

# 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

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**Emerson Garcia**

Diretor

**Robson Renault Godinho**

Vice-Diretor

**Sergio Demoro Hamilton**

Diretor Honorário

## Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

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

*A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.*

*As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Histórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro.*

*A composição dos órgãos e das entidades constante nas páginas 5, 6 e 7 é a referente ao último dia do trimestre abrangido por esta revista.*

Tiragem: 3000 exemplares | Circulação Nacional

Pede-se permuta | *On demande l'échange* | *We ask for exchange*

## Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080

Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371

[www.mprj.mp.br](http://www.mprj.mp.br) | e-mail: [rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@mprj.mp.br)

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

1995-2021 (1 - 82)

2022 (83, 84, 85, 86)

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05  
CDU 34(05)

## **Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

**Luciano Oliveira Mattos de Souza**  
Procurador-Geral de Justiça

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

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

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

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

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

**David Francisco de Faria**  
Chefe de Gabinete

**Emerson Garcia**  
Consultor Jurídico

**Dimitrius Viveiros Gonçalves**  
Secretário-Geral do Ministério Público

**Leandro Silva Navega**  
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

## **Corregedoria-Geral do Ministério Público**

**Ricardo Ribeiro Martins**  
Corregedor-Geral do Ministério Público

**Galdino Augusto Coelho Bordallo**  
Subcorregedor-Geral

**Viviane Tavares Henriques**  
Subcorregedora-Geral

# Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

**Luciano Oliveira Mattos de Souza**  
Presidente

**Ricardo Ribeiro Martins**  
Corregedor-Geral

## **Membros natos**

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

## **Membros eleitos**

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

• • •

## **Conselho Superior do Ministério Público**

**Luciano Oliveira Mattos de Souza**  
Presidente

**Ricardo Ribeiro Martins**  
Corregedor-Geral

## **Titulares Eleitos**

### **Pelos Procuradores de Justiça**

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

### **Pelos Promotores de Justiça**

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

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

Cláudio Henrique da Cruz Viana  
Presidente

• • •

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

Eduardo da Silva Lima Neto  
Diretor-Presidente

• • •

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

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva  
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova  
Presidente

• • •

**Sicoob Coomperj**

Luiz Antônio Ferreira de Araújo  
Diretor-Presidente





## Editorial

O ano de 2022 se encerra em um cenário pontuado por intensas mudanças no panorama social e político nacional. Ainda sob os reflexos das consequências da pandemia de covid-19, quer na área econômica, quer no que toca às questões de saúde física e mental da população, as novas diretrizes estabelecidas em conformidade com os parâmetros democráticos, bem como as inquietações da minoria, reverberada em discursos e atos exaltados, marcaram profundamente o fim do ano e suscitaram calorosos debates.

Inserida neste panorama, a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na 86ª edição de sua terceira fase, a 138ª de sua história, permanentemente atenta ao nosso cotidiano social e jurídico, apresenta aos nossos leitores, com o intuito de contribuir com os debates, reflexões sobre direito, cidadania, política, filosofia e desenvolvimento social, da lavra de eminentes articulistas.

Nesse diapasão, reflexões que giram em torno de temas como a construção do atual modelo constitucional e o poder de agenda, no que concerne o Ministério Público na contemporaneidade; o abuso do direito ao silêncio no processo penal e o limite ao exercício do direito ao silêncio pelo réu; a internet como ambiente facilitador à violência de gênero: *cyberstalking*, sextorsão e *revenge porn*; breves apontamentos acerca do propósito da dissolução da Assembleia da República; contribuições da decisão administrativa coordenada para o sistema brasileiro de justiça multiportas; conflito de atribuições entre membros do Ministério Público de estados diversos; os 25 anos da decisão histórica do STF acerca da Inconstitucionalidade do Promotor *ad hoc*, a ADI nº 1.748/RJ e a importância deste *Leading Case*; reflexões sobre o Direito ontem, hoje e amanhã, e seus operadores; dissolução, liquidação e extinção de fundações de direito privado e a obrigatoriedade de (sempre) se indicar a beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta, entre outras, abrilhantam a seção “Doutrina”.

Para a seção “Observatório Jurídico”, é publicado artigo que nos remete a uma instigante reflexão sobre o fato de o Ministério Público, sem judicializar, ter muito a contribuir na regulação administrativa. A seção “Observatório Filosófico”, por sua vez, nos traz um interessante estudo sobre democracia, liberdade e livre-arbítrio.

Mais uma edição do Projeto Personalidades é publicada na seção “Memória Institucional”, versando sobre a temática da implementação das Promotorias do Idoso no MPRJ.

As peças selecionadas para essa edição e que compõem a seção “Peças Processuais” exemplificam e enobrecem o cotidiano institucional, seja pela relevância dos temas, seja pela complexidade das demandas judiciais que, na atualidade, exigem uma intervenção ministerial combativa e eficiente. Na seção “Jurisprudência”, o foco continua recaindo sobre o Direito nos Tribunais Superiores, com os acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça aqui reproduzidos.

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. Aos nossos leitores, um agradável momento de reflexão; aos nossos autores, um muito obrigado pelo empenho e brilhantismo.

**EMERSON GARCIA**  
Diretor da Revista

**ROBSON RENAULT GODINHO**  
Vice-Diretor da Revista

## Sumário

### Doutrina

Contribuições da decisão administrativa coordenada para o sistema brasileiro de justiça multiportas

*Fredie Didier Jr.*

*Leandro Fernandez*..... 19

O Direito ontem, hoje e amanhã e seus operadores

*Ives Gandra da Silva Martins*..... 41

O limite ao exercício do direito ao silêncio pelo réu: o abuso do direito ao silêncio no Processo Penal

*João Fabrício Dantas Júnior*..... 49

A propósito da dissolução da Assembleia da República – breves apontamentos

*Jorge Miranda*..... 67

Dissolução, liquidação e extinção de Fundações de direito privado e a obrigatoriedade de (sempre) se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta

*José Marinho Paulo Junior*..... 81

25 anos da decisão histórica do STF acerca da Inconstitucionalidade do Promotor *ad hoc*: a ADI nº 1.748/RJ e a importância deste *Leading Case*

*Lucia Maria Teixeira Ferreira*..... 93

A internet como ambiente facilitador à violência de gênero: *cyberstalking*, sextorsão e *revenge porn*

*Mariana Almeida da Silva*..... 109

Conflito de Atribuições entre membros do Ministério Público de estados diversos

*Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*..... 133

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

*Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis*..... 149

O Ministério Público na contemporaneidade: a construção do atual modelo constitucional e o poder de agenda ministerial

*Tiago Martinez*..... 175

## **Observatório Jurídico**

Sem judicializar, MP tem muito a contribuir na regulação administrativa

*Cláudio Henrique da Cruz Viana*

*Felipe Ribeiro* ..... 211

## **Observatório Filosófico**

Breve estudo filosófico sobre democracia, liberdade e livre-arbítrio

*Adolfo Borges Filho* ..... 217

## **Peças Processuais**

### **Pareceres**

Parecer. Apelação Cível. Processo nº 0000879-53.2017.8.19.0051. Parecer do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pretensão de gratuidade no transporte público para frequência a curso pré-vestibular social. Causa de pedir no art. 6º da Constituição da República. Educação como direito social de efetividade imediata. Amplitude do direito expressa no art. 208 da Lei Magna. Dever do Estado de atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas assistenciais. Transporte como direito da população aos níveis mais elevados de ensino. Eficácia imediata dos direitos fundamentais.

*Luiz Fabião Guasque* ..... 227

### **Peças**

Peça Processual. Ação Civil Pública. MPRJ nº 2021.01009227. 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Teresópolis. Ação em face do Município de Teresópolis. Ampliação da Rede de Atenção Básica, adequação da Rede de Atenção Psicossocial aos parâmetros normativos e às cláusulas estabelecidas em Termo de Ajustamento de Conduta e promoção da desinstitucionalização de seus municípios em longa internação psiquiátrica nas Clínicas Santa Lúcia e Santa Mônica.

*Fabio Miguel de Oliveira*

*Rafael Luiz Lemos de Sousa* ..... 235

Peça Processual. Ação Civil Pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, proposta em 2013. Processo nº 0701.12.001143-5/2013. Parecer do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (15ª Promotoria de Justiça de Uberaba). Manifestação acerca do advento da Lei nº 13.230, de 25 de outubro de 2021, em defesa do patrimônio público.

*José Carlos Fernandes Junior* ..... 247

## **Memória Institucional**

Nota Introdutória ..... 285

## **Projeto Personalidades**

Idosos: em Defesa da Vida ..... 287

## **Jurisprudência**

### **Supremo Tribunal Federal**

#### **Jurisprudência Criminal**

AG.REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 191.464 / SANTA CATARINA. Direito penal e processual penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia.

*Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020. DJe-280 divulg. 25.11.2020 public. 26.11.2020* ..... 319

#### **Jurisprudência Cível**

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.689 / DISTRITO FEDERAL. Constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Procedimento disciplinar do Conselho Nacional do Ministério Público conforme suas competências constitucionais e respeito ao regimento interno. Observância aos princípios da ampla defesa, contraditório e publicidade. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Segurança denegada.

*Primeira Turma. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. DJe-097 divulg. 20.05.2021 public. 21.05.2021* ..... 329

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 975 / CEARÁ. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei n. 405, de 30.11.1984, e Lei n. 486, de 20.3.1989, do município de Caucaia/CE. Concessão de pensões

especiais a viúvas de ex-prefeitos do município de Caucaia/CE. Princípio republicano, democrático, da igualdade, da moralidade e da impessoalidade. Ofensa ao inc. XIII do art. 37 e ao § 13 do art. 40 da Constituição da República. Modulação dos efeitos da decisão. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.

*Plenário. Relator: Min. Cármen Lúcia. Sessão Virtual de 30.9.2022 a 7.10.2022.*

*DJe-209 divulg. 17.10.2022 public. 18.10.2022 .....357*

## Superior Tribunal de Justiça

### Jurisprudência Criminal

AgRg NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.101.536 / RIO DE JANEIRO (2022/0099824-2). Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Processo penal. Recurso contra decisão monocrática de relator. Prazo: 5 (cinco) dias corridos. Art. 39 da lei n. 8.038/1990. Intempestividade. Agravo regimental não conhecido.

*Sexta Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. Julgado: 27.09.2022. DJe: 03.10.2022.....381*

AgRg NO HABEAS CORPUS Nº 758948 / RIO GRANDE DO SUL (2022/0231090-0). Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Ausência de fundadas razões. Ausência de consentimento válido do morador. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Prova nula. Agravo regimental não provido.

*Sexta Turma. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado: 11.10.2022.*

*DJe. 17.10.2022 .....391*

### Jurisprudência Cível

AgInt NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1690572 / RIO DE JANEIRO (2020/0086859-9). Administrativo e processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Cobrança de recursos públicos transferidos por convênio. Alegada violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Inexistência de vícios, no acórdão recorrido. Inconformismo. Imprescritibilidade da pretensão da união reconhecida, pelo tribunal de origem, com fundamento exclusivamente constitucional. Alegada ofensa ao art. 1º do decreto 20.910/32. Ausência de prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ. Agravo interno improvido.

*Segunda Turma. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Julgado: 03.10.2022.*

*DJe. 07.10.2022 .....413*

## **Noticiário**

Antonio José Campos Moreira assume o cargo de Procurador-Geral de Justiça .....	<b>453</b>
MPRJ forma lista tríplice para o cargo de Procurador-Geral de Justiça .....	<b>455</b>
MPRJ elege integrantes do Conselho Superior para o biênio 2023/25.....	<b>457</b>
MPRJ entrega Colar do Mérito, Medalha Annibal Frederico de Souza e Prêmio Ideias Inovadoras .....	<b>459</b>
MPRJ realiza sessão solene de recepção dos novos Procuradores de Justiça.....	<b>463</b>
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....	<b>465</b>





Detalhe da imagem da capa

# Doutrina





# Contribuições da decisão administrativa coordenada para o sistema brasileiro de justiça multiportas<sup>1</sup>

## *Contributions of the coordinated administrative decision to the brazilian multidoor courthouse system*

Fredie Didier Jr.\*  
Leandro Fernandez\*\*

### Sumário

1. A introdução da figura da decisão administrativa coordenada no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A decisão administrativa coordenada no âmbito interno do Poder Judiciário. 2.1. O direito à boa administração da justiça e a decisão administrativa coordenada. 2.2. A decisão administrativa coordenada no contexto dos novos instrumentos de administração judiciária. 2.3. Possibilidade de utilização pelos tribunais de justiça. 2.4. Legitimidade para instauração. 2.5. Decisão administrativa coordenada intersetorial no Poder Judiciário. 2.6. Decisão administrativa coordenada e cooperação judiciária. 2.7. Decisão administrativa coordenada e protocolos institucionais. 2.8. Algumas hipóteses de utilização da decisão administrativa coordenada pelo Poder Judiciário. 3. A decisão coordenada e os entes que desempenham função de tribunal administrativo. 3.1. O paradigma da articulação administrativa. 3.2. Tribunais administrativos como porta de acesso à justiça. 3.3. O sistema brasileiro de precedentes administrativos obrigatórios. 3.4. Formação compartilhada de precedentes administrativos vinculantes. 4. Conclusões. Referências bibliográficas.

<sup>1</sup> Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço: [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo”. (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>)

\* Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Livre-Docente pela USP. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Professor Titular da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado.

\*\* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Segundo Vice-Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região – Amatra VI (gestão 2020/2022). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo, da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região.



## Resumo

O artigo destina-se a analisar as potencialidades da decisão administrativa coordenada no sistema brasileiro de justiça multiportas, com enfoque na organização interna do Poder Judiciário e nas deliberações de tribunais administrativos.

## Abstract

*The article aims to analyze the potential of the coordinated administrative decision in the brazilian multidoor courthouse system, focusing on the internal organization of the Judiciary and on the decisions of administrative courts.*

**Palavras-chave:** Articulação administrativa. Decisão administrativa coordenada. Sistema de justiça multiportas.

**Keywords:** *Administrative cooperation. Coordinated administrative decision. Multidoor courthouse system.*

## 1. A introdução da figura da decisão administrativa coordenada no ordenamento jurídico brasileiro

A Lei n. 14.210/2021 criou, em âmbito federal, a decisão administrativa coordenada, inserindo-a na Lei n. 9.784/1999.

A figura é inspirada na conferência de serviços, prevista no ordenamento italiano (Lei n. 241, de 7 de agosto de 1990, art. 14), e na conferência procedimental, consagrada na legislação portuguesa (Código do Procedimento Administrativo, arts. 77-81).

No Brasil, a primeira iniciativa de previsão do instituto ocorreu em 2009, com a apresentação do Anteprojeto de Normas Gerais de Organização Administrativa da União,<sup>2</sup> que, em seu art. 43, pretendia disciplinar o tema, importando a nomenclatura de conferência de serviço.

O insucesso na aprovação da proposta no plano federal não impediu o surgimento de providências similares em âmbito estadual. Na Bahia, o instituto está previsto há mais de uma década na Lei n. 12.209/2011, que utilizou a terminologia de conferência de serviço (art. 28). Em Minas Gerais, a Lei delegada n. 180/2011 também chegou a dispor sobre a figura, mas foi revogada em 2016, sem nova regulamentação a respeito da matéria.

---

<sup>2</sup> Disponível em: <[https://www.academia.edu/1055240/ANTEPROJETO\\_DA\\_LEI\\_DE\\_NOVA\\_ORGANIZA%C3%87%C3%83O\\_ADMINISTRATIVA\\_RESULTADO\\_DA\\_COMISS%C3%83O](https://www.academia.edu/1055240/ANTEPROJETO_DA_LEI_DE_NOVA_ORGANIZA%C3%87%C3%83O_ADMINISTRATIVA_RESULTADO_DA_COMISS%C3%83O)>.

Sua criação em âmbito federal apenas ocorreria a partir do Projeto de Lei do Senado n. 615/2015,<sup>3</sup> de autoria do Senador Antonio Anastasia, proposta dedicada exclusivamente a dispor sobre o instituto.

A Lei n. 14.210/2021 está situada no contexto de um movimento legislativo caracterizado pela preocupação com o oferecimento de meios para a construção de soluções – não necessariamente com a apresentação de respostas previamente concebidas, portanto – para os inevitáveis problemas surgidos em uma realidade social complexa e em constante modificação. Aspectos como a garantia de participação de grupos potencialmente afetados, o reconhecimento da transversalidade da disciplina normativa (e da atividade decisória) sobre diversas áreas, a criação de condições para o aproveitamento de capacidades institucionais, a racionalização da atuação administrativa, o estímulo à inovação e a preocupação com a fixação de métodos destinados a assegurar a observância da coerência e da integridade na interpretação do ordenamento jurídico estão presentes também, por exemplo, no Código de Processo Civil, na Lei n. 13.655/2018 (reforma da LINDB), na Lei n. 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), na Lei n. 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) e na Lei n. 14.129/2021 (Lei do Governo Digital).

O art. 49-A, § 1º, da Lei n. 9.784/1999 define a decisão administrativa coordenada como a:

[i]nstância de natureza interinstitucional ou intersetorial que atua de forma compartilhada com a finalidade de simplificar o processo administrativo mediante participação concomitante de todas as autoridades e agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente.

Trata-se de técnica processual, de adoção discricionária, que permite a reunião de agentes decisórios para a deliberação concomitante a respeito de matérias que envolvam a sobreposição (total ou parcial) de competências de três ou mais setores, órgãos ou entidades. Ela pode ser utilizada quando justificável em razão da relevância do tema ou diante da existência de divergência que prejudique a celeridade do processo administrativo (art. 49-A, incisos I e II).

O legislador optou por estabelecer duas vedações em razão da matéria e uma em razão do sujeito quanto à utilização da decisão coordenada: ela não será cabível em processos administrativos de licitação ou que estejam relacionados ao exercício do poder sancionador, bem como quando estejam envolvidas autoridades de Poderes distintos (art. 49-A, § 6º).

<sup>3</sup> Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3452819&ts=1633114457205&disposition=inline>>.

A proposta deste trabalho não é apresentar o regime jurídico aplicável à decisão coordenada, mas destacar seu potencial na dinâmica da concorrência de centros decisórios estatais no sistema de justiça multiportas.

Como será detalhado a seguir, o instituto pode cumprir duplo papel no sistema:

a) No âmbito interno do Judiciário, como instrumento para a concretização da boa administração da justiça;

b) Em relação aos entes que desempenham a função de tribunal administrativo, como técnica de aperfeiçoamento do processo decisório, permitindo o aproveitamento recíproco de capacidades institucionais.

## 2. A decisão administrativa coordenada no âmbito interno do Poder Judiciário

### 2.1. O direito à boa administração da justiça e a decisão administrativa coordenada

A figura da decisão administrativa coordenada não foi originalmente pensada para utilização no âmbito do Poder Judiciário, que sequer é mencionado no Anteprojeto de Normas Gerais de Organização Administrativa da União e no Projeto de Lei do Senado n. 615/2015.

Essa constatação, no entanto, não impede o aproveitamento das potencialidades do instituto para além das perspectivas inicialmente imaginadas, com o emprego da decisão coordenada como um novo e interessante mecanismo para a concretização do direito à boa administração da justiça.<sup>4</sup>

A boa administração da justiça, como observado por Cadiet, é noção que deve ser compreendida em seu sentido *judicial*, relativo à condução dos processos com observância das regras legais e em tempo razoável para o oferecimento de uma solução compatível com o Direito, e, também, em seu sentido *administrativo*, alusivo à gestão dos recursos de que dispõe o Judiciário para o desempenho das suas funções, o que pode ser traduzida pela ideia de qualidade da justiça ou qualidade dos processos judiciais. O importante é perceber que essas duas perspectivas se interpenetram e são indissociáveis.<sup>5</sup>

A correlação é evidente: um processo estruturado com características (procedimentais, de competência ou de conformação institucional) que tornem inviável ou injustificadamente difícil a concretização de garantias processuais representa um desperdício dos recursos do Judiciário; da mesma maneira, a prestação jurisdicional desenvolvida sem a preocupação com o aproveitamento racional do pessoal e

<sup>4</sup> Sobre o tema do direito à boa administração da justiça, cf: DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador, Juspodivm, 2022, p. 21-25.

<sup>5</sup> CADIET, Loïc. *Perspectiva sobre a Justiça do Sistema Civil Francês*. Livro eletrônico. São Paulo: RT, 2017, segundo capítulo, sem paginação. Confira-se, ainda: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 218-224.

das estruturas materiais e tecnológicas do Poder Judiciário também é inadequada à sua finalidade.

A decisão coordenada pode oferecer importantes contribuições para a concretização da perspectiva administrativa da boa administração da justiça, aperfeiçoando o processo de formulação de políticas públicas do Poder Judiciário.

## 2.2. A decisão administrativa coordenada no contexto dos novos instrumentos de administração judiciária

Até recentemente, a dinâmica da tomada de decisões em matéria de administração *judiciária* da justiça dividia-se essencialmente em três modelos: *decisões baseadas na competência exclusiva dos tribunais* (art. 96, I, "a", CF), *decisões baseadas na competência exclusiva do Conselho Nacional de Justiça* (art. 103-B, § 4º, CF) e *decisões baseadas na competência geral do CNJ, com desenvolvimento a partir da competência complementar dos tribunais* (técnica frequentemente utilizada nas Resoluções do Conselho, como mecanismo de preservação da autonomia administrativa das cortes).

Os arts. 67 a 69 do CPC confirmam e, de algum modo, inauguram um *quarto* modelo: *decisões baseadas em competências coordenadas*. A dimensão administrativa da cooperação judiciária fica evidente na Resolução n. 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça, notadamente em seu art. 6º, incisos III, XVIII e XX.

A figura criada pela Lei n. 14.210/2021 insere-se no âmbito desse quarto modelo, como método destinado à coordenação de competências *do CNJ com tribunais ou entre tribunais ou seus setores*.

Esse novo formato de deliberação administrativa no âmbito do Judiciário colabora para a racionalização, a coerência e a eficiência da concepção e implementação de políticas judiciárias, sem comprometer a autonomia dos tribunais, partícipes diretos da elaboração da decisão.

A utilização da decisão coordenada pelo Poder Judiciário está em consonância com a Resolução n. 395/2021 do CNJ, que estimula a adoção de técnicas inovadoras e a coordenação de esforços para o aperfeiçoamento do serviço judicial, inclusive sob perspectiva administrativa (arts. 1º e 3º, incisos I e IV). Sem dúvida, a abertura à experimentação é uma das marcas do Direito Administrativo contemporâneo,<sup>6</sup> e isso não é ignorado pelo Conselho Nacional de Justiça, que reconhece a importância do desenvolvimento de um Direito Administrativo Judiciário também com caráter inovador e experimental.

<sup>6</sup> MODESTO, Paulo. *Direito Administrativo da experimentação: uma introdução*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao>>.



### 2.3. Possibilidade de utilização pelos tribunais de justiça

Embora a Lei n. 14.210/2021 dirija-se à Administração Pública federal, não deve haver dúvidas quanto à possibilidade de adoção da decisão coordenada não apenas por tribunais federais, como também por tribunais de justiça.

A aplicação subsidiária da legislação federal de processo administrativo aos Estados é questão pacífica na jurisprudência, compreensão refletida inclusive em recente Enunciado da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>7</sup>

Naturalmente, o critério da subsidiariedade exigirá o exame dos contornos estabelecidos quanto à matéria na legislação local, quando existente. No momento em que este texto é escrito, ao que se saiba, apenas o Estado da Bahia conta com regramento específico acerca da decisão administrativa coordenada (Lei estadual n. 12.209/2011, art. 28).

O caso baiano é interessante e pode auxiliar a construção de uma diretriz interpretativa para outras eventuais futuras legislações estaduais. A lei da Bahia prevê que a *conferência de serviço* será convocada pelo Chefe do Executivo, a indicar que o tema foi disciplinado apenas no âmbito de um dos Poderes. Nada impede, portanto, em relação ao Judiciário, a incidência do modelo previsto na Lei federal n. 14.210/2021.

Novas legislações estaduais podem dispor de maneira mais pormenorizada a respeito do tema, funcionando como espécie de laboratórios legislativos,<sup>8</sup> propícios à experimentação de novas técnicas e arranjos institucionais para o desenvolvimento da decisão coordenada, inclusive em relação ao Judiciário. As soluções construídas a partir do diálogo entre as leis locais e a lei federal podem contribuir para o surgimento de uma perspectiva judiciária do federalismo cooperativo existente no Brasil.

Sendo, ainda, inegável a relação entre a decisão administrativa coordenada e o princípio da eficiência, a aplicação desta técnica no âmbito do Poder Judiciário também encontra respaldo no art. 37, *caput*, da CF/1988, que expressamente refere todos os poderes republicanos como submetidos àquele princípio.

### 2.4. Legitimidade para instauração

Diferentemente da legislação baiana e do Anteprojeto de Normas Gerais de Organização Administrativa da União, a Lei n. 14.210/2021 não define o sujeito legitimado para instaurar o processo destinado à elaboração da decisão administrativa coordenada.

<sup>7</sup> 633. A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.

<sup>8</sup> A possibilidade de atuação dos Estados como laboratórios legislativos é, aliás, uma das virtudes do federalismo, como destacado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ADI 2.922, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes (STF, Pleno, ADI n. 2.922, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 03/04/2014, publicado em 30/10/2014).

Na redação aprovada pelo Congresso Nacional, o *caput* daquele que seria o novo art. 49-C da Lei n. 9.784/1999 pretendia estabelecer que a convocação seria realizada pela autoridade máxima do órgão ou da entidade detentora de maior responsabilidade na condução da matéria a ser examinada ou, na impossibilidade de sua definição, pela autoridade de mais alto nível hierárquico entre os órgãos e as entidades que participarão da decisão. O dispositivo, todavia, foi vetado pelo Presidente da República, sob a justificativa da existência de insegurança jurídica provocada pela utilização de um conceito indeterminado para a identificação da autoridade competente.

O § 2º do art. 49-C, igualmente vetado, admitia a convocação da decisão coordenada, de ofício ou por provocação de qualquer dos órgãos, das entidades ou das autoridades responsáveis pela edição ou pela aprovação do ato, de concessionário ou permissionário de serviço público que demonstrasse interesse legítimo na decisão a ser adotada ou de qualquer dos interessados previstos no art. 9º da Lei n. 9.784/1999. A fundamentação do veto centrou-se no risco de ingerência sobre o funcionamento de órgãos e entidades da Administração.

Se o emprego de um conceito indeterminado para a definição da autoridade competente para a convocação da decisão coordenada pode causar insegurança jurídica, a completa ausência de disciplina específica a respeito da matéria também não colabora, evidentemente, para a solução desse problema.

No entanto, talvez a parte final da justificativa do último veto mencionado possa auxiliar na interpretação quanto à legitimidade para a deflagração do uso da técnica. Nas razões do veto, consta que essa iniciativa deveria ser restrita “às autoridades públicas envolvidas diretamente na matéria”.

É possível, então, concluir – seja em razão do silêncio normativo, seja diante do histórico do processo legislativo – pela legitimidade de instauração da instância (na linguagem da lei) por qualquer das autoridades responsáveis pela decisão de parcela das matérias. Assim, no caso do Judiciário, a iniciativa poderá partir dos agentes decisórios situados em qualquer dos seus órgãos ou setores.

Mas não parece haver obstáculo à possibilidade de provocação, por sujeito interessado, para a adoção do novo instituto – como previsto, aliás, em termos gerais, no art. 14.1 da lei italiana n. 241, de 7 de agosto de 1990. Conquanto discricionária a adoção da decisão coordenada, garantir à sociedade a oportunidade de sugerir sua utilização acentua o caráter democrático da Administração Pública contemporânea.

O novo art. 49-B da Lei n. 9.784/1999 prevê a possibilidade de habilitação de interessados indicados em seu art. 9º para participação na decisão coordenada, na condição de ouvintes, admitindo-se a concessão de direito a voz por decisão irrecurável da autoridade responsável pela convocação. Se interessados podem participar ativamente do processo, não há sentido em simplesmente excluir a hipótese de formulação de requerimento de utilização do novo instituto – posição jurídica que,

de resto, poderia ser extraída a partir do direito constitucional de petição perante entes públicos (art. 5º, XXXIV, alínea “a”, CF/1988).

Em verdade, no âmbito do Judiciário, nem mesmo se trata propriamente de uma novidade em matéria de atuação coordenada, uma vez que a Resolução n. 350/2020 do CNJ assegura, em seu art. 8º, § 4º, às partes e às pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, com representatividade adequada, a possibilidade de requerer a realização de atos de cooperação judiciária. Raciocínio idêntico pode ser aplicado em relação à decisão administrativa coordenada.

## 2.5. Decisão administrativa coordenada intersetorial no Poder Judiciário

Se no passado as decisões relevantes a respeito da administração da justiça estavam, em cada tribunal, resumidas essencialmente à respectiva presidência, ao Pleno ou Órgão Especial e, de modo específico, aos juízes responsáveis por cada unidade judiciária, a realidade atual é muito mais complexa.

Para além da necessidade de observância das diretrizes gerais fixadas pelo CNJ e, de acordo com o caso, por outros Conselhos (arts. 105, parágrafo único, II, e 111-A, § 2º, II, CF/1988), há uma multiplicidade de núcleos decisórios dispersos por cada corte, frequentemente encarregados da concepção e execução de algumas questões relativas a políticas judiciárias mais amplas.

Três exemplos podem auxiliar a compreensão do desafio de coerência enfrentado pelos tribunais.

Os *Centros de Inteligência do Poder Judiciário (CIPJ)*, previstos na Resolução n. 349/2020 do CNJ, são unidades auxiliares de planejamento da administração da justiça. Além do CIPJ em funcionamento junto ao CNJ, também devem ser constituídos Centros de Inteligência específicos pelos tribunais (de justiça, federais e do trabalho), bem como pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (Resolução n. 349/2020, art. 4º).<sup>9</sup>

O Centro de Inteligência ocupa-se de vários dos principais temas estratégicos para o adequado funcionamento do sistema de justiça: precedentes vinculantes, litigância de massa, justiça multiportas e cooperação judiciária.

