática de condutas ilícitas.

As primeiras iniciativas, com especial realce para o sistema norte-americano (Lei Ricco, de 1986), buscaram intensificar o combate ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, tipificando, penalmente, os atos voltados à concessão de uma aparência de licitude ao capital de origem ilícita. As dificuldades encontradas na coibição do tráfico propriamente dito seriam enfrentadas com a retirada do proveito econômico

² Cf. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 388.

obtido com a sua prática. Coibia-se, assim, a denominada *lavagem* ou o *branqueamento* de dinheiro. Lava-se ou branqueia-se o que está sujo com o objetivo de limpá-lo.

No plano internacional, merece referência a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, celebrada em Viena, em 20 de dezembro de 1988³. Além de dispor sobre a necessidade de tipificação penal da lavagem de dinheiro, essa Convenção teve o mérito de traçar os primeiros lineamentos de um sistema de inteligência e cooperação, voltado ao mapeamento das operações de origem suspeita. Para tanto, previa a criação de agências governamentais, em cada um dos Estados-partes, com a atribuição de combater a lavagem de dinheiro. São as Unidades Financeiras de Inteligência (*Financial Intelligence Units - FIU*). Essas estruturas podem apresentar contornos bem diversificados, como o judicial, o administrativo, o policial ou investigativo e o misto, o mesmo ocorrendo em relação aos seus poderes, que podem abranger a quebra de sigilo de dados e a decretação de indisponibilidade de bens, a exemplo do que se verifica na Alemanha e no Reino Unido, ou limitar-se ao recebimento, análise e repasse de informações. O importante é que possuam autonomia e centralizem a informação, de modo a evitar que a sua fragmentação comprometa o juízo de valor a ser realizado. Essas são as diretrizes estabelecidas pelo Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI)⁴, organização intergovernamental criada em 1989 e que busca desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais na área, e pelo Grupo Egmont, que se reúne desde 1995 e tem por objetivo estimular a cooperação entre as Unidades de Inteligência Financeira.

No âmbito das Comunidades Europeias, a Diretiva nº 91/308/CEE dispôs sobre a “prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais”, motivando a inserção de alterações nas ordens jurídicas dos Estados-membros. Em 2001, além da ampliação do rol de crimes antecedentes, sendo alcançados todos os crimes graves (incluindo o terrorismo e a fraude contra as finanças da Comunidade), o controle passou a ser direcionado não só ao setor financeiro, como, também, àqueles setores mais propícios à utilização para a lavagem de dinheiro (v.g.: auditorias externas, atividade notarial, advocacia, comércio de pedras e metais preciosos, obras de arte, transporte de valores e cassinos).

A partir da constatação de que a configuração da lavagem de dinheiro pressupõe a prática de um ilícito antecedente, a doutrina tem agrupado os distintos sistemas existentes em três gerações, conforme a amplitude conceitual dos ilícitos que podem redundar na lavagem de dinheiro. Nos sistemas de primeira geração, o ilícito (penal) originário é tão somente o tráfico de entorpecentes, o que afasta a caracterização da lavagem de dinheiro a partir da prática de qualquer outro. Nos de segunda geração, que absorvem a maioria dos países, há uma relação de crimes que podem culminar com a lavagem de dinheiro. Nos de terceira geração, por sua vez, do que é exemplo o art. 305 do Código Penal suíço de 1990, a lavagem de dinheiro (*blanchissage d'argent*) pode ser antecedida pela prática de qualquer crime⁵.

³ A Convenção foi ratificada, no Brasil, por meio do Decreto nº 154, de 26/6/1991.

⁴ Vide Recomendação nº 26, de 2003.

⁵ O Código Penal francês, com as alterações promovidas pela Lei nº 96.392, de 13 de maio de 1996, fala genericamente em bens oriundos de crime ou delito (art. 324-1). O Código Penal espanhol, de 1995, fala em bens que tenham “*su origen en un delito grave*” (art. 301, 1).

O Brasil, como se sabe, esteve incluído nos sistemas de segunda geração. Afinal, a Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro) optou por relacionar um rol de ilícitos penais, entre os quais os crimes contra a Administração Pública, que deveriam ser vistos, disjuntivamente, como *conductio sine qua non* à tipificação do crime de lavagem de dinheiro. Somente com o advento da Lei nº 12.683/2012, que introduziu alterações no referido diploma legal, é que o País passou a ser incluído nos sistemas de terceira geração, de modo que qualquer infração penal, mesmo que ainda não tenha sido objeto de julgamento, pode configurar o ilícito antecedente.

No direito brasileiro, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) é a Unidade Financeira de Inteligência a que se refere a Convenção de Viena, criado pela Lei nº 9.613/1998 (art. 14) e integrante do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei nº 9.883/1999 e regulamentado por decreto do Presidente da República. Foi adotado o modelo administrativo, não detendo o COAF poderes jurisdicionais e não realizando atividades investigativas. Seus membros são livremente escolhidos pelo Poder Executivo, o que pode torná-lo suscetível a ingerências de ordem política.

As atividades do COAF são primordialmente direcionadas à identificação de operações suspeitas e à comunicação às autoridades competentes. Em caráter suplementar, supervisiona as atividades de setores que não contam com órgãos próprios destinados a esse mister (v.g.: o sistema financeiro nacional é controlado pelo Banco Central do Brasil).

Compete ao COAF elaborar os Relatórios de Inteligência Financeira (RIF), que são direcionados, nos termos do art. 15 da Lei nº 9.613/1998, às autoridades competentes para investigar os ilícitos praticados, o que é feito por meio do Sistema Eletrônico de Intercâmbio - SEI-C. A sua atuação é subsidiada pelas comunicações realizadas pelos setores obrigados, integrados pelas pessoas físicas e jurídicas que desenvolvam as atividades referidas no art. 9º, a exemplo de instituições financeiras, fundos de previdência complementar, comércios de bens de luxo ou de alto valor etc. Essas comunicações são subdivididas em *comunicação de operação suspeita*, em que o obrigado identifica indícios da prática de ilícito, e *comunicação de operação em espécie*, que decorre de movimentações em dinheiro acima do valor estabelecido nas normas de regência e é objeto de encaminhamento automático.

O COAF também pode atender aos pedidos de informação das autoridades destinatárias dos RIFs, o que reflete mero desdobramento da competência que lhe é própria: ao invés de agir de ofício, atua mediante provocação. Essa possibilidade, aliás, foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir que “a mera solicitação de providências investigativas é atividade compatível com as atribuições constitucionais do Ministério Público. Se a legislação de regência impositivamente determina que o COAF ‘comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito’ (art. 15 da Lei nº 9.613/1998), seria contraditório impedir o Ministério Público de solicitar ao COAF informações por esses mesmos motivos” (1ª Turma, RE nº 1.066.844/SP AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 12/12/2017, DJ de 23/02/2018).

Os RIFs irão subsidiar a análise das autoridades responsáveis pela investigação penal, Ministério Público ou Polícia Judiciária, inclusive em relação ao possível requerimento, ao Poder Judiciário, de quebra de sigilo bancário ou fiscal.

Na medida em que o COAF não está sujeito ao disposto no art. 5º, §2º, da Lei Complementar nº 105/2001, é evidente que jamais poderia cumprir a exigência de que as comunicações se limitassem a indicar os dados do contribuinte e os valores globais movimentados. A menção aos valores globais, em se tratando da administração tributária, é mais que justificável, pois, considerando um determinado lapso temporal, serão indicativos de capacidade econômica e poderão ser utilizados como base de cálculo de tributos. Já em relação ao COAF, as operações suspeitas são normalmente identificadas de modo individualizado, ainda que, concebidas em seu conjunto, possam reforçar o seu caráter ilícito. Não bastasse isto, a aplicação, ao COAF, do disposto no art. 5º, §2º, na parte em que veda *“a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados,”* é simplesmente inusitada, pois a persecução penal exigirá justamente que essa identificação seja realizada.

A compreensão do que se deve entender por valor global, referido na decisão do Ministro Presidente, pressupõe a análise do respectivo regulamento, editado com base no art. 5º, *caput*, da Lei Complementar nº 105/2001. Nesse particular, o Decreto nº 4.489/2002, que regulamentou o referido diploma normativo, não deixa margem a dúvidas de que se trata dos *“montantes globais mensalmente movimentados.”* É o que se constata pela análise dos arts. 2º, *caput*, e 4º. Não é preciso ressaltar que pouquíssimos Relatórios de Inteligência Financeira ajustar-se-ão a esse padrão, de modo que o efeito útil da decisão proferida pelo Ministro Presidente será tornar as operações realizadas no âmbito do sistema financeiro nacional imunes à fiscalização dos órgãos de persecução.

Quanto ao argumento de que bastará aos órgãos de persecução requerer ao Poder Judiciário a quebra do sigilo bancário, trata-se de um prêmio de consolação mais simbólico que real. Explica-se: como as operações suspeitas eram noticiadas pelo COAF, a sua supressão acarretará justamente a eliminação dos indícios utilizados para o requerimento de quebra do sigilo bancário. Ainda é importante mencionar que comunicações exclusivamente a respeito de montantes globais inviabilizarão a coibição de ilícitos praticados a partir de pequenas transferências bancárias, que sequer se enquadram no dever de comunicação ao fisco por parte das instituições financeiras.

Apesar de a decisão não ter vedado expressamente que o COAF continuasse a encaminhar as informações, terminou por gerar o mesmo efeito ao suspender os procedimentos investigatórios *“que foram instaurados à mingua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações globais, consoante decidido pela Corte.”* Afinal, como é possível a solicitação de autorização judicial para se ter acesso a uma informação em poder do COAF cujo teor é desconhecido?

O mais razoável seria entender que esses dados compartilhados poderiam ser utilizados, pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, desde que com prévia

autorização do Poder Judiciário. Infelizmente, também aqui teríamos um arremedo de solução, pois não seria possível a realização de nenhuma diligência complementar antes da formulação do pedido, o que certamente reduziria as chances de deferimento em algumas situações. Apesar disso, seria a solução mais adequada. Ocorre que, infelizmente, não é possível adotá-la, pois o último parágrafo da fundamentação da decisão ora analisada não deixa margem a dúvidas de que o próprio compartilhamento depende de prévia autorização judicial, *verbis*:

Deve ficar consignado, contudo, que essa decisão não atinge as ações penais e/ou procedimentos investigativos (Inquéritos ou PICs), nos quais os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, que foram além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, ocorreram com a devida supervisão do Poder Judiciário e com a sua prévia autorização.

Embora seja tarefa assaz difícil sustentar a juridicidade do poder geral de cautela exercido com o fim de alcançar objeto diverso daquele discutido na relação processual, a decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal deve ser observada enquanto não for objeto de reconsideração ou reformada pelo Plenário.

III

Diante do exposto, no que tange à consulta formulada no ofício inaugural, à luz dos termos da decisão monocrática proferida em 15 de julho de 2019, pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, entende esta Consultoria Jurídica que:

(a) independe de autorização judicial o uso das informações compartilhadas pelo COAF, em investigações conduzidas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária, quando se limitarem a fornecer a identificação do contribuinte e o montante global movimentado no mês;

(b) qualquer informação repassada pelo COAF, que detalhe operação financeira, ultrapassando o balizamento descrito em (a), não pode ser utilizada caso não tenha sido antecedida de autorização judicial.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2019.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

Peças

• • •

PEÇA PROCESSUAL

AÇÃO COLETIVA

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL/RJ

JUÍZO DE ORIGEM: 5ª VARA EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL

PROCESSO Nº 0486229-02.2014.8.19.0001

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Promotor de Justiça que ao final subscreve, nos autos da Ação Coletiva ajuizada pela AUTARQUIA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face de ESCOLA AMERICANA DO RIO DE JANEIRO, SOCIEDADE DE NOSSA SENHORA DA MISERICÓRDIA, ASSOCIAÇÃO ESCOLAR E BENEFICENTE CORCOVADO-ESCOLA ALEMÃ, ASSOCIAÇÃO BRITÂNICA DE EDUCAÇÃO, ASSOCIAÇÃO DA ESCOLA MODELAR CAMBAÚBA e SOCIEDADE DE BENEFICÊNCIA HUMBOLDT, vem se manifestar no seguinte sentido:

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública relativa à cobrança de taxa extra de novos alunos – desdobramento judicial da fiscalização administrativa realizada pelo PROCON/RJ através de uma “operação Professor Raimundo”, conforme esclarecido pela petição inicial de fls. 02/33. A petição inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 34/326.

Em sua manifestação inicial, o Ministério Público não considerou ser hipótese de deferimento da medida liminar *inaudita altera pars* (sem a oitiva das partes rés), conforme a promoção de fls. 329.

Decisão judicial de recebimento da petição inicial e citação das partes rés, à fl. 332.

Contestação da ré Sociedade de Nossa Senhora da Misericórdia – *Society of Our Lady of Mercy* – acompanhada de documentos, às fls. 353/413.

Contestação da ré Associação da Escola Modelar Cambaúba, acompanhada de documentos, às fls. 414/506.

Contestação da ré Associação Escolar e Beneficente Corcovado, acompanhada de documentos, às fls. 507/640.

Contestação da ré Associação Britânica de Educação, acompanhada de documentos, às fls. 641/799.

Contestação da ré Sociedade de Beneficência Humboldt, acompanhada de documentos, às fls. 800/837.

Contestação da ré Escola Americana do Rio de Janeiro, acompanhada de documentos, às fls. 838/895.

Nova Manifestação da ré Associação Britânica de Educação, às fls. 898/925.

Réplica do PROCON/RJ, às fls. 926/962.

Manifestação da Associação Britânica de Educação sobre a perda de prazo para réplica pelo PROCON/RJ, à fl. 966.

Manifestação da Associação Escolar e Beneficente Corcovado sobre a perda de prazo para réplica pelo PROCON/RJ e sobre a falta de enfrentamento das questões suscitadas nas contestações, às fls. 968/972.

Manifestação da Escola Americana do Rio de Janeiro em provas, à fl. 973.

Manifestação do PROCON/RJ em provas, às fls. 974/975.

Manifestação da Associação Britânica de Educação sobre a perda de prazo para réplica pelo PROCON/RJ e sobre a falta de enfrentamento das questões suscitadas nas contestações, às fls. 976/980.

Manifestação da Sociedade de Nossa Senhora da Misericórdia em provas, à fl. 981.

Manifestação da Associação da Escola Modelar Cambaúba em provas, às fls. 982.

Manifestação do Ministério Público favorável ao deferimento parcial da medida liminar, conforme fls. 987/1015.

Manifestação da Sociedade de Nossa Senhora da Misericórdia em reação à cota ministerial, às fls. 1019/1024.

Manifestação da Associação da Escola Modelar Cambaúba em reação à cota ministerial, às fls. 1025/1032.

Manifestação da Escola Americana do Rio de Janeiro em reação à cota ministerial, às fls. 1033/1040.

Manifestação da Associação Britânica de Educação em reação à cota ministerial, às fls. 1041/1066.

Manifestação da Associação Escolar e Beneficente Corcovado em reação à cota ministerial, às fls. 1067/1087.

Manifestação do PROCON/RJ sobre o resultado dos procedimentos administrativos instaurados contra os réus, às fls. 1098/1115.

Manifestação da Sociedade de Beneficência Humboldt – Colégio Cruzeiro – às fls. 1122/1123.

Manifestação da Escola Americana do Rio de Janeiro em reação à manifestação do PROCON/RJ, às fls. 1124/1125.

Manifestação da Associação Britânica de Educação em reação à manifestação do PROCON/RJ, às fls. 1126/1127.

Manifestação da Associação Escolar e Beneficente Corcovado em reação à manifestação do PROCON/RJ, às fls. 1128/1129.

Manifestação do Ministério Público, em que requer que as rés apresentem prova documental suplementar do caráter internacional da Escola e da semelhança com a figura do *endowment* e sobre o impacto no preço do valor da mensalidade de eventual proibição da cobrança, às fls. 1136/1138.

Manifestação da Escola Americana do Rio de Janeiro sobre seu caráter internacional, fundo de investimento e impacto econômico de eventual proibição sobre o preço da mensalidade, às fls. 1158/1309.

Manifestação da Associação Britânica de Educação sobre seu caráter internacional, fundo de desenvolvimento e impacto econômico de eventual proibição sobre o preço da mensalidade, às fls. 1310/1521.

Manifestação da Sociedade de Beneficência Humboldt – Colégio Cruzeiro – às fls. 1522/1523.

Manifestação da Associação Escolar e Beneficente Corcovado sobre seu caráter internacional, contribuição de ingresso e impacto econômico de eventual proibição sobre o preço da mensalidade, às fls. 1310/1680.

Manifestação da Sociedade de Nossa Senhora da Misericórdia sobre seu caráter internacional, fiscalização dos recursos arrecadados e potencial aumento no preço da mensalidade, às fls. 1684/1710.

Manifestação do Ministério Público para que fosse dada ciência dos documentos à parte autora à fl. 1712.

Manifestação do PROCON/RJ postulando o acolhimento integral dos pedidos, à fl. 1717.

Manifestação da Associação Escolar e Beneficente Corcovado sobre a possibilidade de eventual celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, às fls. 1718/1719.

Os autos foram remetidos ao Ministério Público em 17 de janeiro de 2018, conforme fl. 1720.

É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Em sua petição inicial, o PROCON/RJ alega que a cobrança de taxa extra de matrícula pelas escolas violaria o princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade de condições para o acesso e permanência nas escolas (fl. 07). O autor argumenta que a educação é um direito social e que existe um direito constitucional à “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (fl. 10). De acordo com o PROCON/RJ, a conduta das escolas configura a violação ao artigo 1º da Lei Federal nº 9.870/99, importando em danos materiais e morais aos indivíduos e à própria coletividade.

Em sua contestação, a Sociedade de Nossa Senhora da Misericórdia alegou que o PROCON/RJ seria parte ilegítima (fls. 355/358), que não haveria interesse processual diante da falta de reclamações de pais (fls. 358/362), que não haveria isonomia já que apenas seis escolas foram acionadas (fls. 362/363), que a petição inicial seria inepta por se referir à cobrança de taxa de matrícula, o que não é cobrado pela escola (fls. 363/365), e que haveria cerceamento de defesa por conta da falta de conclusão do procedimento administrativo (fls. 366/371). Quanto ao mérito, o pagamento seria legítimo por se tratar de uma doação para o fundo de desenvolvimento (fls. 372/374), não havendo violação ao direito do consumidor ou dano individual ou coletivo (fls. 374/394).

Em sua contestação, a Associação da Escola Modelar Cambaúba alegou que a Associação seria parte ilegítima (fls. 416/419), o PROCON/RJ seria parte ilegítima (fls. 419/422), que não haveria interesse processual diante da falta de reclamações de pais (fls. 422/426), que não haveria isonomia, já que apenas seis escolas foram acionadas (fls. 426/427), que a petição inicial seria inepta por se referir à cobrança de taxa de matrícula, o que não é cobrado pela escola (fls. 427/430), e que haveria cerceamento de defesa por conta da falta de conclusão do procedimento administrativo (fls. 430/436). Quanto ao mérito, o pagamento seria legítimo por se tratar de uma cota-parte para manutenção da associação de pais (fls. 436/439), não havendo violação ao direito do consumidor ou dano individual ou coletivo (fls. 440/460).

Em sua contestação, a Associação Escolar e Beneficente Corcovado alegou que o PROCON/RJ seria parte ilegítima (fls. 509/510), que não haveria interesse processual diante da falta de reclamações de pais (fls. 510/512), haveria falta de interesse de agir por conta do não esgotamento do procedimento administrativo (fl. 512), que haveria incompatibilidade entre o pedido e o interesse que o PROCON/RJ busca defender (fls. 512/514), a impossibilidade de recolhimento da indenização por dano moral coletivo ao FEPROCON (fl. 515) e que a defesa coletiva de interesses individuais homogêneos requer a liquidação individual de danos (fls. 515/516). Quanto ao mérito, o pagamento seria legítimo por se tratar de uma contribuição de ingresso (fls. 516/518), não havendo violação ao direito do consumidor ou dano individual ou coletivo (fls. 518/531).

Em sua contestação, a Associação Britânica de Educação alegou que o PROCON/RJ seria parte ilegítima (fls. 645/646), que não haveria interesse processual diante da falta de reclamações de pais (fls. 646/647), haveria falta de interesse de agir por conta do não esgotamento do procedimento administrativo (fls. 647/648), que haveria incompatibilidade entre o pedido e o interesse que o PROCON/RJ busca defender (fls. 648/650), a impossibilidade de recolhimento da indenização por dano moral coletivo ao FEPROCON (fls. 650/651) e que a defesa coletiva de interesses individuais homogêneos requer a liquidação individual de danos (fls. 651/652). Quanto ao mérito, o pagamento seria legítimo por se tratar de um fundo de desenvolvimento (fls. 652/654), não havendo violação ao direito do consumidor ou dano individual ou coletivo (fls. 655/667).

Em sua contestação, a Sociedade de Beneficência Humboldt – Colégio Cruzeiro – afirmou que jamais cobrou qualquer “quantia a título de matrícula” (fl. 802) e que

a módica cobrança pelo custeio do processo seletivo é feita conforme processo igualitário (fls. 802/806), não havendo que se falar em dano moral (fls. 807/812).

Em sua contestação, a Escola Americana do Rio de Janeiro alegou que o PROCON/RJ seria parte ilegítima (fls. 840/843) e que os pedidos seriam impossíveis por se tratar de interesses puramente individuais e disponíveis (fls. 843/847). Quanto ao mérito, não haveria prática abusiva (fls. 847/851), não havendo violação ao direito do consumidor ou dano individual ou coletivo (fls. 852/857).

Em sua réplica, o PROCON/RJ rebateu os argumentos de inépcia da petição inicial (fls. 932/935), de ilegitimidade ativa (fls. 935/940), de falta de interesse de agir (fls. 941/944) e de ilegitimidade passiva e falta de isonomia (fls. 944/945). Quanto ao mérito, reiterou os termos da sua petição inicial, sustentando a proteção de direitos básicos do consumidor (fls. 945/947), a existência de prática abusiva (fls. 947/951), de dano moral e material (fls. 951/953), inclusive de dano coletivo a ser destinado ao FEPROCON (fls. 954/955).

Com relação às questões preliminares, devem ser afastadas. Em primeiro lugar, não existe dúvida sobre a legitimidade ativa do PROCON/RJ, eis que se trata de uma autarquia, havendo previsão legal expressa e jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores a este respeito. Tampouco merece prosperar o argumento da Associação da Escola Modelar Cambaúba de que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda. Ora, a própria petição admite a relação íntima entre a Escola e a associação, eis que se trata da sua mantenedora, sendo certo que o pagamento considerado abusivo pelo PROCON/RJ é destinado à própria associação a título de cota-parte.

Além disso, a falta de reclamações de pais não é indicador da falta de interesse processual, eis que este elemento consiste em um mero cálculo sobre a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional e, diante da recusa das escolas em interromper a cobrança das referidas taxas mesmo após a atividade fiscalizadora do PROCON/RJ, a demanda coletiva se tornou, em tese, necessária e útil para proibir a cobrança.

O fato de que apenas seis escolas foram processadas não é indicador de quebra de isonomia, sendo certo que as atividades de agentes estatais são limitadas por recursos escassos e as intervenções regulatórias do Estado são necessariamente seletivas. Também não é relevante o fato de o procedimento administrativo não ter se encerrado, na medida em que o processo judicial coletivo é independente da via administrativa.

Ademais, os pedidos da presente ação civil pública não são juridicamente impossíveis. Por um lado, é absolutamente possível ajuizar uma ação para a tutela de interesses individuais disponíveis, de caráter patrimonial, especialmente porque a reunião de múltiplos interesses em um único instrumento torna viável a tutela dos direitos consumeristas e supera o cenário de apatia racional típico da situação de microlesões. Por outro lado, a questão relativa à incompatibilidade dos pedidos com a defesa do interesse que se pretende tutelar não é uma questão preliminar, mas de mérito e, assim, será examinada adiante.

Finalmente, não se caracterizou qualquer cerceamento de defesa pela falta de conclusão do procedimento administrativo, eis que as partes tiveram ampla oportunidade de produção de prova documental e de exercer o contraditório pleno ao longo do presente processo coletivo. Inexistiu qualquer cerceamento de defesa por conta de inépcia da petição inicial, sendo certo que a descrição da cobrança abusiva como “taxa de matrícula” é parte da tese do PROCON/RJ, sendo que a definição deste conceito na petição inicial possibilitou a defesa das escolas, dando a oportunidade de caracterizar o pagamento por meio de outras classificações conceituais, como, de fato, fizeram.

Portanto, estando presentes todas as condições para o legítimo exercício da ação civil pública, devem ser superadas todas as questões preliminares e ser julgado o mérito no presente processo coletivo. Quanto ao mérito, a situação das escolas é diferente, conforme a classificação conceitual de sua cobrança, o estado da prova produzida a respeito e a possibilidade de justificativa de cobrança especial a título de “*endowment*” (doação para fundo patrimonial).

No caso da Sociedade Beneficente Humboldt – Colégio Cruzeiro –, reiteramos o teor da manifestação anterior do Ministério Público, no sentido de que “a cobrança para a realização do concurso de entrada não pode ser considerada violadora dos direitos dos consumidores, na medida em que corresponde ao serviço prestado pela organizadora do certame” (fl. 1000). Além disso, merece registro de que a alegação feita pelo PROCON/RJ de que haveria a cobrança do valor de quatro mensalidades para o ingresso no Colégio Cruzeiro jamais foi admitida pelo réu ou provada pela parte-autora. Finalmente, a Sociedade Beneficente Humboldt sequer pretendeu produzir prova relativa à possibilidade de justificativa de cobrança especial a título de “*endowment*” (doação para fundo patrimonial). Em síntese, no caso particular da Sociedade Beneficente Humboldt, mantenedora do Colégio Cruzeiro, a cobrança da taxa para realização do sorteio de entrada é justificada juridicamente e não houve provas suficientes da cobrança de uma taxa de matrícula com valor equivalente a quatro mensalidades escolares, devendo os pedidos ser julgados improcedentes por falta de provas.

No caso da Associação da Escola Modelar Cambaúba, a seu turno, foi produzida prova da cobrança de uma taxa no valor entre R\$ 3.570,00 e R\$ 4.760,00 de seus novos alunos. De acordo com o PROCON/RJ, tratava-se de uma “taxa de matrícula”, ao passo que a ré alegava se tratar de uma “cota-parte” da associação mantenedora da Escola. Ora, o estado da prova produzida a respeito da cobrança demonstra que, de fato, o valor era exigido dos alunos e que não configurava uma contribuição para o fundo patrimonial da Escola nos moldes típicos do “*endowment*”. Além disso, a Escola Modelar Cambaúba sequer pretendeu fazer qualquer prova no sentido de demonstrar se tratar de uma escola bilíngue, internacional, dotada de características especiais para justificar a cobrança especial a título de “*endowment*” (doação para fundo patrimonial). A própria forma da cobrança indica uma prática abusiva, na medida em que os pais de alunos não adquirem uma cota-parte da Escola ou de seu

patrimônio, ao contrário do que sugerido pela nomenclatura dada a esta cobrança. Ao saírem da associação, tampouco podem resgatar o quinhão de sua cota-parte ou vendê-la, como se fosse o título patrimonial de um clube ou uma associação esportiva. Logo, paga-se por algo que não se recebe, de maneira que existe um artifício ou ardid para se realizar uma cobrança de taxa extra não prevista na lei e não justificada pela experiência de consumo. Em síntese, no caso particular da Associação da Escola Modelar Cambaúba, a cobrança abusiva foi demonstrada através da prova processual, não se justificando juridicamente o pagamento do valor entre R\$ 3.570,00 e R\$ 4.760,00 de seus novos alunos, devendo os pedidos ser julgados procedentes e condenando-se a ré à devolução dos valores cobrados de todos os seus alunos. A devolução dos valores deve ser feita pela própria ré que, valendo de seus registros internos, deve ativamente comunicar os pais de seus alunos e ex-alunos da decisão judicial, efetuando a restituição por meio de um depósito em conta corrente ou pagamento a todos os consumidores lesados. Além disso, a ré deve ser condenada a uma obrigação de fazer consistente em não mais efetuar a cobrança de qualquer taxa de matrícula ou de cota-parte, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Finalmente, a ré deve ser condenada ao pagamento de R\$ 100.000,00 a título de danos morais coletivos, devendo os recursos ser destinados ao Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos.

No caso da Sociedade de Nossa Senhora da Misericórdia – *Our Lady of Mercy* –, o Ministério Público tinha considerado que os valores cobrados seriam doações (fl. 1010). Além disso, merece registro de que a alegação feita pelo PROCON/RJ de que não seriam verdadeiras doações jamais foi admitida pelo réu ou provada pela parte-autora. Finalmente, a Sociedade de Nossa Senhora da Misericórdia – *Our Lady of Mercy* – produziu prova relativa à possibilidade de justificativa de cobrança especial a título de “*endowment*” (doação para fundo patrimonial), evidenciando o caráter internacional da escola e o fato de enviar seus alunos para inúmeras universidades dos Estados Unidos e de outros países de língua inglesa (fls. 1684/1710). Contudo, não parece sequer necessário analisar a justificativa jurídica para a cobrança, na medida em que a parte-autora sequer demonstrou que se tratava de um pagamento obrigatório. Embora o ônus da prova possa ser distribuído de maneira dinâmica em matéria de direito do consumidor, caberia ao autor eventualmente desconstruir as evidências trazidas aos autos pela ré, o que jamais foi feito pelo PROCON/RJ. Ainda assim, os elementos de convicção apresentados pela ré indicam seu caráter internacional, o que confirma o fato de se tratar de uma escola bilíngue com um programa pedagógico especial, seguindo o currículo estadunidense. Em síntese, no caso particular da Sociedade de Nossa Senhora da Misericórdia, mantenedora do Colégio *Our Lady of Mercy*, não houve provas suficientes da cobrança obrigatória de uma taxa de matrícula, devendo os pedidos ser julgados improcedentes por falta de provas.

No caso da Escola Americana do Rio de Janeiro, a seu turno, foi demonstrada a cobrança de uma “*capital fee*” e o PROCON/RJ alegou se tratar de uma taxa de matrícula. Neste caso, segundo o PROCON/RJ, haveria violação ao artigo 1º da Lei nº

9.870/99. Trata-se da lei federal das mensalidades escolares, que proibiu expressamente a cobrança de uma taxa de matrícula, de eventual décima terceira mensalidade, de pequenas tarifas adicionais e do pagamento adicional pelo fornecimento de material escolar. Todas estas vedações são extremamente importantes do ponto de vista legislativo, na medida em que se proíbe que os estabelecimentos escolares de ensino adotem práticas abusivas na cobrança das mensalidades escolares de seus alunos. Não raro, a publicidade é enganosa, sugerindo um preço de mensalidade escolar quando as entrelinhas contratuais escondem penduricalhos sob a forma de pequenas taxas, pagamento obrigatório pelo material escolar ou pela décima terceira mensalidade, por exemplo. No caso da *"capital fee"*, contudo, não se trata de uma tarifa de valor relativamente pequeno, escondida nas entrelinhas contratuais. Ao contrário, trata-se de uma contribuição de investimento de alto valor, cobrada de maneira clara e transparente de todos os consumidores como uma pré-condição para o ingresso na comunidade escolar. Assim, não existe o artifício ou o artilho enganoso que caracteriza as cobranças abusivas dos pagamentos adicionais que a Lei nº 9.870/99 pretendeu reprimir. Além disso, por outro lado, não parece razoável argumentar que a cobrança deste valor viola a dignidade da pessoa humana, impede o exercício de um direito social e é um obstáculo para o acesso à educação. É que se trata de uma escola de elite, cujo ingresso depende de alto investimento. Caso não haja a cobrança da *"capital fee"*, o valor da mensalidade será aumentado significativamente, de maneira que o acesso a tais escolas continuará restrito a uma elite econômica que pode pagar as altas mensalidades. Aliás, se a falta de reclamações não é motivo para se concluir pela falta de interesse processual, por outro lado, parece claro que a pretensão do autor é incongruente com os interesses dos pais e dos alunos da referida escola. É que se pretende defender os interesses econômicos dos pais e dos alunos quando, na verdade, o efeito prático de uma eventual decisão condenatória será o desequilíbrio nos valores das mensalidades escolares e um aumento significativo do seu preço, inclusive, para pais que já efetuaram o pagamento de cerca de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como contribuição de investimento. Trata-se de uma situação em que o veículo coletivo está sendo dirigido na direção contrária dos interesses dos pais e dos alunos que se pretende defender, uma situação que a doutrina estadunidense chama de *"kidnapped rider"* ou, em português, *"carona sequestrado"*. Trata-se da hipótese em que, a pretexto de proteger um grupo, a demanda coletiva é dirigida de maneira a prejudicar seus interesses. Aliás, a questão do acesso deve ser encarada pela perspectiva oposta – caso não houvesse um mecanismo de financiamento especial para um projeto pedagógico tão caro através do pagamento de uma contribuição para um fundo comum de investimentos e da fidelização de um grupo específico de pais e alunos com compromisso com este projeto, esta escola bilíngue poderia ser inviável economicamente e, portanto, inacessível a todos. Assim, o pagamento do *"endowment"* não deve ser encarado como um obstáculo ao acesso à educação, mas, ao contrário, como um mecanismo de coordenação de interesses que, no caso das escolas de alto investimento e projeto pedagógico especial, facilita o acesso ao viabilizá-lo economicamente. Logo, considerando-se que não se trata de um

pagamento de uma quantia de valor reduzido, mas de uma contribuição de capital de alto valor, eventual condenação pode colocar em risco o equilíbrio financeiro das escolas e ter efeitos perversos para os pais que se pretende proteger. Finalmente, é importante ressaltar que a Lei nº 9.870/99 não veda expressamente a cobrança de uma contribuição de investimento ou de “*endowment*”. O “*endowment*” é um fundo patrimonial formado a partir de contribuições de particulares para financiar investimentos especiais em educação, sendo muito comuns no exterior e sendo importantes para o desenvolvimento de projetos de alto investimento na área educacional.¹ Ora, apesar de ainda não existir qualquer lei regulamentadora da figura do “*endowment*” entre nós, o princípio da legalidade opera de maneira diferente aos particulares do que aos entes públicos, estando permitido fazer aquilo que não é expressamente proibido. Assim, verifica-se que o legislador federal expressamente proibiu a taxa de matrícula, a décima terceira mensalidade e a cobrança pelo material escolar, mas não proibiu a cobrança de uma contribuição de investimento. Neste sentido, a presente manifestação é diferente da cota ministerial favorável a uma medida liminar proibitiva da cobrança. Naquela manifestação em cognição sumária, considerou-se que a cláusula legal do 1º, S7º, da Lei nº 9.870/99 era exemplificativa das cobranças proibidas, mas não se limitava à cobrança pelo material escolar. Contudo, a redação do texto é clara, no sentido de que este dispositivo teve que ser acrescentado em 2013 para que fosse expressamente proibida a cobrança pelo material escolar. Trata-se, portanto, de dispositivo com comando específico e não de proibição geral. Também não se vislumbrou a legitimidade da figura do “*endowment*” e da cobrança de pagamento de uma contribuição de capital. Ora, é importante considerar que os pais de alunos são pessoas instruídas, bem remuneradas e não formam o contingente de consumidores vulneráveis por conta de falta de poder ou de informação. Na medida em que a experiência internacional revela a prática da cobrança de contribuições de investimento a título de “*endowment*”, trata-se de prática que pode ser legítima, desde que justificada pela necessidade de alto investimento no caso de projetos educacionais especiais, tal como o caso das Escolas Bilingües de alto investimento. Considerando-se o alto padrão de internacionalização da Escola Americana do Rio de Janeiro, a cobrança da “*capital fee*” a título de “*endowment*” não configura uma prática ilegal ou uma cobrança abusiva que tenha lesado os pais e alunos da referida Escola. Ante o exposto, revisando o entendimento da cognição sumária, após análise percuciente do caso e da prova documental complementar produzida pela ré, manifesta-se o Ministério Público pela improcedência dos pedidos por falta de lesão ao direito dos consumidores.

No caso da Associação Escolar e Beneficente Corcovado, a seu turno, foi demonstrada a cobrança de uma “Contribuição de Ingresso” e o PROCON/RJ alegou se tratar de uma taxa de matrícula. Neste caso, segundo o PROCON/RJ, haveria violação ao artigo 1º da Lei nº 9.870/99. Trata-se da lei federal das mensalidades escolares, que proibiu expressamente a cobrança de uma taxa de matrícula, de eventual décima

¹ <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/08/22/O-que-s%C3%A3o-endowments-e-por-que-s%C3%A3o-raros-nas-universidades-brasileiras>.

terceira mensalidade, de pequenas tarifas adicionais e do pagamento adicional pelo fornecimento de material escolar. Todas estas vedações são extremamente importantes do ponto de vista legislativo, na medida em que se proíbe que os estabelecimentos escolares de ensino adotem práticas abusivas na cobrança das mensalidades escolares de seus alunos. Não raro, a publicidade é enganosa, sugerindo um preço de mensalidade escolar, quando as entrelinhas contratuais escondem pendurcalhos sob a forma de pequenas taxas, pagamento obrigatório pelo material escolar ou pela décima terceira mensalidade, por exemplo. No caso da “contribuição de ingresso”, contudo, não se trata de uma tarifa de valor relativamente pequeno, escondida nas entrelinhas contratuais. Ao contrário, trata-se de uma contribuição de investimento de alto valor, cobrada de maneira clara e transparente de todos os consumidores como uma pré-condição para o ingresso na comunidade escolar. Assim, não existe o artifício ou o ardil enganoso que caracteriza as cobranças abusivas dos pagamentos adicionais que a Lei nº 9.870/99 pretendeu reprimir. Além disso, por outro lado, não parece razoável argumentar que a cobrança deste valor viola a dignidade da pessoa humana, impede o exercício de um direito social e é um obstáculo para o acesso à educação. É que se trata de uma escola de elite, cujo ingresso depende de alto investimento. Caso não haja a cobrança da “contribuição de ingresso”, o valor da mensalidade será aumentado significativamente, de maneira que o acesso a tais escolas continuará restrito a uma elite econômica que pode pagar as altas mensalidades. Aliás, se a falta de reclamações não é motivo para se concluir pela falta de interesse processual, por outro lado, parece claro que a pretensão do autor é incongruente com os interesses dos pais e dos alunos da referida escola. É que se pretende defender os interesses econômicos dos pais e dos alunos quando, na verdade, o efeito prático de uma eventual decisão condenatória será o desequilíbrio nos valores das mensalidades escolares e um aumento significativo do seu preço, inclusive, para pais que já efetuaram o pagamento de cerca de R\$ 11.700,00 (onze mil e setecentos reais) como contribuição de investimento. Trata-se de uma situação em que o veículo coletivo está sendo dirigido na direção contrária dos interesses dos pais e dos alunos que se pretende defender, uma situação que a doutrina estadunidense chama de “*kidnapped rider*” ou, em português, “carona sequestrado”. Trata-se da hipótese em que, a pretexto de proteger um grupo, a demanda coletiva é dirigida de maneira a prejudicar seus interesses. Aliás, a questão do acesso deve ser encarada pela perspectiva oposta – caso não houvesse um mecanismo de financiamento especial para um projeto pedagógico tão caro através do pagamento de uma contribuição para um fundo comum de investimentos e da fidelização de um grupo específico de pais e alunos com compromisso com este projeto, esta escola bilíngue poderia ser inviável economicamente e, portanto, inacessível a todos. Assim, o pagamento do “*endowment*” não deve ser encarado como um obstáculo ao acesso à educação, mas, ao contrário, como um mecanismo de coordenação de interesses que, no caso das escolas de alto investimento e projeto pedagógico especial, facilita o acesso ao viabilizá-lo economicamente. Logo, considerando-se que não se trata de um pagamento de uma quantia de valor reduzido, mas de uma contribuição de capital

de alto valor, eventual condenação pode colocar em risco o equilíbrio financeiro das escolas e ter efeitos perversos para os pais que se pretende proteger. Finalmente, é importante ressaltar que a Lei nº 9.870/99 não veda expressamente a cobrança de uma contribuição de investimento ou de “*endowment*”. O “*endowment*” é um fundo patrimonial formado a partir de contribuições de particulares para financiar investimentos especiais em educação, sendo muito comuns no exterior e sendo importantes para o desenvolvimento de projetos de alto investimento na área educacional.² Ora, apesar de ainda não existir qualquer lei regulamentadora da figura do “*endowment*” entre nós, o princípio da legalidade opera de maneira diferente aos particulares do que aos entes públicos, estando permitido fazer aquilo que não é expressamente proibido. Assim, verifica-se que o legislador federal expressamente proibiu a taxa de matrícula, a décima terceira mensalidade e a cobrança pelo material escolar, mas não proibiu a cobrança de uma contribuição de investimento. Neste sentido, a presente manifestação é diferente da cota ministerial favorável a uma medida liminar proibitiva da cobrança. Naquela manifestação em cognição sumária, considerou-se que a cláusula legal do 1º, §7º, da Lei nº 9.870/99 era exemplificativa das cobranças proibidas, mas não se limitava à cobrança pelo material escolar. Contudo, a redação do texto é clara, no sentido de que este dispositivo teve que ser acrescentado em 2013 para que fosse expressamente proibida a cobrança pelo material escolar. Trata-se, portanto, de dispositivo com comando específico e não de proibição geral. Também não se vislumbrou a legitimidade da figura do “*endowment*” e da cobrança de pagamento de uma contribuição de capital. Ora, é importante considerar que os pais de alunos são pessoas instruídas, bem remuneradas e não formam o contingente de consumidores vulneráveis por conta de falta de poder ou de informação. Na medida em que a experiência internacional revela a prática da cobrança de contribuições de investimento a título de “*endowment*”, trata-se de prática que pode ser legítima, desde que justificada pela necessidade de alto investimento no caso de projetos educacionais especiais, tal como o caso das Escolas Bilingües de alto investimento. Considerando-se o alto padrão de internacionalização da Escola Corcovado, a cobrança da “contribuição de ingresso” a título de “*endowment*” não configura uma prática ilegal ou uma cobrança abusiva que tenha lesado os pais e alunos da referida Escola. Ante o exposto, revisando o entendimento da cognição sumária, após análise percuente do caso e da prova documental complementar produzida pela ré, manifesta-se o Ministério Público pela improcedência dos pedidos por falta de lesão ao direito dos consumidores.

No caso da Associação Britânica de Educação, a seu turno, foi demonstrada a cobrança de uma “contribuição de investimento” e o PROCON/RJ alegou se tratar de uma taxa de matrícula. Neste caso, segundo o PROCON/RJ, haveria violação ao artigo 1º da Lei nº 9.870/99. Trata-se da lei federal das mensalidades escolares, que proibiu expressamente a cobrança de uma taxa de matrícula, de eventual décima terceira mensalidade, de pequenas tarifas adicionais e do pagamento adicional

² <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/08/22/O-que-s%C3%A3o-endowments-e-por-que-s%C3%A3o-raros-nas-universidades-brasileiras>.

pelo fornecimento de material escolar. Todas estas vedações são extremamente importantes do ponto de vista legislativo, na medida em que se proíbe que os estabelecimentos escolares de ensino adotem práticas abusivas na cobrança das mensalidades escolares de seus alunos. Não raro, a publicidade é enganosa, sugerindo um preço de mensalidade escolar, quando as entrelinhas contratuais escondem penduricalhos sob a forma de pequenas taxas, pagamento obrigatório pelo material escolar ou pela décima terceira mensalidade, por exemplo. No caso da “contribuição de investimento”, contudo, não se trata de uma tarifa de valor relativamente pequeno, escondido nas entrelinhas contratuais. Ao contrário, trata-se de uma contribuição de investimento de alto valor, cobrada de maneira clara e transparente de todos os consumidores como uma pré-condição para o ingresso na comunidade escolar. Assim, não existe o artifício ou o ardid enganoso que caracteriza as cobranças abusivas dos pagamentos adicionais que a Lei nº 9.870/99 pretendeu reprimir. Além disso, por outro lado, não parece razoável argumentar que a cobrança deste valor viola a dignidade da pessoa humana, impede o exercício de um direito social e é um obstáculo para o acesso à educação. É que se trata de uma escola de elite, cujo ingresso depende de alto investimento. Caso não haja a cobrança da “contribuição de investimento”, o valor da mensalidade será aumentado significativamente, de maneira que o acesso a tais escolas continuará restrito a uma elite econômica que pode pagar as altas mensalidades. Aliás, se a falta de reclamações não é motivo para se concluir pela falta de interesse processual, por outro lado, parece claro que a pretensão do autor é incongruente com os interesses dos pais e dos alunos da referida escola. É que se pretende defender os interesses econômicos dos pais e dos alunos quando, na verdade, o efeito prático de uma eventual decisão condenatória será o desequilíbrio nos valores das mensalidades escolares e um aumento significativo do seu preço, inclusive, para pais que já efetuaram o pagamento de cerca de R\$ 25.066,00 (vinte e cinco mil e sessenta e seis reais) como contribuição de investimento. Trata-se de uma situação em que o veículo coletivo está sendo dirigido na direção contrária dos interesses dos pais e dos alunos que se pretende defender, uma situação que a doutrina estadunidense chama de “*kidnapped rider*” ou, em português, “carona sequestrado”. Trata-se da hipótese em que, a pretexto de proteger um grupo, a demanda coletiva é dirigida de maneira a prejudicar seus interesses. Aliás, a questão do acesso deve ser encarada pela perspectiva oposta – caso não houvesse um mecanismo de financiamento especial para um projeto pedagógico tão caro através do pagamento de uma contribuição para um fundo comum de investimentos e da fidelização de um grupo específico de pais e alunos com compromisso com este projeto, esta escola bilíngue poderia ser inviável economicamente e, portanto, inacessível a todos. Assim, o pagamento do “*endowment*” não deve ser encarado como um obstáculo ao acesso à educação, mas, ao contrário, como um mecanismo de coordenação de interesses que, no caso das escolas de alto investimento e projeto pedagógico especial, facilita o acesso ao viabilizá-lo economicamente. Logo, considerando-se que não se trata de um pagamento de uma quantia de valor reduzido, mas de uma contribuição de capital de alto valor, eventual condenação pode colocar em risco o equilíbrio

financeiro das escolas e ter efeitos perversos para os pais que se pretende proteger. Finalmente, é importante ressaltar que a Lei nº 9.870/99 não veda expressamente a cobrança de uma contribuição de investimento ou de “*endowment*”. O “*endowment*” é um fundo patrimonial formado a partir de contribuições de particulares para financiar investimentos especiais em educação, sendo muito comuns no exterior e sendo importantes para o desenvolvimento de projetos de alto investimento na área educacional.³ Ora, apesar de ainda não existir qualquer lei regulamentadora da figura do “*endowment*” entre nós, o princípio da legalidade opera de maneira diferente aos particulares do que aos entes públicos, estando permitido fazer aquilo que não é expressamente proibido. Assim, verifica-se que o legislador federal expressamente proibiu a taxa de matrícula, a décima terceira mensalidade e a cobrança pelo material escolar, mas não proibiu a cobrança de uma contribuição de investimento. Neste sentido, a presente manifestação é diferente da cota ministerial favorável a uma medida liminar proibitiva da cobrança. Naquela manifestação em cognição sumária, considerou-se que a cláusula legal do 1º, §7º, da Lei nº 9.870/99 era exemplificativa das cobranças proibidas, mas não se limitava à cobrança pelo material escolar. Contudo, a redação do texto é clara, no sentido de que este dispositivo teve que ser acrescentado em 2013 para que fosse expressamente proibida a cobrança pelo material escolar. Trata-se, portanto, de dispositivo com comando específico e não de proibição geral. Também não se vislumbrou a legitimidade da figura do “*endowment*” e da cobrança de pagamento de uma contribuição de capital. Ora, é importante considerar que os pais de alunos são pessoas instruídas, bem remuneradas e não formam o contingente de consumidores vulneráveis por conta de falta de poder ou de informação. Na medida em que a experiência internacional revela a prática da cobrança de contribuições de investimento a título de “*endowment*”, trata-se de prática que pode ser legítima, desde que justificada pela necessidade de alto investimento no caso de projetos educacionais especiais, tal como o caso das Escolas Bilíngues de alto investimento. Considerando-se o alto padrão de internacionalização da Escola Americana do Rio de Janeiro, a cobrança da “contribuição de investimento” a título de “*endowment*” não configura uma prática ilegal ou uma cobrança abusiva que tenha lesado os pais e alunos da referida Escola. Ante o exposto, revisando o entendimento da cognição sumária, após análise percuciente do caso e da prova documental complementar produzida pela ré, manifesta-se o Ministério Público pela improcedência dos pedidos por falta de lesão ao direito dos consumidores.

Logo, em síntese, manifesta-se o Ministério Público no sentido de que sejam superadas as questões preliminares e que seja julgado o presente processo, nos seguintes termos:

I – julgando-se improcedentes os pedidos com relação à Sociedade de Beneficência Humboldt – mantenedora do Colégio Cruzeiro –, por falta de provas de cobrança abusiva;

³ <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/08/22/O-que-s%C3%A3o-endowments-e-por-que-s%C3%A3o-raros-nas-universidades-brasileiras>.

II – julgando-se procedentes os pedidos com relação à Associação da Escola Modelar Cambaúba, obrigando-a a devolver os valores cobrados dos pais e alunos, a não mais efetuar a cobrança de cota-parte ou qualquer tarifa análoga e efetuar o pagamento de danos morais coletivos no valor de R\$ 100.000,00;

III – julgando-se improcedentes os pedidos com relação à Sociedade de Nossa Senhora da Misericórdia – mantenedora do Colégio *Our Lady of Mercy* –, por falta de provas de cobrança abusiva;

IV – julgando-se improcedentes os pedidos com relação à Escola Americana do Rio de Janeiro, por falta de lesão ao direito dos consumidores;

V – julgando-se improcedentes os pedidos com relação à Associação Escolar e Beneficente Corcovado, por falta de lesão ao direito dos consumidores;

VI – julgando-se improcedentes os pedidos com relação à Associação Britânica de Educação, por falta de lesão ao direito dos consumidores.

Rio de Janeiro, 05 de fevereiro de 2018.

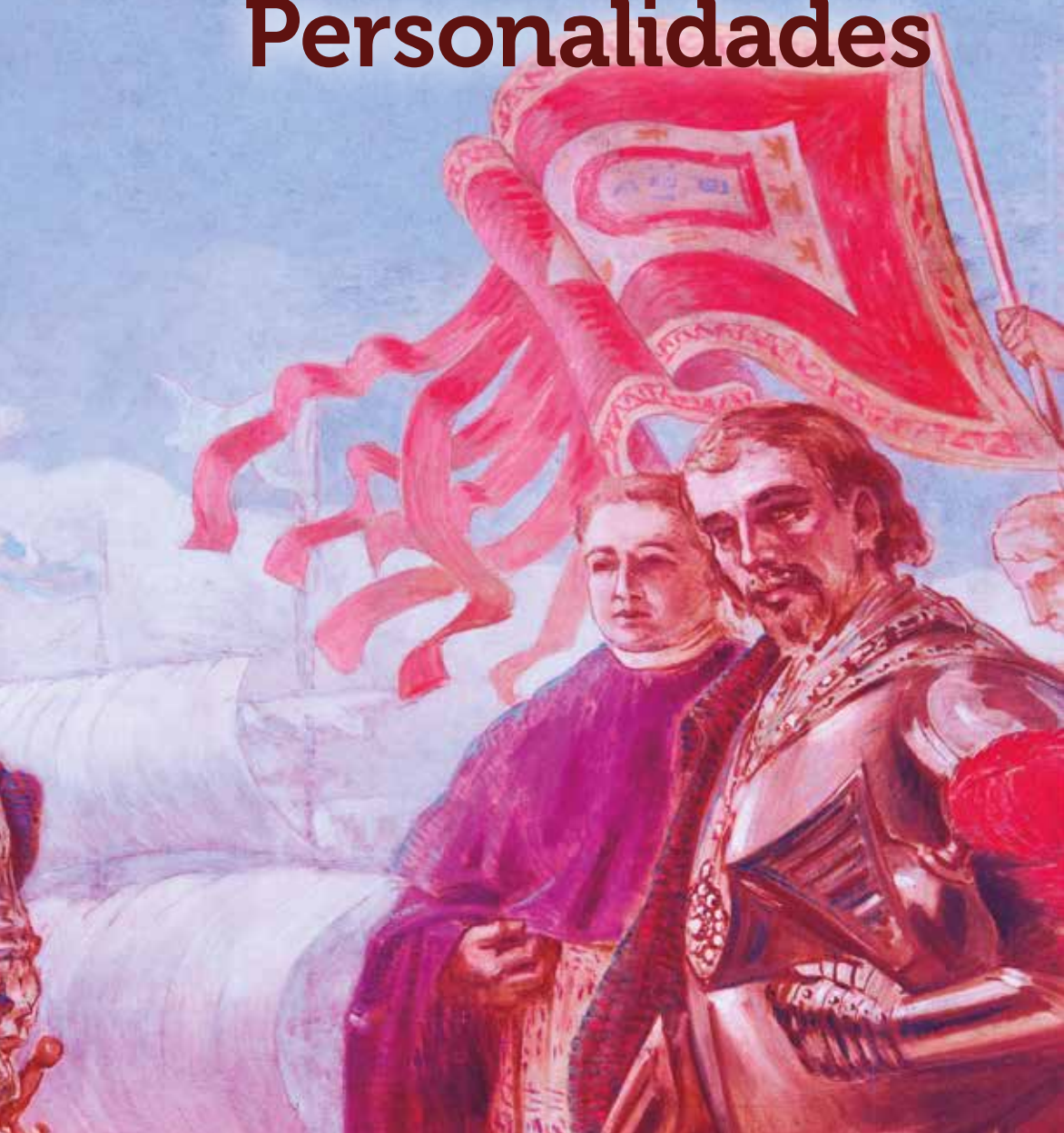
PEDRO RUBIM BORGES FORTES

Promotor de Justiça



Detalhe da imagem da capa

Memória Institucional Personalidades



Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente 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.