Em um primeiro momento, compete ao Centro de Inteligência identificar a existência de litígios repetitivos e as suas causas geradoras. A partir desse mapeamento, o CIPJ deve adotar um amplo conjunto de providências:

a) conceber meios para prevenir o ajuizamento de processos repetitivos, que permitam a criação de incentivos para a autocomposição ou, quando pertinente, para a solução dos casos em âmbito administrativo;

<sup>9</sup> Os Centros de Inteligência do Poder Judiciário são detalhadamente examinados em DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Cit., p. 131-134.

b) encaminhar aos tribunais superiores diagnósticos relativos a repercussões econômicas, políticas, sociais ou jurídicas de questões legais ou constitucionais repetitivas;

c) apresentar ao CNJ notas técnicas com estudos direcionados ao aperfeiçoamento da legislação envolvendo o tema objeto de repetição;

d) propor ao CNJ recomendações para a uniformização de procedimentos e rotinas cartorárias em processos repetitivos, bem como para a padronização da gestão dos processos suspensos em razão da admissão de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou afetação de processos ao regime de julgamento dos recursos repetitivos ou de recursos extraordinários com repercussão geral. É relevante perceber que essas sugestões podem ser originadas, por exemplo, de estudos e testes desenvolvidos por laboratórios de inovação no Poder Judiciário ou de boas práticas construídas pelos atores do sistema de justiça;

e) oferecer apoio para a internalização da norma jurídica construída em precedente qualificado relativo à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado por órgão, ente ou agência reguladora competente para sua fiscalização (CPC, art. 985, § 2º, e art. 1.040, IV);

f) articular a celebração de atos de cooperação judiciária para a concepção de políticas e ações de conciliação e mediação. Com sua expertise, o CIPJ pode atuar como uma espécie de catalisador da cooperação judiciária, aproximando diferentes sujeitos e instituições (no âmbito do Judiciário, no mesmo ramo ou entre ramos distintos, ou fora dele), assim como oferecendo modelos estruturados a partir de situações identificadas no passado ou em outras localidades. É possível, ilustrativamente, o incentivo à celebração de protocolos institucionais com litigantes habituais, inclusive entes públicos, para o aproveitamento das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (Lei n. 13.140/2015, art. 32), e com instituições responsáveis pela manutenção de ODR's.

O Centro de Inteligência conta ainda com outros instrumentos para contribuir para a qualificação da gestão do Judiciário e do conteúdo das suas decisões: a realização de consultas, pesquisas de opinião e audiências públicas (Resolução n. 349/2020, art. 6º) e a manutenção de banco de dados contendo currículos de especialistas, entidades especializadas e pessoas diretamente afetadas em temas específicos de interesse do Poder Judiciário (Resolução n. 349/2020, art. 5º).

O segundo exemplo é o dos *laboratórios de inovação*,<sup>10</sup> cuja criação, prevista como faculdade para os entes públicos na Lei n. 14.129/2021 (art. 44), tornou-se, com a Resolução n. 395/2021 do Conselho Nacional de Justiça, política judiciária obrigatória para os tribunais (arts. 4º e 5º) e para o próprio CNJ (arts. 6º a 8º).

As competências dos laboratórios de inovação abrangem, por exemplo, o desenvolvimento de soluções – a partir de pesquisa, exploração, ideação, realização

<sup>10</sup> A respeito dos laboratórios de inovação, vide: DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Cit., p. 83-84.

de pilotos, prototipagem e testes estruturados – para problemas ou necessidades relacionadas às atividades do Poder Judiciário, a realização de parcerias com outros laboratórios de inovação e o estímulo à participação da sociedade na concepção de projetos inovadores no Judiciário (Resolução n. 395/2021, art. 7º).

Por fim, o *setor de tecnologia da informação* de cada tribunal possui múltiplas atribuições em um cenário de acentuada digitalização do Poder Judiciário, desde a solução de tradicionais dificuldades operacionais até a criação de sistemas adaptados à realidade local, inclusive com o incentivo do Conselho Nacional de Justiça. Vide, ilustrativamente, o caso dos projetos de desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial (Resolução CNJ n. 332/2020, art. 22), da plataforma para disponibilização de arquivos de audiências virtuais (Resolução CNJ n. 354/2020, art. 7º, IV), da disponibilização de sistemas informatizados para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação – SIREC (Resolução CNJ n. 358/2020, art. 1º) e do “Balcão Virtual” (Resolução CNJ n. 372/2021, art. 2º).

A sobreposição de atribuições entre os três setores será, em vários contextos, evidente. Não necessariamente, porém, haverá harmonia de objetivos e projetos entre os respectivos agentes decisórios.

A adoção da decisão administrativa coordenada pode oferecer relevante contribuição para solucionar esse problema, colaborando para a coerência interna da atuação do tribunal.

É possível, ainda, combinar o modelo intersetorial com o interorgânico, de modo a viabilizar, por exemplo, a atuação conjunta dos mencionados setores de alguns diferentes tribunais para a uniformização de respostas administrativas em temas relativos à tecnologia e à inovação, no contexto de políticas públicas regionais do Judiciário, destinadas a enfrentar problemas comuns.

## **2.6. Decisão administrativa coordenada e cooperação judiciária**

A decisão administrativa coordenada e a cooperação judiciária inserem-se na mesma lógica de atuação integrada do Poder Judiciário, com a reunião de esforços para a solução de questões comuns.

É inevitável questionar, então, a real necessidade de utilização do novo instituto criado pela Lei n. 14.210/2021, que impõe etapas burocráticas ao processo decisório, diante da possibilidade de prática de atos de cooperação judiciária, que prescindem de forma específica (art. 69, *caput*, CPC). Em outros termos: a adoção da decisão administrativa coordenada não causaria uma indesejável elevação do grau de complexidade para a atuação colaborativa?

De modo geral, a suspeita parece ser procedente, tendo em vista a simplicidade e a flexibilidade das formas de cooperação judiciária. A generalização do uso da

decisão administrativa coordenada poderia significar a desconsideração do potencial da cooperação judiciária em matéria administrativa.<sup>11</sup>

É possível, porém, visualizar interessantes exceções.<sup>12</sup>

O processo de decisão administrativa coordenada pode, em determinados casos, consistir em uma etapa prévia à cooperação judiciária.

Precisamente em razão da inexigibilidade de forma específica, o CPC e a Resolução n. 350/2020 do CNJ não estabelecem qualquer procedimento a ser adotado para os casos nos quais, por variados motivos, revele-se conveniente a maior possibilidade de participação pública durante o processo decisório que culminará com a realização do ato de cooperação judiciária em matéria administrativa.

Aspectos como o nível de investimento de recursos financeiros, a repercussão social do ato e o envolvimento de interesses de determinados grupos ou sua capacidade de contribuição para a solução de certas questões, por exemplo, podem tornar recomendável a utilização do modelo da decisão administrativa coordenada.

Perceba-se que sempre haverá processo decisório prévio ao ato de cooperação judiciária, ainda que informal. Determinadas circunstâncias podem tornar altamente conveniente sua submissão a maior escrutínio público ou a participação de sujeitos cujas manifestações possam colaborar para o aperfeiçoamento da compreensão (e da resposta, por consequência) em relação a dado tema.

Uma última observação é relevante.

Não há impedimento a que, mesmo na cooperação judiciária de natureza *processual*, os juízos cooperantes repute conveniente, de acordo com as circunstâncias, a adoção da técnica prevista na Lei n. 14.210/2021, como um referencial para a prática de ato decisório em cooperação. Trata-se, aqui, de importação de técnica do processo administrativo para o processo judicial, a partir do postulado da integridade (art. 926, CPC).

Bem vistas as coisas, essa possibilidade consiste em uma expressão de um fenômeno mais amplo. Os arts. 3º, 15,<sup>13</sup> 327, § 2º, 926 e 1.049, parágrafo único, do CPC, interpretados em conjunto, podem ser compreendidos como a base normativa para o trânsito de técnicas<sup>14</sup> entre diferentes “portas” de acesso à justiça.

Além do exemplo mencionado, é possível, ilustrativamente, a exportação para o processo judicial de técnicas previstas na Lei n. 13.140/2015 ou de técnicas disciplinadas

<sup>11</sup> Sobre a dimensão administrativa da cooperação judiciária, DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

<sup>12</sup> Em perspectiva mais ampla, Paulo Modesto alerta que a “decisão coordenada é um instrumento de experimentação administrativa, facultativo, especial, ágil para algumas situações e desnecessariamente burocrático para outras”. (MODESTO, Paulo. *Decisão coordenada: experimentação administrativa processual*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual#\\_ftnref](https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual#_ftnref)>).

<sup>13</sup> Aqui aplicado na “contramão”, por força do postulado da integridade decorrente do art. 926, CPC.

<sup>14</sup> Sobre o tema do trânsito de técnicas processuais, vide: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

no processo perante determinada agência reguladora, quando compatíveis com o caso. É possível buscar na disciplina regente de outra “porta” a técnica adequada para abordar determinado aspecto do caso, não necessariamente adotando o CPC como fonte preferencial para aplicação.

Essa compreensão *a)* reforça a percepção de que processo não é tema necessariamente vinculado ao Poder Judiciário, *b)* situa o CPC como uma espécie de norma de organização e articulação do sistema brasileiro de justiça multiportas.

## **2.7. Decisão administrativa coordenada e protocolos institucionais**

A Lei n. 14.210/2021 veda a utilização da decisão administrativa coordenada em processos em que estejam envolvidas autoridades de Poderes distintos.

A restrição, ao menos sob a perspectiva da interação do Judiciário com os demais Poderes, não parece fazer sentido.

Desde 2019, a Lei n. 10.522/2002 prevê, em seu art. 19, § 12, a possibilidade de celebração de protocolos institucionais entre a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e o Poder Judiciário para a realização de mutirões para análise do enquadramento de processos ou de recursos nas hipóteses previstas no *caput* do artigo (que abrangem, por exemplo, as situações de existência de precedentes judiciais ou administrativos sobre determinada matéria), com o propósito de dispensar, em tais casos, o oferecimento pela PGFN de contestação, de contrarrazões, a interposição de recurso, bem como autorizar a desistência de recurso já interposto. Tudo isso também é aplicável à Advocacia-Geral da União (art. 19-D da Lei n. 10.522/2002).

A Resolução n. 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça consagrou, em termos amplos, a possibilidade de realização de atos de cooperação interinstitucional, dedicando-lhe capítulo específico. O art. 15 da Resolução incentiva a adoção de protocolos institucionais sobre questões relativas, por exemplo, à harmonização de procedimentos e rotinas administrativas, à gestão judiciária e à elaboração e adoção de estratégias para o tratamento adequado de processos coletivos e ou repetitivos, inclusive para a sua prevenção. Já o art. 16 da Resolução insere o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Procuradorias Públicas e a Administração Pública no rol exemplificativo de legitimados à celebração de protocolos institucionais com o Judiciário.

Além da disciplina geral contida na Resolução n. 350/2020, a Resolução n. 420/2021 e a Recomendação n. 104/2021 preveem a celebração de protocolos institucionais com entidades integrantes do sistema de justiça com os objetivos, respectivamente, de realização da digitalização de processos em papel e de criação de condições para a ampliação da comunicação digital de atos processuais.

No âmbito do Direito Processual, protocolos institucionais<sup>15</sup> são uma modalidade de negócio jurídico, firmado com o propósito de fixar uma disciplina normativa aplicável aos integrantes dos órgãos, instituições ou pessoas convenientes, para fins de gestão coletiva de processos, regulando o respectivo procedimento, ou de concretização de uma política pública no âmbito da administração da justiça.<sup>16</sup> Esses objetivos podem ser alcançados a partir de providências de natureza processual ou administrativa – ou, ainda, híbrida.

Diante da possibilidade de celebração de atos de cooperação interinstitucional em matéria administrativa, a vedação à adoção do modelo da decisão administrativa coordenada como etapa prévia à cooperação consiste numa insinceridade institucional. Processo deliberativo anterior ao ato de cooperação, como visto, sempre existirá.

Possivelmente, nos casos nos quais se repute conveniente haver maior garantia de participação pública antes da concretização do ato de cooperação judiciária de natureza administrativa, os tribunais tenderão a adotar procedimento assemelhado ao da decisão administrativa coordenada, sem, todavia, a utilização dessa terminologia. Também aqui uma insinceridade, é certo, mas menos grave do que simplesmente descartar maiores possibilidades de contribuição (e de fiscalização) por grupos interessados.

## 2.8. Algumas hipóteses de utilização da decisão administrativa coordenada pelo Poder Judiciário

A decisão coordenada pode ser utilizada como mais um instrumento para a qualificação da administração da justiça, diante de circunstâncias que tornem aconselhável a possibilidade de maior participação e fiscalização pública, em cenários de atuação integrada de órgãos ou setores do Judiciário.

É possível apresentar alguns exemplos.

a) compartilhamento de recursos (humanos, orçamentários e tecnológicos) para a instalação de postos avançados para atendimento à advocacia e aos jurisdicionados, inclusive para a realização de atos por videoconferência, como espécies de postos

<sup>15</sup> Ao que nos consta, “protocolo institucional” é designação cunhada, no Brasil, por Antonio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 84-85). O autor, no entanto, define o protocolo institucional como acordo coletivo celebrado por uma associação e uma entidade envolvida com a administração judiciária (p. 85). Neste texto, expandimos um tanto o conceito, como se verá.

<sup>16</sup> Sobre o tema dos protocolos institucionais, cf: DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Cooperação judiciária e protocolos institucionais: o caso do Ato Trabalhista, ou plano especial de pagamento trabalhista, para a centralização de execuções contra entidades desportivas. In: *Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 219, set./out. 2021, p. 201-232. “No âmbito dos acordos coletivos, existem aqueles destinados a disciplinar o procedimento civil e os voltados à administração judicial, no primeiro caso funcionando tais acordos como um instrumento de gestão coletiva dos processos e, no segundo, como um instrumento de política pública da justiça”. (BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 149) “Estes protocolos podem ser caracterizados como acordos plurilaterais institucionais, celebrados por pessoas jurídicas ou órgãos em nome de uma categoria ou grupo, vinculando todos seus membros”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 105)



avançados comuns aos tribunais. Essa providência pode ser desenvolvida de forma complementar (ou, no futuro, alternativa) à previsão contida na Resolução n. 341/2020 do CNJ, que determina aos tribunais a disponibilização de salas, em todos os fóruns, para a prática de atos processuais, com a designação de servidores para acompanhamento do ato;

b) aquisição ou locação de espaços compartilhados para a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ou para a realização de mutirões de conciliação ou mediação, inclusive com litigantes habituais, especialmente se envolvidos em conflitos multipolares;

c) colaboração para o desenvolvimento de ferramentas eletrônicas, notadamente com o uso da Plataforma de Governança Digital Colaborativa do Poder Judiciário, prevista na Recomendação n. 93/2021 do CNJ, que estimula o trabalho colaborativo para o intercâmbio de projetos e ações de tecnologia;

d) atuação integrada, de natureza administrativa, de centros de inteligência, laboratórios de inovação e setor de tecnologia da informação;

e) comunhão de esforços para a uniformização do tratamento de temas inseridos no âmbito da autonomia administrativa dos tribunais e atualmente abordados em Recomendações do CNJ, como a de n. 96/2021 (concursos públicos) e a de n. 117/2021 (contratação de serviços de segurança privada), observada a restrição prevista no art. 49-A, § 6º, I, da Lei n. 9.784/1999.

Em todas essas hipóteses, a adoção da decisão coordenada pode tornar-se recomendável diante da relevância para a sociedade da providência a ser adotada, da dimensão do investimento de recursos financeiros exigidos ou da possibilidade de colaboração de determinados grupos para o aperfeiçoamento do processo decisório.

### **3. A decisão coordenada e os entes que desempenham função de tribunal administrativo**

#### **3.1. O paradigma da articulação administrativa**

Em uma realidade social complexa, a existência de sobreposição de competências administrativas quanto a um número crescente de matérias é inevitável. Frequentemente, distintos órgãos e entidades administrativos regulam, fiscalizam, executam políticas públicas e decidem sobre temas total ou parcialmente idênticos.

Os riscos vão além da possibilidade de submissão do administrado a comandos contraditórios. A ignorância ou a deliberada indiferença, por uma instituição, em relação à atuação das demais torna simplesmente impossível o cumprimento dos deveres de coerência, de respeito à isonomia e à segurança jurídica, bem como – perceba-se – de consideração das consequências práticas das próprias decisões (CPC, art. 926; LINDB, arts. 20, 21 e 30; Lei n. 13.874/2019, arts. 3º, IV, e 4º-A, I).

Daí a criação, progressiva e sem maior sistematização, de um conjunto normativo destinado a permitir a aproximação entre entes administrativos com o objetivo de uniformizar – ou, ao menos, reduzir assimetrias – em seu comportamento. Sem dúvida, a elaboração de uma teoria da articulação administrativa<sup>17</sup> é um desafio que a realidade atual impõe à doutrina.

Em termos amplos, é possível identificar que a *articulação administrativa* pode ser concretizada em três níveis:

*a) normativo*: a possibilidade de edição conjunta de atos normativos por agências reguladoras está prevista no art. 29 da Lei n. 13.848/2019, que também admite a interessante técnica de constituição de comitês para consulta quanto a impactos em outros setores decorrentes da criação de novas normas (art. 30). Em temas relativos à proteção de dados pessoais, a Lei n. 13.709/2018 estabelece o dever de articulação entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e outros órgãos e entidades com competências normativas (art. 55-J, § 3º, e 55-K, parágrafo único);

*b) executivo e fiscalizatório*: a Constituição Federal prevê, em seu art. 241, a possibilidade de celebração de convênios e acordos de cooperação entre entes federados para a gestão associada de serviços públicos. No plano federal, o Decreto-Lei n. 200/1967 estabelece que a execução de planos e programas de governo será objeto de permanente coordenação. Relativamente às agências reguladoras, a Lei n. 13.848/2019 fixa regras para a interação entre agências e órgãos de defesa da concorrência (arts. 25 a 28), do consumidor e do meio ambiente (arts. 31 a 33), além da articulação operacional entre agências reguladoras federais, estaduais, distritais e municipais (arts. 34 e 35). É digna de registro, ainda, a criação de um dever de comunicação (art. 32, § 2º) à agência reguladora da celebração de compromisso de ajustamento de conduta pelos legitimados previstos na Lei n. 7.347/1985 e do resultado do julgamento de casos repetitivos sobre questão de direito relacionada a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado (art. 985, § 2º, CPC). Em matéria de proteção de dados pessoais, também é possível identificar comandos destinados à coordenação na atividade fiscalizatória (LGPD, art. 55-J, § 3º, e 55-K, parágrafo único);

*c) adjudicatório*: até recentemente, a articulação administrativa para fins decisórios desenvolvia-se essencialmente por meio de técnicas de participação nos respectivos processos administrativos.<sup>18</sup> A Lei n. 14.210/2021 cria o grau máximo de coordenação na atividade decisória, ao permitir o seu compartilhamento entre entidades, órgãos ou setores.

<sup>17</sup> Para um panorama do cenário normativo relativo à articulação administrativa, MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. *Articulação administrativa: por uma reforma cultural da administração pública*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, maio/ago. 2021, p. 201-225.

<sup>18</sup> Ilustrativamente: "Agrav. Concessão de serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Inserção de agência reguladora como interessada no processo. Dever de prestar contas por parte do órgão público conessor. Admissão da agência como *amicus curiae*. Agrav. conhecido. Provimento parcial" (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Relator: Conselheiro Renato Martins Costa, Processo n.º 5747/989/19, julgado em 20/10/2020). Sobre a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* em processo administrativo, DIDIER Jr., Fredie. *Intervenção de amicus curiae em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório*. *Civil procedure review*, v. 11, n. 2, 2020, p. 209-218.

Neste tópico, interessa examinar o potencial da articulação administrativa decisória concebida pela nova legislação, notadamente na atuação de sujeitos que exercem a função de tribunal administrativo.

### 3.2. Tribunais administrativos como porta de acesso à justiça

Entes que desempenham a função de tribunal administrativo ocupam relevante espaço no sistema de justiça multiportas. Frequentemente dotados de alto nível de especialização, a capacidade institucional desses sujeitos para a solução de conflitos complexos de natureza técnica ou relativos a políticas públicas é notável.

É interessante observar que esses entes podem atuar, em diversas hipóteses, não apenas como uma “porta” de acesso à justiça adequada para a heterocomposição em determinados perfis de controvérsias, mas também como uma “porta” destinada à criação de condições e incentivos à autocomposição. Precisamente por isso, o CPC (art. 174) e a Lei n.º 13.140/2015 preveem a possibilidade de criação de câmaras para prevenção e solução consensual de conflitos que envolvam entes da Administração Pública (art. 32) ou particulares entre si, em temas submetidos à regulação ou supervisão de certo órgão ou instituição (art. 43).

A interação entre esses sujeitos e o Poder Judiciário é um dos temas mais instigantes no estudo do sistema de justiça.

Juízes são *tendencialmente* menos deferentes em relação às manifestações de entes administrativos em matérias juridicamente sensíveis e, por outro lado, mais deferentes quanto a decisões de natureza política e pronunciamentos relativos a temas de alta especificidade e complexidade técnica.<sup>19</sup>

É compreensível que seja assim.

O exame de teses jurídicas e a análise de compatibilidade de determinada orientação em relação ao ordenamento jurídico integram o âmbito de expertise dos juízes, uma vez que tais atividades consistem em pilares da sua formação acadêmica e do seu cotidiano profissional, conferindo ao Judiciário, ao menos em uma perspectiva *prima facie*, condições para uma apreciação dos temas mais abrangente, aprofundada e coerente com o sistema jurídico em geral quando em comparação com as autoridades administrativas.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 57-166. Cf, ainda: FERNANDEZ, Leandro. *Proteção de dados pessoais no sistema de justiça multiportas: publicidade processual, cooperação judiciária e o papel do Conselho Nacional de Justiça e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2021, p. 475-478. No caso do Supremo Tribunal Federal, pesquisa publicada em 2020 identificou que a corte adota postura deferente à orientação das agências reguladoras em 88,7% dos casos envolvendo as entidades. (JORDÃO, Eduardo Ferreira; REIS, Vinícius Cardoso; CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo. O controle das agências reguladoras federais no STF como instância recursal: um estudo empírico. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, jan./abr. 2020, p. 122-155)

<sup>20</sup> JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. Cit., p. 58.

Por sua vez, a maior deferência do Judiciário em relação a decisões administrativas em questões de natureza política decorre, de maneira geral, do reconhecimento da maior legitimidade democrática destas (decorrente especialmente da forma de recrutamento dos seus dirigentes e da sua investidura por mandato) e da necessidade de assegurar proteção ao espaço de regular exercício da discricionariedade administrativa por autoridades especializadas em determinada área e submetidas a um rigoroso regime de responsabilidade por suas escolhas.<sup>21</sup> Em matéria de políticas públicas, a decisão sobre quem decide também pode ser a decisão sobre aquilo que se decide.<sup>22</sup>

Quanto às questões de elevada complexidade técnica que não estão detalhadamente disciplinadas na legislação, dependendo de desenvolvimento analítico para a materialização dos comandos legais, a tendencial maior deferência do Judiciário justifica-se não apenas em razão da (habitual) ausência de formação e atuação específica na área pelos juízes e da insuficiência de recursos materiais apropriados pelos tribunais,<sup>23</sup> como também pela percepção de que a revisão de determinadas orientações pelo Judiciário pode, na prática, convertê-lo no real órgão regulador ou ensejar graves incoerências no marco regulatório.<sup>24</sup>

A relevância da atuação dos sujeitos que desempenham a função de tribunais administrativos vai além da expertise para o oferecimento de soluções adequadas a determinados perfis de questões. Em um sistema como o brasileiro, que consagra a obrigatoriedade de observância dos precedentes administrativos, suas decisões produzem efeitos determinantes para a orientação do comportamento da sociedade, como será visto a seguir.

### 3.3. O sistema brasileiro de precedentes administrativos obrigatórios

A autovinculação é uma característica do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo.<sup>25</sup> Acompanhando a lição de Paulo Modesto, é possível visualizá-la em duas perspectivas. A primeira, mais abrangente, refere-se à limitação da discricionariedade administrativa por meio do detalhamento, em atos unilaterais ou convencionais, da interpretação a ser adotada diante de textos legais dotados de imprecisão ou vagueza semântica, de maneira a estabelecer critérios específicos de padronização da atuação do

<sup>21</sup> JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. Cit., p. 85.

<sup>22</sup> KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994, p. 3.

<sup>23</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 487.

<sup>24</sup> JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. Cit., p. 130.

<sup>25</sup> A autovinculação da Administração Pública e o caráter obrigatório dos precedentes administrativos já foram objeto de reflexão dos autores: DIDIER JR., Fredie. Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório. In: *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 2, 2020, p. 209-218; FERNANDEZ, Leandro. *Proteção de dados pessoais no sistema de justiça multiportas: publicidade processual, cooperação judiciária e o papel do Conselho Nacional de Justiça e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*, cit., p. 504-506.

Poder Público.<sup>26</sup> Em uma segunda perspectiva, diz respeito à impossibilidade de alteração injustificada dos parâmetros decisórios adotados pela Administração,<sup>27</sup> diretriz refletida há tempos no art. 50, inciso VII, da Lei n.º 9.784/1999 e reforçada na LINDB (art. 30).

O caráter obrigatório do precedente administrativo<sup>28</sup> em relação ao próprio órgão administrativo julgador que o proferiu e àqueles que lhe são subordinados é, portanto, uma das manifestações do fenômeno mais amplo da autovinculação administrativa. Decorrência da igualdade<sup>29</sup> (na dimensão da isonomia na aplicação do Direito) e da proteção da confiança, o reconhecimento da eficácia vinculante do precedente administrativo acentua a complexidade da teoria das fontes do Direito Administrativo, ao identificar a *legalidade administrativa* não apenas às manifestações do legislador, mas também aos pronunciamentos da própria Administração.

A expansão e o fortalecimento dos tribunais administrativos (Tribunais de Contas, CADE, CVM, tribunais de contribuintes etc.), que resolvem conflitos de modo imparcial e por heterocomposição, é uma das principais causas que justificam a criação desse sistema de respeito aos precedentes administrativos. A cognoscibilidade do Direito, dimensão da segurança jurídica que garante a todos saber como o Direito é compreendido e aplicado, e a igualdade, que garante aos administrados o direito de ser tratado de modo semelhante pela Administração Pública, o que significa ser tratado de modo isonômico perante as decisões administrativas, impõem o desenvolvimento desse sistema de formação e aplicação de precedentes administrativos.

Há extenso rol de dispositivos que consagram a autovinculação da Administração Pública, inclusive por intermédio de precedentes obrigatórios: o art. 4º, incisos X, XI e XII, da Lei Complementar n.º 73/1993; os arts. 2º, parágrafo único, inciso XIII, e 50, inciso VII, da Lei n.º 9.784/1999; os arts. 18-A e 19, incisos II, IV e VII, da Lei n.º 10.522/2002; os arts. 23, 24 e 30 da LINDB; os arts. 19 a 24 do Decreto n.º 9.830/2019; o art. 3º, inciso IV, da Lei n.º 13.874/2019.<sup>30</sup> O próprio art. 926 do CPC é, aliás, um comando dirigido também aos tribunais administrativos, derivado da igualdade e da proteção da confiança.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito de Estado*. N.º 24, out./dez. 2010, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=466>>.

<sup>27</sup> MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito de Estado*. Cit., p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=466>>.

<sup>28</sup> “O precedente administrativo pode ser conceituado como a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 96)

<sup>29</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente. Tradução por André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 76.

<sup>30</sup> DIDIER JR., Fredie. Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório. In: *Civil Procedure Review*, cit., p. 212-214.

<sup>31</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 273, set./dez. 2016, p. 322-323.

Esse complexo normativo torna desnecessária a criação, na esfera administrativa, de um dispositivo equivalente ao art. 927 do CPC. A eficácia vinculante dos precedentes administrativos já é uma característica do sistema jurídico brasileiro.<sup>32</sup>

Há ainda um aspecto a ser destacado. É necessário perceber que, em órgãos ou entidades que cumulam funções decisórias, ao modo de um tribunal administrativo, e regulatórias, o processo de decisão de casos concretos integra a dinâmica do processo regulatório. A solução de lacunas nos atos administrativos de regulamentação do setor e a própria interpretação desses atos ocorrem a partir da via contenciosa ou de consultas, gerando decisões que vinculam o ente regulador.

Interessante exemplo pode ser extraído do Regimento Interno da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que expressamente prevê que os casos solucionados pela agência serão usados como precedentes para novas decisões e como subsídio para futura regulamentação da matéria objeto do conflito.

#### **3.4. Formação compartilhada de precedentes administrativos vinculantes**

A decisão administrativa coordenada inaugurou uma nova modalidade de articulação administrativa. É possível, agora, não apenas a colaboração para a regulamentação de matérias e a execução de políticas públicas, como também para fins adjudicatórios.

Mesmo com a vedação à sua utilização em processos que envolvam a aplicação do poder sancionador (art. 49-A, § 6º, inciso II, Lei n. 9.784/1999) – questionável opção legislativa –, o espaço para sua adoção é amplíssimo, notadamente para a fixação de teses jurídicas no âmbito da Administração, inclusive pela via da consulta, prevista no art. 29 da LINDB.

É certo que o dispositivo que previa a eficácia vinculante da decisão coordenada em relação a matérias idênticas foi objeto de veto presidencial, sob a justificativa de ocorrência de limitação da atuação de órgãos e entidades públicos contrária ao interesse público.

O veto, todavia, revela-se, neste ponto, inócuo. Como visto, o caráter vinculante dos precedentes administrativos é uma das marcas do ordenamento brasileiro contemporâneo. O dispositivo, didaticamente, apenas explicitaria de modo específico uma realidade geral do sistema.

É possível, então, que, a partir da decisão coordenada, surjam precedentes administrativos vinculantes.

Há uma série de vantagens na utilização dessa técnica:

a) concentração de atos, a exemplo de audiências públicas e manifestação, oral ou escrita, de interessados, contribuindo para a economia e a celeridade;

<sup>32</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 330-331.

b) maior possibilidade de participação de representantes de grupos potencialmente afetados pela decisão, que, em outras circunstâncias, talvez sequer tivessem conhecimento do processo deliberativo instaurado em algum(ns) dos entes envolvidos;

c) possibilidade de apresentação e de ampla consideração de argumentos relativos a variadas perspectivas a respeito do problema, podendo reduzir a influência de vieses cognitivos e contribuindo para a qualidade da decisão a ser proferida;

d) redução do risco de ocorrência de uma espécie de indevido *forum shopping* decorrente da tentativa de obtenção, por litigante habitual, de decisão por parte de entidade administrativa perante a qual, por motivos diversos, sua pretensão terá maior chance de acolhimento;

e) no caso de entes que cumulam função decisória e regulatória, a decisão contribui para a diretriz de articulação normativa na elaboração da disciplina aplicável a temas objeto de competências sobrepostas;

f) com a participação de todos os envolvidos e o amplo debate sobre diversas perspectivas de abordagem do problema, o Poder Judiciário, em eventual ação sobre a matéria, tende a ser mais deferente em relação à decisão adotada;

g) a decisão coordenada contribui para a concretização dos deveres de coerência estatal na interpretação do ordenamento jurídico e de consideração das consequências práticas das suas próprias decisões.

#### 4. Conclusões

A figura da decisão administrativa coordenada, criada em âmbito federal pela Lei n. 14.210/2021, oferece interessantes e inovadoras possibilidades para o sistema brasileiro de justiça multiportas.

De um lado, apresenta-se como ferramenta de concretização da boa administração da justiça, ao expandir o modelo de decisões baseadas em competências coordenadas (CNJ com tribunais ou entre tribunais ou seus setores) no âmbito da administração judiciária da justiça. Sua adoção como etapa prévia – mas não obrigatória – à realização de atos de cooperação judiciária em matéria administrativa pode revelar-se conveniente diante de circunstâncias que tornem aconselhável a possibilidade de maior participação e fiscalização pública, como o nível de investimento de recursos financeiros, a repercussão social do ato e o envolvimento de interesses de determinados grupos ou sua capacidade de contribuição para a solução de certas questões, por exemplo.

De outro lado, pode funcionar como técnica de aperfeiçoamento do processo decisório perante entes que desempenham a função de tribunal administrativo, permitindo o aproveitamento recíproco de capacidades institucionais. Nesses casos, sua adoção concorre para a concretização dos deveres de coerência, de respeito à isonomia e à segurança jurídica, bem como de consideração das consequências práticas das próprias decisões.

A novidade, situada no contexto mais amplo do fenômeno da articulação administrativa, é bem-vinda. Adequadamente explorado o seu potencial, a decisão administrativa coordenada poderá ocupar espaço de destaque no sistema de justiça, como um instrumento criativo para a construção de soluções para problemas complexos.

### Referências bibliográficas

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

\_\_\_\_\_. *Convenções processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *Convenções processuais*. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

CADIET, Loïc. *Perspectiva sobre a Justiça do Sistema Civil Francês*. Livro eletrônico. São Paulo: RT, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório. In: *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 2, 2020.

\_\_\_\_\_. *Cooperação judiciária nacional*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

\_\_\_\_\_; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

\_\_\_\_\_; FERNANDEZ, Leandro. Cooperação judiciária e protocolos institucionais: o caso do Ato Trabalhista, ou plano especial de pagamento trabalhista, para a centralização de execuções contra entidades desportivas. In: *Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 219, set./out. 2021, p. 201-232.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador, Juspodivm, 2022.

FERNANDEZ, Leandro. *Proteção de dados pessoais no sistema de justiça multiportas: publicidade processual, cooperação judiciária e o papel do Conselho Nacional de Justiça e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2021.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_; REIS, Vinícius Cardoso; CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo. O controle das agências reguladoras federais no STF como instância recursal: um estudo empírico.



*Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, jan./abr. 2020, p. 122-155.

KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. Articulação administrativa: por uma reforma cultural da administração pública. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, maio/ago. 2021, p. 201-225.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito de Estado*. N.º 24, out./dez. 2010, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=466>>.

\_\_\_\_\_. *Decisão coordenada*: experimentação administrativa processual. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual#\\_ftnref](https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual#_ftnref)>.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo da experimentação*: uma introdução. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao>>.

MOREIRA, Egon Bockmann. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 273, set./dez. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHAUER, Frederick. Precedente. Tradução por André Duarte de Carvalho e Lucas Buriel de Macêdo. In: DIDIER JR., Freddie et al. (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2015.

## O Direito ontem, hoje e amanhã e seus operadores

Ives Gandra da Silva Martins\*

Quando Michel Temer, como constituinte, defendeu a inviolabilidade do advogado no exercício da profissão, inspirando o artigo 133 da Lei Suprema, assim redigido: “133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, a Lei Maior do país equiparou, em sua importância, as três instituições (Ministério Público - Advocacia - Judiciário), sem as quais não haveria possibilidade de garantir-se um Estado Democrático de Direito, como define o artigo 1º, cujo *caput* declara: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)” nem o artigo 2º, corolário do 1º, de que: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

É que, na defesa de direitos fundamentais, as três são imprescindíveis.

Poder-se-ia dizer que duas delas devem necessariamente atuar no contencioso, salvo raríssimas exceções pouco utilizadas como, por exemplo, o *habeas corpus* em situação de extrema urgência, sendo possível ser impetrado sem advogado, se este não estiver acessível.

Tais instituições são o Poder Judiciário e a Advocacia, já que o Ministério Público, nas questões de direito privado, raramente é chamado a atuar.

Como titular de ação penal, entretanto, o Ministério Público – divirjo da orientação do STF, de que quando o Ministro é verbalmente ofendido pode ser vítima, investigador, acusador e julgador ao mesmo tempo – é de indiscutível importância na defesa da lei, sendo imprescindível, por exemplo, no combate à corrupção e ao crime organizado.

O certo é que a justiça se baseia no tripé (Ministério Público – Advocacia – Judiciário), que deve exercer suas funções típicas de acusar, defender e julgar. Não há uma superioridade entre eles, pois para concreção do Direito, na fase conflitual, todos têm igual relevância.

---

\* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs - Paraná e RS. Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Professor Emérito das Universidades Mackenzie; UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE do Estado de São Paulo; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME; Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal - 1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), *Sant Martin de Porres* (Peru) e *Vasili Goldis* (Romênia). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP. Ex-Presidente da Academia Paulista de Letras - APL e do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP.

A Advocacia garante, numa democracia, o maior direito para o exercício da cidadania, que é o de defesa – nas ditaduras, tal direito é praticamente periférico à busca de um ideal de justiça –, assegurado pelo artigo 5º, incisos LIV, LV, LVI e LVII, assim redigidos:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O Ministério Público, por sua vez, deve atuar na *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (nos termos do art. 127, CF/88). Tem, portanto, o “direito-dever” de denunciar delitos de toda a natureza, inclusive os referentes à corrupção e concussão que, normalmente, enfraquecem a democracia, privilegiando grupos que só conquistam ou permanecem no poder à custa deste gravíssimo delito contra a sociedade e a nação pelo Estado representada.

E, por fim, o Judiciário, que não pode ter atuação política, mas tem a obrigação de assegurar a correta interpretação da lei, sem jamais criá-la – no Brasil, o Legislativo e, eventualmente, o Executivo que são os Poderes representativos do povo que podem elaborá-la –, sendo, pois, o que os hermeneutas chamam de “legislador negativo”, ou seja, aquele que retira a vigência de leis inconstitucionais.

Assim funcionam, como desejaram os Constituintes, as três instituições encarregadas de implementarem a segurança jurídica no país.

Houve, entretanto, a partir da 2ª Guerra Mundial, uma gradativa mudança de perfil daqueles que militam nas disputas judiciais, nas três instituições, não necessariamente para melhor, decorrente de um protagonismo maior do Poder Judiciário na esfera política, com invasão de competências de outros Poderes e partidarização das correntes ideológicas em conflito no país.

Em decorrência desta reconhecida interferência no exercício das atividades de outros Poderes, alguns juristas têm se levantado – não muitos, pois a maioria dos advogados e doutrinadores, que também militam na advocacia, não pretende indispor-se com aqueles que julgam seus processos –, sempre com a elegância própria que deve formatar os debates jurídicos, procurando mostrar aos ínclitos magistrados da Suprema Corte que tal posicionamento põe em risco a própria estabilidade das instituições.

Mantém-se uma permanente e desnecessária tensão, principalmente quando a invasão de atribuições de outros Poderes ostenta nítida preferência por uma das ideologias em choque no país.

Alguns juristas admitem tal intervenção, que se pode explicar por um direito auto-outorgado pelos eminentes julgadores da Suprema Corte de atuar nos vácuos legislativos ou corrigir os rumos do executivo, quando entendem que o Legislativo não legislou como deveria ou o Executivo seguiu o rumo que não lhes agradou.

Francesco Ferrara, em seu livro *Interpretação e Aplicação das Leis*, em 1933 já dizia que o vício maior do intérprete é colocar na lei o que na lei não está por preferências pessoais ou dela tirar o que nela está, por antipatia ao dispositivo.

Hoje, a crise que levou em recente pesquisa da Folha a respeito da visão do povo sobre os 3 Poderes e, se o Poder Judiciário colocava em risco a democracia no Brasil, 63% dos entrevistados disseram que sim. Trata-se da avaliação popular ser a mais depreciativa da Suprema Corte, depois da 2ª Guerra Mundial.

Nunca se põe em dúvida nem a idoneidade nem o conhecimento jurídico de S. Exas., mas o protagonismo para além das competências delineadas pela Constituição é que tem gerado avaliação tão negativa.

Lastreiam aqueles que apoiam tal postura da Suprema Corte, normalmente adeptos da mesma corrente ideológica que parece ser aquela que é adotada pela maioria dos Senhores Ministros – digo “parece”, porque não sei o que pensam, mas apenas avalio o teor das decisões –, no consequencialismo jurídico, no neoconstitucionalismo e na jurisprudência constitucional que permitem tal comportamento. Reconheço que são correntes respeitáveis e discutidas em todo o mundo e que dariam um respaldo doutrinário a esta postura.

Ocorre que o Colegiado que aprovou a Constituição não encampou tais correntes doutrinárias, tendo hospedado a clássica divisão de poderes de Montesquieu e estabelecido exaustiva enunciação da competência de cada um. Participei de audiências públicas, a convite dos Constituintes, durante o período de elaboração da Constituição, mantendo, durante 20 meses, permanente contato com relator e o presidente da Assembleia e comentei a Carta da República, durante 10 anos com Celso Bastos, em 15 volumes, totalizando cerca de 10 mil páginas.

Assim é que a Constituição, em seu artigo 103, §2º não permite, nem mesmo nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, que o Judiciário legisle, estando dispositivo assim redigido: “§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”, assim como definiu que o Congresso tem obrigação de zelar por sua competência legislativa, conforme o artigo 49, inciso XI, cuja dicção é a seguinte: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes.”

Infelizmente, nem o Judiciário fica apenas nas linhas de atribuições permitidas pela Lei Suprema nem o Legislativo tem olhado por sua competência normativa, perante o Judiciário.

Em tal cenário que vivemos no momento, a insegurança jurídica com a liberdade de expressão; prisões provisórias preventivas por meras manifestações de pensamentos; criação de hipóteses novas para concessão de aborto; novos tipos de casamento não hospedados pela Lei Maior; criação de novos institutos penais como o flagrante perpétuo; a reescritura da Constituição sobre as penas no caso de impeachment e da respectiva redação do regimento interno do Senado e muitas outras decisões mostram um protagonismo do Judiciário em matéria que só caberia ao Congresso, onde tais propostas legislativas deveriam ser apresentadas.

Nada obstante tal realidade momentânea, tenho a impressão de que o tempo corrigirá este protagonismo, não só por reação ao próprio ativismo judicial, mas por autoanálise dos componentes da Corte Maior do país, que já tem percebido a desfiguração de sua imagem perante a sociedade.

Um outro fator, a meu ver, contribuirá para este recuo futuro neste protagonismo. A advocacia mudou muito desde que me formei até os dias atuais.

À época, havia apenas três faculdades de Direito em São Paulo que, por sua vez, já tinha uma população de alguns milhões de habitantes. Meu curso foi de 1954 a 1958, quando minha mulher Ruth e eu nos formamos e as matérias ensinadas concentravam-se em Direito Civil, Comercial e Penal, cujas cadeiras duravam de três a quatro anos, pois o Direito Civil exigia mais tempo. Direito Administrativo, Constitucional, Trabalhista, Internacional Público e Privado compunham a grade com um ano apenas, pois não eram matérias consideradas relevantes para o exercício da advocacia tradicional (Penal e Civil). Havia disciplinas teóricas (Ciência das Finanças, Economia, Política, Introdução ao Direito Romano e Filosofia do Direito), mas apenas para permitir um conhecimento alargado do exercício profissional.

Não se lecionava, portanto, Direito Tributário, Empresarial, Ambiental, da Informática, Desportivo e muitos outros cujos ramos foram aparecendo com a evolução e a internacionalização do Direito.

Quando saí da Faculdade, não se falava em escritório, mas em banca de advogados, havendo em São Paulo pouquíssimas organizações de advocacia com dezenas de advogados. O próprio Direito Internacional Privado era um ramo de poucas perspectivas para advocacia.

Na década de 60, após a intervenção contra o governo de Jango, o Brasil cresceu no chamado “milagre econômico” de 60, graças à inteligência de três economistas: Roberto Campos, Bulhões e Delfim Neto.

Após o Governo Juscelino, em que o Brasil partiu para um processo de industrialização acelerada e nos governos militares, em que a indústria armamentista foi internacionalizada com criação de fortes empresas, cuja tecnologia foi utilizada

para o segmento privado, como foi o caso da Embraer, o Brasil entrou definitivamente no comércio internacional, deixando de ser apenas um exportador de café.

A globalização tornou-se uma realidade mundial no período, apesar dos dois choques do petróleo do início da década de 70 e em 79, quando a OPEP com o controle do petróleo mundial provocou o retorno ao protecionismo numa volta ao protagonismo interno, o que gerou uma crise nos países que se aventuraram na chamada poupança externa, na década de 80.

A queda do muro de Berlim, porém, permitiu nova integração mundial de economias, tendo o Brasil ganhado relevância e passando a variar sua posição entre os grandes PIBs mundiais, entre 8º e 12º lugar, conforme o dólar oscilasse sua cotação no mercado, que foi estável até retornar ao “ranking” dos países de recebimento de investimento especulativo, com riscos variáveis no pagamento da dívida oficial.

Apesar de uma reserva superior a 350 bilhões de dólares, o endividamento público brasileiro é elevado para um país emergente, o que dificulta a saída desse grau especulativo, mormente após a pandemia e uma corrosiva inflação global, depois da invasão, sem justificativa no direito internacional, da Rússia sobre a Ucrânia.

À evidência, a advocacia teve que se adaptar aos novos desafios com o aparecimento de grandes corporações de advogados, sendo que os pequenos escritórios, cujo renome decorria da respeitabilidade de seus titulares, foram dedicados à especialidade desses luminares professores titulares das grandes Faculdades.

Por outro lado, a multiplicação das faculdades de Direito – os Estados Unidos, com o dobro da população do Brasil, têm aproximadamente 6 vezes menos escolas de Direito – obrigou a realização de exames de capacitação da OAB para o exercício da advocacia, sendo que o grande ideal do estudante de Direito é prestar um concurso público para ter segurança.

A complexidade cada vez maior que a globalização trouxe às relações de toda ordem, além da econômica, está obrigando o profissional de Direito “não governamental” a introduzir-se nas variadas legislações de outros países e a ter uma visão mais abrangente do Direito, com conhecimento de ciências sociais paralelas como economia, sociologia, política etc.

O certo é que, hoje, o campo é mais vasto para o exercício da profissão, porém exige habilidade e conhecimentos maiores por parte do profissional.

Termino este artigo fazendo menção ao Decálogo do Advogado que escrevi para meus alunos da Universidade Mackenzie, no início da década de 80, e que anexo a essa entrevista, pois qualquer que seja a amplidão e os desafios dos novos tempos da advocacia, a ética no exercício da profissão é fundamental, algo que procurei inculcar entre meus alunos para quando viessem a ser advogados, se escolhessem esta profissão.

## ANEXO

### DECÁLOGO DO ADVOGADO

**I** - O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete. Se não considerares a tua como a mais nobre profissão sobre a terra, abandona-a porque não és advogado;

**II** - O direito abstrato apenas ganha vida quando praticado. E os momentos mais dramáticos de sua realização ocorrem no aconselhamento às dúvidas, que suscita, ou no litígio dos problemas, que provoca. O advogado é o deflagrador das soluções. Sê conciliador, sem transigência de princípios e batalhador, sem tréguas, nem leviandade. Qualquer questão encerra-se apenas quando transitada em julgado e, até que isto ocorra, o constituinte espera de seu procurador dedicação sem limites e fronteiras;

**III** - Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito do legendário *El Cid*, capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos;

**IV** - Sem o Poder Judiciário não há Justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre e altaneiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do Direito;

**V** - Considera sempre teu colega adversário imbuído dos mesmos ideais de que te reveste. E trata-o com a dignidade que a profissão que exerces merece ser tratada;

**VI** - O advogado não recebe salários, mas honorários, pois que os primeiros causídicos, que viveram exclusivamente da profissão, eram de tal forma considerados, que o pagamento de seus serviços representava honra admirável. Sê justo na determinação do valor de teus serviços, justiça que poderá levar-te a nada pedires, se legítima a causa e sem recursos o lesado. É, todavia, teu direito receberes a justa paga por teu trabalho;

**VII** - Quando os governos violentam o Direito, não tenhas receio de denunciá-los, mesmo que perseguições decorram de tua postura e os pusilânimes te critiquem pela acusação. A história da humanidade lembra-se apenas dos corajosos que não tiveram medo de enfrentar os mais fortes, se justa a causa, esquecendo ou estigmatizando os covardes e os carreiristas;

**VIII** - Não percas a esperança quando o arbítrio prevalece. Sua vitória é temporária. Enquanto fores advogado e lutares para recompor o Direito e a Justiça, cumprirás teu papel e a posteridade será grata à legião de pequenos e grandes heróis, que não cederam às tentações do desânimo;

**IX** - O ideal da Justiça é a própria razão de ser do Direito. Não há direito formal sem Justiça, mas apenas corrupção do Direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de Justiça seja a bússola permanente de tua ação, advogado. Por isto estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo;

**X** - Tua paixão pela advocacia deve ser tanta que nunca admitas deixar de advogar. E se o fizeres, temporariamente, continua a aspirar o retorno à profissão. Só assim poderás, dizer, à hora da morte: “Cumpri minha tarefa na vida. Restei fiel à minha vocação. Fui advogado.”





# O limite ao exercício do direito ao silêncio pelo réu: o abuso do direito ao silêncio no Processo Penal

*The limitation on the exercise of the right to silence  
by the defendant: abuse of the right to silence in  
Criminal Procedure*

João Fabrício Dantas Júnior\*

## Sumário

1. Introdução. 2. O silêncio como direito do réu no processo penal. 3. O abuso do direito ao silêncio do réu no processo penal. 4. O direito ao silêncio do réu no Sistema Internacional de Direitos Humanos. 5. O direito ao silêncio e suas consequências perante o tribunal do júri. 6. Considerações finais. Referências.

## Resumo

O silêncio é um dos muitos modos de comportamento do réu no procedimento penal. Sobre o silêncio, objeto da pesquisa, recai um leque normativo que demanda a respectiva construção das balizas do instituto. Assim, o exercício desse direito enfrenta consequências legais; ao passo que também levanta um leque de garantias, constitucionais e infraconstitucionais. Parâmetros advindos do Direito Internacional, que garantiriam ao réu a liberdade de exercer sua defesa em plenitude, são outros elementos que devem sempre ser levados em conta à normatividade tratada. Saber como o ordenamento brasileiro permite e limita o instituto, ao lado do que dispõe o Direito Internacional, será conhecer os limites de um dos mais básicos e antigos comportamentos de defesa do réu: o seu silêncio. Exceções e especialidades presentes no ordenamento brasileiro, além de brechas e considerações jurisprudenciais também demandaram uma estrita leitura e interpretação das normas que disciplinam o instituto: tudo para a construção do regime jurídico que preside o exercício desse direito, especificamente no procedimento penal. Por último, o interesse na pesquisa também resultou na constatação de que esse direito sofre proteções e consequências jurídicas adversas quando comparado o quadro jurídico brasileiro ao que se encontra em alguns outros ordenamentos, conforme será demonstrado. A metodologia de pesquisa será

---

\* Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN-Brasil). Professor de Pós-Graduação em Direito Penal junto à UNI-RN. Advogado.

bibliográfica e documental. As principais conclusões do trabalho passarão pelos limites legais ao exercício do direito ao silêncio, atingindo assim uma construção de seu regime jurídico.

### **Abstract**

*Silence is one of the many ways in which defendants behave in criminal proceedings. On silence, the object of the research, there is a normative range that demands the respective construction of the institute's boundaries. Thus, the exercise of this right faces legal consequences; while also raising a range of guarantees, constitutional and infra-constitutional. Parameters arising from International Law, which would guarantee the defendant the freedom to exercise his defense in full, are other elements that must always be taken into account in the normativity dealt with. Knowing how the Brazilian Legal System allows and limits the institute, in addition to the provisions of International Law, will be to know the limits of one of the most basic and oldest behaviors in defense of the defendant: his silence. Exceptions and specialties present in the Brazilian Legal System, in addition to loopholes and jurisprudential considerations, also demanded a strict reading and interpretation of the rules that govern the institute: all required for the construction of the legal regime that rules the exercise of this right, specifically in criminal proceedings. Finally, the interest in the research also resulted in the finding that this right has protections and adverse legal consequences when comparing the Brazilian legal framework to that found in some other Ordinances, as will be shown. The research methodology will be bibliographical and documentary. The top conclusions of the paper will go through the legal limits to the exercise of the right to silence, thus reaching a construction of its legal regime.*

**Palavras-chave:** Processo. Silêncio. Limites. Ampla Defesa.

**Keywords:** Procedure. Silence. Boundaries. Full Defense.

### **1. Introdução**

O silêncio, objeto do presente artigo, é a falta de som: uma ausência, uma inexistência. Assim como são o preto, para as cores; o escuro, para a visão. O silêncio é uma inação, assim como são inações a não apresentação de defesa inscrita, a inação em não praticar algo para o qual foi intimado. A inação pode ensejar até mesmo a sanção de uma lei, conforme o parágrafo 3º do artigo 66 da Constituição Federal (CF88) e a sanção tácita de lei pelo exaurimento do prazo para manifestação do Presidente da República. Tem-se ainda a omissão de socorro, prevista no artigo 135 do Código Penal (CP), por exemplo.

Com consequências legais distintas, a depender do âmbito jurídico em que for praticado, como observam-se essas distinções no âmbito civil, no âmbito

administrativo, no âmbito constitucional, essa pesquisa debruçar-se-á sobre o silêncio praticado no processo penal.

O silêncio arrasta para si consequências jurídicas ímpares, que dependem, assim, do que entrega o próprio ordenamento jurídico, já que não haverá alteração física do meio-ambiente, algo que crie substrato factual, sobre o qual o Direito produza efeitos: um fato natural que seja também jurídico.

No capítulo 1 do trabalho, abarcar-se-á como o réu pode manter-se em silêncio durante o processo penal. Para isso, buscar-se-ão os limites do exercício desse direito e, ainda, se algo pode ser exigido que se diga enquanto interrogado. No capítulo, buscar-se-á uma interpretação sistêmica e constitucional, acerca das previsões normativas do Código de Processo Penal (CPP), frente no inciso LXIII do artigo 5º da CF88.

Ainda, no capítulo será analisada a inovação legislativa da Lei nº 10.792, de 2003, e seus efeitos sobre a disposição do artigo 198 do CPP.

Para o capítulo, utilizar-se-ão as doutrinas de Luís Roberto Barroso, Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar e ainda Eugênio Pacelli.

No capítulo 2, a pesquisa buscará traçar as linhas do abuso, no exercício do direito ao silêncio do réu, no bojo do procedimento penal. Para o capítulo, o trabalho adotará as doutrinas de Cezar Roberto Bitencourt, Gilmar Ferreira Mendes, Rogério Greco e ainda Sílvio de Salvo Venosa.

No capítulo 3, o trabalho debruçar-se-á sobre os limites dados ao réu por documentos internacionais sobre Direitos Humanos. Ainda, posicionamentos dados por organismos internacionais penais, de caráter cooperativo e, ainda, posicionamentos entregues por tribunais superiores de alguns ordenamentos estrangeiros, como o Tribunal Penal Internacional, a Suprema Corte dos Estados Unidos, o Tribunal Federal Alemão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e ainda a Organização dos Estados Americanos.

Nesse capítulo, utilizar-se-ão as doutrinas de Yvonne Daly, Anna Pivaty, Diletta Marchesi, Peggy ter Vrugt, e ainda Barbara Ann Hocking e Laura Leigh Manville.

No capítulo 4, a pesquisa especificará como se daria o exercício do direito ao silêncio no procedimento do júri. Diferentemente do procedimento ordinário, no procedimento do júri há disposições constitucionais que demandam uma interpretação mais aprofundada. Dessa forma, é necessário buscar a construção do microsistema jurídico aplicável ao júri, de acordo com suas regras. A problemática do sigilo e da soberania dos votos dos jurados que compõem o Conselho de Sentença, de um lado, frente ao exercício do direito ao silêncio do réu, de outro, é o embate normativo que dará o teor da construção, nesse capítulo, sobre os limites do exercício do direito ao silêncio no procedimento do júri.

Para o capítulo 4, utilizar-se-á a doutrina de Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci e Renato Brasileiro Lima.

Por fim, à conclusão, haverá uma recapitulação das hipóteses parciais e ainda um arremate de todas as conclusões parciais obtidas em cada capítulo, com o intuito de concentrar os pontos discutidos no artigo e ainda a construção de um regime jurídico acerca do instituto do silêncio do réu no procedimento penal, com os limites de seu exercício.

Como observado, adotar-se-á o método dedutivo de argumentação científica, partindo-se de hipóteses levantadas, para cada capítulo, referida hipótese será submetida a uma série de substratos doutrinários, normativos e jurisprudenciais para alcançar uma conclusão lógico-jurídica.

Também como percebido, utilizar-se-á de fontes doutrinárias, legislativas e, ainda, jurisprudenciais.

## 2. O silêncio como direito do réu no processo penal

No procedimento penal brasileiro, o réu tem direito a se silenciar. É direito de status constitucional, previsto no inciso LXIII do artigo 5º da CF88. E mais: sobre o silêncio exercido, é legalmente garantido que o ato não poderá ser considerado contra ele. É um direito previsto no parágrafo único do artigo 186 do CPP, pela inovação da Lei nº 10.792 de 2003.

Do direito ao silêncio, previsto constitucionalmente, advém o direito a não autoincriminação, direito que protegeria o indivíduo até mesmo diante de convocação para uma Comissão Parlamentar de Inquérito. (BARROSO, 2020, p. 653)

Por outro lado, o artigo 198 do mesmo código procedimental prevê que, em não importando confissão, o silêncio do acusado poderá importar elemento para o convencimento do juiz, o que entrega a problemática do capítulo.

A interpretação dada aos artigos, no primeiro plano, é que a inovação legislativa do parágrafo único do artigo 186 revogaria a possibilidade de que o silêncio do réu, previsto no artigo 198, além de não importar confissão, poderia ser elemento para a formação do convencimento do juiz apenas para absolvição.

Contudo, a interpretação sistêmica é adotada na pesquisa, donde não cabe dissociação: na análise do parágrafo único do artigo 186 do CPP, inovado, referir-se-ia ao interrogatório, onde o silêncio não poderia ser-lhe levado em prejuízo; por outro lado, a confissão é apenas uma das ações possíveis do réu, durante o interrogatório. Mais: poderia ser praticado durante todo o processo, e isso obrigatoriamente seria configuração de exercício ao direito de ser interrogado – repita-se, em qualquer momento do procedimento.

A colocação do interrogatório do acusado após a oitiva das testemunhas acaba com a celeuma sobre a natureza do instituto. Agora não há dúvida: o interrogatório é instrumento de defesa do réu no processo penal, podendo exercê-lo como bem o aproveite, inclusive ficando em silêncio, pois sobre ele, a lei proíbe ônus. (STRECK, 2020, p. 411) Sobre o silêncio como um direito, ele perfar-se-ia no princípio da inexigibilidade

da não autoincriminação – ainda *nemo tenetur se detegere*, ou ainda princípio da autodefesa. O silêncio seria um direito do réu interrogado, e esse silêncio não poderia ser levado em seu prejuízo. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 96)

O Supremo Tribunal Federal (STF), já há algum tempo, amplia essas proteções ao réu, no processo penal, para o âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI). Em decisão que já data do ano de 2000, o tribunal entendeu que a exigência de respeito aos princípios consagrados no sistema constitucional não frustraria e nem impediria o exercício pleno, pela CPI, dos poderes de investigação de que se acha investida (v. HC 79.589-7/DF).

Para o tribunal, a CPI é obrigada a observar direitos e garantias como fator de legitimação da atividade estatal, obedecendo ao regime da lei, assim como devem obediência os magistrados, os administradores e os legisladores. No voto vencedor, arremata-se que o exercício do direito ao silêncio, por tratar-se de uma prerrogativa outorgada pela CF88, não poderia acarretar, àquele que o invoca, qualquer restrição de ordem jurídica.

Em posicionamento recente, o mesmo tribunal (v. RE 971.959/RJ) entendeu que o direito à vedação à autoincriminação poderia até ser restringido, mas deve-se sempre manter seu núcleo essencial: para essa restrição, é necessário ainda uma ponderação, efetivando outros direitos igualmente constitucionais, respeitando sempre a dignidade humana do agente. No entendimento do STF, o direito de não produzir prova contra si mesmo garante ao investigado o direito de nada aduzir quanto ao mérito da pretensão acusatória: reforça-se, contudo, que o mesmo tribunal, na Arguição de Preceito Fundamental 444, limita o exercício desse direito.

Sobre a revogação do *caput* do artigo 198, frente à inovação do parágrafo único do artigo 186 do CPP, teria havido uma revogação implícita daquele *caput*. (PACELLI, 2017, p. 18)

Afasta-se, então, na interpretação adotada no presente trabalho, a possibilidade do critério especial para sustentar a vigência do artigo 198 frente à novação do parágrafo único do artigo 186 do CPP.

Adota-se, assim, que o silêncio do réu é um direito exercido sem ônus, com garantia legal que tal inação não será levada em conta para prejudicar a situação jurídica do acusado. Contudo, com a consagração desse direito, há de se averiguar se ele se porta como um direito absoluto, ou, ainda, se há limites: algo que permitiria a existência de abuso ao exercício do direito.

### **3. O abuso do direito ao silêncio do réu no processo penal**

Visto que o réu tem direito de silenciar-se, diante do procedimento penal; mais: que o silêncio não poderia mais ser considerado em seu desfavor, há agora de se traçar os limites ao exercício desse direito.

Em tese, não haveria direito verdadeiramente absoluto, sob o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, observam-se os limites aos direitos, mesmo que se tenha como objeto da análise os direitos fundamentais.

Sobre esses limites, os direitos fundamentais – como o direito ao silêncio no procedimento penal ao réu –, as liberdades, os poderes e as garantias são passíveis de limitação ou restrição. Ademais, tais restrições são limitadas: os chamados limites dos limites. (MENDES, 2020, p. 168)

Tal perspectiva dá à presente construção os limites máximos ao exercício: o abuso do direito. Instituto da Teoria Geral do Direito, o abuso é uma das formas de cometer ilícitos, exercendo direitos por além do permitido. Diferentemente da ilicitude *stricto sensu*, o abuso nasce em momento posterior ao exercício regular de um direito.