Arnoldo Wald: o mais jovem Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro

Texto e entrevista:
Márcio Klang – Coordenador
Nataraj Trinta – Historiadora

Transcrição:
Jéssica da Silva Câmara



Dr. Arnoldo Wald

Apresentação: Procurador-Geral de Justiça José Eduardo Ciotola Gussem

Gostaria de cumprimentar todos os presentes. Saudar o Dr. Márcio Klang que, na coordenação do nosso Centro de Memória Procurador de Justiça João Marcello de Araújo Júnior, vem fazendo um trabalho primoroso.

É muito importante manter viva a história da nossa instituição, manter viva a história de todo o sistema de justiça, e o Centro de Memória Procurador de Justiça João Marcello de Araújo Júnior vem se destacando nesse sentido. Nós, recentemente



Procurador-Geral de Justiça, José Eduardo Ciotola Gussem, cumprimentando Dr. Arnoldo Wald

aqui no Rio de Janeiro, tivemos o lamentável episódio do incêndio do Museu Nacional e isso dói em todos nós! É importante saber que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro mantém viva a memória dos seus integrantes e aqui, no dia de hoje, ter conosco o Dr. Arnoldo Wald é motivo de grande honra.

Dr. Arnoldo Wald, para nós do Ministério Público, o senhor foi sempre uma grande referência! Uma pessoa que, além das qualidades jurídicas, foi chefe da nossa instituição no ano de 1966 e sempre se destacou pela integridade, pela forma correta e reta que conduziu os trabalhos do nosso Ministério Público. Então, o nosso grande agradecimento por sua presença aqui, contribuindo para manter viva a memória da nossa instituição. O nosso muito obrigado por sua presença.

Quem é Arnoldo Wald?

M. Klang: Dr. Arnoldo Wald foi meu professor na UERJ, (antiga Universidade do Estado da Guanabara - UEG), depois foi meu professor no mestrado e meu orientador de dissertação de mestrado. E eu tive a honra de trabalhar, também, com o Dr. Arnoldo nos idos de 1975/[19]76. Enfim, sempre admirei, sempre foi uma honra trabalhar com ele. A primeira pergunta é: Quem é Arnoldo Wald?

Arnoldo Wald: É um advogado. É um advogado lutador que já foi do Ministério Público, já foi da Procuradoria do Estado, já foi funcionário no sentido de ter presidido a CVM, em certo momento, e que continua sendo apaixonado pelo Direito. É um defeito, porque depois de 65 anos de exercício da profissão continuar apaixonado deve ser um distúrbio mental. Mas, afinal de contas, acontece, não é? Isso dito, na realidade, eu fui advogado no sentido que se dava a essa palavra: de *Defensor de Direitos* e o Ministério Público também é o *Defensor de Direitos*. Procurador do Estado também é um *Defensor de Direitos*. E todo funcionário público também tem uma função, uma missão de serviço público.

Nasci em 28 de junho de 32 (1932) na Bélgica, fiz os meus primeiros estudos de primário na Europa. Em seguida, tendo optado pela nacionalidade brasileira...

M. Klang: O senhor é brasileiro por opção?

Arnoldo Wald: Sim. Eu optei pela nacionalidade brasileira. Fiz o meu serviço militar no Forte Duque de Caxias, que ainda era “Forte”... Eu até dirigi o trânsito no Carnaval de 1953 naquela praça na frente do Forte Duque de Caxias e cheguei à conclusão de que não era a minha vocação.

O mais jovem Procurador-Geral de Justiça

M. Klang: O senhor ingressou na carreira da Procuradoria-Geral do Estado para o concurso público de provas e títulos e eis que, na década de 60 [1960], o então governador, Negrão de Lima, lhe fez um convite para vir chefiar o Ministério Público. O senhor tinha na época 33 anos de idade! Qual foi o impacto? Como foi receber o convite e com essa idade?

Arnoldo Wald: É, eu tinha feito concurso para Procurador do Estado em 62 [1962]. Foi um concurso muito importante na vida acadêmica brasileira, porque não havia concurso para Procurador da antiga prefeitura do Distrito Federal, nem do Estado do Rio de Janeiro, havia muito tempo. E representou uma certa renovação cultural do sistema do estado, do braço jurídico do estado. E estava lá, com muito entusiasmo, exercendo as minhas funções quando fui chamado pelo Dr. Lino Neiva de Sá Pereira, que era o Procurador-Geral do Estado, e que me disse: “Olha, o governador tinha pensado que você poderia ser útil na equipe que vai assumir



1966 - Posse de Arnaldo Wald como Procurador-Geral de Justiça do Estado da Guanabara. Acervo: APERJ

agora a direção jurídica do Estado”. Porque, na realidade, por razões que não vêm ao caso, a maioria dos intelectuais eram Lacerditas e poucos tinham vinculações com o governador.

M. Klang: Negrão de Lima?

Arnaldo Wald: Negrão de Lima. E disse: “Eu não posso trazer todos os mineiros para cá porque vão dizer que foi uma invasão mineira. Então eu quero ter gente daqui e me lembrei de você. Eu disse a ele que você como Procurador-Geral do Estado faria uma boa gestão, mas que não era o ideal para sua carreira porque você tinha 3 anos de casa e seria o chefe de ilustres Procuradores que já estavam aqui há 50 anos ou há 40 anos exercendo as suas funções. Mas, que uma ideia que poderia ser inteligente seria colocá-lo como Procurador-Geral de Justiça. Não era uma represália, não era uma vingança porque nós havíamos tido um excelente Promotor que tinha sido Procurador-Geral do Estado. Então, eu disse que do mesmo jeito pode o Arnaldo ser o Procurador-Geral de Justiça”, me disse o Lino.

M. Klang: O vento que venta lá venta cá.

Arnoldo Wald: Sem nenhuma ideia a não ser manter os laços fraternos entre as duas instituições que sempre foram muito vinculadas no seu espírito, na sua luta pelo Direito. De modo que, veio assim esse convite que eu não esperava. Eu tinha acabado de fazer a minha docência, ia fazer a minha cátedra na faculdade e disse: “Bom, se o governador acha que posso ser útil, eu vou mergulhar. Largar o meu escritório, largar basicamente três das faculdades que eu ensinava e me dedicar completamente à Procuradoria-Geral da Justiça.” Não queria deixar de lado a faculdade da nossa universidade em que, na realidade, eu ia fazer concurso para cátedra.

Qual era a infraestrutura do MP em 1966?

M. Klang: Quando o senhor assumiu o cargo de Procurador-Geral, o que é que o senhor encontrou em termos de infraestrutura?

Arnoldo Wald: Eu me lembro de que as nossas instalações do gabinete do Procurador-Geral eram realmente muito humildes e, quando levei esse problema ao governador, ele me disse: “Arnoldo, eu faço o que você quiser, mas dinheiro eu não tenho!”

M. Klang: Eu já vi esse filme.

Arnoldo Wald: Já viu?

M. Klang: Já vi esse filme.

Arnoldo Wald: “Então, como é que você vai fazer? A primeira coisa é o senhor se convencer de que nós temos que nos mudar. Depois, vamos conversar o resto”. Ele disse: “Bom, nesse momento de orçamento difícil, eu vou fazer o seguinte: eu vou pedir ao secretário de administração, o Secretário Humberto Braga, que vá ver as instalações e que faça um mini-relatório para justificar, porque eu estou de acordo, mas quero saber...” E o Humberto Braga marcou comigo, foi lá, e eu disse: “Olha, se o senhor não me levar a mal, eu vou levá-lo para o banheiro da presidência!” E ele, então, me disse: “Arnoldo, eu não quero saber mais nada!” Realmente, as nossas instalações não eram condignas.

M. Klang: Era só uma sala, que eu saiba.

Arnoldo Wald: Era uma sala só. Uma sala mais ou menos apertada. Os procuradores estavam ao lado, tinha um movimento grande de pessoal, de Ministério Público. E você não tinha uma infraestrutura de secretariado: o mínimo que um gabinete de um Procurador-Geral precisa. Sem falar em uma memória, na documentação... em uma série de coisas muito importantes, mas que não existiam praticamente. E mais: nós éramos muito dependentes do Poder Judiciário. Então, o dono do prédio era o presidente do Tribunal de Justiça e o Procurador-Geral era o intruso que tinha conseguido alguma salinha lá, por mero favor, não é!?

M. Klang: E põe favor nisso.

Arnoldo Wald: Põe favor nisso! Lembro-me ainda de que em uma determinada ocasião faltou água no prédio e o Dom Martins Garcez, com quem eu tive ótimas relações, me disse: “Arnoldo, se até 14h da tarde não tiver água, eu vou mandar fechar o prédio”. E eu disse: “Com todo respeito, senhor presidente, o senhor às 14h da tarde vai ter a sua água. Mas, se não tiver, o senhor não vai fechar a Procuradoria-Geral da Justiça, porque ela funciona de modo autônomo e não pode depender de um ato administrativo do Presidente do Tribunal”. E ele ficou um pouco chateado, mas, a partir daí, eu acho que convenci o governador do Estado de que precisávamos mudar, como realmente mudamos. E é a mesma coisa em relação às reuniões do Ministério Público. Acho que tive esse defeito de trazer também uma nova geração que acabava de fazer concurso e de romper um pouco o vínculo hierárquico totalmente fechado que existia. Não havia muito diálogo entre as várias gerações. O Procurador da Justiça era uma autoridade acima do bem e do mal. Os promotores decidiam as suas áreas, a Defensoria Pública funcionava, mas tudo funcionando bem sem um diálogo de gerações. E um dos nossos colegas me disse uma vez que eu tinha feito a “Revolução dos Tenentes”. Desses Tenentes tem alguns que estão aí na primeira fileira. O Everardo não era mais tenente, já era capitão. Mas o Sérgio de Andréa que chefiou a Defensoria Pública e fez a descentralização da justiça com convênios com as faculdades etc. é regra dessa nova geração. E essa nova geração me ajudou muito na realidade. Nós tínhamos na época cerca de 150 membros: 20 procuradores, 32 curadores, 35 promotores, 20 promotores e 42 defensores.

A Defensoria Pública também aumentou muito a sua área de ação tanto na sua competência como também em relação a sua sede



Talk show – Dr. Arnoldo Wald

geográfica. Atendeu as pessoas necessitadas em várias áreas tanto no direito de família como na área criminal e nas pequenas causas. Poderia dizer que foi uma tentativa de criar um tribunal de pequenas causas nas áreas da periferia.

M. Klang: Isso muito antes de se cogitar um tribunal de pequenas causas nas áreas da periferia!

Arnoldo Wald: Muito antes, muito antes! De modo que isso foi importante, como também foi importante, embora possa não parecer, a criação da nossa Revista que inicialmente ficou com o Paulo Dourado.

M. Klang: Isso.

Arnoldo Wald: Que depois veio a ser presidente do Tribunal. E o Clóvis Paulo da Rocha, Desembargador. E [a Revista] manteve nesses 50 anos ou 60 anos toda a sua reputação de grande revista.

Primeira “casa própria” do MP e estagiários

M. Klang: Dr. Arnaldo, me corrija se eu estiver errado: quando o senhor chegou, encontrou uma sala na rua Dom Manuel nº 29. E o senhor conseguiu a aquisição dos dois andares da Nilo Peçanha nº 12?

Arnaldo Wald: É. A aquisição dos dois andares foi um passo de mágica, porque, como não havia dinheiro, era difícil adquirir. Mas a Justiça ocupava esses dois andares e ia sair de lá em uma reorganização do Palácio da Justiça. O dono desses andares era o BANERJ. Então, eu fui conversar com o presidente do BANERJ e o disse: “Nós precisamos que o senhor nos dê em comodato” e ele disse: “Não, em comodato eu não posso dar, mas eu vou locar para vocês e vocês pagarão quando o Estado decidir pagar as multas que tem com o BANERJ.” E então passou a falar muito baixinho: “O dia de ‘São Nunca!’” Eu respondi: “Bom, então eu posso dizer isso ao governador!?” “Sim”. Então, nos mudamos para lá e ficamos com instalações que não se comparam com as que nós temos hoje, mas que foram relativamente condignas. Permitiram um certo desenvolvimento nos vários setores, de modo que eu acho que foi uma grande conquista!

M. Klang: Foi uma grande conquista, não é?

Arnaldo Wald: Foi uma conquista também no sentido de sair da tutela do Poder Judiciário.

M. Klang: Sim. Casa própria, não é?

Arnaldo Wald: O Ministério Público não tinha sequer instalação própria! Não pode depender nem do Poder Judiciário nem da Procuradoria do Estado. Não pode ficar em locais emprestados. É necessário que tenha realmente a sua autonomia material também. Porque isso é representativo de alguma coisa. De modo que foi essa a ideia do que nós fizemos, como também a Defensoria que integrava a carreira...

M. Klang: Era o cargo inicial da carreira.

Arnaldo Wald: Era o cargo inicial da carreira e passou a se desenvolver bastante. Eu me lembro de uma sessão em que nós demos posse aos estagiários na Defensoria. Eram 300/400 pessoas. Estava ao meu lado presidindo a sessão o decano da Procuradoria, o professor

Roberto Lira, que tinha sido um dos autores/coautores do projeto de Código Penal. De modo que teve, assim, um alcance nacional. Eu acho que era importante mostrar que havia uma segunda função que a Defensoria Pública exercia que não era apenas na defesa do Estado, mas na defesa do Cidadão, não é?

M. Klang: Sim, sim.

Arnoldo Wald: Isso eu acho que foi também alguma coisa importante.

O Ministério Público e o Mercado Financeiro

M. Klang: Na sua gestão, foi implantado algum mecanismo que eu não entendi muito bem qual foi, e gostaria que o senhor pudesse explicar, com relação ao cheque sem fundo. Era uma novidade na época sobre a qual eu gostaria que o senhor falasse um pouquinho.

Arnoldo Wald: É... Eu não me lembro de todas as circunstâncias porque decorridos cinquenta, sessenta anos, você não tem a memória tão clara. Mas eu estava preocupado com esse assunto desde o momento em que eu cheguei à conclusão de que nós tínhamos desmoralizado o cheque.

M. Klang: Sim.

Arnoldo Wald: Então, o cheque é um instrumento importante. E havia um cheque antedatado, havia um cheque pós-datado... O cheque tinha sido deturpado e não havia sanção efetiva. E até você mandava protestar o cheque e ficava listo! Não sei se na minha gestão por iniciativa minha houve uma decisão de determinar aos cartórios de protesto que encaminhassem ao Ministério Público os cheques protestados. Então, eu acho que isso foi importante na época porque moralizamos o cheque e em certo sentido passamos a moralizar o sistema financeiro. O sistema financeiro também não pode ser uma verdadeira jogatina, não é? O Ministério Público da época fez uma campanha... Se não me falha a memória... Até acho que o Cordeiro Guerra foi o promotor. Fez uma campanha e conseguiu apurar o negócio das polonesas, das polacas. Eram os títulos que não existiam. Já naquela época, havia títulos inexistentes. E o banqueiro também não existia e foi o Ministério Público que...

M. Klang: Ah, o banqueiro não existia? O título também não existia?

Arnoldo Wald: O banqueiro não era banqueiro e os títulos não eram os títulos.

M. Klang: Ai meu Deus!

Arnoldo Wald: É só para dar uma ideia, porque eu acho que isso não foi na minha gestão não. Mas é importante compreender o novo papel que o Ministério Público começou a exercer também no mercado financeiro. Era um mercado do qual ele estava ausente.

M. Klang: Sim!

Arnoldo Wald: O Peter Drucker tem uma frase bonita que diz: “Afinal de contas, o Wall Street não pode ser Las Vegas”.

M. Klang: Sim, é verdade.

Arnoldo Wald: Nós temos que ter uma moralidade e essa necessidade moral... o Ministério Público fez uma luta importante nesse sentido.

Dr. Arnoldo Wald: MP e a autonomia

M. Klang: Atualmente, fala-se muito na questão da liberdade dos meios de comunicação, liberdade de mídia, liberdade de imprensa. O senhor foi Procurador-Geral em 1966/1967 quando estávamos no início do regime militar. Como é que isso era tratado?

Arnoldo Wald: Foi uma fase em que nós lutamos muito para manter, contra o governo federal, a liberdade de imprensa, na medida em que nos era possível fazê-lo da Justiça do Estado. Até a Procuradoria do Estado e a Procuradoria da Justiça se uniram no sentido de garantir a liberdade de imprensa que foi sofrendo restrições sucessivas. Há um filme americano sobre a história: *Washington Post*. Os senhores devem ter visto. Nós tivemos um *Washington Post* aqui no Brasil, chamava-se *Correio da Manhã*. Na realidade, a dona do *Correio da Manhã* era parecida com a dona do *Washington Post*. Era uma mulher da sociedade sem muita preocupação direta com os problemas sociais e que, de um dia para o outro, se viu enfrentando os problemas político-militares. Contrariando os interesses econômicos do jornal e arriscando-se do ponto de vista empresarial, decidiu combater a censura e as limitações que se

pretendiam estar estabelecidas. A infelicidade é que naquela ocasião o Brasil não tinha o “*justice’s back*” e a Suprema Corte não se sentia à vontade para dizer que a liberdade de imprensa era sagrada. Era uma época em que ainda havia juízes que diziam que quando os tanques estão na rua não adianta proclamar a justiça. E o Ministério Público tentou evitar isso por tudo que é lado, até que não conseguiu fazê-lo. E daí foi até uma fase em que eu decidi sair da Procuradoria porque nós não tínhamos mais como manter a nossa autonomia. E em relação a essa autonomia do Ministério Público e da liberdade de imprensa, mas que também surgiu em outros campos, eu quero lembrar duas situações. Em uma certa ocasião, o Ministério Público Federal, o poder geral da União, pretendia que o Ministério Público do Estado entrasse com uma ação criminal, abrisse um inquérito criminal contra a dona Sarah Kubitschek porque as *Pioneiras Sociais* tinham recebido um Fusca da Volkswagen. Eu disse: “Mas qual a tipicidade do caso? As *Pioneiras Sociais* são uma organização social conhecida, importante. O Fusca, por mais valor que tenha, é na realidade um instrumento de trabalho.” E a dona Sarah o fez da qualidade do Presidente da companhia. Eu não vi naquilo... Chamei os nossos Procuradores e nós tivemos a mesma opinião. Então eu disse: “Bom, meus amigos, vocês que são Federais, têm o Ministério Público Federal, têm Justiça Federal, façam lá o que quiserem! Nós aqui não vamos...”

M. Klang: Tomar a iniciativa, não é!?

Arnoldo Wald: É.

Casos pitorescos

Arnoldo Wald: Houve uma série de outros casos que eu poderia numerar. Um deles, pelo seu lado pitoresco, é interessante. Em um concurso para o Ministério Público, recebi um dia um ofício do SNI (Serviço Nacional de Inteligência) dizendo que havia um candidato que não podia se candidatar e cuja inscrição deveria ser indeferida porque ele tinha ganhado um prêmio da UNE com o trabalho que tinha feito no concurso sobre a Revolução Econômica do Brasil. Então, o assunto era subversivo, a entidade era subversiva, o prêmio era subversivo e ele também era subversivo. Eu até disse: “Não, mas isso não tem base etc. Vamos jogar isso para o lixo”. Meu ilustre chefe de gabinete e professor retrucou: “Vamos fazer as coisas bem feitas. O senhor manda ao conselho, você vai nomear o relator. O relator vai

estudar o assunto e, quando chegar a decisão do conselho, o sr. vai dizer: ‘cumpra-se!’ e vai depois oficialar ao general Golbery, dizendo que o Ministério Público do Estado da Guanabara tomou a seguinte decisão em resposta ao ofício da SNI número tal”. Passaram-se os anos e eu estava em São Paulo presidindo um seminário e um ministro do STJ se levantou no fim para fazer uma saudação e disse: “Eu tenho muita alegria de estar aqui por todos os motivos etc., o professor Moreira Alves, mais especialmente porque quem abriu a sessão foi o Arnaldo Wald, a quem eu devo toda a minha carreira”. E eu olhei para ele perguntando “quem é?” Ele disse: “Bom, o senhor talvez não se lembre, mas eu, há trinta, quarenta anos atrás, fiz um concurso para a UNE e consegui um prêmio, e depois, quando quis me inscrever para o concurso do Ministério Público, o SNI não queria me deixar fazer a inscrição. Eu fui ao conselho do Ministério Público e o senhor mandou cumprir a decisão e me permitiu ser Defensor Público. Eu fui Defensor Público, fui Promotor, fui Procurador, fui Procurador-Geral e cheguei ao Superior Tribunal de Justiça pelo Ministério Público.” Trata-se do ministro Carvalhido!

M. Klang: Ah...

Arnaldo Wald: É só para mostrar como pequenas causas podem ter... Não há vinculação nenhuma com a nomeação dele, que é por mérito próprio, pelo trabalho! Mas de qualquer modo, talvez se não pudesse ter entrado no Ministério Público a luta dele tivesse sido muito, muito maior.

M. Klang: É... A porta teria sido fechada.

Arnaldo Wald: Houve uma série de outras situações em que a União pretendia exercer a pressão sob o Ministério Público e nós mantivemos a nossa autonomia, nossa independência, e tive o apoio integral do governador Negrão de Lima – que também estava em uma situação difícil porque estava sendo processado pela auditoria militar aqui pela Justiça Militar. Embora ele fosse amigo pessoal, e tivesse o apoio do Castelo Branco, foi uma situação muito *sui generis*. E o Negrão, nessa história, um dia me ligou e disse: “Arnaldo, você pode me atender pessoalmente? Não como Procurador-Geral da Justiça?” Eu disse: “Posso”. Então ele disse: “Bom, vamos ter uma reunião com o Nelson Hungria para que eu veja a minha defesa na justiça militar.”

M. Klang: Nelson Hungria.

Arnoldo Wald: Pois é, então nós fomos até lá conversar no palácio a respeito. Eu acho que não houve desvio de função. Na realidade, nós estávamos na mesma luta pela liberdade, pela independência do Estado, pela autonomia etc. Esse inquérito morreu, mas dá uma ideia de um clima que existiu em uma certa fase da vida brasileira.

M. Klang: É, ele era o único governador do Brasil de oposição?

Arnoldo Wald: Ele e em Minas Gerais que tinha o Israel Pinheiro...

M. Klang: Ah sim, é verdade.

Arnoldo Wald: Os dois que foram eleitos contra a oposição. E dizem que em São Paulo a Assembleia Legislativa elegeu o Laudo Natel e, no dia seguinte, soube o que tinha acontecido em Minas e no Rio e os deputados disseram: "Ah, mas nós não sabíamos que podia votar contra o Laudo Natel".

Soldado da Lei e defensor do Direito

M. Klang: No concurso de posse como Procurador-Geral, o senhor fez um comentário muito interessante, o senhor disse o seguinte: "Não é de estranhar que o advogado encontre no exercício das funções do Ministério Público a sua completa realização de soldado da Lei e Defensor do Direito". Comparando 1966 com 2018, o senhor acha que o Ministério Público continua desempenhando o papel de "soldado da Lei e Defensor do Direito"? Ou houve alguma mudança, alguma alteração? Algum acréscimo, mudou a configuração? O que o senhor acha?

Arnoldo Wald: É... vamos falar no Ministério Público Estadual?

M. Klang: Isso!

Arnoldo Wald: Assim fica mais fácil. Algumas vezes, quando você generaliza, a coisa fica mais complicada. Mas eu acho que sim, eu acho que em todos os sentidos nós continuamos a ter esse papel porque, além do papel tradicional de acusador, o Ministério Público é o Defensor da Lei. Essa é a função básica que ele tem com todo o seu prestígio, com toda a sua organização e com todo seu espírito. Eu acho que o espírito que o Ministério Público tinha naquela época, eu falei no Vitor Nunes Leal, é uma tradição que honra o Ministério

Público! Vitor Nunes Leal, Cândido de Oliveira... Nós tivemos Procuradores... Hoje, nós temos o Procurador-Geral, que continua com as mesmas tradições e o mesmo espírito de fazer do Ministério Público uma entidade autônoma, independente, sem nenhuma obediência ao Executivo, sem nenhuma submissão ao Judiciário, e que pode assim na realidade garantir o bom funcionamento do Estado de Direito. Eu acho que essa é a função do Ministério Público, que ele realiza em todos os setores; é também hoje um elemento moralizador, um elemento de luta contra as irregularidades, as ilicitudes quer sejam praticadas por particulares, quer sejam praticadas por agentes do Estado (e acontece infelizmente). De modo que esse ideal do Ministério Público eu acho que permanece nas novas gerações. O que era a ideologia profissional, a convicção pessoal dos membros do Ministério Público daquela época desde o tempo do meu amigo Everardo Moreira Lima, não é? Somos poucos daquela fase inicial, mas que foi uma fase gloriosa e que criou tradições, criou situações, teve grandes nomes e que então é um pouco a ideia basicamente do Ministério Público como soldado da lei, como defensor intransigente não só do interesse público, mas também da liberdade individual e dos direitos individuais. E nesse sentido é que tem atuado e, se Deus quiser, vai continuar atuando.

M. Klang: Vai continuar atuando...



Talk show – Dr. Márcio Klang e Dr. Arnaldo Wald

Operação “Lava Jato”

M. Klang: Dr. Arnaldo, a minha última pergunta, já que o senhor falou de Ministério Público Federal e Estadual... Como é que o senhor encara a operação “Lava Jato”?

Arnoldo Wald: Eu acho que a operação Lava Jato pode ser vista sob vários ângulos. Mas, no fundo, foi uma legítima defesa da sociedade no momento em que nós sentíamos, ou alguns se apercebiam que havia uma corrupção generalizada dentro do sistema administrativo, sistema contratual. E que isto não podia ter uma solução apenas por meios persuasórios com conselhos, com recomendações, com conversas. Era preciso realmente primeiro diagnosticar o que é que acontecia, e que não se sabia, a opinião pública brasileira não sabia da Lava Jato. Até dez, ou sete, oito anos sabia-se que havia corrupções e havia, em certo sentido, algumas operações, alguma ilegalidade, irregularidade, e havia esperança que aquilo fosse corrigido, e apurado, investigado e corrigido. Mas ninguém pensou na imensidão, no verdadeiro tsunami de corrupção que nós tivemos. E então a defesa teve que ser a defesa do estado de emergência. Eu me lembro de um liberal, Nelson Correa, que disse: “Algumas vezes, a gente precisa do estado de emergência econômico e talvez do estado de emergência moral”. E os meios normais levariam os seus 30 anos na justiça e não prenderiam ninguém no fim das contas, porque as empresas seriam outras, os fatos, esquecidos etc. Então, eu acho que não tivemos outro jeito. E a corrupção me parece uma chaga que destrói a sociedade, destrói os valores da sociedade. Eu comparo algumas vezes a corrupção com a inflação: ambos destroem os valores, destroem o que é importante dentro da nossa vida e nos tiram a ideia exata do valor. Alguém já disse que a inflação destrói as realidades e mantém as aparências. A corrupção também destrói as realidades e mantém as aparências. Então, é preciso que nós tenhamos uma eterna, contínua vigilância e é uma das funções básicas do Ministério Público lutar contra a fraude em todos os seus aspectos e a revolução no plano jurídico também pode ser necessária. Gostamos muito da evolução, mantemos as tradições, os princípios, mas, algumas vezes, situações “revolucionárias” têm que ocorrer para que a sociedade “viva”, para que a democracia se mantenha, para que o estado continue a exercer a sua função e não seja objeto de uma verdadeira pilhagem por uma quadrilha.