Considera-se, nesse trabalho, adotar parâmetros apresentados por doutrina do Direito Civil para arregimentar mais detalhes ao abuso do direito no âmbito penal, haja vista tratar-se de um mesmo instituto de Teoria Geral do Direito. Para tanto, defende-se que o abuso do direito reflete uma ilegalidade travestida de ato legítimo. Um ato aparentemente lícito, mas que não possui a devida regularidade, ocasionando assim, um ato ilícito. (VENOSA, 2017, p. 554)

No âmbito penal, corroborando os abusos no exercício de um direito, abstraem-se as disposições dos excessos das excludentes de ilicitude. Um exercício irregular de um direito, como uma legítima defesa exercida além de seus limites. Sobre o excesso, os resultados que dizem respeito às condutas praticadas nos limites permitidos por essa excludente estão amparados por essa causa de justificação; os outros resultados que surgiram em virtude do excesso, por serem ilícitos, serão atribuídos ao agente, que por eles terá que ser responsabilizado. (GRECO, 2017, p. 493) Tais excessos poderiam ser dolosos ou culposos: mas sempre imputáveis ao agente que incorreu no excesso, ou seja, abusou dos limites das excludentes entregues pela lei. (BITTENCOURT, 2020, p. 903)

Tal conclusão sobre a legítima defesa serviria de conteúdo normativo lógico para o instituto objeto do estudo: o excesso ao silêncio. Há direito legal previsto ao silêncio, mas ele não poderia ser praticado além dos limites previstos em lei. Seu excesso, ilícito, será atribuído ao agente que age em abuso do direito de se silenciar, e por ele terá que ser responsabilizado.

No processo penal, há algumas pessoas que não poderão fazer uso do direito previsto ao réu, direito esse que possui caráter constitucional. Há, no ordenamento jurídico, previsão normativa da obrigação de falar. Mais: obrigação de dizer a verdade, em um interrogatório, sob pena de incorrer em crime.

Com esse raciocínio, surge uma perspectiva: em havendo obrigação legal de falar, combinado com a obrigação legal de falar a verdade, estaria, por oportuno, afastado o direito de silenciar no processo penal para alguns dos participantes do procedimento penal. De todo modo, há diferentes regimes jurídicos nesse cenário: ao réu não se aplica as regras atinentes às testemunhas ou ao perito, por exemplo.

Por primeiro, ao réu, como viu-se, há o direito de silenciar; ainda, que esse silêncio não poderia ser levado em conta em seu processamento e na construção da norma jurídica individualizada: sua sentença. Contudo, o seu direito não pode ser exercido com abuso. Há dever legal de participação do réu em algumas etapas do processo, nas quais se pede participação ativa. A qualificação é uma delas. Não haveria, segundo o Supremo Tribunal Federal, direito ao silêncio quando da qualificação do réu no procedimento penal, haja vista configurar-se abuso do direito. Esse entendimento pode ser retirado do *caput* do artigo 186 do CPP, quando determina que o réu deve ser qualificado.

Na Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental 444, o voto do Ministro Luiz Fux concluiu que o ordenamento jurídico brasileiro, o qual acolhe o privilégio da não autoincriminação, não a adota tão amplamente a ponto de permitir ao réu negar-se a contribuir para a sua devida qualificação. Segundo referida argumentação, o acusado que fornece qualificação equivocada para obter vantagem ou prejudicar terceiro pratica crime de falsa identidade previsto no artigo 307 do Código Penal. Além disso, o ministro também reforça que a recusa em fornecer à autoridade dados da própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência também configuraria a infração prevista no artigo 68 da Lei de Contravenções Penais. Por fim, Luiz Fux aponta que o interesse público transcenderia a mera frustração da investigação ou processo criminal, na medida em que a tutela penal tem obrigação de evitar a perseguição penal e a condenação de inocentes.

O abuso do direito, um elemento da Teoria Geral do Direito, também se faz presente na Dogmática Penal. O excesso no exercício de ações ou omissões encobertas com as excludentes da ilicitude, conforme prevê o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal: uma ilicitude, originada pelo exercício irregular de um direito regular, ou, como defendido, um abuso do direito.

Voltando-se para o objeto do presente trabalho, o silêncio também é um direito, que pertence a uma série de personagens que podem passar pelo procedimento penal: o réu, já citado, é o principal deles; todavia, há outros, como o parente interrogado – que pode silenciar-se –, assim como o profissional que tem dever legal de sigilo, conforme o artigo 207 do CPP. No procedimento penal, o exercício desse direito ao réu é quase absoluto, mas não alcançaria seu dever de cooperação processual, pelo menos no que adere a necessidade processual de normalidade e superação de vícios: uma ilegitimidade passiva, por exemplo, em que se processaria uma pessoa errada.

#### **4. O direito ao silêncio do réu no Sistema Internacional de Direitos Humanos**

No Direito Internacional, encontram-se documentos normativos adotados pelo Brasil, e que podem influenciar a construção das normas que comporiam o regime jurídico acerca do direito ao silêncio de um modo diferente àquele entregue pelas regras produzidas pelos órgãos legislativos competentes nacionais.



Por primeiro, uma interessante consideração sobre o direito ao silêncio que o réu tem, no Direito Internacional, é dado pelo Tribunal Penal Internacional (v. ICC-01/12-01/19). Para o tribunal, o exercício do direito do réu em permanecer em silêncio é corolário do privilégio contra a autoincriminação, no qual o acusado tem o direito de permanecer em silêncio e o direito de não ser obrigado a declarar algo – conforme o artigo 67 (1) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Do mesmo modo, o Tribunal Constitucional Federal alemão (v. BrV 2.628/10) anunciou que o direito que indivíduos possuem de permanecer em silêncio, somado à proibição de ser obrigado a autoincriminar-se (*nemo tenetur se ipsum accusate*), é uma manifestação natural do manejo básico sob o Estado de Direito, que é guiado pelo respeito à dignidade da pessoa humana. Para o tribunal alemão, o direito de não se autoincriminar é talhado pelo princípio da legalidade e dos direitos de caráter constitucional. Então, para essa corte alemã, as pessoas acusadas de um crime devem ter o direito de decidir, independentemente e sem quaisquer constrangimentos, se elas desejam cooperar com o procedimento criminal e, se assim o decidirem, em qual extensão. Em todo caso, todo réu deve ser instruído sobre seu direito de: ou proferir palavras ou permanecer em silêncio.

Nos Estados Unidos, o direito ao silêncio do réu, no processo penal, também é consagrado (v. 384 U.S. 436. *Miranda v. Arizona*). Os chamados “avisos de Miranda” surgiram originalmente no Processo *Miranda v. Arizona*, caso julgado em 1966 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. No procedimento, esse tribunal assevera que o privilégio contra a autoincriminação, que tem um longo desenvolvimento histórico, é o aspecto mais importante do sistema acusatório penal, calcado nas garantias ao direito individual de permanecer em silêncio. Apenas ao réu caberia a escolha de falar, por imperativo exercício de sua vontade.

Sobre o aspecto do direito ao silêncio, em seus diferentes parâmetros, ao longo dos ordenamentos nacionais, é válido o registro de que o Supremo Tribunal Federal (v. Recurso Extraordinário 1.177.984/SP) se dirige a discutir se o Aviso de Miranda, no direito ao silêncio, alcançaria agentes públicos durante procedimentos policiais. Até o momento da conclusão do presente artigo, apenas o ministro relator votou, posicionando-se que a obrigatoriedade de alerta policial sobre o direito de manter-se em silêncio, durante uma abordagem, não está presente no ordenamento jurídico, existindo apenas no interrogatório, durante o processo.

Na África do Sul, por sua vez, seu Tribunal Constitucional (v. CCT 295/20) delimitou didaticamente o exercício do direito. Para esse tribunal (ponto 90 da decisão colacionada), esse direito é dado apenas aos presos e acusados. Para testemunhas, há obrigação de entregar evidências e responder todas as questões legais levantadas, exceto aquelas que possam lhe incriminar.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos também consagra o direito ao silêncio. Contudo, sobre o artigo 6 da Convenção, onde se encontra o referido direito, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos não o considera como um direito absoluto. No guia sobre o artigo 6 da referida convenção, documento

que não vincula o tribunal, mas que mostra as fundamentações de muitas das mais importantes decisões desse tribunal europeu sobre o direito em análise, é relatado que o silêncio é um direito relativo: se por um lado, a condenação nunca poderia ser única ou principalmente baseada no silêncio do acusado ou na sua recusa de responder a questões sobre ele mesmo; por outro lado, o direito de permanecer em silêncio não poderia impedir que esse exercício – em situações onde claramente pede uma explicação dada pelo réu – seja tomado em consideração, em fundamento para a persuasão por evidências levantadas pela acusação.

Assim, arremata o Tribunal referido que não se poderia dizer que a decisão do acusado em permanecer em silêncio no procedimento nunca teria implicações.

Disso concorrem-se algumas implicações: é preciso distinguir o direito e o seu exercício, das consequências jurídicas de seu exercício.

O ordenamento jurídico brasileiro, como visto, consagrou apenas recentemente que o réu poderia exercer um direito ao silêncio – que, lembre-se, não alcança o seu dever de qualificar-se –, e, somado a isso, o efeito jurídico de que essa opção não será levada em prejuízo dele.

O escopo da Convenção Europeia de Direitos Humanos parece caminhar em outro sentido: consagra, sim, o direito ao silêncio. O guia sobre o artigo 6 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (p. 41), em seu ponto 4 (direito a permanecer em silêncio e a não se incriminar), c (um direito relativo), 212, faz o alerta. É previsto que, apesar de uma condenação nunca poder se basear apenas no silêncio do acusado, nada no procedimento criminal adotado pela União Europeia garantiria que esse silêncio não terá implicações.

No procedimento 18731/91, caso John Murray v. The United Kingdom, esse mesmo Tribunal Europeu de Direitos Humanos relatou, no ponto 66 da decisão, que o direito ao silêncio do réu é um dos mais importantes no ordenamento aplicado pelo tribunal. Por outro lado, esse tribunal levanta, na sua fundamentação, uma problemática. Durante uma investigação o acusado pode ser confrontado pelo dilema de sua defesa: se ele escolher permanecer em silêncio, inferências contrárias podem ser levantadas contra ele de acordo com as previsões do ordenamento. Por outro lado, o Tribunal Europeu também assevera que se o acusado optar por quebrar o silêncio durante o curso de um interrogatório, ele correria o risco de prejudicar sua defesa sem necessariamente remover a possibilidade de serem levantados indícios contra ele.

O entendimento do tribunal europeu qualifica, assim, o direito ao silêncio como um ônus: um exercício de um ato, dado pela lei, geralmente configurado como ato de defesa, mas que dele pode advir uma situação jurídica prejudicial.

No âmbito europeu, muito do debate escora-se na possibilidade ou não de um exercício do direito ao silêncio importar em prejuízo ao réu no procedimento penal. Os Ordenamentos da Inglaterra e País de Gales, Singapura e em partes da Austrália expressamente permitem retiradas de garantias ou limitações diante do exercício do direito ao silêncio. Em outros sistemas, tanto de *civil law* como *common*

*law*, incluindo-se o norte-americano, o alemão e o escocês, expressamente proíbem inferências prejudiciais do silêncio do acusado – contudo, acompanhados de exceções. (DALY; PIVATE; MARCHESI; ter VRUGT, 2021, p. 697)

Da pesquisa das autoras, é nítido que não há uma linha absolutamente uniforme, nem mesmo entre os países da União Europeia – que possuem documentos normativos de Direitos Humanos em comum –, além de um tribunal regional sobre Direitos Humanos. Mesmo nesse sistema regional, há diferenças internas.

Ainda no âmbito europeu, o fato de o exercício do direito ao silêncio, pelo réu, ser capaz de prejudicar sua situação jurídica, perante um procedimento penal, leva a que o método inglês de lidar com o silêncio pode ser descrito como um sistema formalizado. Nele, impõe-se o entendimento jurisdicional de que consequências podem surgir de meras evidências. Na Inglaterra e no País de Gales, por exemplo, posições alteradas no sistema de *common law* permitem que o silêncio de um acusado seja usado como evidência pelo órgão de acusação. Isso demonstraria que os entendimentos jurisdicionais inglês e galês caminharam na direção de permissão ao uso do silêncio como indícios de culpa. (HOCKING; MANVILLE, 2001, p. 69)

No âmbito regional americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 8, 2, g, prevê-se que é direito do réu não ser compelido a testemunhar contra ele mesmo ou a declarar-se culpado. Uma locução que se adequa ao direito de não se autoacusar, no procedimento penal: uma faceta do direito ao silêncio.

Entre os espécimes normativos apresentados, advindos do Direito Internacional, observa-se que o Brasil e sua legislação constitucional e infraconstitucional entregam efeitos jurídicos ao exercício do silêncio de modo bastante paritário ao encontrado internacionalmente. Observa-se, no exercício ao direito ao silêncio, que os elementos normativos advindos do Direito Internacional limitam-se na obrigação do réu em qualificar-se perante o procedimento penal, entendimento corroborado pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Por todo o resto, o exercício do direito ao silêncio, no procedimento penal brasileiro, é amplo e entregue ao arbítrio do réu.

Todo esse arcabouço jurisprudencial de tribunais internacionais (ou ainda regionais) mostra que o exercício do direito ao silêncio do réu, no Brasil, ainda que não seja um direito absoluto, mostra-se um pouco mais amplo e protegido que o quadro encontrado no âmbito europeu e no norte-americano.

Por esse entendimento, opta-se na presente pesquisa em não se aprofundar nas permissões e possibilidades constitucionais de admissão de tratados internacionais sobre Direitos Humanos, especificamente pela constatação que o ordenamento jurídico brasileiro trata o réu de modo mais benéfico que aquele apresentado no Direito Internacional; assim, resta à melhor proteção dos direitos e garantias processuais do réu, quanto ao seu direito ao silêncio, que o intérprete nacional valha-se do parágrafo único do artigo 186 do Código de Processo Penal.

## 5. O direito ao silêncio e suas consequências perante o tribunal do júri

O julgamento perante o tribunal do júri é uma especialidade processual. O instituto guarda algumas peculiaridades, e sobre elas a pesquisa segue delimitada ao seu objeto: o silêncio do réu no procedimento penal e os limites ao exercício desse direito. Nesse capítulo, serão analisadas as consequências do exercício do silêncio, pelo réu, no procedimento do júri.

No procedimento comum, como visto, ao juiz é proibido levar o silêncio do réu em prejuízo de quem está sendo julgado, conforme inovação do parágrafo único do artigo 186, o que afastaria as disposições do artigo 198 do mesmo código.

No procedimento do júri, por outro lado, é necessário seguir algumas especialidades.

Ao júri, há disposições no inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, garantindo o sigilo dos votos e a soberania dos veredictos. Desse modo, não há garantia legal, em quaisquer níveis de normatividade, constitucional ou infraconstitucional, que o silêncio do réu foi levado em conta, ou não, no voto dos jurados que compuseram o Conselho de Sentença.

Esse entendimento é consagrado doutrinária e jurisprudencialmente.

A fundamentação da decisão, no procedimento comum, garante vinculação entre o relatório, a fundamentação e o dispositivo da sentença: algo que assegura a todos os envolvidos no processo a chance de controle do exercício de jurisdição. Em havendo discrepâncias, omissões, excessos, a sentença é posta em reanálise, podendo ser corrigida, substituída, anulada, a depender do caso.

No júri, por outro lado, tem-se o sigilo da votação: em sendo assim, o silêncio e outras palavras do réu podem – tecnicamente – ser levados em conta na construção do voto dos componentes do Conselho de Sentença. Como a ninguém é dado saber o sentido do voto do jurado, visto que a votação é dada em sala especial, com respostas simplesmente configuradas em *sim* ou *não* aos quesitos, há ampla possibilidade de o silêncio do réu influenciar o entendimento do jurado à orientação de condená-lo. (LIMA, 2020, p. 1.443)

Mesmo com a disposição legal, presente no inciso II do artigo 478 do CPP, asseverando que a parte não poderá fazer referência ao silêncio do acusado, ou à sua ausência no interrogatório, não haveria garantia normativa que esse silêncio praticado pelo acusado, durante o julgamento pelo júri, não será levado em consideração: simplesmente porque se está diante de um sistema de íntima convicção, aplicável ao julgamento pelos jurados do Conselho de Sentença.

Além do sigilo das votações, há a característica da soberania da votação ao Conselho de Sentença: se o sigilo possibilitaria que o silêncio exercido pelo réu, no bojo do procedimento e instrução no júri, fosse levado em conta para a condenação do réu junto ao Conselho, a soberania da votação garantiria que a condenação imposta pelo Conselho, baseada apenas no silêncio, não poderia ser contornada. (LIMA, 2020, p. 1.445)

O sigilo da votação, no júri, traz algumas idiossincrasias, como a desnecessidade de relatório e de fundamentação. Não haveria, assim, como saber a verdadeira razão pela qual se convenceu o corpo de jurados. Com o ato jurisdicional vinculado ao veredito dos jurados, o juiz se obriga diante da livre convicção dos componentes do Conselho de Sentença. (NUCCI, 2016, p. 664) O sigilo das votações, previsto no inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição, faz exceção ao inciso IX do artigo 93, também da Constituição: não há publicidade das razões na decisão proferida pelo Conselho de Sentença, permitindo, assim, que o silêncio do réu seja também considerado, num eventual veredito condenatório. (CAPEZ, 2016, p. 868)

Essa característica do júri – o sigilo do voto – passa a se portar como uma exceção, de caráter constitucional e infraconstitucional. O direito ao exercício do silêncio, por parte do réu, é delimitado pelo procedimento do júri. Defende-se, nessa pesquisa, que o silêncio exercido pelo réu poderá ser considerado contra ele, no julgamento do júri, alcançando, até mesmo, o *status* de base e fundamentação de sua condenação. Essa conclusão alcança-se pelo arcabouço normativo que fundamenta o instituto do júri no Brasil.

Por outro lado, em apelação contra sentença de tribunal do júri, que correu junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (v. Apelação 0.300.085-71.2013.8.05.0088), foi decidido que a atuação do Promotor de Justiça, na qual se vale de digressão opinativa e crítica sobre o exercício do direito do réu em manter-se em silêncio, seria suficiente para determinar a nulidade do julgamento, na medida em que causou prejuízo à defesa.

Segundo o tribunal, mesmo diante da imparcialidade do júri e da plenitude da defesa, ainda assim seria justa e adequada a anulação da sessão de julgamento do tribunal do júri quando há uso de argumento, pela acusação, de artimanhas jurídicas populares. Expressões como *quem cala consente*, usadas diante do referido conselho, poderiam anular o julgamento, segundo o tribunal baiano.

Assim, corroboram-se os limites investigados no capítulo: os jurados que compõem o Conselho de Sentença estão permitidos e livres para levar em consideração o silêncio do réu interrogado, para julgá-lo culpado. Isso se dá, simplesmente, pelo fato de que esse uso será estritamente mental, não materializado e, ainda, não usado em fundamentação: haja visto o sistema de íntima convicção do Conselho de Sentença. Algo que torna impossível o controle, seja pelo juiz presidente do Conselho de Sentença, seja em eventual apelação, por eventual nulidade, a ser analisada pela segunda instância. Por outro lado, ao órgão acusador não é admitido argumentar fazendo-se uso do silêncio do réu, conforme o inciso II do artigo 478 do Código de Processo Penal, como visto acima.

Essa problemática, entre o exercício do direito ao silêncio, por parte do réu, de um lado; e a garantia que esse silêncio não será levado em conta, contrariamente a ele, como visto, encontra um campo crítico no procedimento do júri: não há fundamentação dos votos, que garanta que o silêncio exercido foi motivo da condenação, ou mesmo da absolvição. No Superior Tribunal de Justiça (v. *Habeas Corpus* nº 355.000/SP), tentou-se dar uma solução: quando a acusação menciona o silêncio exercido pelo réu, no júri,

com o intuito de prejudicá-lo, só será possível anular o procedimento com a prova de que o tema foi explorado, e não apenas mencionado. Esse entendimento alinha-se à problemática levantada no presente capítulo, haja vista que a votação do Conselho de Sentença é soberana e secreta, não sendo materialmente possível saber se, com o silêncio exercido, pelo réu, e que foi ilegalmente explorado pela acusação, diante dos jurados, foi esse silêncio considerado ou não nos votos.

O silêncio do réu, assim, encontra uma falha conceitual em seu leque de proteção: o julgamento diante do Conselho de Sentença, no tribunal do júri. Aqui, por força constitucional, não há como garantir que seu silêncio será um direito. Será, julga-se, assim, um ônus, um exercício garantido na lei, mas que o mesmo ordenamento jurídico permite que haja consequências, como uma consideração em prejuízo, ou mesmo a própria condenação, em virtude do exercício desse silêncio.

## 6. Considerações finais

O instituto jurídico do silêncio do réu, no processo penal, é um direito garantido. Possui caráter constitucional e ainda infraconstitucional no Brasil.

No capítulo 1, observou-se que as previsões legais encontradas no inciso LXIII do artigo 5º da CF88, combinadas com parágrafo único do artigo 186 do CPP, pela inovação da Lei nº 10.792 de 2003, elevam o exercício do direito ao silêncio, por parte do réu, no procedimento penal, a um direito previsto constitucional e legalmente, e de onde dele não se imporia ônus.

Como faceta do direito a não se autoincriminar, ou *nemo tenetur se detegere*, restaria revogado o artigo 198 do código procedimental, não se adotando, no presente capítulo, qualquer critério de especialidade que enseje a vigência desse artigo frente à inovação do parágrafo único do artigo 186.

No capítulo 2, delimitou-se o exercício do direito ao silêncio, utilizando-se de estudos sobre o abuso do direito advindos da Teoria Geral (Direito Civil), e, especialmente, da Teoria Geral do Direito Penal. Nesse ponto, observou-se que são traçados, doutrinária e jurisprudencialmente, limites ao exercício do direito que o réu tem de se silenciar, durante o procedimento.

Apurou-se, assim, que sua qualificação não está abrangida pelo direito objeto da pesquisa: ao réu seria obrigatório atuar ativamente para fazer-se qualificado, haja vista que isso evitaria processos injustos, nulidades processuais, custos processuais desnecessários.

Também se observou que, junto ao Supremo Tribunal Federal, o direito ao silêncio, no processo penal, não alcançaria um suposto direito de mentir no procedimento. Para Luiz Fux, a tipologia penal do crime de falsa identidade, previsto no Código Penal, seria um exemplo dos limites existentes à atuação do réu, no procedimento penal.

No capítulo 3, a presente pesquisa adentrou em documentos da normatividade internacional. No capítulo, observou-se que os parâmetros de proteção do réu, no Direito Internacional, entregam quase o mesmo escopo daquilo encontrado no direito brasileiro. Há algumas discrepâncias, quando a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos confere o direito de não fornecer nem mesmo a qualificação, como um modo de regularizar o processo; por outro lado, o documento e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos asseveram que esse silêncio é relativo: não poderia garantir sozinho uma condenação, mas é admitido que seja levado em conta prejudicando a situação do réu.

De modo diferente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra, sem exceções, o direito a não se autoacusar, corroborando aquilo entregue pelo direito brasileiro.

Deste modo, opta-se, na presente pesquisa, em não aprofundar técnicas legais e jurisprudenciais sobre introdução de normas advindas do direito internacional, haja vista que o presente quadro nacional sobre o direito ao silêncio exercido pelo réu, no procedimento penal, entrega proteção maior que aquilo encontrado no âmbito regional e no âmbito internacional.

No capítulo 4, a pesquisa procurou responder sobre os limites normativos do exercício do direito ao silêncio no procedimento do tribunal do júri. Para isso, buscou aspectos normativos e doutrinários do instituto. Nesse ponto, as garantias constitucionais do livre convencimento desmotivado (ou íntima convicção), a soberania dos veredictos e ainda a garantia do segredo dos votos demonstraram que o instituto do tribunal do júri é uma exceção ao exercício do direito ao silêncio por parte do réu, no ordenamento jurídico brasileiro. No procedimento do júri, o silêncio torna-se um ônus, uma escolha que pode trazer consequências jurídicas capazes de alcançar uma condenação: algo que não pode ser controlado, simplesmente por faltar-lhe justificativas e fundamentações escritas ou faladas para os votos do Conselho de Sentença. O silêncio do réu não se sustenta, assim, no procedimento do júri, como um direito; será, então, um ônus.

Ademais, a tentativa legal de proibir técnicas de acusação que se valham do exercício do direito do réu de manter-se em silêncio, no procedimento do júri, não conseguem impedir, por todo o acima exposto, que esse mesmo silêncio seja usado pelos jurados para a condenação: repita-se, no júri segue-se o sistema de íntima convicção não motivada.

Deste modo, ao réu é garantido o exercício do silêncio, no procedimento comum, como um direito. Sobre ele não poderá o juiz produzir considerações normativas desfavoráveis, por previsão do artigo 186 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, esse direito não é garantido no procedimento do júri, haja vista as disposições do inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, listadas como a soberania dos veredictos, o sigilo dos votos, o livre convencimento, a falta de fundamentação e, portanto, a falta de controle possível sobre a lógica meritória do

voto dos jurados pela condenação: algo que torna possível a consideração do silêncio do réu como razão do voto nesse sentido.

## Referências

ÁFRICA DO SUL. Tribunal Constitucional da África do Sul. *Processo CCT 295/20*. Secretaria de Inquérito Judicial v. Jacob Gedleyihlekisa Zuma. Relator: Jafta J. Julgado em 28 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2021/2.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

ALEMANHA. Tribunal Federal Alemão. *Processo 2 BvR 2628/10*. Segunda Câmara. Juiz VoBkuhle (presidente); Juiz Lübbe-Wolff; Juiz Gerhardt; Juiz Landayl; Juiz Huber; Juiz Hermanns; Juiz Müller; Juiz Kessal-Wulf. Julgado em 19 de março de 2013. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2013/03/rs20130319\\_2bvr262810en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2013/03/rs20130319_2bvr262810en.html). Acesso em: 11 ago. 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação 0.300.085-71.2013.8.05.0088. Julgado em 16 de junho de 2018. Publicado em 22 de maio de 2019. *Segredo de Justiça*. Disponível em: <http://esaj.tjba.jus.br/cpogp/show.do?processo.codigo=2G000002I0000&processo.foro=88#liberarAutoPorSenha>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus N° 355.000-SP*. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 13 de agosto de 2019. Publicado em: 27 de agosto de 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=99753379&num\\_registro=201601126216&data=20190827&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=99753379&num_registro=201601126216&data=20190827&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 79.589-7 – DF*. Pleno. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Julgado: 5 de abril de 2000. Publicado em 6 de outubro de 2020.



Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20496/false>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Análise sobre a constitucionalidade do crime de fuga do local do acidente de trânsito, previsto no artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro. Recurso Extraordinário 971.959 – Rio Grande do Sul. Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. 14 de novembro de 2018. Publicado em 31 jul. 2020. *Diário Oficial de Justiça*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11999436>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADPF que reconhece que o réu não tem o direito de não fornecer sua qualificação*. Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental 444 – Distrito Federal. Pleno. Relator Gilmar Mendes. Julgado em 16 de junho de 2018. Publicado em 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404263/false>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.177.984 – São Paulo*. Pleno. Relator Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5595837>. Acesso em: 16 ago. 2022.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

DALY, Yvonne; PIVATY, Anna; MARCHESI, Diletta; VRUGT, Peggy ter. Human Rights Protections in Drawing Inferences from Criminal Suspects' Silence. In: *Human Rights Law Review*, 2021, vol. 21, 3ª ed., setembro, p. 686-723. Oxford University Press.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Processo 384 U.S. 436*. Miranda v. Arizona. Julgado em 13 de junho de 1966. Relator Juiz Warren. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>. Acesso em: 11 ago. 2022.

FUCCIA, Eduardo Velozo. Júri é anulado após promotor criticar silêncio de réu e fazer apartes infundados. 2 de agosto de 2021. *Portal Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-02/juri-anulado-bahia-promotor-criticar-silencio-reu>. Acesso em: 16 ago. 2022.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19ª ed. Niterói: Ed. Impetus, 2017.

HOCKING, Barbara Ann; MANVILLE, Laura Leigh. What on the Right to Silence: Still Supporting the Presumption of Innocence, or a Growing Legal Function? In: *Macquarie Law Journal*, 2001, vol. 1, n. 1, p. 63-92.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume único*. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. II. Limitações aos Direitos Fundamentais. p. 156-211. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Disponível em: [http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm). Acesso em: 11 ago. 2022.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Tribunal do Júri. p. 408-415. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2018. (Série IDP)

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Processo ICC-01/12-01/18*. Juiz Antoine Kesia-Bem Mindua (presidente); Juiz Tomoko Akane; Juiz Kimberly Prost. Julgado em 10 de setembro de 2021. Publicado em: 22 de setembro de 2021. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2021\\_08206.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2021_08206.PDF). Acesso em: 11 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf). Acesso em: 11 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Guia sobre o artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf). Acesso em: 11 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Processo 18731/91*. Caso John Murray v. The United Kingdom. Pleno. Rolv Ryssdal (presidente). Julgado em 8 de fevereiro de 1996. Publicado em 8 de fevereiro de 1996. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57980%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57980%22]}). Acesso em: 11 ago. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 17ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.



# A propósito da dissolução da Assembleia da República – breves apontamentos<sup>1</sup>

Jorge Miranda\*

## I

1. Os órgãos políticos do Estado – Presidente da República, Assembleia da República, Governo – podem passar por diferentes vicissitudes ou factos ou situações que afetam os respetivos titulares e com implicações, maiores ou menores, no exercício das suas competências.

Implicações nos titulares dos órgãos, não na subsistência dos órgãos porque, mesmo quando, no limite, sem titulares, eles continuam a existir por força da Constituição. Só se esta cessasse de vigorar é que os órgãos por ela instituídos deixariam de existir.

Os órgãos são centros autónomos institucionalizados de formação de vontade do Estado ou de outra pessoa coletiva, instituições que perduram para além do titular ou dos titulares que se vão sucedendo ao longo do tempo.<sup>2</sup>

2. Vicissitudes que afetam o Presidente da República:

- Ausência do território nacional (artigo 129.º da Constituição);
- Renúncia ao mandato (artigo 131.º);
- Sujeição a processo perante o Supremo Tribunal de Justiça por crimes praticados no exercício das suas funções (artigo 130.º);
- Impedimento temporário, seja por sujeição a processo por responsabilidade criminal, seja por doença.

3. As vicissitudes da Assembleia da República podem afetar a totalidade dos seus membros ou apenas algum ou alguns dos Deputados.

a) Vicissitudes que afetam todos os Deputados:

- Suspensão da sessão legislativa, por maioria de dois terços dos Deputados presentes (artigo 174.º, n.º 2, 2.ª parte);
- Dissolução (artigo 172.º);

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na Revista *O Direito* 153.º, IV, ano 2021, p. 643-658.

\* 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. 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).

<sup>2</sup> V., por todos, *Curso de Direito Constitucional*. I, 2.ª ed. Lisboa, 2018, págs. 214 e segs., e autores citados.

– Convocação da Assembleia, estando dissolvida, pela sua Comissão Permanente, para efeito de autorização ao Presidente da República para declarar o estado de sítio ou o estado de emergência, declarar a guerra ou fazer a paz (artigo 179.º, n.º 4).

b) Vicissitudes que afetam Deputados individualmente:

– Perda de mandato, por virem a ser feridos por alguma das incapacidades ou incompatibilidades previstas na lei [artigo 160.º, alínea a)];

– Perda de mandato por não tomarem assento na Assembleia ou por excederem o número de faltas estabelecido no Regimento [artigo 160.º, n.º 1, alínea b)];

– Perda de mandato, por se inscreverem em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados ao sufrágio [artigo 160.º, n.º 1, alínea c)];

– Como o mandato dos Deputados só cessa quando da primeira reunião da Assembleia após eleições (artigo 153.º, n.º 1), perda de mandato – por identidade de razão – do Deputado, que se apresente a essas eleições por partido diverso daquele pelo qual se tiver apresentado a sufrágio;

– Sujeição, com autorização da Assembleia, à qualidade de declarante ou de arguido em processo criminal (artigo 1578.º, n.º 2);

– Ser detido ou preso, com autorização da Assembleia, em caso de crime doloso a que corresponda uma pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos (artigo 157.º, n.º 3);

– Suspensão do mandato deliberada pela Assembleia, quando o Deputado seja acusado definitivamente de um crime desse tipo (artigo 157.º, n.º 4);

– Renúncia ao mandato (artigo 160.º, n.º 2);

– Saída do Grupo Parlamentar correspondente ao Grupo Parlamentar porque o Deputado tenha sido eleito ou, eventualmente, reintegração nele, mas nunca integração noutra grupo parlamentar, por isso implicar mudança de partido.

c) Vicissitudes de grupos parlamentares:

– Constituição em grupo parlamentar pelos Deputados eleitos por cada partido ou coligação de partidos (artigo 180.º, n.º 1);

– Ao invés, dissolução de grupo parlamentar.

4. A dissolução da Assembleia da República, até pela sua atualidade, justifica considerações em especial e necessariamente mais longas.<sup>3</sup>

Mas, para serem compreendidas, importa lembrar, em síntese, os conceitos de forma de Estado, de forma de governo e de sistema de governo.

<sup>3</sup> Cfr., por exemplo, B. S. MARKESINIS. *The Theory and Practice of Dissolution of Parliament*. Cambridge, 1972; VOLPI, Mauro. *Lo scioglimento anticipato del Parlamento e la classificazione dei regimi contemporanei*. Rimini, 1983; LAUVAUX, Pierre. *La dissolution des assemblées parlementaires*, Paris, 1983.

## II

5. Formas de Estado não equivalem a tipos históricos de Estado, tal como, desde Jellinek, eles são enumerados (Estado oriental, Estado grego, Estado romano, Estado medieval ou pretense Estado medieval e Estado moderno).<sup>4</sup>

Os tipos históricos de Estado são formas de organização política correspondentes a concepções gerais sobre o Estado enquanto sociedade política ao lado de quaisquer outras sociedades humanas e, doutros prismas, a formas de civilização e a estádios históricos determinados. Já as formas de Estado apenas têm que ver com as concepções e os quadros de relacionamento entre poder, por uma parte, e comunidade política (bem como território), por outra parte.

O conceito de formas de Estado só se torna verdadeiramente operacional no interior de um mesmo tipo histórico de Estado. Em rigor, só interessa distinguir Estado unitário e Estado federal no âmbito do Estado moderno de tipo europeu e, especialmente, a partir do despontar do constitucionalismo.

6. Formas de Estado não se confundem com formas de governo e com sistemas de governo.

Forma de Estado é o modo de o Estado dispor o seu poder em face de outros poderes de igual natureza (em termos de coordenação e subordinação) e quanto ao povo e ao território (que ficam sujeitos a um ou a mais de um poder político). Forma de governo é a forma de uma comunidade política organizar o seu poder ou estabelecer a diferenciação entre governantes e governados de harmonia com certos princípios políticos-constitucionais. Mais circunscrito, sistema de governo é o sistema de órgãos de função política; apenas se reporta à organização interna do governo e aos poderes e estatutos dos governantes.<sup>5</sup>

Acentuando um pouco mais a distinção entre formas de Estado e formas e sistemas de governo:

– As formas de Estado referem-se à composição geral do Estado, ao passo que as formas e os sistemas de governo se referem ao exercício do poder político (2).

– O problema da forma de Estado concerne o número de aparelhos governamentais e, se há vários, às suas relações; diz respeito à “extensão humana” das suas competências, à estrutura constitucional da própria coletividade, à sua unidade ou à sua divisão para efeito do poder governamental; já o problema das formas e dos sistemas de governo concerne a organização de um dado aparelho de governo, independentemente da extensão do exercício dos seus poderes.<sup>6</sup>

7. Tão pouco se identificam formas de Estado e regimes políticos, visto que estes não são senão expressões, objetivações ou concretizações das diferentes Constituições

<sup>4</sup> V. *Manual de Direito constitucional*. I, 1, 10.ª ed. Coimbra, 2014, págs. 57 e segs.

<sup>5</sup> V. Governo (Formas e sistemas). In: *Polis*. III, págs. 76 e segs.; ou MELO, António Barbosa de. *Democracia e Utopia*. Coimbra, 1980, pág. 40.

<sup>6</sup> MARNOCO E SOUSA. *Direito Político – Poderes do Estado*. Coimbra, 1910, pág. 105.

materiais,<sup>7</sup> ainda quando se reconduzem a grandes tipos constitucionais (Estado liberal, Estado social do direito, Estado soviético, Estado fascista).

A forma de Estado é, simultaneamente, mais e menos que o regime político. É mais, porque envolve uma permanência que o regime não tem ou pode não ter: um Estado é unitário ou composto ao longo da sua história ou subsiste muito mais tempo sob certa forma do que sob certo regime ou sob certa Constituição.

É menos, porque a forma de Estado não vai além dos aspetos políticos estruturais e o regime (que não é tanto o modo como o poder se rege quanto os fins a que se dirige) constrói-se a partir de todos os aspetos da vida política e social politicamente relevantes; no regime para lá da organização do poder, avultam o sistema de direitos fundamentais e o sistema económico.

No entanto, cada forma de Estado e cada regime político em concreto não são sem implicações; na experiência histórica desse ou daquele país condicionam-se ou interpenetram-se.

8. São estas as principais formas de governo modernas:<sup>8</sup>

1) *A monarquia absoluta*, forma de governo dominante até 1789;

2) *O governo representativo clássico ou liberal*, que triunfa com a Revolução Francesa e vai manifestar-se sobretudo no século XIX;

3) *A democracia jacobina* (de aplicação efémera, mas doutrinariamente importante) ou democracia radical com direto apoio em Rousseau e expressão mais perfeita na Constituição francesa de 1793 ou do ano I;

4) *O governo cesarista*, identificado com Bonaparte e muito próximo (daí o nome) da prática de Júlio César em Roma, depois continuado no império ou principado com Augusto;

5) *A monarquia limitada*, que corresponde a uma primeira época da Restauração na França e à monarquia que irá prevalecer na Alemanha e na Áustria no século XIX;

6) *A democracia representativa* que, pode dizer-se, é a forma de governo dominante no Ocidente desde a Primeira Guerra Mundial;

7) *O governo leninista*, implantado na Rússia com a Revolução de 1917 e depois difundido noutros países;

8) *O governo nacional-socialista ou nazi*;

9) *O governo fascista e fascizante*, que, não sendo uma forma tão homogénea como a do governo leninista, é, mesmo assim, historicamente bem demarcada;

10) *O governo islâmico fundamentalista*, instaurado em alguns países muçulmanos.

9. A monarquia absoluta, de que os últimos exemplos europeus foram a Rússia e a Turquia antes de 1914, é a forma de governo que extrai do princípio da legitimidade

<sup>7</sup> EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Constitutionnel Comparé*. Policopiado. Paris, 1950-1951, pág. 43.

<sup>8</sup> *Manual...*, III, 6.ª ed. Coimbra, 2010, págs. 399 e segs.

monárquica o máximo de concentração do poder (e de exercício do poder) no Rei ou no Imperador.

O governo representativo clássico ou liberal repousa numa legitimidade democrática (embora diferida ou remota); consagra a liberdade política; adota a representação política, mas com sufrágio censitário e com autonomia dos representantes; adota ainda a separação de poderes com tendências mecanicistas, pelo menos na Europa.

Em contraposição ao governo clássico ou liberal, encontra-se a democracia jacobina ou radical de alguns anos da Revolução Francesa. Querendo agora levar às últimas consequências o princípio democrático, recusa tanto a representação política quanto a separação de poderes e limita a liberdade política.

Também o governo cesarista assenta numa legitimidade democrática; todavia, atenua a representação política através do recurso ao plebiscito. E, obviamente, concentra o poder no César [ainda quando não rejeita formalmente a separação de poderes]<sup>9-10</sup> e, por isso, não pode deixar de afetar também a liberdade política.

Repare-se como duas formas de democracia, duas formas de governo que tão fortemente invocam a democracia, podem chegar a resultados tão diferentes – a democracia jacobina e o governo cesarista – ainda que não tão antagónicos em termos de pluralismo político (pois uma e outro conduzem ao monismo).

A quinta forma de governo é a monarquia limitada, ou seja, a monarquia que se autolimita, nomeadamente, através das Cartas Constitucionais. Sobrevive nela a legitimidade monárquica, embora já não tão pacífica e exclusivamente como acontecia na monarquia absoluta. Fundamentalmente, a diferença entre o governo representativo clássico e a monarquia limitada tem a ver com a legitimidade política e com o papel do Rei dentro do sistema político.

Embora a monarquia limitada aceite a separação de poderes, ela só se verifica no domínio deixado às instituições representativas. Em tudo o mais subsiste uma ideia de unidade política assente no Rei. E há tanto mais forte separação de poderes no domínio das instituições representativas quanto mais, por essa via, se tenta dividi-las, fracioná-las, para não porem em causa o poder do Rei.

A sexta forma de governo é a democracia representativa, que, no essencial, resulta da modificação das instituições representativas pela realização do sufrágio universal, corolário lógico do princípio da legitimidade democrática. Mas o sufrágio universal gera fenómenos desconhecidos no século XIX; em especial, liga-se ao enorme papel adquirido pelos partidos políticos, a ponto de alguns falarem então em Estado de partidos.

<sup>9</sup> Cfr. OLIVEIRA MARTINS. *História da República Romana*. 1885 (na 7.ª ed. Lisboa, 1987, I, pág. 221): o cesarismo põe os destinos de uma sociedade nas mãos de um homem a quem uma nação dá procuração ampla e voto de confiança tácito sob condição de esse homem trazer a felicidade ao povo.

<sup>10</sup> Preparatório da instauração do governo cesarista pode ser o *triumvirato*, como sucedeu no final da República Romana.



Ao mesmo tempo, se a democracia representativa continua a aceitar a separação de poderes na linha do governo representativo, também a transforma.

Transforma-a e complica-a com recurso a outros instrumentos, como os de fiscalização da constitucionalidade.

Na forma de governo leninista – correspondente ao regime marxista-leninista ou de tipo soviético – o povo, que surge como titular do poder, é o povo igual a classes trabalhadoras (ou, noutra fase, o povo em que já não há separação de classes ou de onde desapareceu a burguesia).

Esta forma de governo não confia na representação política (por causa, desde logo, dessa visão classista), se bem que não adote instituições puramente comissariais, como as da forma de governo jacobina. E rejeita também o princípio da separação de poderes, se bem que a concentração de poderes se venha a dar não tanto a nível do Estado quanto a nível do partido. No fundo, o essencial ou específico da forma de governo leninista é o governo do Estado pelo partido comunista, considerado vanguarda da classe operária.

A forma de governo fascista é muito mais difícil de analisar ou caracterizar, porque emerge de várias matrizes ideológicas e vai ter concretizações históricas diversificadas. O seu paradigma é o governo do chamado Partido Fascista na Itália, de 1922 a 1943; a sua expressão extrema é o nacional-socialismo alemão; e as suas expressões mais atenuadas são (para quem os considere fascismos) o salazarismo português e o franquismo espanhol.

O governo fascista e fascizante não proclama perentoriamente, nem tão pouco rejeita, a legitimidade democrática. O que faz é substituir, como também se sabe, o povo (conjunto de cidadãos concretos) por um povo algo diferente – um povo identificado com o Estado na Itália, com a raça na Alemanha, com a nação (transtemporal) em Portugal.

Dessas concepções de legitimidade resultam quer o afastamento do pluralismo quer a negação da separação de poderes liberal. Por outro lado, tal como o governo leninista, o governo fascista leva ao domínio do poder por um partido único, um partido ideológico de massas (e é, de resto, por isto não se verificar no regime de Salazar que ele não se reconduz a um verdadeiro governo fascista, é apenas dele afim).<sup>11</sup>

O governo fundamentalista islâmico, situado já fora dos quadros culturais e jurídicos do Estado moderno, tem como expressão mais importante a república islâmica do Irão desde 1979.

Nele, o princípio democrático, que não enjeita, está condicionado pelo princípio teocrático, porque o povo é a comunidade de crentes. Aí reside a sua base de legitimidade, pelo que, sem embargo de instituições representativas formalmente próximas das ocidentais, o poder real achar-se, em última análise, no corpo de dirigentes religiosos, os *aiatolás*. E daí limites muito intensos ao pluralismo.

<sup>11</sup> Sobre as concepções político-ideológicas de povo, v. *Manual...*, III, cit., págs. 84 e segs.

10. Facilmente se vê que sistemas de governo e formas de governo não têm o mesmo conteúdo. Há formas de governo que implicam determinados sistemas de governo: assim a monarquia absoluta. Já no governo representativo clássico ou liberal vamos encontrar diferentes sistemas de governo e o mesmo acontece na democracia representativa.<sup>12</sup>

11. No plano jurídico-constitucional, quando se pensa em sistema de governo tem-se em mente três grandes conceitos jurídicos (para além de outros menos relevantes que poderiam ser citados):

a) O da *separação de poderes*, no sentido de especialização orgânico-funcional, paralelamente à fiscalização ou à colaboração dos vários órgãos para a prática de atos da mesma função;

b) O da *dependência, independência ou interdependência dos órgãos* quanto às condições de subsistência dos seus titulares ou quanto ao modo como certo órgão vem a projetar-se na composição concreta de outro órgão (o modo, por exemplo, como determinado órgão determina ou escolhe os titulares de outro órgão ou vem a determinar a cessação das suas funções);

c) Como conceito aí compreendido, mas que adquire autonomia, o conceito de *responsabilidade política* – de responsabilidade política de um órgão ou dos titulares de um órgão perante outro órgão.

A partir destes três princípios, a grande divisão, no plano jurídico-constitucional – e também no plano político – é a que se dá entre sistemas de governo com concentração de poderes e sistemas de governo com desconcentração de poderes.

De um lado encontram-se sistemas de governo, em que não há separação de poderes, em que, à volta de determinado órgão, se movem os demais órgãos, em que a responsabilidade política se verifica em relação apenas a um órgão.

De outra banda, acham-se os sistemas de governo em que, pelo contrário, há divisão ou, mesmo, separação de poderes; em que se verifica interdependência dos órgãos, ou em que se consegue alcançar uma independência recíproca na base da pluralidade.

12. Os sistemas de governo contemporâneos com concentração de poderes são fundamentalmente seis:

- 1.º) O sistema de governo convencional;
- 2.º) O sistema de governo soviético ou marxista-leninista;
- 3.º) O sistema de governo fascista;
- 4.º) O sistema de governo nacional-socialista;
- 5.º) O sistema de governo islâmico;
- 6.º) O sistema de governo representativo simples.

<sup>12</sup> V. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ª ed. I.

O sistema de governo convencional é o sistema de governo com concentração de poderes numa assembleia; e tira o seu nome da Convenção existente em França entre 1792 e 1795. É o sistema de governo correspondente à forma de governo jacobina.

Algo de semelhante pode dizer-se acerca dos sistemas de governo inerentes ao fascismo e ao nacional-socialismo e *mutatis mutandis* ao sistema de governo próprio do fundamentalismo islâmico.

Domínio de um partido único verificar-se-ia também no fascismo e no nacional-socialismo; e dos chefes religiosos, os aiatolás no Irão, dá-se no sistema de governo trazido pela forma de governo islâmico.

Por último, no sistema de governo representativo simples, há representação política e pode haver vários órgãos; mas, como a Constituição é *nominal*,<sup>13</sup> não normativa, tudo depende do Presidente da República.

Na Rússia revolucionária, diferentes assembleias – os soviets de operários, soldados e camponeses – encontram-se em moldes de organização vertical de poderes. Esta uma diferença sensível entre o constitucionalismo jacobino e o soviético. Mas parece que bem mais importante do que ela é a diferença que decorre do domínio das assembleias por um partido ideológico leninista (só que esta diferença deriva não tanto do sistema de governo quanto da forma de governo).

13. Quanto aos sistemas de governo com desconcentração de poderes, aos sistemas de governo baseados num princípio de separação de poderes, são igualmente quatro:

- 1.º) O sistema parlamentar;
- 2.º) O sistema presidencial;
- 3.º) O sistema diretorial;
- 4.º) O sistema semiparlamentar.

No sistema parlamentar nascido na Inglaterra no século XVIII, o Governo reproduz a composição conjuntural do Parlamento; depende da sua confiança, ou, pelo menos, da sua não desconfiança; é responsável politicamente perante o Parlamento, e este pode ser dissolvido, verificados certos pressupostos, pelo Chefe do Estado. Tal o conceito geral; mas a concretização política assume formas diferentes; e as próprias formas jurídicas podem variar extraordinariamente, desde o parlamentarismo clássico ao chamado parlamentarismo racionalizado.

O sistema de governo presidencial e o sistema de governo diretorial assentam ambos, ao invés, na independência recíproca, quanto à subsistência dos titulares, do órgão de poder executivo e do órgão de poder legislativo. Nem o primeiro responde politicamente perante o segundo, nem a assembleia pode ser dissolvida em caso algum. A diferença jurídica – porque política e historicamente consiste em muito

<sup>13</sup> Na aceção de LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre* (1919), trad. *Teoria de la Constitución*. Barcelona, 1964, págs. 236 e segs.; e antes *Reflections on the Value of Constitution on our Revolutionary Age*. In: *Constitutions and Constitutional Trender after World War*, obra coletiva. Nova Iorque, 1951, págs. 191 e segs.

mais que isso – entre governos presidencial e diretorial está, essencialmente, em que no primeiro o órgão de poder executivo é singular, um Presidente da República, e no segundo é um órgão colegial restrito, um diretório ou um conselho.

O sistema presidencial diz-se, por seu turno, perfeito, quando o único órgão constitucional do poder executivo é o Presidente, apenas coadjuvado por certos colaboradores; e diz-se imperfeito, quando a Constituição prevê a existência de Ministros com poderes próprios, ainda que totalmente dependentes do Presidente. A primeira hipótese é a dos Estados Unidos, a segunda a de alguns países da América Latina.

Em sistema parlamentar há três órgãos políticos – o Chefe do Estado (Rei ou Presidente), o Parlamento e o Governo – mas o Chefe do Estado ou é puramente simbólico ou as suas competências são muito reduzidas ou, para se exercerem, carecem de referenda ministerial. Em sistema presidencial e em sistema diretorial há dois órgãos, o Parlamento e o Presidente ou o colégio diretorial.

Em sistema semiparlamentar, são três os órgãos políticos ativos – não só o Parlamento e o Governo como o Chefe do Estado. Nesta existência de um terceiro centro autónomo de poder está o cerne da categoria do sistema semiparlamentar, ainda que o conteúdo desse poder varie bastante: pode suceder que o Governo seja tanto responsável politicamente perante o Chefe do Estado como perante o Parlamento, e pode suceder que a intervenção do Chefe do Estado seja mais na linha de um “Poder Moderador”.

O sistema juridicamente semiparlamentar tem duas manifestações históricas. No século XIX, é a monarquia orleanista (de Luís Filipe de Orleães) ou monarquia constitucional de relativo equilíbrio entre o Rei e o Parlamento, a meio caminho entre a monarquia limitada e a monarquia parlamentar. Nos séculos XX e XXI, em república, é o semipresidencialismo – ou melhor, os semipresidencialismos (tão variados eles são, em resposta a problemas políticos bem diversos).

### III

14. O Direito comparado comprova bem estas tipologias no concernente à dissolução parlamentar.

Ela é desconhecida, por definição, em sistemas de governo com concentração de poder e se, porventura, formalmente prevista, ou não se torna necessário exercer o poder de a decretar ou vem a ser decretada segundo a conveniência de quem efetivamente governa.

Já em sistemas de governo com desconcentração de poderes se torna muito nítida a contraposição entre aqueles que acolhem a dissolução como peça central de funcionamento das instituições e aqueles que a ignoram ou a afastam.

Assim, em sistemas de governo presidencial, com rígida separação entre Legislativo e Executivo e com virtual não coincidência de mandatos políticos

ou político-partidários num e noutro, não se concebe dissolução. Tal como no sistema convencional.

Ao invés, concebe-se e pratica-se em sistema parlamentar e em sistema semipresidencial, onde o Governo é politicamente responsável perante o Parlamento e onde a dissolução pode ser a última *ratio* de que dispõe o Presidente da República para enfrentar crises políticas.

15. A história do constitucionalismo português é bem elucidativa do que acaba de se dizer.

– A Constituição de 1822 desconhecia a figura.

– Ao invés, a Carta Constitucional conferia ao Rei, no âmbito do poder moderador, e ouvidos os Conselheiros do Estado, a faculdade de dissolver a Câmara dos Deputados, quando o exigisse “a salvação do Estado” e convocando imediatamente outra que a substituísse (artigos 74.º, § 4.º, e 110.º).

– Em termos semelhantes, a previa a Constituição de 1838 (artigo 81.º, III), estabelecendo que então seria também renovada em metade a Câmara dos Senadores (artigos 81.º, § 1.º, e 62.º) e que o decreto de dissolução deveria mandar proceder a eleições dentro de 30 dias e convocar as Cortes para se reunir no prazo de 90, sem o que seria nulo e de nenhum efeito (artigo 81.º, § 2.º).

– A Constituição de 1911, não contemplava a dissolução; ela só surgiria com a revisão operada através da Lei n.º 891, de 22 de setembro de 1919, que atribuiu ao Presidente da República esse poder em nome do “interesse da Pátria e da República”, mediante prévia consulta do Conselho Parlamentar.

– A Constituição de 1933 não apenas manteve esse poder com base no “interesse superior da Nação” e ouvido o Conselho do Estado (artigos 81.º, n.º 6, e 84.º) como permitiu ao Presidente prorrogar até 6 meses o prazo para novas eleições, embora estas se devessem efetuar pela lei vigente ao tempo da dissolução (artigo 87.º).

Finalmente, na Constituição de 1976 há que distinguir entre a fase inicial e a fase subsequente à revisão de 1982, embora sempre com semipresidencialismo.<sup>14</sup>

No texto original da Constituição o Presidente da República não podia dissolver o Parlamento senão precedendo parecer favorável do Conselho de Revolução e tinha de o dissolver, quando aquele houvesse recusado a confiança ou votado a censura ao

<sup>14</sup> Os autores, na sua maioria, continuam a perfilhar esta qualificação: MORAIS, Isaltino; ALMEIDA, José Mário Ferreira de; PINTO, Ricardo Leite. *O sistema de governo semipresidencial*. Lisboa, 1984, págs. 84 e segs.; PINTO, Ricardo Leite. Democracia política consensual. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1984, pág. 293; PIRES, Francisco Lucas. O sistema de governo: sua dinâmica. In: *Portugal – O sistema político e constitucional*, obra coletiva, págs. 295 e segs.; SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O sistema de governo português*. 4.ª ed. Lisboa, 1992, págs. 103 e segs.; RINELLA, Angelo, *op. cit.*, págs. 231 e segs.; HORTA, Raúl Machado. A Constituição da República Portuguesa e o regime semipresidencial. In: *Perspectivas Constitucionais*, obra coletiva, I, 1996, págs. 515 e segs.; LACUMETTI, Myrian. *Il rapporto tra Presidente, Governo e Assemblee Parlamentari*. In: *alcune significative esperienze semipresidenziali: Finlândia e Portogallo*, In: *Semipresidentialismi*. Organização de Lúcio Pegoraro e Angelo Rinella, Pádua, 1997, págs. 313 e segs.; CARDOSO, José Lucas. *Autoridades administrativas*

Governo, determinando por qualquer destes casos a terceira substituição do Governo [artigos 136.º, alínea e), e 198.º, n.º 3].

Após a extinção do Conselho da Revolução em 1982, o Presidente da República ficaria com o poder livre de dissolução, condicionado somente pela audição dos partidos representados na Assembleia da República e do Conselho de Estado [artigos 133.º, alínea e), e 145.º, alínea c)], e por determinados limites.<sup>15-16</sup>

16. Trata-se, pois, de uma competência do Presidente da República no âmbito da competência a outros órgãos [artigo 133.º, alínea e)], decorrente do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania (artigo 111.º) se bem que sujeita a estritos limites.

E trata-se de uma faculdade, deixada à livre decisão do Presidente.<sup>17</sup>

17. Limites temporais:

– A Assembleia da República não pode ser dissolvida nos seis meses posteriores à sua eleição (artigo 172.º, n.º 1, 1.ª parte);

– Nem no último semestre do mandato do Presidente da República (artigo 172.º, n.º 1, 2.ª parte).

Como explicam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:<sup>18</sup>

A proibição de dissolução *nos primeiros seis meses após a eleição dos deputados* procura evitar a banalização das eleições parlamentares, no pressuposto de que em tão curto lapso de tempo não são concebíveis alterações substanciais dos resultados eleitorais.

*Independentes e Constituição*. Coimbra, 2002, págs. 519 e segs.; NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismos – Teoria geral e sistema português*. Lisboa, 2021 (propondo reformas no sistema português).

No sentido de sistema misto parlamentar e presidencial, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, cit., págs. 205 e segs., e *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra, 1991, págs. 9 e segs.; SÁ, Luís. *O lugar da Assembleia da República no sistema político*. Lisboa, 1994, págs. 116-117. Como sistema parlamentar racionalizado, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. II, 4.ª ed. Coimbra, 2010, págs. 19 e 20.

Como versão reforçada de parlamentarismo, QUEIROZ, Cristina. *O sistema de governo português. In Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, obra coletiva, 2006, págs. 217 e segs.

<sup>15</sup> Trabalhos preparatórios: v. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.ºs 111 e 131, de 10 de fevereiro e de 1 de abril de 1976, págs. 3664 e 3665, e 4373.

*Diário da Assembleia da República*, 2.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, suplemento ao n.º 22, págs. 506(7) e segs.; 3.º suplemento ao n.º 38, págs. 796(87) e segs.; e suplemento ao n.º 87, págs. 1618(22)-1618(23); e 1.ª série, n.ºs 123 e 124, de 21 e 22 de julho de 1982, págs. 5123 e 5124 e 5230.

<sup>16</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge. Dissolução. In: *Verbo*, 9, págs. 658 e 659; COSTA, José Manuel Cardoso da. Dissolução. In: *Polis*, 2, 1984, págs. 629 e segs.; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *A dissolução da Assembleia da República*. Coimbra, 2007; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...*, II, cit., págs. 370 e segs.; CANAS, Vitalino. Anotação In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. II, 2.ª ed. Lisboa, 2018, págs. 590 e segs.

<sup>17</sup> Diferentemente, até 1982, o Presidente da República era obrigado a dissolver quando a Assembleia houvesse recusado a confiança ou votado a censura ao Governo, determinando a terceira substituição do Governo (artigo 198.º, n.º 3).

<sup>18</sup> *Op. cit.*, pág. 371.

A proibição de dissolução *no último semestre do mandato do PR* tem essencialmente dois objectivos: (a) impedir que o PR utilize a dissolução da AR para prolongar o seu mandato; (b) dificultar a possibilidade de o PR cessante que seja candidato à reeleição tentar influenciar as eleições parlamentares concomitantes a fim de obter uma maioria parlamentar favorável. Tendo em conta a razão de ser deste limite, é óbvio que o período de interdição começa 180 dias antes do termo do mandato do PR e mantém-se mesmo que, por qualquer motivo, esse mandato venha a ser prorrogado.

*De jure condendo* também o Presidente da República não deveria poder dissolver o Parlamento nos *seis primeiros meses* do seu mandato. É isto que tem acontecido na V República Francesa, levando à vitória do partido político identificado com o Presidente da República logo nas imediatas eleições parlamentares e a um *superpresidencialismo*, que não tem que ver com o semipresidencialismo.

Em Portugal até agora nada de parecido tem acontecido, independentemente de as candidaturas presidenciais serem apresentadas por cidadãos eleitores e não por partidos (artigo 124.º).

#### 18. Limite orgânico:

O Presidente da República interino não pode dissolver a Assembleia da República (artigo 139.º, n.º 1).

#### 19. Limite procedimental:

– Audição dos partidos representados na Assembleia e do Conselho de Estado [artigos 133.º, alínea e), 2.ª parte, e 145.º, alínea a)] audição não vinculativa.

#### 20. Limites materiais:

a) A Assembleia da República não pode ser dissolvida na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência (artigo 172.º, n.º 1, 3.ª parte).

É uma óbvia garantia de Estado de Direito democrático. Sabe-se como, em não poucos países, o Presidente da República dissolve o Parlamento nessas ou em homólogas circunstâncias criando uma ditadura.

É uma norma no mesmo sentido da que proíbe, em estado de sítio ou estado de emergência, que sejam afetados os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade de leis criminais, o direito à defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (artigo 19.º, n.º 6).

b) Estando pendente acusação por crime praticado no exercício das suas funções (artigo 130.º), não pode haver dissolução do Parlamento.

21. A inobservância de limites orgânicos e dos limites temporais e materiais implica a inexistência jurídica do decreto de dissolução (artigo 172.º, n.º 2).<sup>19</sup>

Pode também acarretar crime de responsabilidade (artigo 117.º, n.º 3)<sup>20</sup> por se mostrar praticado com flagrante desvio ou abuso de poder (artigo 2.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho). E efeito da condenação pode vir a ser a perda do mandato (artigo 117.º, n.º 3, *in fine* da Constituição).

22. Entretanto, de acordo com um princípio de *continuidade institucional*,<sup>21</sup> continua em funções a Comissão Permanente da Assembleia (artigo 179.º, n.º 1), constituída pelo Presidente e pelo Vice-Presidente e por Deputados indicados por todos os partidos de acordo com a sua representatividade na Assembleia (artigo 172.º, n.º 2).

Se se justificar a declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, a declarar a guerra ou fazer a paz, a Comissão Permanente promoverá a convocação da Assembleia no prazo mais curto possível a fim de esta – e só esta tem esse poder – autorizar o Presidente da República a emitir o necessário decreto (artigo 179.º, n.º 4).