Perguntas da plateia: Dr. Sérgio de Andréa

M. Klang: Entramos no 4º e último bloco e pedirei que a plateia colabore com o meu trabalho, e com o trabalho do programa, fazendo as perguntas que acharem oportunas ao professor Arnoldo Wald.

Dr. Sérgio de Andréa: Não poderia deixar de expressar publicamente a honra que experimentei em participar da sua gestão. Você me concedeu essa oportunidade no sentido de dirigir, nos salientou a assistência judiciária, e também participar da revista de Direito. E queria dar aqui, e acredito que fale também em nome do nosso Dr. Everardo, o testemunho de tudo que você dedicou, deu ao Ministério Público. Todo o seu dinamismo, que continua, essa sua inteligência cada vez mais brilhante, cultura, capacidade de trabalho, tudo isso você deu ao Ministério Público naquela oportunidade e por isso revolucionou a Instituição. Fala sempre na precariedade das instalações, mas eu queria dar uns dois detalhes. Você citou o banheiro da Procuradoria antiga no prédio do Tribunal: a precariedade era da Procuradoria e era também da Associação, porque nesse banheiro havia um armário onde estavam dois livros em que se resumia a biblioteca da Associação. Eu fui eleito bibliotecário e me senti higienizado.

Arnoldo Wald: É importante lembrar esses fatos porque eles não eram públicos e notórios.

Dr. Sérgio de Andréa: Era tudo oculto! O outro ponto interessante foi da ocupação lá dos nossos dois andares na Nilo Peçanha. E nessa oportunidade ocupamos, mas as instalações estavam um tanto “em obras”, não é!? E tivemos que fazer uma restauração...

Arnoldo Wald: Lembro-me.

Dr. Sérgio de Andréa: E essa restauração começou baseada em uma vaquinha que nós fizemos, não foi? Você, Luiz Sérgio e eu.

Arnoldo Wald: É...

Dr. Sérgio de Andréa: Não foi isso? Eu ia comprar as tintas no *Rei das Tintas*. Você conseguiu dois presos para pintar...

M. Klang: Olha que beleza.

Dr. Sérgio de Andréa: É, até certo ponto! Desconfiamos, um estava no final da pena, o outro estava ainda em meio.

M. Klang: Mas isso é recuperação do preso.

Dr. Sérgio de Andréa: É isso, exatamente. E nós nunca perguntamos por quais crimes eles foram condenados!

M. Klang: Sim, claro.

Dr. Sérgio de Andréa: Não tivemos coragem. Mas desconfiamos de um que ia aproveitar essa atividade extramuro para fugir. Pedimos a substituição e, na verdade, ele foi trabalhar em outro lugar e fugiu. Então, nós estávamos absolutamente certos.

M. Klang: Certos!

Dr. Sérgio de Andréa: E eu me lembro de que quando você tomou posse, o seu colega da Procuradoria do Estado, que o saudou, lembrou que você, com 33 anos, ainda não era plenamente maior porque não podia ser senador (porque exigia 35 anos). Toda essa juventude canalizada para o Ministério Público não poderia dar outro resultado que não essa brilhante gestão com que você contribuiu enormemente para o desenvolvimento e a afirmação do Ministério Público.

Arnoldo Wald: Muito obrigado.

Bloco 11 – Perguntas da plateia: Dr. Everardo Moreira Lima

Dr. Everardo Moreira Lima: Eu vou aproveitar esse descuido para dizer também. Não era o meu propósito fazer o discurso porque eu queria muito dar um depoimento, mas, por outro lado, eu vi que esse depoimento seria marcado pela parcialidade. A amizade iria viciar escandalosamente o depoimento que eu daria em favor do nosso homenageado. Eu digo homenageado porque, afinal de contas, está entre aqueles que o Ministério Público vai projetar na posteridade através do nosso Centro de Memória. Mas eu queria lembrar algo de comum para que isso fique aqui mencionado entre nós. Há muitos anos, nos conhecemos no curso de estudo de língua. Não podia ser o francês, porque o francês já falava desde que nasceu.

M. Klang: É a língua materna dele.

Dr. Everardo Moreira Lima: E não podia ser o alemão, porque eu já cohecia a língua. Então, só podia ser o inglês, mas o Wald hoje esclareceu que nos vimos pela primeira vez no curso, na Cultura Inglesa, não é!? E que eu fazia para me aprimorar, porque eu podia advogar àquela época e ia ser convidado para ser o advogado de um departamento jurídico de um grupo econômico americano. Mas os anos se passaram e eu, cativo do Wald, afinal, a primeira vez que eu o vi nesse curso... E vocês podem imaginar esse homem muito mais moço, mas com o mesmo sorriso e o mesmo toque sincero, agradável, simpático, que fiquei preso a ele e preso fiquei até hoje. Eu fiz o doutorado em 1949/1950 na Faculdade Nacional de Direito. E lá, então, em 1956, se eu não me engano, o Wald defendeu uma tese de doutorado, que era de ver! A banca, se eu não me engano, era composta por Santiago Dantas, Arnaldo Mendes da Fonseca e muitos outros! Eram os maiores professores na época! E o Wald realmente encantou, brilhou, porque fez ali com essa tranquilidade dele e com esse domínio que ele tinha do francês... O pai dele havia trazido toda biblioteca daquele tempo, não é? Para o Arnaldo Wald, eram os irmãos Mazeaud, era Flibert, era Henri Lalou... Eu e o nosso Wald falávamos em escala móvel.

M. Klang: Teoria da escala móvel.

Dr. Everardo Moreira Lima: Isso há quantos anos? Deus do céu, faz muito tempo isso! E a memória não dá para pegar todas essas coisas, mas tudo isso aconteceu, então, aqui nesta cidade, “muy leal e heroica cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro”, que aqui recebeu nosso Wald e recebeu a mim, que vim lá dos sertões da Bahia, não é? Fui morar em Niterói, de Niterói passei para o Rio de Janeiro.

Bloco 12 – Perguntas da plateia: primeira liminar em *Habeas Corpus* no Brasil

Dr. Erthulei Laureano: Todo mundo sabe: ninguém é melhor advogado empresarial, ninguém é melhor advogado civil, ninguém é melhor tratadista de direito civil que Arnaldo Wald. Mas ele sabe que teve momento na vida dele que ele atuou no Direito Penal incidentalmente. O ano era 1964. O senhor poderia dizer para nós o que foi isso?



Talk show – Dr. Arnoldo Wald

Arnoldo Wald: Em 1964, com o regime militar, nós tivemos uma série de comerciantes que foram perseguidos por motivos políticos porque pertenciam ao partido da oposição, entre os quais um amigo de um cliente meu, que havia tido umas discussões com o partido político oposto. Já tinha havido uma ação judicial para discutir o assunto e havia a coisa julgada dizendo que o comportamento dele tinha sido impecável. Mas, o capitão do inquérito policial militar disse: “O senhor venha amanhã depor e o senhor já sabe que vai sair direto para a cadeia”. Essa pessoa me ligou e me disse: “Professor, eu estou preocupado”. Eu disse: “Olha, eu nunca advoguei no penal. O que eu me lembro do penal foi ter sido estagiário aqui no Ministério Público, mas durante um tempo, e então defendi alguns casos, mas depois disso não fiz mais nada no penal.” Mas ele disse: “Mas o senhor não é amigo do meu cunhado?” Eu disse: “Sou”. “Bom, então, nesta hora, não tenho advogado, não tem ninguém que aceite uma causa contra autoridade militar. Ou o senhor me salva ou eu estou perdido”. E eu disse: “Tudo bem, verei o que posso fazer”. E entrei com *habeas corpus* no Superior Tribunal Militar dizendo sobre a ameaça de prisão. Ele tinha uma decisão que o trânsito foi julgado dizendo que nada existia contra ele! Na realidade, a autoridade civil não julgaria. Era 1964 e a autoridade civil diria: “Você vai para

as autoridades militares. Esse moço aí, esse capitão, não está sob a minha jurisdição, de modo que você vai lá para as autoridades militares”. O processo foi distribuído para o almirante de esquadra, o almirante Espíndola, e eu fui até lá conversar com ele. Ele me disse: “Explique-me o caso, porque eu não sou formado em Direito. Eu vim aqui como Almirante, mas não sou um jurista”. Eu expliquei e disse: “Eu estou pedindo até uma medida liminar, porque senão vão matar o meu cliente e depois eu vou chegar aqui e não vai adiantar nada a sua decisão. Então, vou ter fato consumado”. Ele, então, olhou para mim e disse: “Eu posso dar essa medida liminar?” E eu disse a ele: “Eu acho que o senhor pode, mas a decisão é sua, o senhor é Ministro do Superior Tribunal Militar”. Ele, então, disse: “Meu querido amigo, vá conversar com meu querido advogado...” Ele foi muito gentil comigo. “Vá conversar com o meu conselheiro, meu assistente jurídico. Se ele achar que eu posso dar, eu acho que vou dar a sua liminar”. Então, fui conversar com o assistente. O assistente me olhou e disse: “Ele é Almirante de esquadra, ele pode tudo. Se ele quiser dar, quem sou eu para dizer que não pode dar?” Deu-me a liminar e o tribunal pleno homologou na sessão seguinte. Bom, foi a primeira liminar em *habeas corpus* do estado do Brasil! O Sobral Pinto estava no Supremo Tribunal Federal com o caso, não sei se do Mauro Borges, um daqueles casos políticos importantes cujo relator era o Gonçalves de Oliveira. Ele foi ao Gonçalves de Oliveira e disse: “Ministro, o senhor leva para o plenário o *habeas corpus*, porque eu preciso de uma decisão. O meu cliente está sofrendo”. Então, o Gonçalves voltou-se para ele: “Eu posso levar ao plenário, mas eu acho que você tem muita possibilidade, neste momento, exato, de perder lá. Então, o que eu faço?” E o Gonçalves de Oliveira disse para ele: “É muito fácil, você vai requerer uma liminar”. Então, o Sobral Pinto disse: “Mas não há liminar em *habeas corpus*”. Volta-se o Gonçalves Mendes: “Não havia. Há quinze dias atrás, o Superior Tribunal Militar deu uma liminar. Então, a partir daí, eu acho que eu posso dar. Mas você tem que requerer, eu não vou dar de Ofício. Você requer e cita”. Porque o Ribeiro da Costa, que era o Presidente do Tribunal, tinha um irmão que era Ministro do Superior Tribunal Militar e que tinha ligado para ele: “Olha, nós temos aí uma liminar de *habeas corpus* e tal”. Daí ele falou com Gonçalves de Oliveira e saiu essa liminar no Supremo Tribunal Federal, que, no fim, homologou a tese de que cabia liminar. E que antes não cabia porque não precisava. Quando o Juiz pedia informações, em 24h tinha a informação. A autoridade militar não informava! Ficava esperando então... Seis meses depois, o sujeito morreu, suicidou, enforcou-se ou sei lá o quê. Essa é a história.

Bloco 13 – Perguntas da plateia: Des. José Muiños Piñeiro Filho

Des. José Muiños Piñeiro Filho: Prezados amigos, amigos ministeriais, quero homenagear a todos. Nosso Procurador-Geral José Eduardo Ciotola Gussem teve que se ausentar por necessidade de serviço, mas eu faço na pessoa da excelência Dr.^a Luciana Sapha Silveira, nossa Corregedora. Caríssimo Márcio Klang, hoje você conseguiu completar um registro histórico com a presença do nosso Professor Arnoldo Wald. Falo primeiro professor porque eu sou de uma geração um pouco mais nova que a de vossa excelência, professor, mas que estudou Direito Civil e obrigatoriamente tínhamos que ter como manual, como base do Direito Civil, o Washington Barros Pinheiro, Silvio Rodrigues, Caio Mario...

M. Klang: E Arnoldo Wald.

Des. José Muiños Piñeiro Filho: E Arnoldo Wald. E tenha certeza: muito nos formou para vida, não só para vida jurídica, mas para a vida pessoal. E, hoje, vossa excelência pôde nos esclarecer melhor para o resgate histórico como se conseguiu o primeiro espaço do Ministério Público, fora do espaço do Poder Judiciário. E esse fato se complementa a 2002 quando vossa excelência teve o registro do fato através da sua imagem e a conquista daquele espaço na Nilo Peçanha nº 12, segundo e terceiro andares... Vossa excelência foi homenageado. Mas há mais um dado que precisamos enaltecer, porque isso mostra que a idade não é o mais importante para a formação de um homem. A idade tem o seu significado, mas o que importa é o que está dentro de cada um. E, no nono andar da Sede Oficial do Ministério Público, há uma relação de todos os ex-Procuradores-Gerais desde o primeiro, Licínio Alfredo da Silva, em 1891 no antigo Estado do Rio de Janeiro, até o mais recente, que seria José Eduardo Ciotola Gussem. E esse *hall*, feito através de um trabalho de esmero de Sérgio Demoro Hamilton, nos levou a uma indagação: qual o mais novo homem que chegou à chefia institucional? E lá vimos Romão Cortes de Lacerda (que depois se tornou Desembargador com 36 anos); Teodoro Arthur, que lhe deu posse; Everardo, em 1950 e que iria fazer 37... Mas se os estudos de Demoro, e os meus, que ratificou estarem certos, vossa excelência foi o mais novo Procurador-Geral de Justiça. Isso está registrado! É uma honra estar aqui com vossa excelência, muito obrigado.

Arnoldo Wald: É, dizem que o general Charles de Gaulle quando foi presidente da França nomeou um primeiro-ministro muito jovem e disseram a ele: “Mas como que nomeia a primeiro-ministro um homem tão jovem?” E ele disse: “Olha, a mocidade é o único defeito que desaparece necessariamente com o decorrer do tempo. Ele vai ficar menos jovem! Outros defeitos podem até não desaparecer...” Respondendo aí, e muito obrigado pelas suas palavras, pelas palavras de todos, que me sensibilizaram muito, como toda essa reunião que, além de ser um documento histórico, é também uma reunião de carinho, de amizade, de afeição. E que mostra que até nas instituições mais sóbrias, mais rígidas, que têm essa função de fiscal da lei, as amizades se criam, se desenvolvem e podem ser úteis não só a cada um dos seus membros, mas a toda sociedade em si. De modo que quero agradecer muito a todos pela presença. Muito obrigado!

M. Klang: Obrigado, muito obrigado!



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 166.801 / RIO DE JANEIRO

15/03/2019

PRIMEIRA TURMA

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): VITOR TENORIO SANTOS

ADV.(A/S): ROBERTO PODVAL E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 288, *CAPUT*, 312, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL E NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DESTACADO MODO DE EXECUÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Não há violação ao princípio da colegialidade quando o relator, utilizando-se da faculdade conferida pelo art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nega seguimento a pedido manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à *Súmula* do Tribunal.

2. De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria. Além disso, é preciso demonstrar, concretamente, a existência de um dos fundamentos que a autorizam: (a) garantia da ordem pública; (b) garantia da ordem econômica; (c) conveniência da instrução criminal; ou, ainda, (d) para assegurar a aplicação da lei penal.

3. As razões apresentadas pelas instâncias antecedentes revelam ser imperiosa a necessidade de se garantir a ordem pública, evidenciada, sobretudo, diante de fatos concretos aos quais se atribuiu extrema gravidade e que revestem a conduta de remarcada reprovabilidade.

4. Sobressai dos autos que o paciente aparenta ser peça importante de uma ação criminoso organizada, com influência no âmbito da Administração Pública, que movimentou significativa quantia de dinheiro, supostamente gerando prejuízo estimado em R\$ 11.464.405,77 ao erário. Mesmo após notificação do Tribunal de Contas a respeito da ilegalidade dos pagamentos questionados, o paciente ainda teria ordenado novo empenho no valor de R\$ 1.000.000,00. O quadro delineado se agrava ainda mais com a constatação das instâncias antecedentes de que as ações do paciente sucederam a notificação da Corte de Contas; ou seja, o paciente permaneceu em operação mesmo depois de apontada a suposta ilegalidade do procedimento.

5. Nos termos da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o destacado modo de execução e a gravidade concreta do delito constituem fundamentos idôneos à determinação da custódia cautelar para resguardar a ordem pública.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, acordam em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 15 de março de 2019.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Relator

15/03/2019

PRIMEIRA TURMA

AG. REG. NO HABEAS CORPUS Nº 166.801/RJ

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): VITOR TENORIO SANTOS

ADV.(A/S): ROBERTO PODVAL E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

Trata-se de Agravo Regimental contra decisão pela qual indeferi a ordem, em *Habeas Corpus* impetrado contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC nº 467.508/RJ (Rel. Min. NEFI CORDEIRO).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes descritos no *art. 288, caput, do Código Penal, art. 312, caput, (2.561 vezes pelo pagamento de diárias), na forma do art. 71, ambos do Código Penal, e art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 (645 vezes), na forma do art. 71, do Código Penal, ambos em concurso material de crimes* (Doc. 2 – fl. 55).

A conduta foi assim descrita pelo Ministério Público Federal (Doc. 3 – fl. 78):

[...] em fiscalização realizada na Câmara Municipal de Mangaratiba/RJ por auditores do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, corporificado na Tomada de Contas Especial nº 265.723-0/15, verificou-se existir associação criminosa integrada por VITOR TENÓRIO DOS SANTOS que, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal, assumiu em 29/06/2018, interinamente, a chefia do Poder Executivo local em razão de cassação do então Prefeito (Aarão Neto) por acórdão do Tribunal Superior Eleitoral; EDISON RAMOS, Vereador da Câmara Municipal de Mangaratiba, e PEDRO BERTINO JORGE VAZ, em comunhão de ações e desígnios juntamente com outros vereadores, servidores da casa legislativa e empresários, previamente acordados no desenvolvimento de atos minudentemente esquematizados, em caráter estável e permanente para prática de vários e sucessivos delitos, em especial crimes contra a lei de licitações (Lei nº 8.666/93) e peculato (artigo 312 do CP), beneficiando sócios e pessoas jurídicas “CEBAS - CENTRO BRASILEIRO DE APRENDIZAGEM E ASS. LTDA.”, “CETRAM - CENTRO DE TREINAMENTO E APOIO MUNICIPAL LTDA.”, “CEBRAS - CENTRO DE ESTUDOS BRASILEIRO DE ASS. LTDA.”, “IBRAM - INSTITUTO BRASILEIRO DE APOIO AOS MUNICÍPIOS LTDA.”, “CEPLAM - CENTRO DE EVENTOS PLANEJ. E ASS. MUNICIPAL LTDA.”, “CEBAM - CENTRO BRASILEIRO DE ASSESSORIA MUNICIPAL LTDA. - ME”, “FALCÃO CENTRO DE CAPACITAÇÃO E TREINAMENTO LTDA. - ME” e “IDAP - INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO DE AGENTES PÚBLICOS LTDA. - ME”, além de diversos agentes públicos, mediante pagamento de diárias e pacotes de viagens em detrimento da

Câmara Municipal de Mangaratiba/RJ, ocorridas nos exercícios de 2010 a 2014, que totalizaram dano ao erário no valor de R\$ 17.000.000,00 (e-STJ, fls. 30/31 e 69).

Em 28/8/2018, no âmbito do Procedimento Investigatório 0046003-81.2018.8.19.0000, em trâmite perante o II Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi decretada a prisão preventiva do paciente, nos termos seguintes (Doc. 3 – fls. 69-71):

Defiro o pedido, ante os indícios da prática dos crimes de Associação Criminosa, Peculato e fraude à Lei de Licitações (art. 288, *caput*, art. 312, *caput*, ambos do Código Penal e art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93), com o fito de interromper a perpetuação de organização criminosa versada no espúrio pagamento de diárias e pacotes de viagens em detrimento do erário do Município de Mangaratiba/RJ.

Mostra-se imprescindível a prisão preventiva dos acusados VITOR TENÓRIO DOS SANTOS, EDISON RAMOS e PEDRO BERTINO JORGE VAZ, não só para a garantia da ordem pública, severamente afetada pelas condutas delituosas imputadas, mas, também, como forma de evitar a reiteração das condutas, indubitavelmente já praticadas, mesmo após a notificação dos denunciados pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro/TCE-RJ no ano corrente.

Considerando a própria natureza do esquema e, pela força política dos mandatos conferidos aos investigados, vislumbra-se que quanto aos indícios das autorias e aos crimes imputados, já identificado em diversas oportunidades pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro/TCE-RJ, é extrema a necessidade da efetiva instrução do processo e garantia do ressarcimento dos prejuízos à Fazenda Pública.

Sendo assim, determino:

1. A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO dos acusados VITOR TENÓRIO DOS SANTOS, EDISON RAMOS e PEDRO BERTINO JORGE VAZ, com prazo de cumprimento de 20 anos, na forma do art. 109 do Código Penal e da Resolução nº 137/2011 do Conselho Nacional de Justiça;

2. A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO em face dos acusados, nos endereços residenciais e em seus respectivos gabinetes, na sede da VITOR TENÓRIO DOS SANTOS (Prefeito interino) na sede da Prefeitura Municipal de Mangaratiba, com o objetivo de buscar e apreender anotações pessoais, papéis, telefones celulares, *notebooks*, *pen drives*, agendas telefônicas, DVDs, CDs, discos rígidos, enfim, todos os objetos de interesse

probatório, bem como a exclusão de sigilo de dados dos equipamentos eventualmente apreendidos;

3. A SUSPENSÃO DAS FUNÇÕES PÚBLICAS DOS VEREADORES denunciados e terceiro nomeado, vez que demonstrada a utilização dos cargos para a prática de infrações penais, nos termos do art. 282 c/c o art. 319, VI, do Código de Processo Penal, como medida de apoio consecutória da custódia preventiva;

4. A SUSPENSÃO IMEDIATA DAS ORDENS DE EMPENHO E DE PAGAMENTO aos Vereadores, servidores e empresas referentes às diárias e contratações dos pacotes de viagens, presentes e futuros, nos moldes descritos na denúncia, com intimação do atual Presidente da Câmara Municipal para cumprimento de tal ordem.

[...]

(destaques no original)

Inconformada, a defesa apresentou *Habeas Corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, cuja ordem foi indeferida pela Sexta Turma. Leia-se a ementa do julgado (Doc. 7):

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. FRAUDE À LICITAÇÃO. PECULATO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na necessidade de interromper a atuação da organização criminosa da qual o paciente seria integrante, desvelada após fiscalização do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que verificou irregularidades nas despesas da Câmara Municipal de Mangaratiba com passagens, translados, diárias e hospedagens de servidores públicos e vereadores, ocasionado um dano ao erário atualizado até o momento na quantia de R\$ 11.464.405,77, não há que se falar em ilegalidade.

2. Não há que se falar em falta de contemporaneidade dos fatos justificadores da prisão, visto que o paciente ocupou o cargo de Presidente da Câmara Municipal de Mangaratiba até junho de 2018 e, segundo a exordial acusatória “o denunciado VITOR TENÓRIO, ainda na condição de Presidente da Câmara de Mangaratiba, ordenou audacioso empenho no ano de 2018 no exorbitante valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), mesmo após notificação do Tribunal de Contas a respeito da ilegalidade dos sobreditos pagamentos”.

3. *Habeas corpus* denegado.

Na exordial desta ação, os impetrantes sustentaram, em síntese, constrangimento ilegal decorrente da ausência de fundamentação idônea para o decreto prisional cautelar. Destacaram que: (a) *os outros dois denunciados, um deles também eleito Vereador Municipal para o exercício do mandato atual, já obtiveram a revogação de seus decretos prisionais, não existindo razão para a manutenção da medida extrema em face unicamente do paciente, que se encontra em situação fática-processual idêntica aos demais já contemplados com decisões favoráveis;* (b) *não mais subsiste a alegada possibilidade de reiteração das pretensas condutas criminosas, visto que a renúncia ao cargo de Presidente da Câmara Legislativa, realizada de maneira espontânea pelo paciente, impossibilita que este disponha da ingerência necessária para influir em questões relacionadas ao pagamento de servidores e Vereadores, bem como em questões atinentes aos procedimentos licitatórios realizados pela Câmara Municipal;* (c) *a cautelar imposta ao paciente, consistente no seu afastamento de suas funções políticas, basta para evitar a possibilidade de reiteração delitiva.*

Requereram, liminarmente, fosse assegurado ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade. No mérito, pugnaram pela concessão da ordem em definitivo, com a revogação da decisão que determinou a prisão preventiva do paciente.

Submetidos os autos ao crivo do Presidente do STF, nos moldes do art. 13, VIII, do RISTF, e, 21/12/2018, Sua Excelência concluiu pela fragilidade da *justificativa da custódia para resguardar a ordem pública, evidenciada pelo risco de reiteração delitiva* e, portanto, deferiu *a liminar para determinar ao juízo processante a substituição da prisão preventiva do paciente por medidas cautelares diversas* (Doc. 11).

Foram juntadas aos autos informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Doc. 19) e pelo Superior Tribunal de Justiça (Doc. 20).

Segundo informou o TJRJ, ao menos até 18/12/2018, data anterior ao deferimento da medida liminar (21/12/2018), o paciente estava foragido (Doc. 19 – fl. 7).

Em 12/2/2019, indeferi a ordem de *Habeas Corpus* por não vislumbrar ilegalidade no entendimento firmado pelo STJ, que assentou a necessidade de se garantir a ordem pública, evidenciada, sobretudo, diante de fatos concretos aos quais se atribuiu extrema gravidade e que revestiram a conduta do paciente de remarcada reprovabilidade (Doc. 21).

Inconformada, a defesa agora apresenta Agravo Regimental, em que reitera alegações anteriormente expendidas e aduz razões assim sumariadas: (a) *é manifesta a nulidade da decisão agravada, pois o julgamento monocrático foi realizado sem que os autos tenham sido remetidos ao Procurador-Geral da República para que este elaborasse manifestação ministerial acerca da alegada coação fundamentada na impetração, retirando, assim, o papel de custos legis conferido ao Ministério Público no processamento da ação constitucional de habeas corpus* (Doc. 25 – fl. 6); (b) *não se pode afirmar que “nos termos da jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal”, se faz necessária a constrição da liberdade do agravante, visto que os casos colacionados como precedentes são manifestamente distintos do presente, seja no âmbito jurídico, seja no âmbito factual* (Doc. 25 – fls. 11-12); (c) *o prejuízo de se levar o caso à análise colegiada por meio de agravo é*

patente e, portanto, preliminarmente, aguarda o agravante o decreto de nulidade da decisão monocrática, seja pela supressão de ato obrigatório do processo, seja pela inexistência de jurisprudência firme a autorizar a subtração da apreciação do writ pelo órgão colegiado (Doc. 25 – fl. 12); (d) não cabe falar em associação criminosa, pois a única ligação entre os denunciados é o fato de terem integrado a Câmara Municipal de Mangaratiba, o que, por óbvio, não derivou de um conluio, e sim do voto popular (Doc. 25 – fl. 15); (e) não são críveis os argumentos utilizados pela decisão guerreada para determinação da custódia cautelar, já que diante da ausência de conclusão dos Procedimentos Fiscalizatórios não é concebível qualquer alegação quanto a eventual modo de execução, muito menos se pode afirmar a concreta gravidade das condutas descritas pela acusação (Doc. 25 – fl. 21); (f) a desnecessidade da medida imposta ao agravante torna-se ainda mais patente se levarmos em consideração que a própria decisão que determinou o pleito construtivo já indicou – e determinou – cautelar menos gravosa que atinge a finalidade de garantir a ordem pública sem, contudo, violar o direito primordial de liberdade de locomoção do agravante (Doc. 25 – fl. 22).

Ao final, requer:

Ante o que foi acima exposto, requer seja conhecido e provido o presente Agravo a fim de reformar-se a r. decisão agravada, determinando-se:

i) Preliminarmente, que seja *declarada a nulidade da decisão por ausência de requisito processual previsto em lei*, determinando-se *vista dos autos ao Procurador-Geral da República* para apresentação de parecer ministerial, *mantendo-se a liminar anteriormente concedida até o julgamento do mérito*.

ii) No mérito, requer o provimento do presente agravo para que seja determinado o *normal processamento do Habeas Corpus, com julgamento do writ em apreço perante a C. Primeira Turma*, inclusive com a possibilidade de sustentação oral por parte dos impetrantes.

É o relatório.

15/03/2019

AG. REG. NO HABEAS CORPUS Nº 166.801/RJ

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

Afasta-se, por primeiro, a alegação de ofensa ao princípio da colegialidade, uma vez que o art. 21, §1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

permite ao relator indeferir, monocraticamente, pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a *Súmula* do Tribunal, como ocorre na espécie. Da mesma maneira, não cabe falar em nulidade decorrente da ausência de intimação do *Parquet* para atuar como *custos legis*, ante as disposições do art. 52, parágrafo único, do referido normativo.

Quanto ao mais, não obstante o esmero do subscritor da peça recursal, as razões apresentadas não se mostram suficientes para alteração do julgado.

Conforme consignei na decisão ora agravada, de acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria. Além disso, é preciso demonstrar, concretamente, a existência de um dos fundamentos que a autorizam: (a) garantia da ordem pública; (b) garantia da ordem econômica; (c) conveniência da instrução criminal; ou, ainda, (d) para assegurar a aplicação da lei penal.

Na espécie, as razões apresentadas pelas instâncias antecedentes revelam que o decreto da segregação cautelar está lastreado em fundamentação juridicamente idônea e chancelada pela jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Com efeito, colhe-se do acórdão proferido pelo STJ (Doc. 7):

Como se vê, a prisão preventiva do paciente foi decretada para interromper a atuação da organização criminosa da qual seria integrante, desvelada após fiscalização do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que verificou irregularidades nas despesas da Câmara Municipal de Mangaratiba com passagens, translados, diárias e hospedagens de servidores públicos e vereadores.

Além disso, foi destacada a necessidade da segregação *como forma de evitar a reiteração das condutas, indubitavelmente já praticadas, mesmo após a notificação dos denunciados pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro/TCE-RJ no ano corrente.*

Consta na peça acusatória que as investigações apuraram ilegalidades, tais como dispensa de licitação, pagamento sem liquidação de despesa e concessão de diárias como forma de desviar recursos públicos e compor, de forma velada, a remuneração de agentes políticos e vereadores, *ocasionado um dano ao erário atualizado até o momento na quantia de R\$ 11.464.405,77 (fls. 29/31).*

Assim, embora os crimes imputados ao paciente não envolvam a prática de violência ou grave ameaça à pessoa, trata-se do desvio de vultosa verba pública, causando excessivo prejuízo ao erário.

Esta Corte tem precedentes, segundo os quais, quando a conduta criminosa é praticada contra a Administração Pública de forma reiterada, por grupo expressivo de pessoas, aparentemente

estruturado e organizado, com a participação de servidores públicos e agentes políticos, e para lesar consideravelmente o Erário, justifica-se a custódia antecipada, a fim de garantir a ordem pública e cessar a prática delitiva, por demonstrar a periculosidade e o desprezo significativo pelo bem jurídico tutelado. Nesse sentido: RHC 73.323/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 13/06/2017, REPDJe 29/08/2017, DJe 21/06/2017; HC 330.283/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/12/2015, DJe 10/12/2015; RHC 59.048/CE, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 06/11/2015; e HC 334.571/MT, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015.

Ressalto, ainda, a função de destaque do paciente, pois ocupava a Presidência da Câmara Municipal, na função de ordenador de despesas, cujo mandato foi no período de 2015 a junho de 2018 (fls. 34/35). Após, desempenhou inclusive o cargo de Prefeito interino do Município, mantendo-se os riscos.

Por fim, não há que se falar em ausência de contemporaneidade dos fatos que ensejaram a segregação preventiva, visto que o paciente ocupou a Presidência da Câmara Municipal até junho/2018 e, *segundo a denúncia, o denunciado VITOR TENÓRIO, ainda na condição de Presidente da Câmara de Mangaratiba, ordenou audacioso empenho no ano de 2018 no exorbitante valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), mesmo após notificação do Tribunal de Contas a respeito da ilegalidade dos sobreditos pagamentos (fls. 34/35).*

Conforme destacou a Corte Superior, é imperiosa a necessidade de se garantir a ordem pública, evidenciada, sobretudo, diante de fatos concretos aos quais se atribuiu extrema gravidade e que revestem a conduta de remarcada reprovabilidade. E não há qualquer ilegalidade nesse entendimento.

Com efeito, sobressai dos autos que o paciente aparenta ser peça importante de uma ação criminoso organizada, com influência no âmbito da Administração Pública, que movimentou significativa quantia de dinheiro, supostamente gerando prejuízo estimado em R\$ 11.464.405,77 ao erário. Mesmo *após notificação do Tribunal de Contas a respeito da ilegalidade dos pagamentos questionados, o paciente ainda teria ordenado novo empenho no valor de R\$ 1.000.000,00.*

Bem se percebe que o quadro delineado se agrava ainda mais com a constatação das instâncias antecedentes de que as ações do paciente sucederam a notificação da Corte de Contas; ou seja, o paciente *permaneceu em operação* mesmo depois de apontada a suposta ilegalidade do procedimento.

Ora, nos termos da jurisprudência de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o destacado modo de execução e a gravidade concreta das contínuas ações criminosas imputadas constituem fundamentos idôneos à determinação da custódia cautelar para resguardar a ordem pública. Confirmam-se:

Processual Penal. *Habeas Corpus*. Comandar organização criminosa. Fraude à licitação. Desvio de bens ou rendas públicas municipais. Lavagem de dinheiro. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Excesso de prazo. Inocorrência.

1. A gravidade em concreto do crime e a fundada probabilidade de reiteração criminosa justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. Precedentes.

2. [...]

3. Ordem denegada, revogada a liminar.

(HC 138.759, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 21/9/2018)

AGRAVO REGIMENTAL *HABEAS CORPUS*. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, §4º, INCISO II, DA LEI Nº 12.850/2013), FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (ART. 90 DA LEI Nº 8.666/1993) E PECULATO (ART. 312 DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

1. A decisão que determinou a segregação cautelar apresenta fundamentação jurídica idônea, já que lastreada nas circunstâncias do caso para resguardar a ordem pública, ante a gravidade concreta das condutas imputadas ao agravante, apontado como integrante de estruturada organização criminosa voltada para prática de crimes contra a administração pública.

2. Prisão preventiva que se revela imprescindível também para conveniência da instrução criminal, em razão do fundado receio de que o agravante possa embaraçar a instrução probatória e dificultar a elucidação dos fatos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 157.969-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 17/9/2018)

AGRAVO REGIMENTAL *HABEAS CORPUS*. PECULATO (ART. 312, CP); FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR (ART. 298, CP);

FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299, CP); USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304, CP); LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, *CAPUT*, DA LEI Nº 9.613/1998) E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, *CAPUT*, C/C §4º, DA LEI Nº 12.850/2013). PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. [...]

1. A decisão que determinou a segregação cautelar apresenta fundamentação jurídica idônea, já que lastreada nas circunstâncias do caso para resguardar a ordem pública, porque a agravante foi apontada como integrante de organização criminosa voltada para prática de crimes contra recursos da saúde pública municipal. A prisão preventiva também se justifica para conveniência da instrução criminal, em razão do fundado receio de que possa constranger pessoas relevantes para a apuração dos fatos.

2. [...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 153.528-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 8/8/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. [...]

2. Não há ilegalidade flagrante na decisão que decreta a prisão preventiva com base em elementos concretos aptos a revelarem a especial gravidade da conduta. 3. Agravo regimental desprovido.

(RHC 145.162-AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe de 13/6/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES DE ESTELIONATO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO, INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ARTIGOS 171, §3º, 297, §3º, 313-A DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 2º, §4º, DA LEI Nº 12.850/13. [...] DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. [...]

1. A decretação da custódia preventiva para garantia da ordem pública, em razão do *modus operandi*, justifica-se ante a gravidade

in concerto do crime (Precedentes: HC 137.027, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 08/05/2017, HC 137.310-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 13/03/2017 e HC 130.412, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 19/11/2015).

2. *In casu*, o recorrente foi preso preventivamente pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 171, §3º, 297, §3º, 313-A do Código Penal e no artigo 2º, §4º, da Lei nº 12.850/2013.

3. [...]

6. Agravo regimental desprovido.

(HC 151.912-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 10/5/2018)

Agravo regimental em *habeas corpus*. 2. Lavagem ou ocultação de bens e organização criminosa. 3. Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (artigo 312 do CPP). 4. Demonstrada a necessidade da prisão para garantia da ordem pública e econômica, além da conveniência da instrução criminal. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 152.725-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 9/4/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL, DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, DE LESÃO CORPORAL, DE ESTELIONATO E DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ARTIGO 1º DA LEI Nº 8.137/90. ARTIGO 2º DA LEI Nº 12.850/13. ARTIGOS 129, 171 E 288 DO CÓDIGO PENAL. (...) DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (...)

1. A custódia cautelar para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal justifica-se ante a gravidade *in concreto* do crime, de modo que a prisão preventiva que tem como fundamento o *modus operandi* encontra amparo na jurisprudência desta Corte. Precedentes: HC 141.170-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/05/2017, HC 133.745-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 07/06/2016 e HC 130.412, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 19/11/2015.

(...)

11. Agravo regimental desprovido.

(HC 146.440-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017)

Diante do exposto, *nego provimento* ao Agravo Regimental.
É o voto.

AG. REG. NO HABEAS CORPUS Nº 166.801/RJ
RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
AGTE.(S): VITOR TENORIO SANTOS
ADV.(A/S): ROBERTO PODVAL E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O *habeas corpus* é ação constitucional voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão. O processo que o veicule, devidamente aparelhado, deve ser submetido ao julgamento de Colegiado. Descabe observar quer o disposto no artigo 21 do Regimento Interno, no que revela a possibilidade de o Relator negar seguimento a pedido manifestamente improcedente, quer o artigo 932 do Código de Processo Civil. Ante o fato de atuar na sessão virtual, quando há o prejuízo da organicidade do Direito, do devido processo legal, afastada a sustentação da tribuna, provejo o agravo para que o *habeas corpus* tenha sequência.

PRIMEIRA TURMA EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS Nº 166.801
PROCED.: RIO DE JANEIRO
RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
AGTE.(S): VITOR TENORIO SANTOS
ADV.(A/S): ROBERTO PODVAL (25220/DF, 215683/RJ, 101458/SP) E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, Sessão Virtual de 8/3/2019 a 14/3/2019.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

João Paulo Oliveira Barros
Secretário



**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Nº 1.015.386 / RIO DE JANEIRO**

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
AGTE.(S): ALAIR FRANCISCO CORRÊA
ADV.(A/S): CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO
AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. INTERESSE JURÍDICO. UNIÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HIPÓTESE. DESVIO DE VERBAS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I – Foi afastada do cenário jurídico norma que pretendia equiparar a ação por improbidade administrativa, de natureza civil, à ação penal, estendendo a esses casos o foro por prerrogativa de função.

II – A Justiça Federal é competente para processar e julgar as causas em que há interesse jurídico da União (art. 109, I, da CF).

III – A Justiça Federal é competente para processar e julgar as ações de improbidade administrativa que possuam o objetivo de recompor o patrimônio federal lesado mediante desvio de verbas do Sistema Único de Saúde - SUS.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, §4º, do CPC).

ACÓRDÃO

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, com aplicação de multa (art. 1.021, §4º, do CPC), nos termos do voto do Relator.

Brasília, 21 de setembro de 2018.

RICARDO LEWANDOWSKI

Relator

21/09/2018
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVONº 1.015.386/RIODEJANEIRO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): ALAIR FRANCISCO CORRÊA

ADV.(A/S): CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário.

A parte agravante interpõe este agravo regimental pelas razões expostas no documento eletrônico 14 e requer o provimento do recurso.

É o relatório.

21/09/2018
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVONº 1.015.386/RIODEJANEIRO

VOTO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem reexaminada a questão, verifico que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o recorrente não aduz argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas.

Transcrevo, por pertinente, o inteiro teor da decisão agravada:

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto em face de acórdão assim ementado:

APELAÇÕES CÍVEIS E AGRAVO RETIDO. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. APLICABILIDADE DA LIA AOS AGENTES POLÍTICOS. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. IMPROVIMENTO.

1. Trata-se de apelações cíveis interpostas em face de sentença proferida nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Federal, a qual foi julgada procedente. Sendo assim, o juiz de primeiro grau condenou os réus, ora apelantes, às sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei nº 8.429/92, pela conduta de desvio e apropriação de recursos do SUS, solidariamente, bem como por violação aos princípios da honestidade, legalidade e lealdade às instituições públicas. Foram condenados ainda à reparação integral do dano ao erário. Trata-se ainda de agravo retido interposto contra decisão que, entre outras providências, não estendeu os efeitos da prescrição anteriormente reconhecida ao terceiro réu e indeferiu o requerimento de produção de prova pericial contábil.

2. Não há que se falar em extensão da prescrição aos ora apelantes, tendo em vista que estes, ao contrário do terceiro réu, permaneceram nos respectivos cargos. O primeiro apelante foi eleito Prefeito de Cabo Frio em 1997, sendo reeleito em 2001. Em relação ao segundo apelante, igualmente, inexistente notícia de que tenha sido exonerado do cargo comissionado antes do quinquídio que antecede a presente ação.

3. Desnecessária a realização de perícia contábil para instrução do feito. A prática da improbidade, ao contrário do afirmado pelos apelantes, não se caracterizou, tão somente, pela divergência entre o valor restituído e o valor devido. Basta uma leitura atenta da exordial, e também da sentença, para aferir que o ato ímprobo existiria, ainda que a quantia tivesse sido integralmente devolvida.

4. O critério relevante para a determinação da competência federal no caso em epígrafe é o dever de prestar contas a órgão federal ou ao Tribunal de Contas da União, entendimento este previsto na Súmula 208 do STJ.

5. A quantia desviada não foi integralmente devolvida. Além disto, o ato de improbidade foi praticado em relação a verbas do SUS, que são recursos federais, o que atrai, inquestionavelmente, a competência da Justiça Federal.
6. Inexiste o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa em relação aos prefeitos. Este é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, adotado pacificamente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Plenário desta Corte.
7. A tese de que a Lei de Improbidade não se aplicaria aos agentes políticos não se sustenta, na medida em que a mesma é contrária à exegese constitucional, criando imunidade que não se confunde com privilégio, em latente afronta à isonomia, sendo certo que inexiste qualquer base para tal distinção, tendo o constituinte optado por exceção de tal espécie apenas em relação aos crimes de responsabilidade do Presidente da República.
8. A Casa de Saúde, mesmo recebendo recursos do SUS, através das AIHs, cobrava dos pacientes diretamente, havendo, assim, duplo pagamento, fato este que sequer foi contestado pelos apelantes. Sendo assim, patente a má-fé e a prática de ato de improbidade.
9. A independência entre as instâncias administrativa e judicial é matéria já pacificada na jurisprudência.
10. Agravo retido e apelações improvidas.

No RE, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegou-se violação aos arts. 29, X; 93, IX; e 109, da mesma Carta.

A pretensão recursal não merece acolhida.

Com efeito, foi afastada do cenário jurídico norma que pretendia equiparar a ação por improbidade administrativa, de natureza civil, à ação penal, estendendo a esses casos o foro por prerrogativa de função, posição prestigiada por precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRERROGATIVA DE FORO. APLICAÇÃO A AGENTES POLÍTICOS. INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I. A prerrogativa de função para prefeitos em processo de improbidade administrativa foi declarada

inconstitucional pela ADI 2.797/DF. II. Agravo regimental improvido (AI 678.927 - AgR/SP, de minha relatoria).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA JULGAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 10.628/2002. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE 444.042 - AgR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma).

Nesse mesmo sentido, confira-se, ainda, o julgamento da Pet 5.856 - AgR/DF, da relatoria do Ministro Celso de Mello cujo acórdão foi assim ementado:

AÇÃO POPULAR. AJUIZAMENTO CONTRA A PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PRETENDIDA DECRETAÇÃO DA PERDA DO MANDATO PRESIDENCIAL E DA PRIVAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. FALTA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME DE DIREITO ESTRITO A QUE SE SUBMETE A DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA DA CORTE SUPREMA. DOCTRINA. PRECEDENTES. AÇÃO POPULAR NÃO CONHECIDA. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quer sob a égide da vigente Constituição republicana, quer sob o domínio da Carta Política anterior firmou-se no sentido de reconhecer que não se incluem na esfera de competência originária da Corte Suprema o processo e o julgamento de ações populares constitucionais, ainda que ajuizadas contra atos e/ou omissões do Presidente da República. Doutrina. Precedentes.

Ademais, esta Corte já se manifestou no sentido de que a Justiça Federal é competente para processar e julgar as causas em que há interesse jurídico da União (art. 109, I, da CF), conforme revela a ACO 1.463 - AgR/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, assim ementada:

[...] 3. As falhas apontadas deram-se em programas federais, os quais contam com recursos derivados dos cofres da União, o que, por si só, já resulta no imediato e direto interesse federal na correta aplicação das verbas públicas, haja vista que a debilidade de gestão resulta igualmente na malversação

de patrimônio público federal, independentemente da efetiva ocorrência de desvio de verbas. No caso de eventual ajuizamento de ação civil pública, por restar envolvido o interesse da União na correta aplicação dos recursos federais, será competente a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. Precedente: ACO nº 1.281/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14/12/10.

Desse modo, conclui-se que a Justiça Federal é competente para processar e julgar as ações de improbidade administrativa que possuam o objetivo de recompor o patrimônio federal lesado mediante desvio de verbas do Sistema Único de Saúde - SUS. Em sentido análogo, cito, respectivamente, o RE 232.093/CE, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, e o AI 707.133 - AgR/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki:

EMENTA: Justiça Federal: competência: julgamento de agente público municipal por desvio de verbas repassadas pela União para realizar incumbência privativa da União – a eles delegada mediante convênio ou não – ou de interesse comum da União e da respectiva unidade federada, como ocorre em recursos destinados à assistência social (CF, art. 23, II e X).

EMENTA: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAÇÃO PRÓ-SANGUE. RECEBIMENTO DE RECURSOS FINANCEIROS DO SUS. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, §1º, do RISTF) (documento eletrônico 11).

Assim, mantenho a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, visto que está apoiada na jurisprudência desta Corte sobre a controvérsia em exame.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental e, ante a manifesta improcedência do recurso, aplico multa no valor de 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, §4º, do CPC).

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.015.386

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): ALAIR FRANCISCO CORRÊA

ADV.(A/S): CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO (73969/RJ)

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com aplicação de multa (art. 1.021, §4º, do CPC), nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 14.9.2018 a 20.9.2018.

Composição: Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Edson Fachin.

Marcelo Pimentel

Secretário

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.118.222 / RIO DE JANEIRO

14/12/2018

SEGUNDA TURMA

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDIDAS DE PREVENÇÃO DE DESASTRES. DESLIZAMENTOS DE ENCOSTAS. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.

II - Para chegar-se à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279/STF.

III - Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de dezembro de 2018.

RICARDO LEWANDOWSKI

Relator

14/12/2018
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.118.222 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário com agravo, sob os fundamentos de que a jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não viola o princípio da separação de Poderes, bem como de que incide, na espécie, o óbice previsto na Súmula 279/STF.

O agravante sustenta, em suma, que:

[...] resta clara a intervenção do Poder Judiciário na escolha de políticas públicas a serem adotadas pelo Município do Rio de Janeiro. Na hipótese em tela, deve ser dado ao Administrador o direito de planejar, de fixar prioridades, de estabelecer cronogramas, de alocar recursos disponíveis, para que haja a real possibilidade de se alcançar os objetivos, sem desvios decorrentes de preferências estabelecidas por Poder externo, sem, *data venia*, a visão do todo.

Em relação ao segundo fundamento, que atine a suposta necessidade de reexame de matéria probatória, os argumentos apresentados no recurso extraordinário para demonstrar que os acórdãos integrados dos quais se interpôs aquele recurso ferem o art. 2º da Constituição Federal e os demais princípios constitucionais *supra* indicados não demandam se revolva a matéria fático-probatória, como creu o Exmo. Ministro Relator (p. 4-5 do documento eletrônico 27).

É o relatório.

14/12/2018
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVAMENTO Nº 1.118.222 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Consta da decisão agravada:

De início, verifico que, quanto à alegada violação do art. 2º da Constituição, a jurisprudência do Tribunal firmou o entendimento de que o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não viola o princípio da separação de Poderes. Nesse sentido, cito o ARE 655.080 - AgR/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assim ementado:

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Concurso público. 4. Controle judicial dos atos administrativos quando eivados de ilegalidade ou abuso de poder. Possibilidade. Ausência de violação ao princípio da separação de Poderes. Precedentes do STF. 5. Discussão acerca da existência de ilegalidade e quanto à apreciação do preenchimento dos requisitos legais, pela agravada, para investidura no cargo público de magistério estadual. Necessário reexame do conjunto fático-probatório da legislação infraconstitucional e do edital que rege o certame. Providências vedadas pelas Súmulas 279, 280 e 454. Precedentes. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.

Ademais, colhem-se do voto condutor do acórdão recorrido os seguintes excertos:

[...] O laudo técnico elaborado pela empresa Concremat Engenharia, mediante contrato firmado pela Fundação Municipal Geo-Rio (doc. eletrônico 68), revela que o Complexo do Turano, formado pelas favelas denominadas Bispo, Rodo, Sumaré, Matinha, Liberdade, Pantanal e Chacrinha, desde 2010, apresenta em sua maior parte alto risco geológico de deslizamento de encosta, ocasionado principalmente pela ocupação desordenada durante os anos de 1994 e 2010, sendo também observados setores de médio risco em quatro daquelas comunidades.

Verificam-se em seu item 4 (doc. eletrônico 68) as características geológicas e geomorfológicas daquelas comunidades, sendo que: na favela Chacrinha, há o predomínio de escarpas aflorantes, forte declividade com formação de depósito de tálus com blocos e matacões de tamanhos variados, limitado por um costão rochoso tipo “Pão de Açúcar” com mais de 100m de altura (antiga pedreira de brita); as favelas Matinha e Bispo encontram-se em um vale em forma de anfiteatro com cristas bem delineadas e paralelas com predomínio de solo residual arenoso sobreposto ao maciço rochoso de alta declividade; na favela Sumaré, observam-se um vale fechado em “V”, forte inclinação, extenso depósito de tálus depositado ao longo e a meia encosta e drenagem convergente, havendo sobrecarga ao longo do leito principal devido ao deslocamento das laterais do talvegue; que, na favela Liberdade, observam-se vertentes convexo-retilíneas cortadas por um vale em forma de anfiteatro em sua porção oeste e um vale mais aberto na sua porção norte-sul; que, na favela Pantanal, são encontradas vertentes côncavas de relevo; e que a favela Rodo ocupa encosta alongada com 200m de comprimento por 120m de largura aproximadamente.

As áreas de alto risco encontram-se localizadas em partes da favela Liberdade, em toda a região da favela Pantanal e Chacrinha e parte das favelas Matinha, Bispo e Sumaré. As regiões de médio risco são encontradas nas comunidades Liberdade, Matinha, Bispo e Sumaré.

Classifica-se como área de alto risco aquela em que existe a possibilidade de queda de blocos e/ou lascas rochosas, solos espessos, expostos, com forte declividade, sujeitas a grande vazão de água em épocas chuvosas, quando são registradas inúmeras ocorrências de deslizamentos. Informa o laudo técnico que nessas áreas de alto risco existem mais de 2.435 casas, a explicar a existência nesses locais de grande concentração de lixo/entulho em razão da densidade ocupacional humana.

As áreas de médio risco são assim denominadas pela presença de taludes com forte declividade, geralmente verticalizados e expostos, onde são encontradas feições erosivas que indicam certa instabilidade e cicatrizes de deslizamentos, indicando locais passíveis de deslizamentos de solos espessos. Nessas áreas de médio risco existem 700 casas.

Portanto, indubitável a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para a proteção, primordialmente, da vida destas mais de 3.135 famílias residentes em áreas de alto e médio risco, sem qualquer violação ao princípio da separação dos poderes, pois, repita-se, o que se está exercendo é a competência constitucional de atuação nos casos de lesão ou ameaça a direitos, quais sejam, à vida, à dignidade, à moradia e ao meio ambiente, uma vez que qualquer ocorrência de fortes chuvas pode tirar-lhes o pouco que têm e o tudo que são.

[...]

Vale ressaltar que, a despeito de se reconhecer a atuação administrativa do 1º réu na minimização dos riscos sofridos por essas comunidades com a criação de um moderno Centro de Operações, instalação de radar meteorológico e alarmes sonoros, é forçoso concluir pela insuficiência de tais medidas a garantir-lhes plenamente o direito à vida, à moradia e à dignidade da pessoa humana. Como muito bem destacado pelo autor, basta imaginar a situação de uma família que tenha crianças e/ou idosos e/ou doentes na hipótese de deflagração do alarme sonoro pela possibilidade de deslizamentos de terra (...).

Assim, repita-se, inexistente, *in casu*, violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, ante a omissão estatal, determinar a implementação de políticas públicas a fim de garantir direitos constitucionalmente positivados (art. 1º, III; art. 5º, *caput*; e art. 6º, *caput*, da Constituição da República) e dar cumprimento à legislação específica sobre o tema (p. 62, 63 e 65 do documento eletrônico 15).

Nesse contexto, para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo Tribunal *a quo*, seria necessário, além do reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que encontra óbice na Súmula 279 desta Corte. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS DE REPARO E CONTENÇÃO DE ENCOSTAS EM RODOVIA ESTADUAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À VIDA, SAÚDE E SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: SÚMULA Nº 279

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO (ARE 858.889, Rel. Min. Cármen Lúcia).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA. OMISSÃO DO ESTADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTOS DAS OBRIGAÇÕES DETERMINADAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 167, I, E II, DA CONSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM A ADMISSÃO DO APELO EXTREMO. AGRAVO DESPROVIDO (ARE 971.737, Rel. Min. Luiz Fux).

Isso posto, nego seguimento aos recursos (art. 21, §1º, do RISTF).

Assim, bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto o recorrente não aduz argumentos capazes de afastarem as razões nela expendidas.

Colaciono, ainda, precedentes desta Corte em casos análogos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 29/5/2017. LOTEAMENTO URBANO. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. IRREGULARIDADE. DETERMINAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. REEXAME DE FATOS E PROVAS E DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULAS 279 E 280 DO STF.

1. Por ser necessário o reexame de normas de estatura infraconstitucional para que se conclua pela existência das violações apontadas, eventual ofensa ao texto constitucional acaso verificada ocorreria, quando muito, por via reflexa ou oblíqua, o que inviabiliza o prosseguimento do apelo extremo.
2. A análise da questão apresentada depende da apreciação de fatos e provas. Incidência da Súmula 279/STF.
3. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º. Inaplicável o artigo 85, §11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública (ARE 1.030.517 - AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma).