Já duvidoso afigura-se poder a Comissão Permanente autorizar as comissões parlamentares a continuarem a funcionar; ou o plenário prolongar o período normal de funcionamento ou admitir a convocação do plenário.<sup>22</sup>

Logicamente, também o Presidente da Assembleia continua a integrar o Conselho de Estado [artigo 142.º, alínea a)].

23. Com a dissolução, o Governo fica limitado à prática dos atos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos (artigo 186.º, n.º 5). Fica sendo Governo de gestão.

Em contrapartida, não pode ser demitido. Seria uma grande concentração de poder no Presidente da República.

Enfim, como não poderia deixar de ser, as autorizações legislativas caducam com a dissolução (artigo 165.º, n.º 4, 2.ª parte). Já não a competência para desenvolvimento de leis de bases [artigos 112.º, n.º 2, 2.ª parte, e 198.º, n.º 1, alínea c)].

#### IV

24. Análogo ao regime da dissolução da Assembleia da República é o regime de dissolução das Assembleias Legislativas Regionais: dissolução da competência do Presidente da República, ouvidos o Conselho de Estado e os partidos políticos nelas representados e vedada em estado de sítio ou em estado de emergência

<sup>19</sup> Sobre inexistência jurídica, v. *Fiscalização da constitucionalidade*. Coimbra, 2017, págs. 104 e segs., e autores citados.

<sup>20</sup> Assim, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...*, II, 4.ª ed. Coimbra, 2010, págs. 271-272; CANAS, Vitalino. Anotação in: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. II, 2.ª ed. Lisboa, 2018, pág. 591.

<sup>21</sup> Vitalino Canas, *op. cit., loc. cit.*, pág. 629.

<sup>22</sup> Como escreve Vitalino Canas, *op. cit., loc. cit.*, pág. 591.



(assim, artigo 63.º do Estatuto Político-Administrativo dos Açores após a Lei n.º 21/2009, de 12 de janeiro).

25. Em esfera bem diversa, situa-se a dissolução das assembleias das autarquias locais, a apreender de harmonia com regras próprias de Direito Administrativo.

# Dissolução, liquidação e extinção de Fundações de direito privado e a obrigatoriedade de (sempre) se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta

José Marinho Paulo Junior\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Fundações e bens: um binômio desde a gênese da entidade. 3. Extinção fundacional judicial em fases: da dissolução e da liquidação à efetiva extinção. 3.1. Das etapas prévias à efetiva extinção fundacional judicial. 3.1.1. Da dissolução. 3.1.2. Da liquidação: rito, nomeação de liquidante e destinação de bens. 3.1.3. Da extinção. 4. A plena utilidade da indicação de destinatária de bens remanescentes. 5. Conclusão.

## Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a obrigatoriedade ou não de se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta, ainda quando, ao tempo de seu encerramento, nada houver. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Bevilácqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de escolha da beneficiária. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de extinção judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de indicação de receptora de direitos até então titularizados, ainda que potenciais, futuros ou litigados, pela entidade extinta. Conclui que, nesta hipótese, a lógica sistemática impõe seja indicada beneficiária, mesmo quando inexistentes ou desconhecidos bens fundacionais.

## Abstract

*This article aims to assess through bibliographic review if should be assigned a right recipient of the dissolved foundation even when the latter has no known possession. Under the light of Clovis Bevilacqua's foundation-as-a-group-of-rights theory as a scientific reference, the research does not try to establish any criteria to define the former. The study is justified by the need of comprehension of the enforceability of the Brazilian Law, as well as defining if must be assigned the recipient potential or under litigation rights held by*

---

\* Promotor de Justiça Titular da 1ª Provedoria de Fundações da Capital/RJ. Pós-Doutorando (IVIG-COPPE/UFRJ). Doutor em Direito (UNESA). Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Mediação e Negociação pelo *Justice Institute of British Columbia* (Canadá).

*the dissolved foundation. The article concludes that, on account of systematic logic, a recipient should always be assigned in this case.*

**Palavras-chave:** Fundação de direito privado. Extinção. Destinatária de bens remanescentes.

**Keywords:** Foundations. Dissolution. Recipient of possessions.

## 1. Introdução

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a obrigatoriedade ou não de se indicar beneficiária de bens remanescentes de fundação extinta, ainda quando, ao tempo de seu encerramento, nada houver. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clovis Beviláccqua, o recorte de pesquisa não se dedica a estabelecer critérios de escolha da beneficiária. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender, especialmente em sede de extinção judicial, a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com exigibilidade ou não de indicação de receptora de direitos antes titularizados, ainda que potencialmente ou litigados, pela entidade extinta.

## 2. Fundações e bens: um binômio desde a gênese da entidade

*Prima facie*, constata-se o tratamento sucinto (e algo precário) dado pelo Código Civil à matéria fundacional.<sup>1</sup> É, pois, singela e lacunosa a base normativa a partir da

<sup>1</sup> Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: I - assistência social; II - cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - educação; IV - saúde; V - segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII - promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX - atividades religiosas; e X - (VETADO). Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante. Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial. Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz. Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público. Art. 66. Velar pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. § 1º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. § 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público. Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma: I - seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação; II - não contrarie ou desvirtue o fim desta; III - seja aprovada pelo órgão do Ministério Público no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual ou no caso de o Ministério Público a denegar, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado. Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto

qual se tece a presente análise.<sup>2</sup>

De toda sorte, lembre-se aqui a lição de Masagão (1945)<sup>3</sup> de que “a instituição da fundação [...] visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar esses bens em pessoa jurídica, atribuindo-lhes fim especial a que, como pessoa, ficarão jungidos”, escorada nos ensinamentos de Clóvis Beviláqua de que a fundação é uma universalidade de bens personalizada em atenção ao fim que lhe dá unidade. Dallari (1995),<sup>4</sup> em igual sentido, anota que fundação é a vinculação de um patrimônio a determinado fim, dando-lhe personalidade jurídica, isto é, um patrimônio personalizado – o que significa que “o patrimônio adquire a condição de pessoa, passando a ser sujeito de direitos, ao mesmo tempo em que pode assumir obrigações jurídicas.”

E uma pergunta angular: se não há bens, poderá haver fundação? Evidentemente que não. A fundação, enquanto universalidade de bens, tem nestes a sua essência e não pode nunca existir sem estes. Não por outra, Guasque (2008, p. 65) bem entrevê a fundação como “um fundo em ação.”<sup>5</sup> E daí porque uma fundação sem bens deve ser extinta, na forma do artigo 69 do Código Civil.<sup>6</sup>

Tal *vexata quaestio* leva à fundamental premissa de criação de fundações por testamento: esta, se possível, somente ocorrerá diante da efetiva partilha e não antes (ao menos, como vista acima, em regra, ressalvada autorização judicial incidental, *ex vi* do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil).<sup>7</sup>

Nas palavras de Azevedo,<sup>8</sup> para se criar uma fundação não bastam “direitos eventuais” – o que justamente é, afinal, a previsão de sua dotação até que seja ultimada: um direito em potencial e nada mais, a despeito da redação ditada pelo

---

ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias. Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

<sup>2</sup> Disto não se extrai que não haja uma vasta e errática normatização do direito fundacional privado, *Vide por todos Vade Mecum de Direito Fundacional Privado das Provedorias de Fundações da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. (PAULO JUNIOR, José Marinho et al. (Org.), 1ª edição, Rio de Janeiro: Câmara Brasileira do Livro, 2021, p. 1617, ISBN 978-65-00-28547-5, disponível em plataforma Kindle).

<sup>3</sup> MASAGÃO, Mário. Fundações criadas por testamento. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, p. 40, 70-76. Recuperado de: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66040>. Consulta em: 17 ago. 2021.

<sup>4</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. Fundações Públicas e suas limitações. *Revista Adusp*. São Paulo, jul. 1995, p. 16.

<sup>5</sup> GUASQUE, Luiz Fabião. *Manual das ONGs e das Fundações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 141.

<sup>6</sup> Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

<sup>7</sup> Já acima transcrito.

<sup>8</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

artigo 1923 do Código Civil<sup>9-10</sup>, que, em verdade, apenas se aplica a legatários, do que se distingue a fundação instituída – que não é legatária, nem herdeira, mas uma dotação. (MASAGÃO, 1945)<sup>11</sup>

Fosse diferente, haveria o absurdo de instituidor insolvente pretender formar uma fundação sem lhe garantir bens, sendo suficiente o desejo quicá egoísta e mesquinho de ter para si mesmo algum legado pessoal. Tampouco se admite que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários,<sup>12</sup> uma vez que, em interpretação sistêmica do Diploma Material e à luz do primado de vedação ao enriquecimento sem causa, não se pode tolerar isto.

Noutras palavras, parece razoável interpretar-se o Código Civil no sentido de que a fundação instituída por testamento<sup>13</sup> – e a é tão logo este é cumprido – somente vem a se formar se e quando, da partilha, houver bens suficientes para concretizar aquela última vontade. Tal exegese clareia, aliás, o sentido do artigo 63 do diploma, na medida em que não se exige ali seja antes extinta a fundação (o que, estivesse criada, o disposto no artigo 69 seria de observância obrigatória).

Nestes termos, em hipóteses de instituição de fundação via testamentária, com o escopo de dirimir as eventuais dúvidas sobre os bens destinados à dotação patrimonial, salutar adotar a partilha em vida, em sua modalidade partilha-testamento,

<sup>9</sup> Art. 1.923. Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. § 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria. § 2º O legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial.

<sup>10</sup> Rodrigues (2003) expõe: “[...] faz-se preciso recorrer à distinção entre posse direta e indireta. O legatário, no momento da morte do testador, adquire o domínio da coisa certa legada, bem como a posse indireta dela (CC, art. 1.923). A posse direta, entretanto, só será por ele adquirida no momento em que o herdeiro lhe entregar o objeto do legado (CC, art. 1.923, § 1º). Até esse momento, cabe-lhe o direito de reclamar a entrega daquilo que se tornou seu por força do testamento, e cuja propriedade resultou da morte do testador. (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. V. 7: Direito das Sucessões*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003).

<sup>11</sup> Neste mesmo sentido, Sergio de Andréa Ferreira in: *As Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público no Brasil* (Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.) (Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758650/Sergio\\_De\\_Andrea\\_Ferreira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf). Consultado em: 05 out. 2021), para quem “[é] uma liberalidade, mas constitui categoria jurídica específica, diversa que é da doação, a cujo regime e restrições não está sujeita. Fala-se, aliás, no particular, em dotação ou atribuição de bens e não, em doação (217). O ato de instituição é formal, podendo ser *inter vivos* ou *mortis causa*. Exige o art. 24 do Código Civil que éle se exteriorize por escritura pública ou testamento. Pelo mesmo ato deve ser feita dotação especial de bens livres, especificando-se, obrigatoriamente, o fim a que se destina a fundação e, facultativamente, a maneira de administrá-la. Neste primeiro momento, temos o que SADY CARDOSO DE GUSMÃO (218) chama de fundação instituída ou imperfeita.” (p. 112).

<sup>12</sup> Assim dispõe o Código Civil: “Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando, excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente. [...] Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.”

<sup>13</sup> Sobre tal, aliás, vide: *Fundações Testamentárias de Direito e em Comum: a partilha como marco temporal fundamental de possibilidade de constituição* (coautoria com Waleska Nogueira Reis Schettini Pinto – *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 82 – out./nov. 2021).

nos moldes delineados pelo artigo 2018,<sup>14</sup> preservados, por óbvio, a legítima dos herdeiros necessários,<sup>15</sup> nos moldes determinados pelo Código Civil.

### **3. Extinção fundacional judicial em fases: da dissolução e da liquidação à efetiva extinção**

O artigo 69, do Código Civil, prevê que se a finalidade a que visa o ente fundacional tornar-se “ilícita, impossível ou inútil” ou se o prazo da existência dessa instituição estiver vencido, o órgão do Ministério Público promoverá a respectiva extinção. Reitera o artigo 1204 do Código de Processo Civil que o Ministério Público irá promover a extinção da fundação quando se tornar o seu objeto, for impossível a sua manutenção ou se vencer o prazo de sua existência.

Nesse sentido, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Resolução GPGJ n.º 68/1979 disciplina a atuação da Promotoria de Justiça de Fundações, cabendo a esta a fiscalização e velamento das Fundações Privadas, requerendo as providências administrativas ou judiciais que entender pertinentes. Notadamente sobre a extinção fundacional, seu artigo 69 expressamente estabelece:

Art. 69 - Sendo dever dos administradores de fundações empregar seu esforço, capacidade e diligência na gestão das mesmas, de modo a obter a consecução dos fins da entidade, a extinção dessa só poderá ter lugar nos casos expressamente previstos em lei, a saber: I - tornar-se ilícito ou impossível o objeto da instituição; II - for nociva ou impossível sua manutenção; III - vencer-se o prazo de sua existência ou haver o implemento de condição resolutiva.

Posteriormente, foi publicada a Resolução GPGJ n.º 1.887/2013, cujo artigo 6º, IX, impõe o ajuizamento de ação de extinção da fundação sempre que a entidade estiver inativa e não puder ser reabilitada ou quando não estiver cumprindo suas finalidades, bem como nas demais hipóteses previstas em lei.

A drástica medida judicial busca salvaguardar direitos de terceiros e, bem mais, o próprio espírito altruísta com que foi instituída (eis que bens remanescentes são destinados a fundações congêneres), impedindo, outrossim, que, em desvirtuamento de sua própria natureza, seja utilizada indevidamente no manejo de verba pública ou na promoção política de indivíduos desvinculados de suas finalidades estatutárias. Enfim, preserva-se, em visão panorâmica, a imagem de todas as Fundações enquanto meios de consecução do interesse social.

<sup>14</sup> Art. 2018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

<sup>15</sup> Art. 1857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. §1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

### **3.1. Das etapas prévias à efetiva extinção fundacional judicial**

Vencida a configuração da possibilidade de extinção, é preciso considerar que a morte jurídica da entidade não se dá por ato único, mas sim, por etapas, sobretudo porque se faz mister garantir a destinação adequada de eventual patrimônio remanescente. Nesse aspecto, é possível sintetizar o procedimento em três fases sucessivas, quais sejam: dissolução, liquidação e, por fim, efetiva extinção.

#### **3.1.1. Da dissolução**

O processo de conhecimento para extinção de fundações de direito privado culmina em sentença usualmente denominada como “extintiva” (não de mérito, mas do ente fundacional) – o que põe em erro muitos operadores, eis que tal decisão cognitiva final, em verdade, apenas dissolve o ente fundacional, mas *ainda não* o extingue. A fundação alvejada pela sentença passa a se denominar, justamente por ainda não estar extinta, como “fundação em extinção”. Sua fatídica extinção somente ocorrerá após a liquidação, como adiante explicitado. Assim dispõe o Código Civil:

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução. § 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. § 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

Pelo interesse social envolvido na matéria, aliado à existência de inúmeros credores ainda não identificados, é preciso garantir por outros meios a publicidade do feito – o que se faz com a publicação de edital para ciência de terceiros interessados, para que, posteriormente e na fase de liquidação, possam habilitar seus créditos. De igual forma, a fim de evitar lesão aos credores, é importante que seja registrado no Cartório de Registro Civil, Títulos e Documentos e das Pessoas Jurídicas a averbação da dissolução/encerramentos das atividades da Fundação, nos termos do art. 51, § 1º, do Código Civil.

#### **3.1.2. Da liquidação: rito, nomeação de liquidante e destinação de bens**

A extinção da fundação é imperativa da supressão da personalidade jurídica, que a tornará insuscetível de contrair novos direitos e obrigações. Entrementes, remanesce, em muitos casos, seu patrimônio, carecedor de liquidação.

No tocante ao procedimento a ser adotado quando da liquidação do patrimônio, por força do citado art. 51 do Código Civil, em específico seu § 2º, devem-se seguir,

em regra, as orientações legais dispostas no art. 1.102<sup>16</sup> e seguintes daquele texto legal, porquanto atinentes à liquidação da sociedade.

Ressalva-se, no entanto, a singular hipótese de condição de insolvência em que se encontrar o ente fundacional, quando mais apropriada a aplicação das normas atinentes à execução por quantia certa de devedor insolvente, do antigo Código de Processo Civil, previstas em seus arts. 748 e subsequentes, em sua forma combinada com o art. 1.052 do Novo Código de Processo Civil,<sup>17</sup> que, por sua vez, dispõe serem aplicáveis as normativas do antigo código às execuções em curso ou que venham a ser propostas até a edição de lei específica.

Preciso considerar também que o art. 51, § 2º, do Código Civil possibilitaria a aplicação da Lei n. 11.101/05 e, conseqüentemente, o procedimento de falência. Malgrado a autorização legislativa, quer parecer que o processo executivo e, mais ainda, o concurso de credores civil,<sup>18</sup> que se instaura a partir da declaração de insolvência, possuem um caráter mais adequado ao perfil desta *actio*, especialmente porque as fundações em nada se confundem com sociedades empresárias, mesmo sendo evidente que, conquanto não possam ser sujeitas à falência, certo é que poderão ser findadas por motivo de insolvência civil.

Não fosse isso o suficiente, haveria de se considerar que o regramento do Código de Processo Civil é de sobremodo mais simplificado e, por conseguinte, mais célere, condições que melhor atenderão ao delicado quadro da Fundação insolvente.

Contudo, há de se adotar uma cautela: caso no decorrer da liquidação entenda-se que há fato não abrangido pela lei civil ou por ela não bem contemplado, urgirá a aplicação subsidiária da Lei de Falências, a fim de minimizar prejuízos aos credores, mas, sobretudo, a fim de atender o interesse social incidente na causa. Coaduna-se com o entendimento a orientação de Grazioli e Rafael (2013),<sup>19</sup> em casos tais, deverá ser formado quadro geral de credores:

[...] Os credores devem habilitar seus créditos na liquidação, visando à elaboração, pelo liquidante, do quadro geral de credores, dentro das respectivas ordens de preferência para pagamento. Ao final, nos limites do montante do patrimônio, receberão seus créditos, na íntegra ou parcialmente, quando inexistentes bens suficientes para suportar todo o débito.

<sup>16</sup> Art. 1.102. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução.

<sup>17</sup> Art. 1.052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

<sup>18</sup> Art. 751. A declaração de insolvência do devedor produz: I - o vencimento antecipado das suas dívidas; II - a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os atuais, quer os adquiridos no curso do processo; III - a execução por concurso universal dos seus credores.

<sup>19</sup> GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. *Fundações Privadas: doutrina e prática*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.



Importa notar que somente – e tão somente – se o liquidante nomeado a partir da dissolução verificar que a entidade é solvente, poder-se-á seguir apenas o rito dos arts. 1.102 e seguintes do Código Civil. Alternativa esta que, por cautela, somente deverá ser adotada mediante parecer favorável daquele profissional, após cumprimento de suas obrigações iniciais.

Adiante, nesta fase deve, em regra, ser nomeado liquidante, tanto sob a égide dos arts. 1.102 e seguintes do Código Civil, quanto do art. 763 do Código de Processo Civil de 1973. Exercerá suas atribuições com o respaldo do Juiz, deverá ser nomeado com observância à capacidade técnica de desempenhar as atividades de liquidação.

Nesse ponto, entende-se inaplicável a orientação do art. 761, inciso I, do antigo Código de Processo Civil.<sup>20</sup> A uma, porque, ao se determinar a dissolução, ainda não se terá ciência de todos os credores, verificação que caberá ao próprio liquidante. Depois, porque, por se tratar de entidade de interesse social, necessário que sua administração caiba à pessoa totalmente desvinculada de interesses pessoais que certamente incidiriam em caso de nomeação de um credor. Salutar seja nomeada pessoa que possua notório conhecimento jurídico e contábil, imprescindíveis no caso dos autos.

Por fim, é de se aduzir brevemente sobre a alienação dos bens.

Ao tratar da forma de instituição das fundações, dispõe o art. 62 do Código Civil que “para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.” A sistemática estabelecida por lei para a estruturação de entidades desse tipo é reflexo da própria essência da fundação, entendida como um acervo de bens ao qual a lei atribui a faculdade de agir no mundo jurídico, para realização das finalidades visadas pelo instituidor, de cunho social. Com efeito, “[...] não é possível instituir uma fundação sem que haja um patrimônio para tanto, ainda que a ideia da pessoa que a queira instituir seja magnífica, de cunho verdadeiramente altruísta.” (GRAZZIOLI; RAFAEL, 2013, p. 89)<sup>21</sup>

Há, portanto, na essência das fundações, a ideia de se atribuir ao aspecto patrimonial relevância significativa, com regramento que confere ao seu acervo de bens maior proteção e a seus atos de gestão maior controle por órgão público por meio, entre outros, da subordinação de eventuais vendas imobiliárias ao crivo do Ministério Público e do Judiciário e da obrigação de periodicamente prestar contas. Como velador constitucional das fundações, o *Parquet* tem o dever diuturno de garantir a proteção desses bens, que são, em regra, inalienáveis.

Evidentemente, a inalienabilidade dos bens não é absoluta, porque, como ressalvam os citados autores, no decurso do tempo, com a alteração da realidade fática, pode se fazer necessária a venda dos bens, com o objetivo de remanejar ativos.

<sup>20</sup> Art. 761. Na sentença, que declarar a insolvência, o juiz: I - nomeará, dentre os maiores credores, um administrador da massa; [...].

<sup>21</sup> GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. *Fundações Privadas: doutrina e prática*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A liquidação para extinção da Fundação e a clara necessidade de quitação dos débitos, ainda que parcial, é impositiva da necessidade de alienação de seus bens. Em condições ideais, a venda seria feita a partir de deliberação interna do instituto fundacional, mediante autorização judicial, com intervenção necessária do Ministério Público. Tais acompanhamentos serão necessariamente feitos, porquanto judicializada a liquidação. Nesse aspecto, quando se chegar à fase de venda dos bens, quer seja em alienação pelo liquidante, quer seja em procedimento de insolvência civil, importa que o negócio jurídico seja feito sob o crivo do Judiciário e do Ministério Público, garantindo-se que seja dada prioridade para aquisição dos bens por entidade, empresa ou semelhante, que tenha finalidade compatível com o interesse social da Fundação extinta. É que se falhou a Fundação, tendo se tornado impossível sua manutenção, deve-se, ainda que minimamente, tentar resguardar ou mesmo reavivar o interesse social que motivou seus instituidores a fazê-lo.

### 3.1.3. Da extinção

Encerrada a liquidação, quedará, enfim, extinta a fundação – o que, portanto, deverá ser comunicado ao pertinente Registro Nacional de Pessoas Jurídicas, para baixa definitiva, na forma do § 3º do artigo 51 do Código Civil. Extinta a fundação, já antes destinados seus bens remanescentes a outrem, findo estará o processo.

## 4. A plena utilidade da indicação de destinatária de bens remanescentes

Sofismática – mas não incomum – a assertiva de que não há utilidade de se explicitar a beneficiária de bens, quando inexistentes ou em litígio.

O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis Falimentares, de Liquidações Extrajudiciais, das Fundações e do Terceiro Setor do Ministério Público do Estado do Paraná, assim se manifestou no sentido de, em não havendo patrimônio remanescente, ser desnecessária a destinação de bens, relembando consultas prévias na mesma direção:

Logo, compulsando os autos, verifica-se que o patrimônio da entidade é inexpressivo e tampouco foi integralizado na ocasião da dotação inicial, conforme expressamente alegado às fls. 03/04 e 54. Nesse passo, em não havendo patrimônio remanescente, torna-se sem efeito o disposto no artigo 24, do Estatuto da *Fundação*, considerando-se desnecessária a destinação. [...] (HOFFMANN, Eliane Maria Penteado de Carvalho. *Procedimento Administrativo n. MPPR-0046.12.006355-0*). [Destacou-se.] [...]

Igualmente, comprovou-se que o valor do empréstimo realizado em nome da *Fundação* referia-se a financiamento contraído junto à empresa SIEMENS e, por consequência, sua inadimplência ensejou a

retomada do bem através de ação judicial (fls. 55/57). Logo, em não havendo patrimônio remanescente, torna-se sem efeito o disposto nos artigos 54, parágrafo único e 55, do Estatuto da *Fundação*, considerando-se desnecessária a destinação. [...] (HOFFMANN, Eliane Maria Penteadó de Carvalho. *Procedimento Administrativo n. MPPR-0046.11.003799-4*). [Destacou-se.]<sup>22</sup>

Tal entendimento, vale lembrar, encontra por vezes ressonância junto ao Poder Judiciário.<sup>23</sup> É, todavia, com todas as vênias, equivocado tal entendimento.

A uma, a simples indicação de beneficiária não translada evidentemente titularidade de qualquer bem – mas qualifica a indicada para que persiga, judicial ou extrajudicialmente, o direito que suponha ter. Tudo e apenas isto.

A duas, desconsidera que, afóra os bens conhecidos, há hipóteses de bens desconhecidos. Não é incomum a descoberta de bens fundacionais após a extinção da entidade e a baixa definitiva do processo em que isto se deu. Não é inusitado o reconhecimento de débitos fiscais em favor de contribuintes (fundações, inclusive) anos após o encerramento do processo de extinção. Ninguém se surpreende quando uma ação qualquer em curso acaba, tempos depois, em garantir créditos em prol da fundação extinta. Não é sequer novidade uma fundação vir a ser agraciada por doações das mais diversas ou testamentos (evidentemente, se não caducos)<sup>24</sup> – o que, tantas e tantas vezes, se dão décadas após o instrumento respectivo ser lavrado.

<sup>22</sup> Disponível em: <https://silo.tips/download/centro-de-apoio-operacional-das-promotorias-de-justia-civeis-falimentares-de-liq-7>. Consulta em: 06 dez. 2022.

<sup>23</sup> Consulte-se, *exempli gratia*, o processo n.º 0329068-21.2017.8.19.0001 em trâmite junto à 46ª Vara Cível da Comarca da Capital, quando a magistrada assim se manifestou: “Indica o Ministério Público a FUNDAÇÃO ORQUESTRA SINFÔNICA BRASILEIRA – FOSEB, CNPJ n.º 33.659.327/0001-29, situada na Avenida Rio Branco, n.º 135, salas 915 a 920, Rio de Janeiro/RJ, para receber como seu o imóvel situado na Rua Pereira da Silva n.º 322, antigo 100, em Laranjeiras, Rio de Janeiro/RJ (matrícula n.º 198.476). Ocorre que o referido imóvel encontra-se registrado junto ao 9º Ofício de Registro de Imóveis (fls. 854/862) em nome do Liceu Literário Português, conforme alienação realizada no dia 17 de agosto de 2011, através de contrato de compra e venda, pelo preço de R\$ 195.000,00. Alega o Ministério Público que, não só o preço pago foi vil, como a venda do bem imóvel da Fundação Portugal ao seu instituidor, realizada sem a prévia apreciação ministerial, violou o disposto no art. 34, XII, c, da Lei Complementar n.º 106/2003 e constitui, ao menos, flagrante vício de forma previsto no art. 166, IV e V, do Código Civil. Entende o Ministério Público ser perfeitamente viável o desfazimento do supracitado negócio jurídico, em razão dos diversos vícios apontados. Todavia, o registro do bem junto ao RGI faz certa a propriedade do imóvel. Destarte, o domínio do referido imóvel (Rua Pereira da Silva, 322, antigo 100, Laranjeiras, RJ) pertence ao Liceu Literário Português, enquanto não desfeito o negócio jurídico que lhe deu causa. De seu turno, o desfazimento do negócio jurídico que deu causa à aquisição de tal domínio deve ocorrer pela via jurisdicional própria, garantindo-se ao atual proprietário (Liceu Literário Português) a ampla defesa e o contraditório, não podendo ser analisada, nem julgada, em caráter incidental, na presente ação. Destarte, enquanto o referido bem permanecer na seara da propriedade de terceiros que não a Fundação Portugal, descabe ao Ministério Público indicar sua transferência a terceiros nestes autos. Providenciada, e porventura obtida, a anulação daquele negócio jurídico, fazendo retornar o bem à propriedade da Fundação Portugal, aí sim poderá o *Parquet* indicá-lo à instituição que julgar mais adequada a recebê-lo. Não havendo por ora bens da Fundação Portugal a indicar, dê-se baixa e arquite-se. Dê-se ciência a todos.” (IE 972). Disponível em: <http://tjrj.jus.br>. Consulta em: 07 dez. 2022.

<sup>24</sup> Vide SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ESPECIAL. *Herdeiros, sucessores e a legitimidade para discutir ações relacionadas ao falecido*. (Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalg/Paginas/Comunicacao/>

A três, a utilidade da destinação de bens remanescentes permite ao indicado litigar judicialmente na busca de direitos potencialmente titularizados. A legitimação ativa do beneficiário em perseguir judicialmente por si só já aconselharia garantir-se a indicação em testilha, retirando dos ombros do Estado o patrocínio de causas complexas, longevas e que, em última análise, reverteriam para cofres particulares (ainda que com fins sociais).

A quatro, em homenagem ao primado da eficiência, nada justifica se resista à indicação de beneficiária para, na hipótese de descoberta de bens, impor-se o desarquivamento dos autos para suprir a omissão. Mais eficiente, por evidente, de pronto indicar, descomplicando o rito em favor de todos os atores.

A cinco, a literalidade do artigo 69 do Código Civil, já acima transcrito, impõe ao juiz o dever de extinta a fundação, designar eventual beneficiária (se silente o estatuto), não facultando ao magistrado optar se e quando fazê-lo.

Por fim, recorde-se precedente da Provedoria de Fundações da capital fluminense, quando, em sede de extinção administrativa (extrajudicial, portanto), exigiu, ainda quando desconhecidos bens ou alegadamente inexistente patrimônio, fosse sempre indicada, na falta de previsão estatutária, a destinatária de eventuais bens fundacionais. Consulte-se procedimento administrativo MPRJ n.º 2018.00958458, referente à extinção da Fundação George Zinovetz)<sup>25</sup> – o que, em deferência judicial à atividade reguladora especializada performada pelo MP, merece ser encampado pelo Poder Judiciário.<sup>26</sup>

Adrede, deferência judicial não deve ser simplesmente uma cortesia interinstitucional, mas sim consequência natural de atuação especializada. Argueles e Leal (2011)<sup>27</sup> aduzem que as capacidades institucionais se referem às habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico. Nesse sentido, a interpretação da instituição que possui mais expertise sobre o tema é qualitativamente superior a outras e deve encontrar deferência por estas.<sup>28</sup>

Em *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC*, a Suprema Corte americana cunhou histórica fórmula de autorrestrrição judicial para os casos de controle de interpretações por autoridades administrativas. Em uma abordagem analítica, em um primeiro passo, deve ser a disposição legislativa clara sobre o assunto; no segundo passo, em caso de

---

Noticias/21112021-Herdeiros--sucessores-e-a-legitimidade-para-discutir-aco-es-relacionadas-ao-falecido.aspx. Consulta em: 06 dez. 2022).