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO PARA CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. SEPARAÇÃO DE PODERES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 2º E 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.

1. O entendimento assinalado na decisão agravada não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Compreensão diversa demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

2. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República.

3. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, §4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (ARE 1.091.148 - AgR/PR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. POLÍTICAS PÚBLICAS. REALIZAÇÃO DE OBRA DE DRENAGEM PLUVIAL. DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS Nºs 279 E 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE 851.393 - AgR/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma).

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.118.222

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 7/12/2018 a 13/12/2018.

Composição: Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Edson Fachin.

Marcelo Pimentel

Secretário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 107.032 /
RIO DE JANEIRO (2018/0345564-6)**

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE: MARSELLE FREIRE MANOEL (PRESO)

RECORRENTE: DEIVIS CHAVES MANOEL (PRESO)

ADVOGADO: MARCUS FARIA RANGONI – RJ097810

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NEGATIVA DE AUTORIA. VIA ESTREITA. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. É inviável a análise, no âmbito restrito do *habeas corpus*, de teses que, por sua própria natureza, demandam dilação probatória. As provas dos autos devem ser apreciadas durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, não sendo esta a via adequada para a sua revisão.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. No presente caso, o decreto de prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentado, tal qual exige a legislação vigente. Foram regularmente tecidos argumentos idôneos e suficientes ao cárcere provisório dos pacientes nas decisões transcritas, para garantir a ordem pública, mormente em razão de os recorrentes integrarem a organização criminosa carioca denominada como ADA, conhecida por ser complexa, sofisticada e armada, visando à prática de tráfico ilícito de drogas e outros crimes relacionados, com distribuição de tarefas entre seus membros, nítida hierarquia dentro do grupo, transações envolvendo altas cifras e grande quantidade de entorpecentes, bem como negociação de drogas por membros do grupo até mesmo depois de recolhidos à prisão. (RHC 75.521/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 2/5/2017, DJe 11/5/2017.) Ademais, as investigações conduzidas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro indicaram que os recorrentes fizeram o transporte de 15 quilos de maconha, a indicar a atuação ativa dos recorrentes no âmbito da organização criminosa.

4. A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva (HC nº 95.024/SP, Primeira Turma, Rel.ª Min.ª CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/2/2009).

5. Presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la.

6. Demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça.

7. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido.

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 recurso. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. SUSTENTOU ORALMENTE: DR. MARCUS FARIA RANGONI (P/RECTES).

Brasília (DF), 21 de março de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 107.032/RJ (2018/0345564-6)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE: MARSELLE FREIRE MANOEL (PRESO)

RECORRENTE: DEIVIS CHAVES MANOEL (PRESO)

ADVOGADO: MARCUS FARIA RANGONI – RJ097810

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por MARSELLE FREIRE MANOEL e DEIVIS CHAVES MANOEL contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (HC nº 0032762-34.2018.8.19.0000).

Consta dos autos que os recorrentes foram presos preventivamente pela suposta prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Inconformada com o decreto construtivo, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem. A ordem, contudo, foi denegada, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 52/53):

HABEAS CORPUS. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NO ARTIGO 33, *CAPUT*, E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, SOB AS ALEGAÇÕES DE: 1) AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZATIVOS DA REFERIDA CAUTELA PRISIONAL; 2) OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA HOMOGENEIDADE E DA NÃO CULPABILIDADE; 3) FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA ERGASTULAR; E 4) NEGATIVA DE AUTORIA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO BEM APREENDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *WRIT* CONHECIDO COM A DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Os pacientes, Deivis e Marselle, encontram-se presos, preventivamente, desde 07/09/2018, denunciados pela prática, em tese, dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, sendo que, em relação à última imputação delitiva (associação ao tráfico) foram denunciados, juntamente com os ora pacientes, outros 08 corréus.

Ab initio, cabe ser dito que, a impetrante, ao aduzir diversas questões a respeito da negativa da autoria delitiva, inclusive quanto à suposta inexistência de animus associativo, bem como a alegada ofensa ao princípio da homogeneidade entre a cautela prisional e a possível forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, a ser aplicada, em caso de condenação, colaciona a estes autos

argumentos que dizem respeito, exclusivamente, ao mérito da ação penal, ensejando o envolvimento de exame de provas, não podendo, portanto, tais serem apreciadas no bojo da presente ação constitucional de *habeas corpus*, a qual possui restrita dilação probatória, sob pena de supressão de instância e inversão da ordem processual legal. Precedentes dos Tribunais Superiores.

Incabível, ademais, a apreciação do pleito de restituição do automóvel JAC T6, branco, placa LST 6818, de propriedade dos pacientes, o qual foi apreendido durante a operação policial, uma vez ser assente o entendimento jurisprudencial no sentido de que “Não cabe a concessão de *habeas corpus* para restituição de bens apreendidos porque o *writ* visa proteger o direito de liberdade de locomoção” (STJ, AgRg no AREsp 1082970 / GO, DJe 08/10/2018). Precedentes.

No que tange ao pleito de concessão da ordem de soltura, verifica-se que o Juiz monocrático, em conformidade com a previsão contida no artigo 93, inciso IX, da CRFB/1988, fundamentou os motivos singulares pelos quais entendeu necessária a decretação da custódia prisional dos pacientes, em total consonância com a doutrina e jurisprudência pátrias, ressaltando a presença, *in casu*, do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, bem como destacando a imprescindibilidade da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e o asseguramento de eventual aplicação da lei penal.

Averbe-se que, em matéria de decretação de custódia segregacional provisória, vige o “princípio da confiança” nos Juízes próximos das provas e pessoas, em causa, sendo que, *in casu*, o Juiz primevo, com melhor aferição sobre os requisitos da cautela ergastular, entendeu, fundamentadamente, pela sua necessidade, ainda que transcorrido certo lapso temporal da apreensão das drogas, sendo oportuno destacar que, a ação penal é fruto de complexa investigação policial, tendo o referido Magistrado, no momento da decretação da prisão preventiva, descrito, em detalhes, a empreitada delituosa imputada aos pacientes, os quais teriam sido flagrados no transporte de expressiva quantidade de *cannabis sativa*, eis que, segundo a exordial acusatória, seriam os responsáveis pelo fornecimento de drogas, dentro da organização de conhecida facção criminosa, voltada para o tráfico de materiais entorpecentes.

A toda evidência, a necessidade da constrição cautelar se faz presente, nesta conjuntura, não só com o intuito de impedir a reiteração de atos criminosos da mesma estirpe, mas, sobretudo, para acautelar o meio social da ação delituosa em questão,

garantindo, outrossim, a credibilidade do Poder Judiciário, pelo afastamento da sensação concreta de inação e impunidade.

Frise-se, outrossim, que os crimes pelos quais os pacientes foram denunciados apresentam penas de reclusão cominadas, em abstrato, superiores a 04 anos (além do 54 (e-STJ fl.53) delito de tráfico de drogas ser equiparado a hediondo), estando presentes, ainda, os requisitos genéricos das medidas cautelares, previstos nos incisos I e II do artigo 282 do CPP (sendo um deles evitar a prática de infrações penais), aliados à gravidade, em concreto, do crime e das circunstâncias dos fatos, somados a alguns dos pressupostos específicos insertos no artigo 312 do mesmo diploma legal, o que autoriza a decretação e manutenção da custódia cautelar, conforme preceituam os já citados dispositivos legais, além do art. 313, I, também do CPP.

Esclareça-se, por importante, que, conforme a orientação dos Tribunais Superiores, a alegação isolada da presença das condições pessoais favoráveis aos pacientes não representa a garantia necessária e suficiente para a supressão da cautela restritiva, devendo a mesma ser analisada junto ao contexto fático carreado à ação constitucional, o qual, *in casu*, não se mostra recomendado, configurando-se insuficiente e ineficaz à espécie a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP.

Destarte, reputam-se presentes, na hipótese dos autos, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, sendo certo que, a manutenção da custódia preventiva faz-se necessária no caso concreto, eis que observados os termos da legislação vigente, evidenciando-se a imprescindibilidade da medida restritiva, inexistindo, assim, qualquer ilegalidade no *decisum* vergastado, a ensejar ofensa ao princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, não se confundido a referida cautela prisional com antecipação de pena, consoante pacífico entendimento de nossos Tribunais Superiores.

Face ao exposto, não se constatando o alegado constrangimento ilegal ao qual estariam submetidos os pacientes, CONHECE-SE DO PRESENTE *WRIT*, DENEGANDO-SE A ORDEM.

No presente recurso, a defesa alega, inicialmente, a ausência de elementos de autoria e materialidade aptos à manutenção da prisão preventiva dos recorrentes.

Ressalta, ainda, a inidoneidade dos fundamentos utilizados para a manutenção da medida cautelar extrema, em razão de estarem ausentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal e por ter sido a decisão baseada na gravidade em abstrato do delito.

Por fim, aponta ofensa ao princípio da homogeneidade, tendo em vista que, em caso de eventual condenação, os recorrentes farão jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, notadamente em razão das *condições subjetivas favoráveis do casal para a incidência da aludida causa de diminuição da pena posto serem primários, não ostentarem maus antecedentes, não se dedicarem a atividades criminosas e não integrarem organizações criminosas* (e-STJ fl. 19).

Diante disso, requer a revogação da prisão preventiva imposta ao recorrente, com a expedição do respectivo alvará de soltura e a liberação do veículo apreendido, o qual teria sido utilizado para o transporte de drogas.

O pedido de liminar foi indeferido às e-STJ fls. 484/487.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso, recebendo o parecer a seguinte ementa (e-STJ fl. 520):

RHC. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – FACÇÃO CRIMINOSA - ADA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM HC.

- Prisão preventiva: garantia da ordem pública; indícios de materialidade e autoria; alta periculosidade dos réus; preenchimento dos requisitos legais.
- Restituição de veículo automotor: fatos controversos; necessidade de dilação probatória no curso da ação penal.
- Parecer pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 107.032/RJ (2018/0345564-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, em síntese, no presente recurso, a revogação da prisão preventiva dos recorrentes, denunciados por tráfico de drogas e associação para o tráfico.

Quanto à negativa de autoria, registro ser inviável a análise, no âmbito restrito do *habeas corpus*, de teses que, por sua própria natureza, demandam dilação probatória. As provas dos autos devem ser apreciadas durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, não sendo esta a via adequada para a sua revisão. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE E CONCURSO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CONEXÃO COM OUTRAS FACÇÕES CRIMINOSAS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. PRESENÇA NEGATIVA DE COMETIMENTO DO DELITO. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. GRAVIDADE DIFERENCIADA DO *MODUS OPERANDI* EMPREGADO PELA ORGANIZAÇÃO. NECESSIDADE DE INTERROMPER A PRÁTICA REITERADA DE CRIMES PELO GRUPO INVESTIGADO. ACUSADA REINCIDENTE. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, INCISO V, DO CPP. INCOMPATIBILIDADE DO BENEFÍCIO COM A PERICULOSIDADE SOCIAL DA PACIENTE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

(...).

3. *A análise acerca da negativa de cometimento do delito é questão que não pode ser dirimida em habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas a serem produzidas no curso da instrução criminal, vedado na via sumária eleita.*

(...).

9. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 367.698/SC, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017.)

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

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.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

Entende-se pela expressão [*garantia da ordem pública*] a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

[*A conveniência da instrução processual*] é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] entre outras.

Asseguração da aplicação da lei penal: significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 699, 708 e 710.)

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

Na hipótese, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, restou consignada nos seguintes termos (e-STJ fl. 131/132):

O Ministério Público, em convergência parcial com a representação manejada pela autoridade policial, manifestou-se pela decretação da prisão preventiva dos ora DENUNCIADOS, alegando, em síntese, que constam nos autos provas de que os mesmos integram associação criminosa de altíssima periculosidade, fazendo parte da facção autointitulada ADA, tudo convergindo para a prática do crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico, bem como outros a eles afetos, tais como roubo, homicídio, e que a liberdade dos denunciados constitui sério risco à ordem pública, salientando que em liberdade certamente continuarão a praticar crimes como resta evidenciado nas provas carreadas nos autos, sendo a maioria deles reincidente na prática desses delitos, devendo, pois, serem retirados do convívio social.

(...)

Analizando o presente, verifico que assiste razão ao *Parquet* com relação à necessidade de acautelamento dos réus, considerando a prática, em tese, dos crimes tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, vez que presentes os pressupostos que autorizam as prisões preventivas no que se refere à existência do crime e quanto aos indícios suficientes de autoria sendo necessária a tutela cautelar destes para impedir a reiteração de atos criminosos, pois, conforme consta dos autos, cujas provas foram obtidas através de interceptações telefônicas deferidas por este Juízo no procedimento em apenso, presume-se que são integrantes da associação criminosa de altíssima periculosidade, que atua no tráfico de drogas na Comunidade do Morro da Boa Vista, que atualmente é dominada pela facção criminosa ADA conhecida pela crueldade de seus integrantes, bem como são responsáveis pela prática de outros crimes correlacionados a este, tais como homicídios e roubos. Ressalte-se que os delitos desta natureza são extremamente graves e têm trazido severa intranquilidade para nossa sociedade, que se vê a cada dia mais refém da criminalidade que vem tomando proporções assustadoras, havendo necessidade de uma resposta rápida e eficaz do poder público para que a população tenha um mínimo de sensação de segurança, e, diante disso, entendo que a custódia cautelar dos indiciados se faz necessária para a garantia da ordem pública, pois os mesmos praticaram condutas extremamente graves, indicativa de periculosidade, não restando dúvidas de que os denunciados continuarão a praticar os fatos narrados na denúncia, mormente considerando que aqueles que já se encontram no cárcere continuavam dando ordens para outros traficantes aliados, como restou comprovado nos autos através de declarações prestadas pelos próprios comparsas.

(...)

O acórdão proferido pelo Tribunal ratificou os argumentos do juízo de primeiro grau, nos seguintes termos: (e-STJ fls. 60/64):

(...)

Neste contexto, pode-se constatar, dos documentos acostados aos autos, que o Juiz de 1º grau elencou, de forma fundamentada, em consonância com o previsto no artigo 93, IX, da CRFB/1988, as razões singulares pelas quais entenderam necessária a decretação

da custódia prisional dos pacientes, em total consonância com a doutrina e jurisprudência pátrias, ressaltando a presença, *in casu*, do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, bem como destacando a imprescindibilidade da prisão preventiva, drogas para a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e o asseguramento de eventual aplicação da lei penal.

Averbe-se, ademais, que em matéria de decretação de custódia segregacional provisória, vige o “princípio da confiança” nos Juízes próximos das provas e pessoas, em causa, sendo que, *in casu*, o Juiz primevo, com melhor aferição sobre os requisitos da cautela ergastular, entendeu, fundamentadamente, pela sua necessidade, ainda que transcorrido certo lapso temporal da apreensão das drogas, sendo oportuno destacar que, a ação penal é fruto de complexa investigação policial, tendo o referido Magistrado, no momento da decretação da prisão preventiva, descrito, em detalhes, a empreitada delituosa imputada aos pacientes, os quais teriam sido flagrados no transporte de expressiva quantidade de *cannabis sativa*, eis que, segundo a exordial acusatória, seriam os responsáveis pelo fornecimento de drogas, dentro da organização de conhecida facção criminosa, voltada para o tráfico de materiais entorpecentes.

(...)

Nesta conjuntura, a necessidade da constrição cautelar se faz presente, não só com o intuito de impedir a reiteração de atos criminosos da mesma estirpe, mas, sobretudo, para acautelar o meio social da ação delituosa em questão, garantindo, outrossim, a credibilidade do Poder Judiciário, pelo afastamento da sensação concreta de inação e impunidade.

Esclareça-se, por importante, que, conforme orientação dos Tribunais Superiores, a alegação isolada da presença das condições pessoais favoráveis aos pacientes não representa, *de per si*, a garantia necessária e suficiente para a supressão da cautela restritiva, devendo a mesma ser analisada junto ao contexto fático carreado à ação constitucional, sendo que no caso vertente não se mostra recomendada a soltura, configurando-se insuficientes e ineficazes à espécie, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP.

(...)

Como visto, o decreto de prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentado, tal qual exige a legislação vigente. Foram regularmente tecidos

argumentos idôneos e suficientes ao cárcere provisório dos pacientes nas decisões transcritas, para garantir a ordem pública, mormente em razão de os recorrentes integrarem a organização criminosa carioca conhecida como ADA, *conhecida por ser complexa, sofisticada e armada, visando à prática de tráfico ilícito de drogas e outros crimes relacionados, com distribuição de tarefas entre seus membros, nítida hierarquia dentro do grupo, transações envolvendo altas cifras e grande quantidade de entorpecentes, bem como negociação de drogas por membros do grupo até mesmo depois de recolhidos à prisão.* (RHC 75.521/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 11/05/2017.)

Ademais, as investigações conduzidas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro indicaram que os recorrentes fizeram o transporte de 15 quilos de maconha, a indicar a atuação ativa dos recorrentes no âmbito da organização criminosa.

Com efeito, *“A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva”.* (HC nº 95.024/SP, Primeira Turma, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, DJe de 20/2/2009.)

Do mesmo modo, posicionou-se o Ministério Público Federal a e-STJ fl. 523/524:

(...)

Em 30-10-2018, o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Niterói/RJ prestou informações, das quais convém destacar o seguinte (fls. 28-30):

(...)

O Ministério Público ofereceu denúncia em face dos pacientes em 05/09/2018, imputando aos mesmos como incurso nas penas dos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Nesta mesma oportunidade, o *Parquet* requereu a prisão preventiva dos pacientes e dos corréus em consonância com os artigos 311 e 312 do CPP, sendo deferida por decisão deste Juízo, em 06/09/2018, por verificar que assiste razão ao *Parquet* com relação à necessidade de acautelamento dos pacientes e corréus, considerando a prática, em tese, dos crimes tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, vez que presentes os pressupostos que autorizam as prisões preventivas no que se refere à existência do crime e quanto aos indícios suficientes de autoria, sendo necessária a tutela cautelar destes para impedir a reiteração de atos criminosos, pois, conforme consta dos autos, cujas provas foram obtidas através de intercepções telefônicas deferidas por este Juízo

no procedimento em apenso, presume-se que são integrantes da associação criminosa de altíssima periculosidade, que atua no tráfico de drogas na Comunidade do Morro da Boa Vista, que atualmente é dominada pela facção criminosa ADA conhecida pela crueldade de seus integrantes, bem como são responsáveis pela prática de outros crimes correlacionados a este, tais como homicídios e roubos. Ressalte-se que os delitos desta natureza são extremante graves e têm trazido severa intranquilidade para nossa sociedade, que se vê a cada dia mais refém da criminalidade que vem tomando proporções assustadoras, havendo necessidade de uma resposta rápida e eficaz do poder público para que a população tenha um mínimo de sensação de segurança, e, diante disso, entendo que a custódia cautelar dos indiciados se faz necessária para a garantia da ordem pública, pois os mesmos praticaram condutas extremamente graves, indicativa de periculosidade, não restando dúvidas de que os denunciados continuarão a praticar os fatos narrados na denúncia, mormente considerando que aqueles que já se encontram no cárcere continuavam dando ordens para outros traficantes aliados, como restou comprovado nos autos através de declarações prestadas pelos próprios comparsas. Por outro lado, os acusados, cientes das graves acusações que pesam contra eles, não tardariam em tentar se furtrar à aplicação da lei penal, considerando a elevada pena imputada ao delito descrito na inicial, aduzindo que não há nos autos qualquer comprovante de residência ou de exercício de atividade lícita no distrito da culpa pelos mesmos, sendo imprescindível a custódia daqueles que ainda se encontram fora do cárcere, para se evitar que, soltos, voltem a delinquir. Cumpre esclarecer que também se faz necessário o acautelamento dos indiciados em face da conveniência da instrução criminal, considerando que são elementos perigosos e que poderiam, sem sombra de dúvidas, ameaçar alguma testemunha prejudicando o andamento do processo, como bem salientado pelo *Parquet*.

2.3. A prisão preventiva dos réus, ora recorrente, decorre da necessidade de acautelar a ordem pública e a decisão que decretou a prisão preventiva não carece de fundamentação. A periculosidade concreta dos réus é notória dada a possibilidade de reiteração na conduta criminosa.

2.4. Quanto ao pedido de restituição do veículo apreendido pela autoridade policial, não merece prosperar. Esse pedido envolve

exame aprofundado de provas, a fim de verificar se persistem os requisitos legais para a utilização provisória do veículo apreendido. Trata-se de fatos controversos que exigem dilação probatória no curso da ação penal, o que não é compatível com o procedimento especial do *habeas corpus*.

No sentido do até então exposto, destaco os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. NEGATIVA DE AUTORIA. INADMISSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. VARIEDADE, QUANTIDADE, NATUREZA DELETÉRIA E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. A análise da tese da negativa de autoria trazida pela defesa demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do recurso ordinário em *habeas corpus*, que não admite dilação probatória. Precedentes.

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

3. A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade do recorrente, evidenciadas pela quantidade, variedade, natureza deletéria e forma de acondicionamento das drogas localizadas – 44 gramas de maconha distribuídos em 87

invólucros plásticos e 11 gramas de cocaína fracionados em 47 invólucros –, circunstâncias que, somadas à apreensão de uma arma de fogo, certa quantia de dinheiro e carregadores de rádio comunicador, *bem como ao fato de o recorrente ter informado que pertencia a uma facção criminosa denominada “ADA”, demonstram risco ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar especialmente para garantia da ordem pública.*

4. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido. (RHC 95.421/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 02/05/2018.)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração do que consiste o *periculum libertatis*.

2. Caso em que o recorrente foi preso em flagrante delito, na companhia de corrêus, com elevada quantidade de substância entorpecente – 1.730,30 g de cocaína, acondicionados em 318 pinos com as inscrições “pó de R\$ 25,00, não violar” e em 676 pinos com as inscrições “pó de R\$ 50,00, não violar” –, além de um revólver calibre 38 com o nº de série raspado, 3 munições calibre 38, uma pistola calibre 9 mm com o número de série raspado e um carregador contendo 15 cartuchos calibre 9 mm.

3. *Ademais, consta dos autos que o recorrente e os demais denunciados seriam membros ativos da organização criminosa “ADA” - Amigos Dos Amigos, conhecida por ser complexa, sofisticada e armada, visando à prática de tráfico ilícito de drogas e outros crimes relacionados, com distribuição de tarefas entre seus membros, nítida hierarquia dentro*

do grupo, transações envolvendo altas cifras e grande quantidade de entorpecentes, bem como negociação de drogas por membros do grupo até mesmo depois de recolhidos à prisão.

4. A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva. (STF, Primeira Turma, HC nº 95.024/SP, Rel.^a Ministra Cármen Lúcia, DJe 20/2/2009.)

5. Encontrando-se a instrução criminal encerrada e o processo na fase de alegações finais, incidente o enunciado nº 52 da Súmula deste Tribunal Superior, que dispõe: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

6. Recurso ordinário desprovido. (RHC 75.521/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 11/05/2017.)

Ademais, convém consignar que o entendimento desta Corte é assente no sentido de que, estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ENVOLVIMENTO DE MENOR. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VARIEDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA ENCONTRADA. APREENSÃO DE OBJETOS UTILIZADOS NO PREPARO E DISSEMINAÇÃO DE DROGAS. RISCO DE CONTINUIDADE NO COMÉRCIO ILÍCITO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária, dada a forma como ocorrido o delito, indicativa de envolvimento mais profundo com a narcotraficância.

2. A variedade – cocaína e maconha –, a natureza mais nociva da primeira substância citada e a quantidade de material tóxico apreendido, somadas ao envolvimento de um adolescente na conduta criminosa, bem como à localização de objetos

comumente utilizados no preparo e disseminação de drogas são circunstâncias que indicam a periculosidade social do recorrente e o risco de continuidade na prática criminosa, caso libertado, autorizando a preventiva.

3. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

4. Recurso ordinário improvido. (RHC 65.595/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Por fim, quanto à liberação do veículo apreendido, conforme asseverou o Ministério Público Federal, *esse pedido envolve exame aprofundado de provas, a fim de verificar se persistem os requisitos legais para a utilização provisória do veículo apreendido. Trata-se de fatos controversos que exigem dilação probatória no curso da ação penal, o que não é compatível com o procedimento especial do habeas corpus.* (e-STJ fl. 524)

Dessa forma, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2018/0345564-6

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC Nº 107.032/RJ

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00327623420188190002 0060191-79.2018.8.19.0000
00601917920188190000 076029842018 201814100805 601917920188190000**

EM MESA

JULGADO: 21/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MARSELLE FREIRE MANOEL (PRESO)

RECORRENTE: DEIVIS CHAVES MANOEL (PRESO)

ADVOGADO: MARCUS FARIA RANGONI – RJ097810

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CORRÉU: CELSO VINICIUS FLORES MENEZES

CORRÉU: LEANDRO MACHADO DOS SANTOS

CORRÉU: CRISTIANO DE OLIVEIRA CELESTINO

CORRÉU: RICARDO ALVES DE LIMA SILVA

CORRÉU: VICTOR BROTHERHOOD TAVARES

CORRÉU: VICTOR BRONN PEREIRA

CORRÉU: DOUGLAS MAIA RODRIGUES DA GLORIA

CORRÉU: JUAN DE CASTRO LUCAS PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas – Tráfico de Drogas e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. MARCUS FARIA RANGONI (P/RECTES)

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 recurso.”

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 50.547 / RIO DE JANEIRO (2016/0089780-8)

RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

RECORRENTE: LAUDIVAN LUIS CAVALCANTI

ADVOGADOS: DUVAL VIANNA – RJ020526

ADVOGADOS: FERNANDO MONTEIRO VIANNA – RJ132892

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: JÚLIA VINHAES TORTIMA KLEIN E OUTRO(S) – RJ095276

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 02/STJ. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FRAUDE EM CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO ATO DE INVESTIDURA. ART. 42 DA LEI ESTADUAL Nº 5.891/2011. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por LAUDIVAN LUIS CAVALCANTI, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. FRAUDE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR CONCLUSIVO. DECISÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA QUE DECLAROU A NULIDADE DO ATO DE INVESTIDURA DO IMPETRANTE, COM CESSAÇÃO DO VÍNCULO FUNCIONAL MANTIDO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO EM RAZÃO DE PARTICIPAÇÃO DO IMPETRANTE NA FRAUDE. OBJETIVA O REQUERENTE NO PRESENTE *WRIT* QUE SEJA APRECIADO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA NO MINISTÉRIO PÚBLICO O RECURSO

ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE, UMA VEZ QUE CABE RECURSO PARA O COLEGIADO DE PROCURADORES APENAS NO CASO DE DEMISSÃO CONFORME DISPÕE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DA LEI ESTADUAL Nº 5.891/2011, E NÃO NO CASO DE ATO QUE FOI DECLARADO NULO. SÚMULA 473 DO STF. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO. DENEGA-SE A SEGURANÇA, JULGANDO-SE EXTINTO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 269, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Sustenta a parte recorrente que a regra do art. 42 da Lei nº 5.891/2011 deve ser aplicada, por extensão, à hipótese de declaração de nulidade de ato de investidura, em razão do direito ao duplo grau de jurisdição.