<sup>25</sup> Disponível para consulta no acervo físico das Provedorias de Fundações da capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>26</sup> Neste diapasão, tenha-se, aliás, tese de doutoramento em que se sustentou ser o Ministério Público também uma agência reguladora quando no velamento de fundações de direito privado e que, na esteira da doutrina *Skidmore*, deve receber deferência judicial. PAULO JUNIOR, José Marinho. *Do Ministério Público enquanto Meta (Agência) Reguladora Reflexiva Fundacional*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2021.

<sup>27</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 40, jan./jun. 2011.

<sup>28</sup> VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ambiguidade ou lacuna, deve ser examinada a razoabilidade da linha interpretativa adotada pela Administração, enfatizada a natureza política de suas decisões. É mesmo aceitável mudança de entendimento administrativo, desde que fornecida explicação adequadamente fundamentada e não ocorra durante um litígio judicial. A Doutrina Chevron foi o teste binário posto à prova no caso *Mead (United States v. Mead Corporation, 533 US 213,232 - 2001)*, quando não se esclareceu adequadamente como resolver a identificação da intenção legislativa, quando tal emento volitivo haveria de ser extraído de uma Casa composta por 535 membros. Em casos tais, cunhou-se a deferência *Skidmore*: observa-se o entendimento das autoridades administrativas com experiência no assunto.<sup>29</sup> Entendeu ainda a *Supreme Court* estadunidense que a deferência Chevron não teria aplicabilidade em casos de interpretação de leis criminais (*Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149-58 – 10 Cir, 2016*). Em suma, tal qual sustenta Juan Carlos Benalcázar Guerrón,<sup>30</sup> em consonância com os parâmetros das Doutrinas Chevron e Skidmore, observa-se o entendimento escudado na experiência institucional consolidada no assunto.

## 5. Conclusão

Em apertada síntese, conclui-se, portanto, que a lógica sistemática impõe seja sempre indicada beneficiária de fundação extinta, mesmo quando inexistentes ou desconhecidos bens fundacionais.

Em jan. 2023

<sup>29</sup> BINICHESCKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

<sup>30</sup> GUERRÓN, Juan Carlos Benalcázar. El derecho de participación ciudadana en la administración pública. In *Derecho administrativo*. (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo) / Diego Valadés, coordinador general; Daniel Márquez Gómez, coordinador. Primera edición. México: El Colegio Nacional: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

# 25 anos da decisão histórica do STF acerca da Inconstitucionalidade do Promotor *ad hoc*: a ADI nº 1.748/RJ e a importância deste *Leading Case*

Lucia Maria Teixeira Ferreira\*

## Sumário

I. Apresentação do caso. II. Os fatos que antecederam a edição do Aviso e a violação ao Princípio do Promotor Natural. III. As mobilizações de classe promovidas pela associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a representação da AMPERJ. IV. A propositura da ADI nº 1.748/RJ pelo Procurador-Geral da República. V. A decisão histórica do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.748/RJ. VI. A ADI nº 1.748/RJ: *Leading Case* que foi seguido em outros casos de atos normativos inconstitucionais que feriam o Princípio do Promotor Natural. VII. Considerações finais.

## I. Apresentação do caso

No dia 15 de dezembro de 2022, completam-se 25 anos da decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (Medida Cautelar) nº 1.748/RJ, de relatoria do Ministro Sidney Sanches.<sup>1</sup>

A ADI nº 1.748/RJ foi proposta em 10 de dezembro de 1997, pelo Procurador-Geral da República, em face da expressão “*ou, acaso indispensável esta à sua realização, investir profissional da área jurídica ad hoc*” contida no segundo parágrafo do Aviso nº 227/97 da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio de Janeiro, publicado no Diário Oficial do Estado de 6 de outubro de 1997, cujo inteiro teor era o seguinte:

O Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador ELLIS HERMYDIO FIGUEIRA, no uso de suas atribuições legais e diante dos entendimentos ajustados com o Excelentíssimo Corregedor-Geral do Ministério Público, Dr. DECIO

\* Doutoranda em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa “Democracia Constitucional, Novos Autoritarismos e Constitucionalismo Digital”, “Ethics4AI” e “IDP PrivacyLab”, ambos do IDP. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), onde concluiu a Graduação em Direito. Pós-Graduada em Sociologia Urbana pelo Departamento de Ciências Sociais da UERJ. Coordenadora de Estudos e Pareceres da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RJ desde 2019 e membro da Comissão de Proteção de Dados do Conselho Federal da OAB desde 2022. Procuradora de Justiça aposentada do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ). Advogada.

<sup>1</sup> Acórdão publicado na *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, (15), 2002, p. 487/496. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2537329/WEB\\_RMP-15\\_A2002.pdf/](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2537329/WEB_RMP-15_A2002.pdf/).

LUIZ GOMES, recomenda aos Senhores Magistrados que, em caso de ausência ocasional do presentante do Ministério Público, do substituto legal ou tabelar, devidamente notificado(s) para o ato, comuniquem o fato diretamente ao Corregedor-Geral do Ministério Público via Telefax nº 5336672, possibilitando a pronta solução do impasse, evitando-se a inviabilização da prestação jurisdicional, missão precípua e exclusiva do Poder Judiciário.

Outrossim, se perdurante a ausência, obstando o exercitar da jurisdição, ou que a mesma fique à deriva, deve o juiz dar consecução ao ato judicial, se meramente interventiva a presença da representação; ou, acaso indispensável esta à sua realização, *investir* profissional da área jurídica *ad hoc*, em ambas as hipóteses, fazendo a comunicação apontada.

Afinal, inexistente prerrogativa contra desígnio maior constitucional, o qual se compraz na realização da Justiça.

Como vamos analisar neste breve ensaio, tanto na doutrina quanto na jurisprudência é reconhecido o princípio do Promotor Natural como decorrente do sistema constitucional e como garantia fundamental não só do cidadão, mas também da correção e da idoneidade da atividade ministerial.

Por conseguinte, hoje soa como inconcebível a parte final do ato normativo editado pelo Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, notadamente diante da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reconhece que o princípio do Promotor Natural está assentado na disciplina do Ministério Público na Constituição de 1988. Este princípio "*ganha especial significação no que se refere ao objeto último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da Instituição, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade.*" (STF, RE 638757, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 09/04/2013 e publicado em 26/04/2013 – grifos meus)

Todavia, em meados da década de 1990, ainda vivíamos um momento de construção jurisprudencial sobre essa temática na Suprema Corte brasileira. Neste diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1748/RJ foi essencial para o estabelecimento de um *Leading Case* no STF que invalidasse os ataques ao princípio do Promotor Natural que provinham de atos normativos editados por outros Poderes e por órgãos externos ao Ministério Público.

## II. Os fatos que antecederam a edição do Aviso e a violação ao Princípio do Promotor Natural

Este lamentável episódio da história da magistratura fluminense teve seu início em virtude de conflitos ocorridos entre uma promotora de justiça e um juiz de direito, numa Comarca no interior do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 1997. Segundo relatos da época, a promotora de justiça estaria faltando a diversas audiências criminais, o que provocou uma reação extremada do magistrado.

Sob a justificativa de que os prazos processuais penais e o regular andamento dos feitos criminais estavam sendo prejudicados com as ausências injustificadas da promotora, o juiz idealizou uma “solução” consistente na nomeação de promotores *ad hoc* nos processos em que a supracitada promotora de justiça estivesse ausente nas audiências e demais atos processuais. Os tais promotores *ad hoc* eram nomeados a partir de uma lista de advogados fornecida pela OAB local e as audiências criminais eram realizadas sem a presença da promotora de justiça, que era substituída pelo advogado nomeado como promotor *ad hoc* nos autos.

O juiz de direito comunicou ao Corregedor-Geral de Justiça os fatos ocorridos e a “solução” adotada em relação às ausências da promotora de justiça nas audiências criminais. Surpreendentemente, o Corregedor de Justiça não só validou, mas considerou recomendável aquela “solução” para toda a magistratura fluminense e promoveu a edição do malsinado Aviso CGJ nº 227/97.

É certo que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP (Lei nº 8.625/1993) previu o princípio do Promotor Natural, consagrado na Constituição Federal de 1988, e a atual jurisprudência do STF é pacífica quanto ao tema. *Contudo, em 1997, a jurisprudência ainda era um pouco oscilante e estava em estágio de consolidação no tocante à temática.*

Deve-se destacar que, naquela época, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, ainda existiam decisões no STF que validavam a nomeação de promotores *ad hoc*, com base num entendimento jurisprudencial anterior à Constituição Federal de 1988, que considerava tal nomeação como nulidade relativa e, assim sanável, como foi decidido no HC 71.198/GO, julgado em 21/02/1995 pela Segunda Turma do STF, Relator Min. Maurício Corrêa (publicação em 30/06/2000).

A jurisprudência da década de 1990 ainda era muito marcada pelo antigo papel do Ministério Público como mero fiscal da lei. Este papel foi inteiramente redimensionado na Constituição de 1988 “em agente transformador da realidade social em prol do desenvolvimento do Estado, pugnando para que a Constituição, na expressão de PETER HÄBERLE, seja o espelho da realidade.”<sup>2</sup>

Mas a elaboração doutrinária desse princípio começou bem antes da sua previsão constitucional e infraconstitucional. O Professor e Procurador de Justiça

<sup>2</sup> CARMO, Glauber S. Tatagiba do. O Supremo Tribunal Federal e a revisão do princípio do Promotor Natural. *Revista de Direito do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, (21), 2005, p. 150.



aposentado Paulo Cezar Pinheiro Carneiro defendeu o princípio do Promotor Natural na sua Tese para a Livre-Docência de Teoria Geral do Processo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), assentando que:

O princípio do Promotor Natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá officiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei, vedado, em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas aos quadros do *Parquet*.<sup>3</sup>

O princípio do Promotor Natural pode ser conceituado como a “garantia constitucional de livre atuação do Promotor ou Procurador de Justiça de acordo com as atribuições legais predeterminadas do órgão de execução em que é titular.”<sup>4</sup> As normas estabelecidas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público são decorrentes das disposições constitucionais contidas:

Entre outras regras, no art. 5º, LII: Titular de parcela da soberania do Estado, o Agente Ministerial (Promotor ou Procurador de Justiça) há de ser natural, pois todo processado (penal ou civilmente) tem o direito de o ser pelo Agente titular do cargo criado pela lei, independente de influências estranhas ao exercício de suas atribuições. É o que CANOTILHO denomina Princípio-garantia: “que visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos; É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”. E esta força determinante foi condensada em diversas regras constitucionais (arts. 127, § 2º e 128, § 5º, I, b) e infraconstitucionais (como as da LONMP), efetivando aquela garantia constitucional que está protegida pela cláusula do § 4º do art. 60 da *Lex Mater*.<sup>5</sup>

Como leciona Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, somente em duas hipóteses excepcionais, além daquelas decorrentes de férias, suspeição, impedimento ou licença, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público admite a designação de Promotores para exercerem as atribuições afetas a outro, ao Promotor Titular:

<sup>3</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal, Promotor Natural, Atribuição e conflito*. Rio de Janeiro: Forense. 6ª ed., 2001, p. 48.

<sup>4</sup> CARMO, Glauber S. Tatagiba do. O Supremo Tribunal Federal e a revisão do princípio do Promotor Natural. *Revista de Direito do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, (21), 2005, p. 146.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 151.

A primeira hipótese é aquela prevista no artigo 16, II, letra “g”, da Lei Orgânica Nacional, que permite ao Procurador-Geral, por ato excepcional e fundamentado, exercer funções processuais afetas a outro membro da Instituição, desde que tenha a prévia aprovação do Conselho Superior do Ministério Público.

A segunda hipótese encontra-se no artigo 24, da mesma Lei, que autoriza ao Procurador-Geral de Justiça, com a concordância do Promotor de Justiça Titular, designar outro Promotor para funcionar em determinado feito, de atribuição daquele.

Em nenhuma dessas situações o Princípio do Promotor Natural é ferido. No primeiro caso, somente com a prévia aprovação do Conselho Superior, que é justamente o órgão da Instituição que pode afastar a garantia da inamovibilidade, poderá o Procurador-Geral exercer atribuições outras que não aquelas afetas ao seu órgão de execução junto aos Tribunais Superiores. No segundo caso, não existe o afastamento do Promotor Titular, mas sim auxílio de outro, que dependerá, sempre, da concordância do Titular.<sup>6</sup>

### **III. As mobilizações de classe promovidas pela associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a representação da AMPERJ**

Como dito anteriormente, através do Aviso CGJ nº 227/1997 foi instituída a inconciliável figura do Promotor de Justiça *ad hoc* no Estado do Rio de Janeiro, o que provocou uma grande mobilização do *Parquet* fluminense, liderada pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), que convocou assembleias e discussões com os Promotores e Procuradores de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

Os debates no âmbito associativo foram acalorados e intensos. As opções processuais de contraposição institucional ao tenebroso aviso do Corregedor-Geral de Justiça foram discutidas detalhadamente e muito se debateu acerca dos cenários jurídicos em relação a cada uma dessas opções. Vários pontos e questionamentos foram ponderados, especialmente diante da jurisprudência oscilante do STF acerca da matéria, haja vista que ainda não havia um precedente sólido e definitivo na Suprema Corte.

O extraordinário movimento liderado pela nossa associação resultou na nomeação de uma comissão especial coordenada pelo Dr. MARFAN MARTINS VIEIRA, da qual tive a honra de participar como assistente do Dr. ERTULEI LAUREANO MATOS, Procurador de Justiça e Diretor Assistencial da AMPERJ na época, responsável pela elaboração da representação da AMPERJ.

<sup>6</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Ministério Público: conquistas e desafios. *Revista de Direito do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, (3), 1996, p. 163.

O Dr. ERTULEI LAUREANO MATOS fez um trabalho excepcional, elaborando uma representação impecável que continha todos os argumentos fáticos e jurídicos necessários para a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade em face do famigerado aviso.

A tese construída pela representação da AMPERJ no caso do Rio de Janeiro foi baseada no HC 67.759/RJ, como pontuou a peça associativa:

Relativamente à adstrição das funções de Ministério Público apenas aos membros da respectiva carreira, assegurada pelo preceito constitucional de eficácia plena, contido na primeira parte do parágrafo segundo do artigo 129 da Constituição Federal, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já afirmou a eficácia desse princípio, embora em sede de *Habeas-Corpus*, (HC 67.759-2-Rio de Janeiro), exercendo o controle difuso e, certamente no exercício do controle concentrado de constitucionalidade esse precedente não poderá ser desconsiderado.

Neste sentido, vale a transcrição da ementa do HC 67.759, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

*HC 67759*

*Órgão julgador:* Tribunal Pleno

*Relator(a):* Min. CELSO DE MELLO

*Julgamento:* 06/08/1992

*Publicação:* 01/07/1993

*Ementa*

**HABEAS CORPUS – MINISTÉRIO PÚBLICO – SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS – A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR – INOCORRENCIA – CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO – PEDIDO INDEFERIDO.**

O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na

medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor, cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei.

A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável.

Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da *interpositio legislatoris* para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). – Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES). – Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES.

Apesar do dissenso acerca da aplicabilidade imediata do Princípio do Promotor Natural no HC 67.759, a decisão afirma a imanência do postulado do Promotor Natural no sistema constitucional brasileiro, assentando que “esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei” (grifos meus). O julgado aduz, ainda, que “a matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição.”

Neste diapasão, destacou a representação da AMPERJ:

19) Mas mesmo essa divergência não comprometeu o reconhecimento – por larga maioria – da imediata eficácia do princípio, insculpido no parágrafo segundo do artigo 129 da Constituição, assegurador da exclusividade do exercício das funções atinentes ao Ministério Público por integrantes da Instituição,

vedada assim – como deixou claramente assentado o E. STF – a investidura de estranhos.

20) Ao firmar posição definitiva sobre a impossibilidade de se ter pessoa, que não o agente do Ministério Público legalmente investido do seu cargo, no exercício de funções institucionais, o Egrégio Supremo Tribunal, em várias passagens do acórdão do *habeas corpus* referido, deixou assente que outro princípio, o da inamovibilidade, protegeria o Promotor de Justiça de designações arbitrárias, pois a inamovibilidade seria também uma das pilstras de sustentação do princípio do Promotor Natural. E se protegeria o agente, impedindo que o próprio Procurador-Geral de Justiça pudesse designar Promotores de Justiça para atuar em órgão de que titular outro agente do Ministério Público, o que dizer da nomeação de *ad hoc*.

#### IV. A propositura da ADI nº 1.748/RJ pelo Procurador-Geral da República

O coordenador dos trabalhos da Comissão de Trabalho instituída no âmbito da AMPERJ, Dr. MARFAN MARTINS VIEIRA, encaminhou a representação, assinada pelo então presidente da Associação, Dr. JOSÉ CARLOS PAES, para o Procurador-Geral da República, Dr. GERALDO BRINDEIRO. O Dr. Brindeiro concordou integralmente com os argumentos expostos na representação da AMPERJ e, em 10/12/1997, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1748/RJ, com fulcro na legitimação conferida pelo art. 103, VI, da Constituição Federal.

A ADI nº 1.748/RJ sustentou a inconstitucionalidade da expressão “*ou, acaso indispensável esta à sua realização, investir profissional da área jurídica ad hoc*” contida no segundo parágrafo do Aviso nº 227/97 da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio de Janeiro, por violação ao § 2º do art. 127 e bem assim os §§ 2º e 3º do art. 129, todos da Constituição Federal de 1988, e ao princípio do Promotor Natural.

Na inicial da ADI nº 1.748, o Procurador-Geral da República aduziu que:

3. A expressão cuja validade jurídico-constitucional é questionada na presente ação direta de inconstitucionalidade afronta o disposto no § 2º do art. 127 e bem assim os §§ 2º e 3º do art. 129, todos da Carta da República. Com efeito, ao estatuir o dever de o Juiz investir profissional da área jurídica *ad hoc*, em caso de indispensabilidade da presença do órgão do Ministério Público para a realização do ato processual, a em *norma comento* violou diretamente os preceitos inscritos naqueles dispositivos constitucionais, porque possibilitou o exercício das funções do Ministério Público por profissionais da área jurídica que não seja integrantes da carreira, ou seja, não submetidos concurso público de provas e provas e títulos.

4. Sobre a vedação constitucional da figura promotor *ad hoc*, preleciona o ilustre Professor PINTO FERREIRA, ao comentar o art. 129, § 2º, da Constituição Federal, que, *verbis*:

A Constituição de 1988, em seu art. 129, § 2º, preceitua uma proibição absoluta para a nomeação promotor *ad hoc*. Os órgãos ou pessoas que não integram a carreira de cada MP não estão habilitados ao exercício das funções próprias da instituição, inclusive os antigos adjuntos de curador casamentos.

Só quem deve atuar no processo é o promotor natural. Ele intervém de acordo com o seu entendimento pelo zelo do interesse público. Tal avaliação está condicionada ao próprio juízo de avaliação do órgão ministerial, que é o tutor natural de defesa de tais interesses.

O Poder Judiciário não tem assim competência para aferir a intensidade nem a própria existência do zelo do interesse público, nem a defesa da lei atribuída ao MP.

Quando o membro do MP for intimado em determinado processo e deixar de comparecer, deverá adiar o ato ou acionar o substituto legal, sob pena de responsabilidade funcional. (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 5, Saraiva, p. 149)

#### V. A decisão histórica do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.748/RJ

O Plenário do Egrégio STF, em decisão histórica e unânime no dia 15 de dezembro de 1997, suspendeu, com eficácia *ex-nunc*, as expressões “ou, acaso indispensável esta à sua realização, investir profissional da área jurídica, *ad hoc*”, contidas no segundo parágrafo do Aviso nº 227/97 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ratificando a cautelar concedida pelo Ministro Relator Sidney Sanches, conforme a ementa transcrita abaixo:

EMENTA: – DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO: AVISO Nº 227/97, EXPEDIDO PELO CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – MINISTÉRIO PÚBLICO – PROMOTOR AD HOC. ART. 129, §§ 2º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – MEDIDA CAUTELAR. 1. O Aviso nº 227/97, expedido pelo Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dirigido aos Juízes estaduais e encaminhado ao Corregedor-Geral do Ministério Público, nos termos em que exarado, tem caráter normativo e por isso pode ser impugnado em Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, a, da CF). 2. A determinação, contida em tal Aviso, dirigida aos Juízes, no sentido de que devem nomear, *ad hoc*, profissional da área jurídica, para atuar em lugar dos membros do Ministério Público, parece, a

um primeiro exame, afrontar o disposto no § 2º do art. 129 da CF, pelo qual tais funções somente podem ser exercidas por integrantes da carreira, na forma prevista no § 3º. 3. Resta, assim, demonstrada a plausibilidade jurídica da ação, como um dos requisitos para concessão da medida cautelar (*fumus boni iuris*). 4. Por outro lado, o *periculum in mora*, realçado pela alta conveniência da administração judiciária e do Ministério Público, fica igualmente evidenciada, sendo certo, ademais, que a concessão da cautelar evitará que se venha, eventualmente, a arguir – com ou sem razão, pouco importa aqui – a nulidade de todos os processos em que atuar profissional da área jurídica em lugar de membros do Ministério Público, nos casos em que a Constituição e a legislação infraconstitucional reservam a estes últimos a respectiva atribuição. 5. Medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, para suspender, com eficácia *ex-nunc*, as expressões “ou, acaso indispensável esta à sua realização, investir profissional da área jurídica, *ad hoc*”, contidas no segundo parágrafo do Aviso nº 227/97 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 6. Decisão unânime.

Deve-se destacar que o STF admitiu o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por entender que a forma escolhida pelo Corregedor-Geral de Justiça do RJ – um mero *Aviso* – nenhuma relevância tinha para qualificar o ato ou para impedir que este fosse tido como ato normativo primário, haja vista que o ato normativo atacado tinha conteúdo de ato normativo primário, por ser genérico e abstrato. Desta forma, o STF consignou que a forma do ato normativo é irrelevante, pois o que importa é o conteúdo do ato para as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Se um determinado ato normativo infralegal for genérico e abstrato – ainda que se autodenomine decreto regulamentar, portaria ou aviso – será considerado ato normativo primário.

O trabalho da AMPERJ e a atuação da Procuradoria-Geral da República no caso foram essenciais para a formulação de importantes fundamentos na decisão proferida na ADI nº 1.748/RJ. Este julgado transformou-se num *leading case* extraordinário para o Ministério Público brasileiro e para a ordem democrática, haja vista que se consolidou a jurisprudência em dois temas no STF: a violação do princípio do Promotor natural e o cabimento de ações de controle concentrado de constitucionalidade em relação a atos normativos infralegais.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Neste diapasão, vale destacar o magistério do Ministro Luís Roberto Barroso: “Os atos normativos secundários, como decretos regulamentares, portarias, resoluções, por estarem subordinados à lei, não são suscetíveis de controle em ação direta de inconstitucionalidade. Não assim, porém, os atos normativos que, ostentando embora o nome ou a roupagem formal de ato secundário, na verdade pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica atuando com força de lei.” (*O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 248)

Na ADI nº 1.748, ficou demonstrado que o segundo parágrafo do Aviso CGJ nº 227/1997 se colocava em confronto direto com o disposto no §2º do artigo 129 da Constituição Federal (“As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir da comarca da respectiva lotação”), como assentou o Ministro Sidney Sanches no seu voto: “*a determinação, dirigida aos Juízes, no sentido que devem nomear, ad hoc, profissional da área jurídica, para atuar em lugar dos membros do Ministério Público, parece, a um primeiro exame, afrontar o disposto no § 2º do art. 129 da CF, pelo qual tais funções somente podem ser exercidas por integrante da carreira, na qual apenas se ingressa na forma prevista no § 3º.*” (grifos meus)

#### **VI. A ADI nº 1.748/RJ: *Leading Case* que foi seguido em outros casos de atos normativos inconstitucionais que feriam o Princípio do Promotor Natural**

A decisão na ADI nº 1.748 firmou jurisprudência firme no STF, que foi seguida em outras ações diretas de inconstitucionalidade relacionadas a atos normativos de diversos Estados da federação (como Pernambuco, Goiás e Santa Catarina) que tentaram reproduzir, nos anos seguintes, o infeliz modelo inaugurado pelo Aviso CGJ nº 227/1997, do Rio de Janeiro. Vale a transcrição das seguintes ementas:

*ADI 1.791/PE*

*Órgão julgador:* Tribunal Pleno

*Relator(a):* Min. SYDNEY SANCHES

*Julgamento:* 23/04/1998

*Publicação:* 11/09/1998

#### *Ementa*

EMENTA: – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 75 DA LEI Nº 10.651, DE 25/11/91, ALTERADA PELA LEI Nº 11.435, DE 28/05/97, DO ESTADO DE PERNAMBUCO. NOMEAÇÃO PARA OS CARGOS DE PROCURADOR-GERAL, PROCURADOR-GERAL ADJUNTO E PROCURADORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 128, § 3º, 129, §§ 2º e 3º, C/C ART. 130, E, AINDA, DOS ARTS. 75, 73, § 2º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. O dispositivo questionado permite que seja investido, na Chefia do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado, quem não integra a carreira, para a qual somente se ingressa por concurso público de provas e títulos, em aparente conflito com o disposto no art. 129, §§ 2º e 3º, c/c art. 130 da Constituição Federal. Aliás, em se tratando de investidura no cargo de Procurador-Geral, no Ministério



Público junto ao Tribunal de Contas do Estado, ela há de observar, também, o disposto no § 3º do art. 128 c/c art. 130, competindo à própria instituição a formação de lista tríplice para sua escolha, depois, por nomeação pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução. 2. Permite, também, o texto impugnado, a nomeação de Procurador-Geral Adjunto e de cinco Procuradores, bastando, para isso, que sejam portadores de diploma idêntico ao exigido para Procurador-Geral e sempre sem impor que a escolha recaia em membro do Ministério Público, nela ingressado por concurso. 3. Na ADI nº 1.545-1-SE, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, deferiu medida cautelar, para suspender a execução e aplicabilidade dos arts. 26 e 83 da Lei Complementar nº 04, de 12.11.1990, do Estado de Sergipe. Do art. 26, porque vinculava “a normas elaboradas pela Procuradoria Geral da Justiça”, ou seja, à Chefia do Ministério Público comum do Estado, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (fls. 10 e 18). Do art. 83, porque transferia, para o Ministério Público, como de Procuradores de Justiça, os cargos de Procurador da Fazenda Pública junto ao mesmo Tribunal (D.J. de 24.10.97, Ementário nº 1.888-01). 4. No caso presente, a nomeação para os cargos de Procurador-Geral, Procurador-Geral Adjunto e Procuradores do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, poderia recair, não apenas sobre membros do Ministério Público do Estado ou da Procuradoria do Estado, como até sobre pessoas estranhas à Administração Pública. E, além disso, mediante nomeação, não pelo Governador do Estado, mas pelo Presidente do Tribunal, com aprovação de pelo menos dois terços dos Conselheiros. Tudo em dissonância aparente com a Constituição Federal. 5. O Plenário, em precedente mais recente, na ADI nº 1.748- 9-RJ, suspendeu ato da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determinou aos Juízes a nomeação de *Promotores ad hoc*, ou seja, de pessoas estranhas ao Ministério Público estadual, para, em certas circunstâncias, exercer as funções constitucionais privativas deste último (julgamento ocorrido em 15.12.97). 6. Há, portanto, *prima facie*, uma aparente antinomia entre o dispositivo ora impugnado e as normas constitucionais focalizadas. 7. Está, igualmente, preenchido o requisito do *periculum in mora* ou o da alta conveniência da Administração Pública, relacionada ao regular funcionamento, não só do Ministério Público, mas também do próprio Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, junto ao qual deve atuar. 8. Medida Cautelar deferida, para se suspender, *ex nunc*, até o julgamento final da ação, a eficácia do art. 75 da Lei nº 11.435, de 28.05.1997, do Estado de Pernambuco.

ADI 2874 / GO – GOIÁS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 28/08/2003

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 03-10-2003 PP-00009 EMENT VOL-02126-01 PP-00220

Partes

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP ADV.(A/S): LUCIANA SILVA RAMALHO REQDO. (A/S): CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

Ementa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGITIMIDADE – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, entidade de classe de âmbito nacional, é parte legítima para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade que vise a atender a qualquer dos objetivos sociais previstos no artigo 2º, inciso III, do Estatuto – defesa dos princípios e garantias institucionais do Ministério Público, independência e autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária e parâmetros do exercício das funções. LEGITIMIDADE – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP – ATO POR MEIO DO QUAL FOI CRIADA A FIGURA DO *PROMOTOR AD HOC*. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP tem legitimidade para atacar ato mediante o qual criado, por Corregedoria-Geral de Justiça, a figura do *promotor ad hoc*. MINISTÉRIO PÚBLICO – *PROMOTOR AD HOC* – IMPROPRIEDADE CONSTITUCIONAL. A criação, por Corregedoria-Geral da Justiça, da figura do *promotor ad hoc* conflita com o disposto nos artigos 127, § 2º, 128, cabeça, parágrafos e inciso I, e 129, §§ 2º e 3º, da Constituição da República. Inconstitucionalidade da alínea “e” do artigo 196 da Consolidação dos Atos Normativos da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Goiás.

### *Decisão*

O Tribunal, por decisão unânime, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade da letra “e” do artigo 196 da Consolidação dos Atos Normativos da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Goiás, introduzida pelo Provimento nº 002, de 12 de março de 2003. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Plenário, 28.08.2003.

*ADI 2958 MC / SC - SANTA CATARINA*

*MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*

*Relator(a): Min. CEZAR PELUSO*

*Órgão julgador: Tribunal Pleno*

*Publicação*

DJ 03-10-2003 PP-00022 EMENT VOL-02126-02 PP-00231

*Partes*

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA REQDO.(A/S):  
CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### *Ementa*

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Ato normativo estadual, autônomo e primário. Provimento da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina. Autorização para nomeação, entre bacharéis em Direito, de *Promotores ad hoc*, em processos e procedimentos judiciais urgentes. Ofensa aparente ao art. 129, §§ 2º e 3º, da CF. Risco manifesto de danos à administração da Justiça. Medida cautelar concedida. Deve concedida, em ação direta de inconstitucionalidade, medida cautelar para suspensão da vigência de Provimento de Corregedoria Geral da Justiça Estadual, que, aparentando ofensa direta ao disposto no art. 129, §§ 2º e 3º, da Constituição da República, com risco claro de danos graves à administração da Justiça e, em última análise, aos jurisdicionados, autoriza os juízes a nomear, entre bacharéis em Direito, *Promotores ad hoc* em processos e procedimentos que reclamem urgência.

### *Decisão*

O Tribunal, por decisão unânime, deferiu o pedido de cautelar para determinar a suspensão do Provimento nº 06, de 17 de março de 2000, do Estado de Santa Catarina, emprestando-lhe efeito *ex nunc*. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso e, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 28.08.2003.