Foram ofertadas contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 2/STJ:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Sobre a querela nos autos, marcou o Tribunal *a quo*:

Cuida-se de Mandado de Segurança no qual o Impetrante objetiva ver determinada a remessa dos autos do Processo Administrativo nº 2013.00945049, ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público, a fim de ser apreciado o recurso interposto, uma vez que tal pleito não foi admitido pela autoridade apontada como coatora.

O ponto nodal do presente *writ* cinge-se no sentido de ser cabível, ou não, recurso para o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público, em processo disciplinar, que declarou nulo o ato de investidura do Impetrante.

O Impetrante fundamenta seu pedido no art. 5º, VIII, do Regimento Interno do Órgão Especial, bem como no art. 42, parágrafo único, da Lei Estadual, para que sejam remetidos os autos do processo administrativo ao Órgão Colegiado.

A decisão prolatada pelo Impetrado nos autos do Processo Administrativo mencionado foi no sentido de declarar nulo o ato de investidura do servidor no cargo efetivo, em razão de participação deste em fraude no concurso de que participou.

Considerando a nulidade do ato de provimento do cargo público, não há que se falar, em rigor lógico, em demissão enquanto sanção de natureza disciplinar. Afinal, o ilícito precedeu a investidura no cargo, viabilizando a sua realização. O que se tem, em verdade, é a pura e simples desconstituição do vínculo funcional, cujo efeito lógico e inevitável, embora similar a demissão, dele se distingue. Ainda deve ser ressaltado que a instauração do processo administrativo conferiu amplas possibilidades de defesa ao servidor, o que agasta qualquer dúvida em relação aos cuidados tomados para a prática de um ato que acarretará inevitáveis reflexos na esfera jurídica individual.

Pelas razões expostas, DECLARO a nulidade do ato de investidura do servidor Laudivan Luis Cavalcanti, isso em razão da ausência do seu pressuposto constitucional de validade, o concurso público, e, em consequência, DETERMINO a imediata cessão do vínculo funcional mantido com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

No exercício da autotutela, a Administração Pública tem o direito de anular os próprios atos administrativos quando eivados de vícios que os tornem ilegais nos termos da Súmula nº 473 do STF:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Ressalte-se o entendimento de que, em se tratando de um ato administrativo nulo, o decurso do tempo não convalida o que nasceu nulo, dada a imprescritibilidade fundamental das nulidades. (REsp. 311.044/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 27-8-2002, DJ 23-9-2002, p. 401.)

Ademais, inexistente vício no processo administrativo instaurado em face do Impetrante, pois tomou ciência da ilegalidade apurada naquele procedimento, sendo-lhe facultado o livre exercício do contraditório e da ampla defesa, em respeito ao devido processo

legal, ensejando decisão administrativa bem fundamentada, que acolheu o relatório final apresentado pela comissão e determinou a exoneração da servidora.

Acrescenta-se que os atos administrativos detêm a presunção de legalidade e legitimidade, o que não pode ser afastado sem que haja prova que conduza a entendimento contrário, isto é, que o ato administrativo atacado se encontre inquinado de vício insanável.

No que tange ao pedido de apreciação do recurso pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público no Processo Administrativo em que restou decidido pela nulidade do ato de investidura do Impetrante, tal pleito não prospera, uma vez que somente é admissível tal hipótese no caso de demissão, conforme expresso no parágrafo único do art. 42 da Lei Estadual nº 5.891/2011, a qual dispõe sobre o quadro permanente dos servidores auxiliares do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências.

Art. 42. Compete ao Secretário-Geral do Ministério Público a aplicação de sanções disciplinares, exceto a de demissão, aos servidores ocupantes de cargo do Quadro Permanente dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, cabendo recurso da decisão, no prazo de quinze dias, ao Procurador-Geral de Justiça.

Parágrafo único. A sanção de demissão, proposta pelo Secretário-Geral do Ministério Público, será aplicada pelo Procurador-Geral de Justiça, com recurso para o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, observado o mesmo prazo previsto no *caput* deste artigo.

A decisão prolatada pela autoridade Impetrada não se trata de demissão, mas de anulação de ato de investidura, não se aplicando, deste modo, as regras do art. 42, parágrafo único, da Lei nº 5.891/2011. Como visto, o Impetrante não foi demitido, mas sim declarado nulo o ato de sua investidura no cargo. A norma legal que fundamenta a pretensão deduzida na peça inaugural não ampara o suposto direito subjetivo do Impetrante, o que, conseqüentemente, leva à denegação do *writ*. [...]

Segundo a clássica definição de Hely Lopes Meirelles, com fundamento no art. 5º, LXIX, da Constituição da República, o mandado de segurança é “o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*,

lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Com maestria, o ilustre doutrinador, em suas lições, conceitua direito líquido e certo:

É o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda não indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

A autoridade coatora prolatou sua decisão com fundamento na ausência de regular aprovação em concurso público, em plena subsunção ao que estabelece o art. 37, II e §2º da Constituição da República:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...) §2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

A interpretação da norma constitucional nos orienta no sentido de que atos administrativos decorrentes de violação aos princípios da legalidade e moralidade administrativa são nulos de pleno direito e a gravidade do vício faz com que jamais possam ser objeto de convalidação. [...]

Pelas motivações acima expositadas, não prospera a pretensão deduzida na peça exordial, uma vez que a norma legal que embasou pretensão do Impetrante não se aplica ao caso de nulidade de investidura de cargo, mas, tão somente, quando se trata de demissão.

Para o Ministério Público Federal:

O recorrente, servidor do Ministério Público do Rio de Janeiro, foi submetido a processo administrativo disciplinar que concluiu pela sua participação em fraude no concurso no qual foi aprovado, motivo por que teve sua investidura declarada nula – fls. 61/112 e 256/262.

Interpôs recurso administrativo ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro, tendo o Procurador-Geral de Justiça acolhido parecer da Consultoria Jurídica que entendeu não haver competência daquele órgão porque não foi aplicada penalidade de demissão e, no mérito, pela manutenção do *decisum* – fls. 264/322.

Inconformado, impetrou o presente *mandamus*, no qual alega que o duplo grau é obrigatório na esfera administrativa por força do Pacto de São José da Costa Rica e deve ser aplicado, por analogia, o art. 42, parágrafo único, da Lei Estadual nº 5.891/2011, e o art. 5º, VIII, do Regimento Interno do Colégio de Procuradores, que preveem recurso para este nos casos de demissão – fls. 1/7.

A ordem foi denegada sob o fundamento de que o recurso previsto na Lei Estadual nº 5.891/2011 e no Regimento Interno do Colégio de Procuradores diz respeito somente à hipótese de demissão – fls. 188/196. [...]

Nos processos administrativos e judiciais, devem ser observadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, na forma do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Do exame das normas constitucionais acima referidas, não se extrai a obrigatoriedade da previsão legal de recurso em todos os processos administrativos.

Daí porque o Supremo Tribunal Federal ter decidido que o princípio do duplo grau de jurisdição não constitui garantia constitucional nem mesmo implícita [...]. Tal entendimento decorre do fato de que a própria Constituição prevê a possibilidade de que determinadas causas sejam julgadas em única instância. Tanto é assim que o artigo 102, III, da Constituição Federal dispõe que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe (...) julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância”.

Constata-se, assim, que tanto nos processos judiciais como nos administrativos, o duplo grau de jurisdição não é um princípio que se consubstancia em garantia constitucional. [...]

Em síntese, o que a Constituição veda é a imposição de óbice à interposição de recurso administrativo previsto em lei, mediante critério que viole outros preceitos constitucionais, a exemplo dos princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório.

Sob outro prisma, não se pode esquecer que a previsão de julgamento de determinados processos administrativos em instância única não gera prejuízos à parte, pois, no ordenamento jurídico, vigora o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto expressamente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Em vista desse princípio, a parte interessada pode recorrer ao Poder Judiciário caso entenda que a decisão da instância única administrativa padece de algum vício ou ilegalidade.

Com efeito, no processo administrativo, devem ser respeitadas as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, sem obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição.

No caso, o art. 42, parágrafo único, da Lei Estadual nº 5.891/2011 estabelece que a sanção de demissão, proposta pelo Secretário-Geral do Ministério Público, será aplicada pelo Procurador-Geral de Justiça, com recurso para o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, no prazo de 15 dias.

Por sua vez, o art. 5º, VIII, do Regimento Interno do Colégio dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dispõe que compete ao seu Órgão Especial julgar recurso contra decisão condenatória em processo disciplinar de servidor do Ministério Público quando aplicada pena de demissão.

Verifica-se do Despacho do Procurador-Geral em exercício em 27/01/2015 que o recorrente teve declarada nula sua investidura em razão de ausência de pressuposto constitucional de validade, qual seja, o concurso público, com a respectiva cessação do vínculo funcional – fl. 262.

Com efeito, não houve aplicação de pena de demissão pela prática de infração disciplinar, motivo pelo qual são inaplicáveis os arts. 42, parágrafo único, da Lei Estadual nº 5.891/2011 e 5º, VIII, do Regimento Interno do Colégio dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Portanto, tendo em vista que não é obrigatório o duplo grau de jurisdição na esfera administrativa e que não há previsão legal de recurso administrativo, deve ser mantido o aresto recorrido.

Sabe-se que o procedimento da ação de mandado de segurança caracteriza-se primordialmente pela via angusta decorrente da necessidade de que o feito tramite celeremente, em razão de o bem da vida buscado pela parte impetrante consistir na cessação de lesão ou ameaça de lesão a um direito seu por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública.

O Mandado de Segurança detém entre seus requisitos a demonstração inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para dilação probatória na célere via do “*mandamus*” (RMS 45.989/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 06/04/2015).

Pretende o impetrante a aplicação de norma fora de seu pressuposto fático, uma vez que o art. 42 da Lei nº 5.891/2011 não se aplica à hipótese de declaração de nulidade de ato de investidura.

Daí porque observo não haver a comprovação de direito manifesto, delimitado e apto a ser exercido.

ADMINISTRATIVO. PRÓ-DF. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO. PRÉ-INDICAÇÃO DA ÁREA. CONCESSÃO ONEROSA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA.

1. (...).

2. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37), “direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”.

3. (...).

4. (...).

5. (...).

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no RMS 40.803/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 10/09/2015.)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO NO MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. [...].

1. O rito do Mandado de Segurança demanda a comprovação *initio litis* dos fatos em que se funda o direito líquido e certo invocado pelo impetrante.

2. Ausência nos autos de comprovação pré-constituída da violação a direito líquido e certo a ser amparado por *writ*.

3. “O direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36/37.)

4. (...).

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 30.427/PE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 30/09/2013.)

De outra parte, esta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido de que “não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa”. (RMS 22064/MS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, SEXTA TURMA, DJe 05/10/2011; AgRg no REsp 1279053/AM, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/03/2012)

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, inciso IV, alínea *a*, do CPC/2015 c/c artigo 34, inciso XVIII, alínea *b* do RISTJ, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2016.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.773.034 / RIO DE JANEIRO (2018/0266437-5)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: CHRISTINO AUREO DA SILVA

ADVOGADOS: JOÃO ALBERTO ROMEIRO E OUTRO(S) – RJ084487

BRUNO CALFAT – RJ105258

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEFERIMENTO LIMINAR. PETIÇÃO INICIAL. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público contra o ora recorrido. Sustenta o *Parquet* que o requerido no exercício de seu mandato de Deputado Estadual e de Secretário de Estado usava os veículos vinculados aos entes públicos para destinação particular, em campanha eleitoral, como também utilizava servidores formalmente nomeados para o exercício funcional da Secretaria de Estado de Agricultura e Pecuária, para o trabalho em sua residência e em pessoa jurídica de direito privado pertencente à sua esposa. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso do particular para rejeitar a Petição Inicial da Ação de Improbidade, vencido o Relator.

2. A Corte de origem concluiu: “Em relação ao suposto uso indevido dos veículos oficiais, embora seja uma prática reprovável, não configura ato de improbidade, por não haver enquadramento específico na Lei nº 8.429/92. (...) No que tange ao suposto fato de que o agravante teria utilizado, para fins particulares, funcionários nomeados para exercício na Secretaria de Estado de Agricultura e Pecuária, igualmente, não se verificou o elemento subjetivo, porquanto não há indícios de intenção de causar dano ao erário ou de enriquecer indevidamente, conforme se vê do conjunto probatório constante dos autos. (...) Ante a inexistência do elemento subjetivo, ou seja, de indícios suficientes de enriquecimento ilícito por parte do agravante e tampouco dano ao erário, a ação deve ser rejeitada em relação ao mesmo ora recorrente”.

3. Nos termos do art. 17, §8º, da Lei nº 8.429/1992, a Ação de Improbidade Administrativa só deve ser rejeitada de plano se o órgão julgador se convencer da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, de tal sorte que a presença de indícios da prática de atos ímprobos é suficiente ao recebimento e processamento da ação, uma vez que, nessa fase, impera o princípio do *in dubio pro societate*. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no REsp 1.596.890/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp 1.220.029/SP, Rel.^a Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/8/2018; AgInt no REsp 1.606.709/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/6/2018, DJe 22/6/2018.

4. Na fase inicial de delibação da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade, a existência de indícios razoáveis que possam levar o julgador a enquadrar os fatos narrados como ato de improbidade já justifica a continuidade da fase de instrução e julgamento do processo.

5. O indeferimento da petição inicial nessas situações significa desconsiderar a importante atividade investigatória de instituições essenciais ao Estado brasileiro, que tanto contribuem para o combate à corrupção, à improbidade na Administração Pública e à malversação do dinheiro público.

6. Deve-se privilegiar, em casos como o ora analisado, a defesa do interesse público quanto ao esclarecimento dos fatos relacionados à atuação dos servidores e gestores públicos.

7. A propósito da aplicação do princípio *in dubio pro societate* nas Ações de Improbidade Administrativa (*mutatis mutandis*): REsp 1.567.026/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 27/8/2018; AgInt no AREsp 986.617/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 2/8/2018; AgRg no REsp 1.495.755/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 5/3/2018; REsp 1.333.744/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30/10/2017; AgInt no AREsp 1.146.426/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 25/5/2018.

8. Em relação à primeira conduta, pela simples leitura do Acórdão recorrido, nota-se que se enquadra, em tese, no disposto no art. 9º, XI e XII, da LIA. Quanto à segunda, o STJ já decidiu que somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência, ou não, de enriquecimento ilícito, eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante, efetiva lesão a princípios da Administração

Pública e configuração de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo. Precedentes: EDcl no REsp 1.387.259/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 23/04/2015; AgRg no AREsp 400.779/ES, Rel. p/ acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 17/12/2014.

9. A improcedência das imputações de improbidade administrativa, com reconhecimento de ausência do elemento subjetivo, em juízo de admissibilidade da acusação, constitui juízo que não pode ser antecipado à instrução do processo, devendo-se prosseguir na demanda, de modo a viabilizar a produção probatória, necessária ao convencimento do julgador. Com efeito, “a conclusão acerca da existência ou não de dolo na conduta deve decorrer das provas produzidas ao longo da marcha processual, sob pena de esvaziar o direito constitucional de ação, bem como de não observar o princípio do *in dubio pro societate*” (STJ, AgRg no REsp 1.296.116/RN, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, DJe de 2/12/2015).

10. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.”

Brasília, 06 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.773.034 / RJ (2018/0266437-5)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: CHRISTINO AUREO DA SILVA

ADVOGADOS: JOÃO ALBERTO ROMEIRO E OUTRO(S) – RJ084487

BRUNO CALFAT – RJ105258

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO AGRAVADA QUE RECEBEU A INICIAL POR VISLUMBRAR INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DE ATOS DE IMPROBIDADE. DEPUTADO ESTADUAL. DANO EFETIVO AO ERÁRIO NÃO CONFIGURADO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR PARTE DO AGRAVANTE. INCIDÊNCIA DO PREVISTO NOS ARTIGOS 17, §§ 7º E 8º DA LEI Nº 8.429/92. PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE QUE DEVE CONTER A COMPROVAÇÃO DA JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA DEMANDA. PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE, DEVE SER DEMONSTRADO O DOLO DO AGENTE NA PRÁTICA DO ATO, CONFORME ABALIZADA DOUTRINA SOBRE O TEMA. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE QUE SE IMPÕE EM RELAÇÃO AO ORA RECORRENTE, UMA VEZ QUE NÃO CONSTATADOS INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL SOBRE O TEMA. PROVIMENTO DO RECURSO.

A parte recorrente afirma que houve, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 9º, 10, 11 e 17, §§ 6º, 7º e 8º, da Lei nº 8.429/1992, ao argumento de que haveria justa causa no recebimento da inicial de improbidade administrativa. Sustenta que, para além de não se poder exigir, nesta fase processual, a comprovação, em absoluto, da prática do ato, as razões adotadas pelo acórdão recorrido para não receber a inicial seriam infundadas, pois o ato ímprobo narrado estaria caracterizado independentemente da existência de dano ao erário, de enriquecimento ilícito ou da presença de dolo específico.

Aduz, em suma, estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade do recurso.

Contrarrazões às fls. 203-229.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.773.034/RJ (2018/0266437-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 7.11.2018.

Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público contra Christino Aureo da Silva. Sustenta o MP que o requerido, no exercício de seu mandato de Deputado Estadual e de Secretário de Estado, usava os veículos vinculados aos entes públicos para destinação particular, em campanha eleitoral, como também utilizava servidores formalmente nomeados para o exercício funcional da Secretaria de Estado de Agricultura e Pecuária, para o trabalho em sua residência e em pessoa jurídica de direito privado pertencente à sua esposa.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso do particular para rejeitar a Petição Inicial da Ação de Improbidade, vencido o Relator.

A parte recorrente argui que as instâncias de origem não poderiam indeferir liminarmente a inicial sem antes abrir a oportunidade da apresentação de provas, argumentando que o juízo de delibação preliminar nas Ações Cíveis Públicas por Ato de Improbidade Administrativa milita em favor da sociedade (*in dubio pro societate*).

O Tribunal de origem apreciou a matéria da seguinte forma:

Na hipótese, ora em julgamento, não restou suficientemente comprovada a existência de indícios de conduta ímproba do agravante.

Ademais, no caso em análise, não se constata indícios suficientes de enriquecimento ilícito por parte do agravante e tampouco dano ao erário.

Em relação ao suposto uso indevido dos veículos oficiais, embora seja uma prática reprovável, não configura ato de improbidade, por não haver enquadramento específico na Lei nº 8.429/92.

(...)

No que tange ao suposto fato de que o agravante teria utilizado, para fins particulares, funcionários nomeados para exercício na Secretaria de Estado de Agricultura e Pecuária, igualmente, não se verificou o elemento subjetivo, porquanto não há indícios de intenção de causar dano ao erário ou de enriquecer indevidamente, conforme se vê do conjunto probatório constante dos autos.

(...)

Ante a inexistência do elemento subjetivo, ou seja, de indícios suficientes de enriquecimento ilícito por parte do agravante e tampouco dano ao erário, a ação deve ser rejeitada em relação ao mesmo ora recorrente.

Nos termos do “art. 17, §8º, da Lei nº 8.429/1992, a Ação de Improbidade Administrativa só deve ser rejeitada de plano se o órgão julgador se convencer da

inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, de tal sorte que a presença de indícios da prática de atos ímprobos é suficiente ao recebimento e processamento da ação, uma vez que, nessa fase, impera o princípio do *in dubio pro societate*”.

A propósito:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO LIMINAR DA INICIAL. ACÓRDÃO AFIRMOU O COMETIMENTO DE ILEGALIDADES. ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*.

1. Eventual nulidade da decisão monocrática por suposta afronta ao art. 932 do CPC/2015 fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado via Agravo Regimental/Interno.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que é suficiente a presença de indícios do ato ímprobo para a propositura da ação de improbidade administrativa e que não se pode exigir prova cabal do dolo para o recebimento da demanda, apenas para a condenação, pois na fase inicial prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, que possibilita o maior resguardo do interesse público.

3. Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.596.890/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/4/2018, DJe 24/5/2018)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ENTENDEU PELA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 09/04/2018, que julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública, postulando a condenação de Roberto Hamamoto e outros, alegando que os requeridos, em licitação do Município de Caieiras, violaram princípios da Administração Pública e causaram lesão ao Erário, em ofensa aos arts. 10, VIII, e 11 da Lei nº 8.429/92.

Alega o *Parquet* que a modalidade licitatória de que se valeu o Município de Caieiras não seria aplicável à hipótese em questão, pois o sistema de registro de preços somente se aplica aos casos de compra de bens, e não de realização de obras, como no caso.

Acrescenta, ainda, que o procedimento licitatório teria desrespeitado a Lei de Licitações, uma vez que não houve ampla pesquisa de mercado, requisito previsto no art. 15, §1º, da aludida Lei.

III. O Tribunal de origem concluiu que, “levando em conta o tanto quanto apresentado pelas partes litigantes, o caso em testilha, no mais de suas peculiaridades, não permite uma formação cognitiva plena que capacite a rejeição da inicial pela certeza de não ter havido ato de improbidade administrativa praticado por quaisquer dos apelados envolvidos. (...) Não há como inferir, somente a partir dos elementos que foram verificados até o presente momento no processo, quais as dimensões dos serviços a serem realizados, tampouco se, de fato, trata-se de serviço caracterizado pela impossibilidade de prévia determinação. É necessário que se proceda à produção de provas que atestem para a grandeza, ou não, das obras; tal necessidade só será contemplada a partir do recebimento da inicial e do regular curso processual”.

IV. A improcedência das imputações de improbidade administrativa, na fase de admissibilidade da acusação – como pretende o agravante –, quando o acórdão recorrido entendeu pela existência de indícios de prática de atos de improbidade, constitui juízo que, no caso, não pode ser antecipado à instrução do processo, mostrando-se necessário o prosseguimento da demanda, de modo a viabilizar a produção probatória, necessária ao convencimento do julgador, sob pena, inclusive, de cercear o *jus accusationis* do Estado, tal como decidido na origem. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.387.259/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 23/4/2015; REsp 1.357.838/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/9/2014; AgRg no AREsp 491.041/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 18/12/2015.

V. Tendo o Tribunal de origem, com base nas provas dos autos, concluído pela existência de indícios suficientes para o recebimento da petição inicial, que imputa, ao agravante, a prática de atos de improbidade administrativa, entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório do processo, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag 1.384.491/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 25/3/2013;

EDcl no Ag 1.297.357/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 06/10/2010.

VI. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1.220.029/SP, Rel.^a Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 21/8/2018, DJe 28/8/2018)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA BEM DELIMITADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AFASTAMENTO DA SÚMULA 7. PETIÇÃO INICIAL COM A DESCRIÇÃO DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL QUE IMPLICA VIOLAÇÃO AO ART. 17, §8º, DA LEI Nº 8.429/92. NECESSIDADE DE AFERIÇÃO DA PRÁTICA DO ATO ÍMPROBO NA FASE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

I. Trata-se de ação civil pública cuja petição inicial imputou ao recorrido, então Presidente da Câmara Municipal de Petrópolis, a prática de ato de improbidade administrativa em função de peças publicitárias destinadas para fins diversos de divulgação de atos, programas, obras, serviços ou mesmo campanhas do Poder Legislativo, sem revelar qualquer caráter educativo, informativo ou de orientação social em seu bojo.

II. Delimitação, no acórdão recorrido, da questão fática que serviu de fundamento para a propositura da ação civil pública por improbidade administrativa. Afastamento da Súmula 7 como óbice para o conhecimento do recurso especial.

III. Na petição inicial, deixou-se claro que o recorrido teve motivação política e intuito de promoção pessoal e, por isso, houve dolo em conduta que supostamente violou os princípios da finalidade, da legalidade e da moralidade administrativa e se enquadra no art. 11, *caput*, e I, da Lei nº 8.429/92.

IV. A presença dos indícios da prática de ato de improbidade administrativa determina o recebimento da petição inicial em face, inclusive, do princípio do *in dubio pro societate* que se aplica nessa fase processual para conferir maior proteção ao interesse público. Precedente: AgInt nos EDcl no REsp 1.596.890/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/4/2018, DJe 24/5/2018.

V. No curso do processo e somente após a fase de instrução é que se poderá concluir pela efetiva presença ou não do elemento volitivo

necessário para o reconhecimento da prática do ato ímprobo imputado ao recorrido. Precedentes: AgInt no REsp 1.614.538/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/2/2017, DJe 23/2/2017 e REsp 1.192.758/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 4/9/2014, DJe 15/10/2014.

VI. Considera-se indevida, assim, a rejeição da petição inicial pelo juízo de primeiro grau e a confirmação dessa rejeição pelo Tribunal de origem, por violação ao art. 17, §8º, da Lei nº 8.429/92.

VII. Agravo interno provido.

(AgInt no REsp 1.606.709/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/6/2018, DJe 22/6/2018)

Na fase inicial de delibação da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade, a existência de indícios razoáveis que possam levar o julgador a enquadrar os fatos narrados como ato de improbidade já justifica a continuidade da fase de instrução e julgamento do processo.

Em relação à primeira conduta, pela simples leitura do Acórdão recorrido, nota-se que se enquadra, em tese, no disposto no art. 9º, XI e XII, da LIA.

Quanto à segunda, o STJ já decidiu que “somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência, ou não, de: (I) enriquecimento ilícito; (II) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (III) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; e (IV) configuração de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo”. (AgRg no AREsp 400.779/ES, Rel. p/ acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/12/2014)

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, *CAPUT*, I E II, DA LEI Nº 8.429/92. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONCLUIU PELO INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE ATO ÍMPROBO. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA, CIVIL E CRIMINAL. DECISÃO DE 1º GRAU RESTABELECIDADA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que recebera a inicial de ação de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em face do ora agravante e outros réus, professores, servidora e aluno da Universidade Federal de Itajubá - UNIFEI. Segundo consta dos autos, o Ministério Público Federal imputa aos réus a prática de atos de improbidade em decorrência de tratamento diferenciado dispensado ao aluno Henrique Machado Moreira Santos, em violação aos princípios da isonomia, impessoalidade e imparcialidade e à norma descrita no art. 11, *caput*, I e II, da Lei nº 8.429/92. O Tribunal de origem – revertendo a decisão de 1º Grau que, fundamentadamente, recebera a petição inicial – deu provimento ao Agravo de Instrumento, para, nos termos do art. 17, §8º, da Lei nº 8.429/92, rejeitar a inicial da ação de improbidade administrativa.

III. Segundo a jurisprudência desta Corte, havendo indícios da prática de ato de improbidade administrativa, por força do princípio *in dubio pro societate*, a ação deve ter regular processamento, para que seja oportunizada às partes a produção das provas necessárias, a fim de permitir um juízo conclusivo acerca das condutas narradas, inclusive sobre a presença do elemento subjetivo, sendo prematura, no presente momento, a extinção do feito, como pretende o agravante.

Precedentes: STJ, AgRg no REsp 1.433.861/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2015; REsp 1.375.838/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2014; AgRg no AREsp 491.041/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2015.

IV. A improcedência das imputações de improbidade administrativa, com reconhecimento, inclusive, de ausência do elemento subjetivo, em juízo de admissibilidade da acusação – como ocorreu no caso –, constitui juízo que não pode ser antecipado à instrução do processo, mostrando-se necessário o prosseguimento da demanda, de modo a viabilizar a produção probatória, necessária ao convencimento do julgador, sob pena, inclusive, de cercear o *jus accusationis* do Estado. Com efeito, “a conclusão acerca da existência ou não de dolo na conduta deve decorrer das provas produzidas ao longo da marcha processual, sob pena de esvaziar o direito constitucional de ação, bem como de não observar o princípio do *in dubio pro societate*”. [STJ, AgRg no REsp 1.296.116/RN, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/12/2015]

V. Segundo a jurisprudência desta Corte, “somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência, ou não, de: (I) enriquecimento ilícito; (II) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (III) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; e (IV) configuração de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo”. (STJ, AgRg no AREsp 400.779/ES, Rel. p/ acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/12/2014)

VI. Nesse contexto, deve ser considerada prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista que nesta fase da demanda, a relação jurídica sequer foi formada, não havendo, portanto, elementos suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda, tampouco quanto à efetiva presença do elemento subjetivo do suposto ato de improbidade administrativa, o qual exige a regular instrução processual para a sua verificação.

(EDcl no REsp 1.387.259/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/04/2015)

O indeferimento da petição inicial nessas situações significa desconsiderar a importante atividade investigatória de instituições essenciais ao Estado brasileiro que tanto contribuem para o combate à corrupção, à improbidade na Administração Pública e à malversação do dinheiro público.

Deve-se privilegiar, em casos como o ora analisado, a defesa do interesse público quanto ao esclarecimento dos fatos relacionados à atuação dos servidores e gestores públicos.

A propósito da aplicação do princípio *in dubio pro societate* nas Ações de Improbidade Administrativa (*mutatis mutandis*):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PETIÇÃO INICIAL APTA. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DE TODOS OS FATOS DESCRITOS NA PETIÇÃO INICIAL.

I. O acórdão recorrido não se ressentiu de omissão, obscuridade ou contradição, porque apreciou a controvérsia com fundamentação suficiente, embora parcialmente contrária ao interesse da recorrente Y.R.C.

II. Na petição inicial, os fatos imputados foram descritos com clareza, bem como dela constaram os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa reputados violados e, ainda, foram

formulados pedidos congruentes com as causas de pedir próxima e remota. Por consequência, está-se diante de inicial apta, ficando devidamente assegurados os direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório para o esclarecimento dos fatos durante a instrução. Precedentes: REsp 964.920/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 13.3.2009; AgRg no REsp 1.204.965/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/12/2010, DJe 14/12/2010.

III. Na fase inaugural do processamento da ação civil pública por improbidade administrativa, vige o princípio do *in dubio pro societate*. Significa dizer que, caso haja apenas indícios da prática de ato de improbidade administrativa, ainda assim se impõe a apreciação de fatos apontados como ímprobos. Art. 17, §8º, da Lei nº 8.429/92. Precedente: AgInt no REsp 1.614.538/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/2/2017, DJe 23/2/2017.

IV. Na ação de improbidade administrativa, não há se falar em litisconsórcio passivo necessário, diante da natureza não unitária da relação jurídica e da ausência de disposição legal nesse sentido. Precedente: AgRg no AREsp 355.372/MS, Rel.^a Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, julgado em 5/3/2015, DJe 11/3/2015.

V. Recurso especial do Ministério Público Federal conhecido e provido. Recurso especial de Y.R.C conhecido e negado provimento. (REsp 1.567.026/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/8/2018, DJe 27/8/2018)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a verificação dos pressupostos do recurso especial está sujeita ao duplo juízo de admissibilidade, não estando esta Corte Superior vinculada aos termos da decisão proferida do Tribunal de origem.

2. A decisão singular que negou provimento ao agravo em recurso especial encontra suporte na Súmula 568/STJ, que autoriza o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, a dar ou negar provimento ao recurso quando houver jurisprudência dominante acerca do tema.

3. A jurisprudência desta Corte tem asseverado que é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público.

4. Na espécie, o Tribunal *a quo* assentou expressamente que a petição inicial apresentada pelo órgão ministerial logrou demonstrar que os fatos narrados – inclusive aqueles que dizem respeito à conduta praticada pela parte ora agravante – têm o potencial de configurar ato de improbidade administrativa. Nesse contexto, o encaminhamento judicial deverá operar em favor do prosseguimento da demanda, exatamente para se oportunizar a ampla produção probatória, tão necessária ao pleno e efetivo convencimento do julgador.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 986.617/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/6/2018, DJe 2/8/2018.)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 17, §8º, DA LEI Nº 8.429/1992. INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE ATOS DE IMPROBIDADE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. SÚMULAS 7/STJ, 283 E 2ST. INAPLICABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte tem asseverado que “é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público”. (Resp 1.197.406/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013)

2. Como deflui da expressa dicção do §8º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, somente será possível a pronta rejeição da ação, pelo magistrado, caso resulte convencido da inexistência do ato de improbidade, da in procedência da ação ou da inadequação da via eleita.

3. A reversão do julgamento proferido pelo Tribunal *a quo* não depende do reexame de provas, uma vez que os fatos que ensejaram a propositura da ação de improbidade administrativa foram bem delimitados no voto proferido pelo relator do acórdão recorrido. Trata-se, portanto, de nova qualificação jurídica de elementos fáticos já demonstrados no processo.

4. A petição do recurso especial cumpriu todos os requisitos necessários à espécie, tendo sido cabalmente demonstrados os

motivos pelo quais o Tribunal de origem negou vigência ao art. 17, §8º, da Lei nº 8.429/1992. Assim, na espécie, são inaplicáveis os óbices das Súmulas 283 e 284/STF.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.495.755/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 5/3/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EXPRESSAMENTE RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

1. No caso dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil de improbidade administrativa contra o ex-Prefeito do Município de Pirai/RJ e Outros, em razão de supostas irregularidades em processo licitatório objeto de convênio com o Ministério da Saúde, praticados no ano de 2002 no referido município, relacionado à suposta aquisição irregular de unidades de UTIs móveis. A exordial acusatória foi recebida pela ilustre magistrada em primeiro grau de jurisdição (fls. 29/36), o que foi impugnado pelo recorrente, entretanto, mantida em sede recursal.

2. O entendimento do Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, está em consonância com a orientação deste Tribunal Superior sobre o tema, a qual autoriza o recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa, na hipótese da presença de indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa. Com efeito, na fase inicial prevista no art. 17 e §§ 7º, 8º e 9º, da Lei nº 8.429/92, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público.

3. O indeferimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa somente é cabível nos casos que o magistrado entender inexistente o suposto ato de improbidade, da improcedência da ação ou a inadequação da via eleita, hipóteses não configuradas no caso concreto. Sobre o tema: AgInt no AREsp 910.840/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 30/08/2016; REsp 1192758/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 15/10/2014.

4. Além disso, no caso dos autos, deve ser considerada prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista não existirem elementos fáticos ou probatórios suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda, tampouco quanto à efetiva presença do elemento subjetivo do suposto ato de improbidade administrativa, o qual exige, em regra, a regular instrução processual. Nesse sentido, a orientação pacífica desta Corte Superior: AgInt nos EDcl no AREsp 925.670/MG, Rel.^a Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016; AgRg no AREsp 400.779/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 17/12/2014; AgRg no REsp 1384970/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014.

5. Ademais, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que o Tribunal *a quo* manteve o reconhecimento da presença de indícios de prática de ato de improbidade aptos a autorizar o prosseguimento da ação civil. A reversão do entendimento exposto no acórdão exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior: AgRg no REsp 1281089/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 28/08/2015; AgRg no AREsp 604.949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 21/05/2015.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1.333.744/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE. PROCESSAMENTO DA AÇÃO. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS. REVISÃO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. “O aresto impugnado está alinhado à jurisprudência do STJ, no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos de improbidade administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial, prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei nº 8.429/92, vale o princípio *in dubio pro societate*, inclusive para verificação da existência do elemento subjetivo, a

fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público". (AgRg no AREsp 706.071/SP, Rel.^a Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 9/3/2016.)

2. Não há como se analisar recurso especial que demande incursão na seara probatória, nos termos preconizados pela Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.146.426/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 25/5/2018.)

Assim, a extinção prematura da Ação de Improbidade, sem permitir que sejam investigados todos os fatos apontados pelo *Parquet* que, caso comprovados, evidenciariam o desvio de função do ato de nomeação dos servidores comissionados, exsurge, ao que parece, inadequada.

Diante do exposto, *conheço do Recurso Especial e dou-lhe provimento para a reabertura da apuração das irregularidades apontadas na Ação Civil Pública pelo juízo de origem.*

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2018/0266437-5

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.773.034/RJ

Números Origem: 00267914520168190000 01673311420148190001
1673311420148190001 201725112772 267914520168190000

PAUTA: 06/12/2018

JULGADO: 06/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: CHRISTINO AUREO DA SILVA

ADVOGADOS: JOÃO ALBERTO ROMEIRO E OUTRO(S) – RJ084487

BRUNO CALFAT – RJ105258

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
– Atos Administrativos – Improbidade Administrativa**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).”

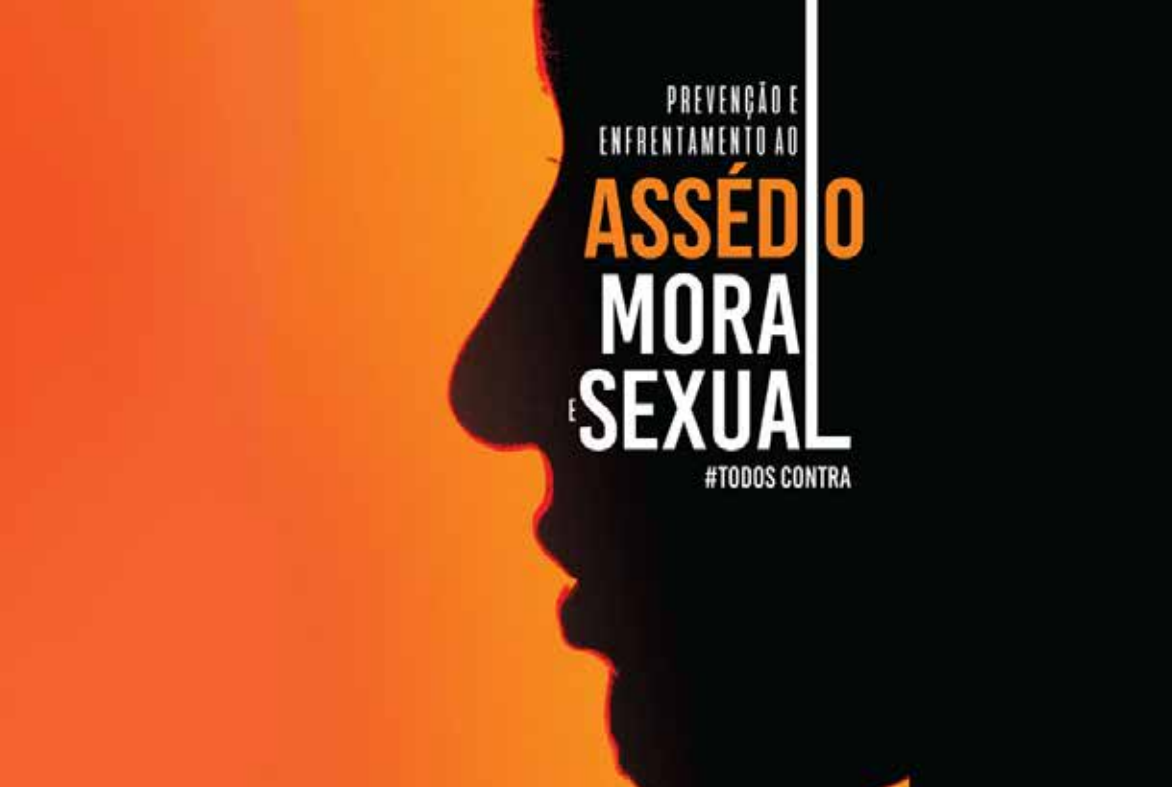
Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



Detalhe da imagem da capa



Noticiário

A cartilha apresenta um fundo laranja vibrante à esquerda, que se funde com uma silhueta preta de um perfil humano à direita. Sobreposta à silhueta, o texto 'PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO AO ASSÉDIO MORAL E SEXUAL' é exibido em uma combinação de fontes brancas e laranjas. Abaixo do título principal, o hashtag '#TODOS CONTRA' aparece em branco.

PREVENÇÃO E
ENFRENTAMENTO AO
ASSÉDIO
MORAL
E SEXUAL
#TODOS CONTRA

MPRJ lança cartilha de prevenção e enfrentamento ao assédio moral e sexual

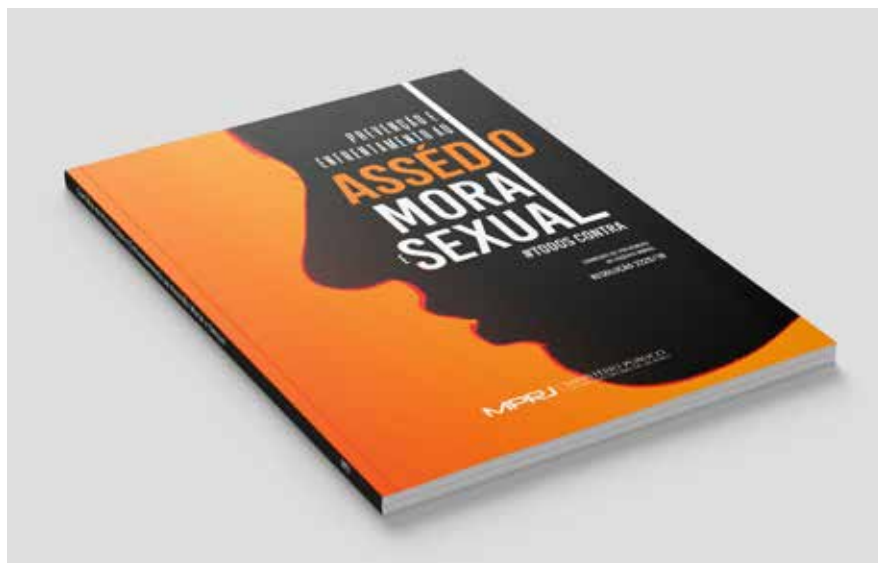
Em evento ocorrido no dia 2 de maio de 2019, dia nacional de combate ao assédio moral, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), por meio da Comissão para Prevenção ao Assédio Moral (CPAM/MPRJ), lançou a Cartilha de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Moral e Sexual.

Reunidas em tópicos, a cartilha apresenta informações úteis que visam ao fomento de medidas de prevenção, identificação e combate de situações dessa natureza, as quais, porventura, se deem nas relações de trabalho. Por meio de exemplos comuns de assédio, o material orienta a vítima sobre como proceder e como denunciar o autor, relatando, ainda, as consequências do assédio e apresentando a lei estadual que trata do tema (Lei nº 3.921/2002).

Objetivando proporcionar aos servidores e membros da instituição um ambiente de trabalho livre de qualquer tipo de assédio, a Cartilha de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Moral e Sexual é o resultado do trabalho conjunto entre o MPRJ e a Associação de Classe dos servidores (Assemperj). Fruto do empenho da CPAM/MPRJ, instituída em julho de 2018 por meio de resolução do Procurador-Geral

de Justiça (GPGJ 2.229), a cartilha dá um passo importante em direção à criação de estratégias de combate a esse tipo de violência em âmbito institucional.

O principal canal para denunciar casos de assédio moral e sexual na instituição é a Comissão de Prevenção ao Assédio Moral e Sexual, pelo e-mail: assediomoral@mprj.mp.br. Representações também podem ser feitas diretamente para a Ouvidoria/MPRJ, para a Diretoria de Recursos Humanos (DRH/MPRJ), para a Assemperj e Coordenações de Centros Regionais.





MPRJ dá posse a cinco novos Procuradores de Justiça

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em cerimônia realizada no dia 13 de maio na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados, recepcionou os novos Procuradores de Justiça, os quais receberam a promoção de carreira: Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario, Christiane Barbosa Monnerat de Azevedo, Maurício Cesar do Couto, Ana Cristina Lesqueves Barra e Ana Paula Baptista Villa.

A solenidade foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, que lhes deu as boas-vindas. Também compuseram a mesa principal da solenidade a Corregedora-Geral do MPRJ, Luciana Sapha, e o Procurador de Justiça e Secretário do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, Cláudio Henrique da Cruz Viana, que fez a leitura do termo de recepção aos novos Procuradores. Após a abertura da sessão e a execução do Hino Nacional, coube à Christiane Monnerat fazer a leitura do compromisso solene, pelo qual os novos Procuradores de Justiça se comprometem a “servir ao Ministério Público com dedicação e lealdade, velando pelo primado da Justiça e defendendo a ordem jurídica e democrática do país”.

Consecutivamente, deu-se início à convocação dos novos Procuradores para assinatura dos respectivos termos de posse, acompanhados por seus padrinhos: Ediléa Gonçalves, apadrinhada pelos Procuradores Carlos Cícero Duarte Junior e Walberto Fernandes de Lima; Christiane Monnerat, acompanhada por Márcio Mothé Fernandes e Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso Miranda; Maurício Cesar do Couto,

com os padrinhos Dennis Aceti Brasil e Eduardo Gussem; Ana Cristina Lesqueves Barra, com as madrinhas Helane Vieira Ramos e Conceição Maria Tavares de Oliveira; e Ana Paula Baptista, acompanhada por Inês da Matta Andreiuolo e Patrícia Leite Carvão.



Em seguida, Ediléa Gonçalves procedeu ao discurso em nome dos novos Procuradores: “Por nosso papel de guardiões da ordem jurídica, somos agentes formuladores de políticas públicas e de transformação social. É hora de continuar a luta iniciada pelos colegas de primeira instância. A sociedade fluminense espera e confia que nossa atuação seja pautada no cumprimento fiel da Lei e da Constituição, sempre buscando ser instrumento para a garantia de um Estado mais justo, solidário e igualitário”.

A missão institucional do MP fluminense foi destacada por Eduardo Gussem em seu discurso de encerramento: “Esta cerimônia tem o simbolismo de coroamento da trajetória profissional dos membros do MPRJ que, após mais de duas décadas de dedicação, atingem o cargo final da carreira. A experiência amalhada no decorrer de longos anos agora os habilita a agir perante as instâncias judiciais superiores, fazendo-os protagonistas da constante construção jurisprudencial e da formação do entendimento institucional desse novo Ministério Público, ainda em formação, desde a Carta Magna de 1988. Hoje, nossa atuação, acima de tudo, é resolutiva e preventiva, fazendo surgir um novo sistema de Justiça, por meio do qual parte das inúmeras demandas que surgem a cada dia possa ser resolvida fora do Poder Judiciário, com a entrega de soluções mais céleres e eficientes para as questões apresentadas pela sociedade”, afirmou o Procurador-Geral de Justiça.



Prédio do CRAAI Nova Friburgo recebe o nome do Procurador de Justiça Hédel Luis Nara Ramos em sua homenagem

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro homenageou o Procurador de Justiça Hédel Luis Nara Ramos, falecido em dezembro de 2018, dando o seu nome ao prédio do Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) de Nova Friburgo, em cerimônia ocorrida em junho de 2019. Além do Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, a cerimônia contou com a presença do Presidente da Associação do MPRJ (Amperj), Procurador de Justiça Ertulei Laureano; do ex-Corregedor-Geral do MPRJ, Procurador de Justiça Pedro Erthal; do Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, Promotor de Justiça Virgílio Stavridis; do Prefeito do município, Renato Bravo; do Presidente da Câmara de Vereadores, Alexandre Cruz; do Presidente da seccional Nova Friburgo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Alexandre Valença; de membros do MPRJ e dos familiares de Hédel Ramos.

Eduardo Gussem destacou a identificação do homenageado com a cidade de Nova Friburgo, onde fixou raízes e tornou-se uma grande referência no município, “dignificando a instituição pelo seu trabalho, dedicação e zelo”. Também presentes ao evento, encontravam-se os filhos do homenageado, a Procuradora de Justiça Helane Vieira Ramos e o Promotor de Justiça Hédel Luis Nara Ramos Júnior, que ressaltou a “conduta ponderada, equilibrada e conciliatória” do ex-Procurador de Justiça.

“Nós somos muito gratos pela homenagem e nos sentimos com a responsabilidade redobrada de seguir o caminho de retidão que o meu pai sempre adotou e que nos passou como ensinamento de vida”, disse Hédel Ramos Júnior ao final da cerimônia.

Hédel Luís Nara Ramos ingressou no MPRJ em 1970, tendo sido designado para atuar no Município de Nova Friburgo quatro anos mais tarde. Em 1987, foi conduzido ao cargo de Procurador de Justiça e ocupou funções relevantes dentro da instituição, como a Corregedoria-Geral, a Coordenadoria Institucional e a Assessoria Criminal, durante a gestão do Procurador-Geral de Justiça Antonio Carlos Biscaia.



ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

109-110, 223, 227-228, 285, 287-288, 291, 295-297, 327-328, 330-332, 334-335, 337-338, 342;

AÇÃO COLETIVA

223;

AGIR NORMATIVO

181-182, 186;

ALIENAÇÃO PARENTAL

39-40, 43, 45-52;

APLICAÇÃO

22, 56, 62-69, 71-72, 74, 87, 89, 95, 106-107, 111, 114-115, 117-123, 125-128, 131, 133, 137, 182-184, 187, 190, 210, 221, 229, 269, 276, 280, 283-284, 286-289, 296-297, 302, 305-306, 308, 310-311, 320-321, 323-324, 328, 334, 337;

AUTONOMIA

29, 58, 85, 87-88, 92, 94, 96, 98-101, 171, 219, 250, 252-255;

BEM JURÍDICO

193, 195-199, 277;

CANDIDATURAS

167-168, 170-178;

CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

147-148, 153, 156, 158;

COAF

215-218, 220-222;

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

19-20, 31, 33-34, 107, 190-191, 281, 318;

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

20, 194, 269, 273, 276, 299, 303, 305-306, 311-312;

CONSENSUALIDADE

105, 109-111, 113-114, 118, 121;

CONSTITUIÇÃO

20-23, 27, 30, 53, 54-60, 64-65, 68, 72-81, 89, 91-92, 94-99, 101, 107, 110, 115, 137, 147-148, 150, 152, 163-165, 167-168, 170-171, 176-177, 182, 185, 189-191, 194, 210, 216, 286-288, 292-293, 295-297, 317, 319-323, 325, 330, 350;

CONTROLABILIDADE

105, 118, 120, 188;

CORRUPTION

203-206;

CRIMINALIZAÇÃO

193, 195;

DECISÃO JUDICIAL

20, 23, 25-26, 28-33, 40-41, 65, 177, 181, 188-189, 223, 229, 299, 305;

DECISÕES JURISDICIONAIS

19-20, 24-25, 34;

DELITO PUTATIVO

193-197;

DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

167-168, 173;

DIREITO COMPARADO

53, 56, 61-63, 78;

DIREITO CONSTITUCIONAL

79, 181, 225, 297, 329, 336;

DIREITO FUNDAMENTAL

53, 55-56, 78-79, 147-148, 167, 170-171, 183, 191;

DIREITO PROCESSUAL

17, 20, 181, 190;

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

181;

DIREITOS ECONÔMICOS

209;

DIREITOS SOCIAIS

168, 171, 185, 189, 209;

DOSIMETRIA

105, 117-119;

EDUCAÇÃO INFANTIL

147-155, 157-158, 160-165;

EFEITOS

20, 30-31, 77, 112, 115-116, 122, 125, 136, 139, 173, 219, 231, 233, 235, 264, 285-286;

ENSINO SUPERIOR

163-164, 209-211;

ESCOLA HERMENÊUTICA

125, 127, 129-133, 137;

FAMÍLIA

39-45, 48-49, 65, 69, 148, 151, 153, 184, 189, 211, 249, 295, 351;

HERMENÊUTICA
125-133, 137-139, 143, 173, 182, 186, 189, 190;

HERMENÊUTICA DOGMÁTICA
125, 127, 129-130, 137;

HERMENÊUTICA JURÍDICA
125-127, 137, 139, 182;

HERMENÊUTICA REALISTA
125, 129, 133, 138;

HERMENÊUTICA SOCIOLÓGICA
125, 129, 131, 132, 138;

IDADE PENAL
53-56, 61, 64, 70-77, 79-81;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
95, 105-107, 109-110, 113, 115-117, 119, 122-123, 218, 283, 285-288, 327-341, 343;

IMPUTABILIDADE PENAL
53-54, 63-64, 68, 71-74, 76, 78, 80;

INDISPONIBILIDADE
105, 109-113, 219;

INQUÉRITO POLICIAL
261;

INTELIGÊNCIA FINANCEIRA
215-216, 219-221;

INTERESSE PÚBLICO
30, 86-87, 95, 99, 105, 110-116, 118-122, 174, 216, 256, 328, 332, 334, 337, 339-340, 342;

INTERNET
155, 157, 163, 173, 175, 203-206;

INTERPRETAÇÃO
27, 36, 56, 58-60, 62, 66, 68, 94, 98, 108, 117, 125-127, 129-141, 143-144, 168-169, 173, 177, 178, 182-183, 188, 196, 321;

JURIDICIDADE
96, 105, 110, 115, 118, 123, 133, 170, 183, 222;

LABORATÓRIO DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO
215;

LACUNAS
125, 130, 137;

LEI Nº 1.533/1951
19, 26, 28;

LÓGICO-SISTEMÁTICA
125, 139-140;

MANDADO DE SEGURANÇA
19-37, 317-318, 320-321, 323-325;

MEIO DE IMPUGNAÇÃO
19-20, 24, 26, 28-29, 33, 36;

META 1
147-165;

METODOLOGIA
41, 125, 137;

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
85, 87, 96, 99-101;

MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO
105, 115-116;

ORÇAMENTO PÚBLICO
147, 165;

ORDENAMENTO JURÍDICO
20, 22, 24, 57, 115, 135, 137-138, 146, 167-168, 177, 191, 199, 299, 305, 323;

PACOTE ANTICRIME
193-194;

PAIS EM PAZ
39-45, 49;

PANORAMA INTERNACIONAL
167, 172;

PARTIDO
167, 170-173, 175-178, 184, 261;

PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO
147-149, 151-154, 156-158, 160-162;

PLANO REAL
207-208;

PODER DE REFORMA
53, 58;

PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE
105, 113-114;

PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE
105, 109-110;

PROCESSO ADMINISTRATIVO
95, 119, 120, 215, 317, 318-320, 322-323, 325;

PROPINA
209;

REALISMO
125, 133-134, 138, 140;

REGULAMENTAÇÃO

22-23, 26, 105, 121-123;

RENÚNCIA

108, 193, 198, 274;

RESPONSABILIDADE PENAL

53, 61-62, 68, 75, 79;

RESPONSABILIZAÇÃO

53-56, 61-66, 68, 70-73, 78, 80;

SANÇÕES

56, 62, 64-66, 68, 71, 105, 107, 111, 113-114, 117-123, 285, 320;

SISTEMA ABERTO

125, 140-141, 144, 146;

TELEOLÓGICA

125, 132, 135, 140, 143, 177, 196;

TEORIA DO DIREITO

181;

TRIBUNAL DE CONTAS

85, 87-96, 98-101, 106, 147, 149, 158-160, 163, 270-273, 276-277, 285;

VINCULAÇÃO

55, 96, 105, 110, 118, 129, 254.

Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

revista.assina@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista.publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br