## **VII. Considerações finais**

Assim como o Aviso CGJ nº 227/1997 do Rio de Janeiro – que foi posteriormente revogado após a concessão da medida cautelar, resultando na perda de objeto superveniente da ADI nº 1.748/RJ –, os demais atos normativos que foram editados nos anos seguintes em outros Estados da federação tiveram o mesmo resultado: foram expurgados da ordem jurídica pela total incompatibilidade com a ordem constitucional.

Como analisamos neste ensaio, se a atual jurisprudência do STF é pacífica em relação à constitucionalidade do princípio do Promotor Natural, em 1997 ainda estava em estágio de consolidação.

Após uma longa trajetória na jurisdição constitucional, os 25 anos da decisão histórica na ADI nº 1.748/RJ merecem ser comemorados pelo Ministério Público brasileiro, pela AMPERJ e por toda a sociedade brasileira. Afinal, as prerrogativas constitucionais do Ministério Público refletem as suas grandes responsabilidades na defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ademais, a decisão na ADI nº 1.748/RJ também merece ser evocada, porque atualmente convivemos com perigosos tipos de autoritarismos e crescentes assimetrias de poder, tanto na esfera pública quanto na privada.

As tentativas de fragilização institucional devem ser continuamente combatidas, a fim de que a autonomia e a independência do *Parquet* brasileiro, consagradas na Constituição Federal de 1988, possam ser sempre uma garantia e um vigoroso instrumento para a proteção dos indivíduos e de grupos sociais e economicamente vulneráveis, bem como para a defesa do Estado Democrático de Direito.



# A internet como ambiente facilitador à violência de gênero: *cyberstalking*, sextorsão e *revenge porn*

Mariana Almeida da Silva\*

## Sumário

1. Introdução. 2. O ambiente informático: características e potencial lesivo. 3. Violência de gênero e violência doméstica. 3.1. O que é violência de gênero? 3.2. O que é violência doméstica? 4. Crimes cibernéticos: características, respostas legais e potencial lesivo. 4.1. Exposição pornográfica não consentida. 4.1.1. Pornografia de vingança. 4.2. Sextorsão. 4.3. *Cyberstalking*. 5. Produção probatória, investigação e prevenção. 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## Resumo

O presente trabalho busca abordar o fenômeno da internet como ambiente facilitador para objetificação da mulher e propagação da violência de gênero, além de discutir os crimes cibernéticos comumente cometidos, como exposição pornográfica não consentida, sextorsão e a perseguição, crime recentemente incorporado no ordenamento jurídico pátrio. Adicionalmente, examina os óbices à investigação de tais delitos, considerando sua complexidade e limitado conhecimento técnico por parte dos operadores do Direito.

## Abstract

*This article proposes to discuss the internet as a facilitating environment for the objectification of women and the spread of gender violence, in addition to discuss the cybercrimes revenge porn, sextortion and stalking, recently incorporated into the national legal system. Additionally, it examines the obstacles to the investigation of such crimes, considering their complexity and limited technical knowledge on the part of law practitioners.*

**Palavras-chave:** Direito Digital. Crimes cibernéticos. Violência de gênero.

**Keywords:** *Digital Law. Digital crime. Gender violence.*

---

\* Pós-Graduada em Ciências Penais, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, FEMPERJ. Extensão universitária em Raça, Gênero e Sexualidade, Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso, IERBB/MPRJ. Investigação de Ciber Crimes, Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso, IERBB/MPRJ. Especialização em andamento em Ciências Penais, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, FEMPERJ. Pesquisadora da área de Violência Doméstica, Crimes Sexuais, Tecnossexualidade. Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

## 1. Introdução

O presente trabalho tem como principal campo de estudo retratar a ambiência virtual e sua intensa relação com a objetificação feminina e o conseqüente incremento – real e simbólico – da violência contra a mulher, materializado na prática, cada vez maior, de crimes cibernéticos, em especial aos crimes de *cyberstalking*, sextorsão e pornografia de vingança. O tema ora debatido é extremamente atual, mas ainda considerado tabu por muitos.

Recentemente, com as inovações legislativas trazidas, foi possível perceber um discreto entendimento por parte das autoridades de que é preciso criminalizar condutas ocorridas no ambiente virtual. Ainda há dificuldades a serem enfrentadas, como a escassez de dados, que se decorre não só da ignorância sobre o assunto, mas também porque as vítimas, expostas e prejudicadas, submetem-se à vergonha, ante a culpabilização incrementada pela sociedade, gerando uma enorme cifra oculta.

Certo é que o espaço cibernético reproduz as formas de discriminação do mundo real e essa discriminação alcança níveis alarmantes ante as peculiares características do ambiente virtual, como amplitude e permanência, que são capazes de gerar danos inimagináveis – não só morais, mas também patrimoniais e psíquicos – à vida de mulheres em situação de violência.

A partir da compreensão do tema, analisaremos como as respostas legais ainda são ínfimas ante esses danos e como urge a discussão e o combate à impunidade dos crimes cibernéticos, que se faz presente especialmente em razão da complexidade das investigações dos referidos crimes, bem como em razão das barreiras impostas pela legislação pátria.

Este trabalho fez uso de uma pesquisa bibliográfica exploratória, de cunho qualitativo, além do estudo de leis que subsidiaram o entendimento do tema proposto, até porque, segundo Gil (2002), este tipo de pesquisa pretende proporcionar maior familiaridade com o problema por meio de uma análise de materiais já elaborados, compostos por livros e artigos científicos. Ressalta-se, portanto, que o método utilizado foi o hipotético-dedutivo na medida em que este possibilita, conforme este mesmo autor, deduções a partir de hipóteses previamente construídas.

Este trabalho discute em seu primeiro capítulo o ambiente cibernético a partir de suas características e potencial lesivo, além de relacionar o avanço da indústria pornográfica com o cometimento de crimes cibernéticos. No segundo capítulo, conceituamos a violência de gênero e a violência doméstica, à luz da Lei nº 11.340/06. No capítulo terceiro, apresentamos os crimes de exposição pornográfica não consentida, sextorsão e *cyberstalking* e os relacionamos à violência de gênero, comparando-o ao contexto social. Por fim, no quarto e último capítulo, analisaremos as dificuldades quanto às investigações destes crimes e estratégias para produção probatória e prevenção destes crimes cibernéticos.

## 2. O ambiente informático: características e potencial lesivo

É fato notório que a internet aproximou relações e tornou-se ferramenta indispensável à vida moderna. Obviamente que, além dos incríveis instrumentos que a internet foi capaz de criar, trouxe consigo os malefícios inerentes a serviços essenciais que viram objeto de exploração por parte de delinquentes. São grandes os danos, dentro e fora das redes, que os criminosos podem produzir, utilizando-se da complexidade do ambiente informático para atingirem sua torpeza.

Para além dos golpes rotineiramente praticados por estelionatários, como o comumente praticado a partir da clonagem do *WhatsApp*, este trabalho se atentará àqueles que se relacionam à violência de gênero – isto é, que são cometidos por razões da condição do sexo feminino, como o menosprezo à figura feminina –, mais precisamente os crimes de *cyberstalking*, sextorsão e exposição pornográfica não consentida.

A partir da massificação do uso da internet e aplicativos de troca de mensagens, a violência de gênero assumiu novos contornos e ajuda a produzir desfechos trágicos na vida de mulheres que tem sua dignidade atingida numa tentativa, por parte do autor, de manutenção de uma relação assimétrica de poder.

Para demonstrar que a internet é utilizada diariamente pela maioria da população, estudos publicados pela *We Are Social* e *Hootsuite* demonstram que, atualmente, existem cerca de 4,54 bilhões de usuários na internet, sendo que, no Brasil, o tempo diário em média gasto no ambiente virtual é de nove horas e dezessete minutos. Importante destacar que, dos vinte *sites* mais visitados no mundo, hoje, três são de conteúdo estritamente pornográfico.<sup>1</sup>

Para que possamos relacionar o ambiente virtual como meio facilitador à propagação da violência de gênero, é indispensável tratarmos do avanço da massificação da pornografia e sua tênue relação com a desumanização da figura feminina e a naturalização da violência sexual.

De acordo com os autores Sydow e de Castro (2019), o uso da internet e conexões de alta velocidade contribuíram – e muito – para o crescimento exponencial da indústria pornográfica. O caráter público dos *sites* e o fácil armazenamento de mídias na nuvem acelerou o consumo, entregando o conteúdo com facilidade, até mesmo a crianças e adolescentes, sem qualquer tipo de controle.

Ainda segundo os autores, a ascensão do fetichismo *realcore*<sup>2</sup> e a criação de *sites* especializados neste tipo de conteúdo, propagou a exposição pornográfica não consentida na internet, ainda nos idos dos anos 2000. As plataformas, que permitiram

<sup>1</sup> Disponível em: <https://www.amper.ag/post/we-are-social-e-hootsuite-digital-2021-resumo-relat%C3%B3rio-completo>. Acesso em: 20/10/2021.

<sup>2</sup> O *realcore*, expressão em voga nos anos 1990, cunhada por Sergio Messina, indica uma tendência ao realismo e seu nome nada mais é do que a junção entre os termos *softcore* (sexo simulado) e *hardcore* (sexo real e gravado).



que usuários carregassem e distribuíssem vídeos pornográficos, antes propícias para *upload* de vídeos *realcore* tornou-se também ideal para *upload* de *revenge porn*.

O conteúdo pornográfico passou a ser acessado de modo ainda mais ascendente com a difusão dos aplicativos de troca de mensagens, tornando-se desnecessário o simples acesso a *sites*. Há de se ressaltar que, com isso, o consumo tornou-se sequer voluntário, considerando que o *download* muitas vezes é automático.

Nesse viés, há de considerarmos que a massificação da pornografia naturalizou a violência sexual. Isso porque milhares de pessoas recebem diariamente uma avalanche de conteúdo pornográfico e se tornou tão banal recebê-los que é, também, banal compartilhá-los.

Não apenas a ascensão do *realcore*, mas a massificação da pornografia violenta também contribui para a desumanização do corpo feminino. Para adequar-se ao mercado cada vez mais saturado, a indústria pornográfica precisou adequar-se para atender às necessidades masculinas, produzindo versões extremas, que propiciam não só a desumanização do corpo feminino, mas que reitera de que este serve apenas para satisfazer o prazer masculino.

Segundo Robin Morgan, ativista antipornografia, “a pornografia, tal como veiculada, é materialização suprema do patriarcado, na medida em que ratifica a objetificação feminina e coloca as mulheres como seres servis aos instintos sexuais masculinos, inclusive os mais violentos.”

De acordo, Catherine MacKinnon, também ativista antipornografia, “o uso e o abuso sexual da mulher representam o principal mecanismo pelo qual se perpetua a subordinação masculina.” Para ela, “em nossa sociedade, dominada por homens, com a ajuda das leis igualmente dominadas pelos homens, a mulher foi construída como objeto sexual voltado ao uso masculino.” Nesse ponto, o que se passa com a sexualidade feminina é produto da dominação masculina e não uma autêntica expressão do desejo sexual da mulher.

É fundamental, inclusive, destacarmos que grande parte desse conteúdo pornográfico extremista é massificado na *deep web*, que nada mais é do que aquilo que não é indexável na internet, que requer senhas, *logins*, *tokens* e usa criptografia para ser acessada. A *dark web* é espécie da *deep web*, que produz ambientes em que há menos identificabilidade e maior anonimização, facilitando comportamentos delinquentes e perversos, como conteúdos terroristas, neonazistas, pedofílicos, bestializados, entre outras anormalidades, que são difundidas porque há um “suporte de grupo”, isto é, é um ambiente onde pessoas com fantasias extremas ou transtornos parafílicos psiquiatricamente identificados encontram-se com outras, reproduzindo conteúdo e percebendo que há outros que nem ele e “não são tão anormais assim.”

O espaço cibernético possui características próprias que possibilitam a prática de comportamentos delinquentes na rede, e, conforme destacado por SYDOW e DE CASTRO (2019), são estas o anonimato, a amplificação, a permanência, a catividade, a relativização dos padrões éticos, a impunidade e a pseudo invisibilidade do dano.

O *anonimato* refere-se às inúmeras oportunidades criadas no ambiente cibernético que possibilitam que autores de delitos não sejam identificados por suas vítimas. Inclusive, é neste ponto que muitos sujeitos, portadores de transtornos parafilicos, encontram-se na *dark web* – que amplificou os espaços para manifestação de fetiches criminosos – e difundem conteúdos delinquentes e pervertidos sob o manto na anonimização.

Já a *amplificação* corresponde às condições de interação do ambiente virtual que permitem a rápida propagação de mídias, inclusive de conteúdo sexual, decorrentes do rompimento das barreiras do mundo físico e do poder de difusão e massificação do meio. A *permanência* decorre exatamente desse poder que atinge velozmente uma quantidade indeterminada de pessoas e dificuldades de rastreamento das imagens.

A *catividade*, por sua vez, consiste no fato de que a vítima se torna refém da imagem divulgada e da reputação atribuída, uma vez que as opções são nulas ou restritivas para sair das situações postas no ambiente cibernético.

Verifica-se, ainda, no ambiente cibernético uma *relativização dos padrões éticos*, numa ideia de que determinadas condutas criminosas possam ser toleradas, como se fossem mera brincadeira, sem consequências, numa percepção de que realidade cibernética se distancia da interação social.

A *impunidade*, claro, é quase certa para aqueles que praticam comportamentos criminosos nas redes, decorrente da complexidade da investigação dos crimes cibernéticos, cujo tema será melhor explorado em momento oportuno.

Por fim, a *pseudoinvisibilidade do dano* refere-se à dificuldade de se identificar a extensão do resultado material, psicossomático e existencial gerado pela difusão das imagens, seja na esfera da vida da vítima ou no grupo social a qual pertence.

Para além destes, gostaríamos de destacar, ainda, a simultaneidade, isto é, a possibilidade de um usuário estar com vários acessos, ao mesmo tempo, o que permite a multiplicação de ações prejudiciais como a exposição pornográfica, como, por exemplo, a divulgação ocorrer por meio de redes sociais, como *Instagram* e *Facebook* e por aplicativos de mensagens, como *WhatsApp* e *Telegram*.

Assim, nos ensina SYDOW e DE CASTRO (2019):

[...] Deste modo, o ambiente informático é facilitador porque é ambiente de frequência necessária, em que a vítima sempre volta, que impacta sobremaneira sua vida e sua reputação, em que os rastros deixados pelo delinquente podem ser (em tese) apagados, controlados e manipulados, o que beneficia a impunidade pela preliminar anonimidade e mecanismos de ocultação. [...] Ademais, a sensação de segurança e proteção entregue ao delinquente é estimulante.

### 3. Violência de gênero e violência doméstica

#### 3.1. O que é violência de gênero?

O artigo 5º da Lei Maria da Penha caracteriza a violência doméstica como toda “ação ou omissão *baseada no gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Necessário atentar, segundo Dias (2012), que a Lei Maria da Penha utiliza tanto a palavra mulher quanto a palavra gênero. A distinção entre sexo e gênero é significativa. Enquanto sexo está ligado à condição biológica do homem e da mulher, gênero é uma construção social, que identifica papéis sociais de natureza cultural que levam a aquisição da masculinidade e feminilidade.

Diante desses conceitos, verifica-se que as desigualdades de gênero têm uma enorme expressão na violência contra a mulher, com raízes histórico-culturais, fundada em questões étnico-raciais, de classe e de geração. Todo e qualquer comportamento que se baseia numa relação de domínio da vítima pode ser compreendido como violência de gênero.

Para a aplicabilidade da Lei Maria da Penha há exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Desta forma, além daquelas que possuem o sexo biológico, estão sob à égide da Lei Maria da Penha aquelas que se identificam socialmente com o sexo feminino, ou seja, as transexuais, travestis e transgêneros.

A Lei, ao selecionar a mulher como elemento vulnerável, por certo não o fez em razão de presunção de que a mulher – como sexo – é biologicamente mais fraca que o homem e, portanto, deveria ser protegida. Se assim fosse, não haveria sentido a proteção da mulher vítima de violência por outra mulher.

Se tão somente isso, não se justificaria a exigência legal de que a violência seja “baseada no gênero”, de acordo com o artigo 5º, bastando, para tanto, a suposta condição de fragilidade do sexo feminino.

É a mulher como gênero feminino, portanto, o objeto de proteção desta lei, em razão do estereotipado papel social e cultural que exerce na sociedade, sobretudo como elemento mais frágil dentro da entidade familiar, historicamente subordinada ao pai, ao marido, companheiro e até mesmo aos filhos. É a violência motivada em razão desse estereótipo de inferioridade que autoriza a relativização da igualdade formal para, através da ação afirmativa do Estado, proteger a pessoa do gênero feminino contra quem quer que seja o autor de tal violência. Justamente pela violência ser perpetrada em razão do gênero, e não do sexo, que se admite que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/acoes\\_afirmativas/inc\\_social\\_lgbtt/Diversos\\_LGBT/NotaT%C3%A9cnica\\_OAB\\_LMPtrans11082014.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inc_social_lgbtt/Diversos_LGBT/NotaT%C3%A9cnica_OAB_LMPtrans11082014.pdf). Acesso em: 23 de novembro de 2018.

### 3.2. O que é violência doméstica?

Uma das formas mais comuns associadas à violência doméstica e familiar contra mulheres é a de um homem, seja ele cônjuge, companheiro ou namorado (ou ex), que agride a parceira motivado por um sentimento de posse sobre a vida e as escolhas daquela mulher. Este é o roteiro mais conhecido e é, de fato, o mais recorrente no Brasil e no mundo.

Contudo, tal recorrência não pode ser entendida como a regra geral.

Para reconhecimento da violência como doméstica, a Lei Maria da Penha preocupou-se em identificar seu campo de abrangência nos incisos do já mencionado artigo 5º. Para que a lei incida, necessário que a violência seja cometida nos âmbitos da unidade doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto.

Reconhece-se como unidade doméstica o espaço de convívio permanente entre pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas (artigo 5º, inciso I).

No âmbito da família, incidirá a lei sobre aqueles indivíduos que sofreram violência de pessoas que se reuniram por laços naturais, por afinidade ou vontade expressa. Tem-se como exemplo as mulheres tuteladas, curateladas, sobrinhas, enteadas e irmãs unilaterais.

Quanto à relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Esta também independe de tempos maiores de convivência. Em qualquer violência cometida no âmbito de um relacionamento fugaz ou esporádico, inclusive os extraconjugais, incidirá a Lei Maria da Penha.

É possível perceber que, ao longo dos anos, abandonou-se o modelo patriarcal e hierarquizado da família romana, firmando-se um modelo de atuação participativa, igualitária e solidária dos membros da família, segundo o direito das sociedades ocidentais. A família modernamente concebida tem origem plural e se revela como o núcleo de afeto no qual o cidadão se realiza e busca a própria felicidade (SOUZA, s/d, p. 13, apud DIAS, 2012, p. 49).

Outrossim, cumpre esclarecer que em todas as relações pessoais, enunciadas no artigo 5º, independem de orientação sexual, isto é, todas as mulheres, biológicas ou que se reconhecem no gênero feminino, estão protegidas pela Lei Maria da Penha, sejam elas heterossexuais, bissexuais ou homossexuais.

Imperioso destacar que a Lei Maria da Penha foi a primeira legislação infraconstitucional a admitir o conceito de família por pessoas do mesmo sexo, ao estabelecer que família não é constituída apenas por imposição legal, mas também por vontade própria de seus membros – sejam eles homem ou mulher.

Por fim, importante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado quanto à desnecessidade de coabitação entre autor e vítima

para configuração de violência doméstica e familiar. Tal entendimento encontra-se previsto na Súmula nº 600 daquele Tribunal.<sup>4</sup>

#### 4. Crimes cibernéticos: características, respostas legais e potencial lesivo

No presente capítulo, analisaremos os crimes cibernéticos, exposição pornográfica não consentida, sextorsão e *cyberstalking*, crimes estes majoritariamente praticados contra mulheres, para fragilizá-las em sua autoimagem e autoconfiança como estratégia de manutenção da relação assimétrica de poder, além de controle e posse sobre seu corpo e vontade.

##### 4.1. Exposição pornográfica não consentida

Segundo DE CASTRO e SYDOW (2019), a exposição pornográfica não consentida consiste na “disseminação, por qualquer meio, de representação de nudez total ou parcial, ato sexual ou libidinoso, conversa ou qualquer material de cunho sexual, erótico ou pornográfico, sem autorização expressa da pessoa representada”.

Sobre o tema, os autores criaram a seguinte classificação:

A classificação *conforme a fonte* propõe que a exposição possa ser oriunda da própria vítima; do parceiro ou da parceira sexual; de terceira pessoa não participante do ato; de captação pública; ou de origem ignorada.

A classificação acerca da *obtenção do material*, este pode ter sido consentido ou não consentido e, quanto à *permissão para disseminação* pode se dar através de divulgação consentida; de divulgação parcialmente consentida; ou de divulgação não consentida.

Por fim, a classificação quanto à *motivação do crime*: por vingança; para humilhação da vítima; por vaidade ou fama do divulgador; com objetivo de chantagem ou para obtenção de vantagem; ou com objetivo de lucro.

Em pesquisa realizada pelo *Dossiê Mulher 2020*, verificou-se que a maioria das vítimas deste crime são mulheres (91,2%), jovens entre 18 e 29 anos (48,1%), e solteiras (62,7%). A maior parte das vítimas registrou que o autor do crime era seu companheiro ou ex (38,7%), enquanto para 30,8% delas o autor era uma pessoa desconhecida. Na pesquisa, 30,2% das mulheres identificaram o ambiente virtual como local de divulgação de sua intimidade, demonstrando que o crime em análise ganhou evidência a partir do uso massivo da internet e de aplicativos de troca de mensagens.

Considerando que a maioria das vítimas de exposição pornográfica não consentida na internet são mulheres, refletindo uma questão de gênero, é visível o impacto que a exposição gera na vida destas, diferentemente do que ocorre em relação aos homens.

<sup>4</sup> “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima.”

Enquanto a sexualidade é vista como algo viril para os homens, para as mulheres ela é sinônimo de restrição e repressão. Por isso é comum que, nesse crime, a vítima sofra revitimização e vitimização secundária, considerando os estereótipos do gênero, enquanto a conduta do homem delinquente é diminuída.

A conduta da exposição pornográfica não consentida foi finalmente tipificada pela Lei nº 13.718/2018, que inseriu o artigo 218-C do Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

A pena é de reclusão, de um a cinco anos, se o fato não constituir crime mais grave.

Quanto à conduta, são nove as ações nucleares, que podem ser praticadas pelas mais diversas formas. Com acerto, o legislador afastou-se da ideia restrita de tipificação da “pornografia de vingança”, uma vez que, conforme esclarecido acima, a vingança é apenas uma das possíveis motivações capazes de inspirar o ânimo criminoso do agente disseminador, havendo, ainda, exposição, vaidade, chantagem e obtenção de vantagem ou lucro.

O tipo faz referência à expressão “qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática”. Conforme nos esclarece DE CASTRO e SYDOW (2019), evidentemente, a prática mais comum na era tecnológica será a disseminação por intermédio da internet, que, em decorrência das suas nocivas características anteriormente estudadas, como amplificação, permanência e catividade, deveria ter sido tratada como qualificadora ou causa especial de aumento de pena.

Há de se ressaltar que o ora analisado tipo se refere tanto às imagens realizadas de maneira clandestina, sem que a vítima tenha percebido, quanto aquelas produzidas por ela própria ou com o seu consentimento. A lei se refere à disseminação não consentida, portanto, se, além da divulgação, a captura de imagens tiver sido realizada sem o consentimento desta, haverá concurso material de crimes entre os artigos 216-B<sup>5</sup> e 218-C do Código Penal.

<sup>5</sup> Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

Considerando a utilização das expressões “fotografia”, “vídeo” e “registro audiovisual”, o legislador não englobou no referido tipo penal a prática do *sexting*, expressão originada da união de duas palavras da língua inglesa – *sex* (sexo) e *texting* (envio de mensagens) – que se trata do envio de escritos e áudios, além de imagens, de cunho erótico, produzidos pela própria vítima, sendo remetido pelo autor para outras pessoas através de dispositivos com acesso à internet sem o consentimento desta.

A disseminação do *sexting* nas modalidades texto puro e/ou áudio, não contempladas no texto do artigo 218-C do Código Penal, seria passível de proteção via delicto subsidiário do artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, não fosse a recente *abolitio criminis* do citado dispositivo pela Lei nº 14.132/2021.

Ainda que considerado um avanço, em termos de resposta jurídica, na visão desta pesquisadora, a pena é ínfima, demonstrando que o Direito Penal não acompanha a evolução da tecnologia e das mídias sociais. Nesses casos, cumpridos os requisitos, cabe ao sujeito a suspensão condicional da pena<sup>6</sup> ou, se não reincidente, não havendo violência ou grave ameaça, cabe a suspensão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Súmula 588 do STJ).<sup>7</sup> Sendo assim, pergunta-se: o crime compensa?

A nosso ver, sem dúvida. O agente que expõe conteúdo pornográfico da vítima com o intento de humilhá-la ou por vingança, atinge o seu objetivo e, como consequência da prática de tal ato, que prejudica a vítima nos mais diversos âmbitos da sua vida, expondo-a a danos psíquicos, morais e, inclusive, patrimoniais (como a perda de emprego, por exemplo), não recebe resposta firme do Estado.

Para além dos danos físicos e psicológicos causados pela ameaça, o perigo do ataque sexual passa a operar como uma lembrança do privilégio masculino, com o intuito de restringir o comportamento das mulheres.

A mulher que sofre violência nestas condições, ou seja, de acentuada exposição, com amplificação sobremaneira, de extensão incalculável, carrega cicatrizes na alma. Ademais, na tentativa de buscar fazer Justiça, a vítima ainda é submetida, muitas vezes, a linchamentos morais e virtuais e violência institucional. Por essa razão, também criticamos a mudança da natureza da ação penal, promovida pela Lei nº 13.718/18, que passou de condicionada à incondicionada, excluindo a manifestação de vontade da vítima e a sua privacidade.

Pouco a pouco, a exposição pornográfica não consentida chega aos Tribunais e assenta jurisprudência, conforme se verifica no julgamento do REsp 1.679.465/SP, DJe 19/03/2018, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi:

<sup>6</sup> No julgamento conjunto da ADC 19 e ADI 4424, a Corte Suprema reconheceu a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/06. Este último dispõe que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95”. Desse modo, as medidas despenalizadoras consistentes em composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo não são aplicáveis aos crimes cometidos contra mulheres em âmbito doméstico.

<sup>7</sup> Súmula 588 do STJ: A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO. 1. Ação ajuizada em 17/07/2014, recurso especial interposto em 19/04/2017 e atribuído a este gabinete em 07/03/2018. 2. O propósito recursal consiste em determinar os limites da responsabilidade de provedores de aplicação de busca na Internet, com relação à divulgação não consentida de material íntimo, divulgado antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet. 3. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte; (ii) após a entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014, devem ser observadas suas disposições nos arts. 19 e 21. Precedentes. 4. A “*exposição pornográfica não consentida*”, da qual a “*pornografia de vingança*” é uma espécie, constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis. 5. Não há como descaracterizar um material pornográfica apenas pela ausência de nudez total. Na hipótese, a recorrente encontra-se sumariamente vestida, em posições com forte apelo sexual. 6. O fato de o rosto da vítima não estar evidenciado nas fotos de maneira flagrante é irrelevante para a configuração dos danos morais na hipótese, uma vez que a mulher vítima da pornografia de vingança sabe que sua intimidade foi indevidamente desrespeitada e, igualmente, sua exposição não autorizada lhe é humilhante e viola flagrantemente seus direitos de personalidade. 7. O art. 21 do Marco Civil da Internet não abarca somente a nudez total e completa da vítima, tampouco os “atos sexuais” devem ser interpretados como somente aqueles que envolvam conjunção carnal. Isso porque o combate à exposição pornográfica não consentida – que é a finalidade deste dispositivo legal – pode envolver situações distintas e não tão óbvias, mas que gera igualmente dano à personalidade da vítima. 8. Recurso conhecido e provido. (grifos nossos)

#### 4.1.1. Pornografia de vingança

A pornografia de vingança ou *revenge porn*, espécie do gênero “*exposição pornográfica não consentida*”, ganhou visibilidade nos meios de comunicação,



causando desfechos trágicos na vida de mulheres que tiveram suas imagens ou vídeos íntimos compartilhados sem o seu consentimento por seus (ex) parceiros ou (ex) parceiras em redes sociais ou aplicativos de mensagens.

Em breve síntese, a história que se perfaz por detrás deste crime é, muitas vezes, a mesma: um homem e uma mulher estabelecem um relacionamento, com confiança e cumplicidade, fazem imagens e vídeos íntimos e, com o término do relacionamento, o homem ameaça divulgá-los na tentativa de impedir o fim do relacionamento e/ou as imagens são disseminadas sem o seu consentimento, como vingança.

Assim, a exposição da intimidade sexual da mulher configura-se como punição, sendo o ambiente cibernético um facilitador, considerando as suas características anteriormente mencionadas, como anonimato, amplificação, permanência e catividade.

Como afirmam as pesquisadoras CAVALCANTE e LELIS (2016), nas décadas passadas, o “macho”, quando desafiado, rejeitado ou inconformado, fazia uso da violência física para se autoafirmar. Hoje, reage com violência simbólica, ao expor cenas da mulher em público.

Para além disso, a pornografia de vingança traz outros elementos para análise. O cerne da questão é a exposição do corpo e da intimidade da mulher como forma de produzir vergonha, transformando o que é íntimo em pornográfico e, para isto, se apoia em uma sociedade que vai se sentir autorizada a emitir comentários e julgamentos sobre a mulher e excluía-la socialmente.

Segundo Alice Bianchini (s/d apud VALENTE, M. G.; NERIS, N.; RUIZ, J. P.; BULGARELLI, L, 2016, p. 15), a pornografia de vingança é uma releitura do pensamento “se não for minha, não será de mais ninguém”:

É de todo mundo para não ser de mais ninguém, na verdade, é como se fosse mais uma forma de chegar à mesma ideia de não ser de ninguém, porque na medida em que ele difama essa mulher ela vai ter dificuldades de novos relacionamentos.

Se a disseminação de imagens íntimas é potencializada no ambiente virtual, seus impactos ocorrem tanto no mundo virtual como no mundo real. Em 2006, a jornalista Rose Leonel, que teve fotos íntimas divulgadas pelo seu ex-namorado, após o término do relacionamento, perdeu o emprego e quase foi linchada em sua cidade. A filha de oito anos sofreu exclusão social e o filho, de onze anos, teve que morar em outro país por conta das constantes brigas em defesa da genitora.

Em entrevista, a própria Rose Leonel declarou:<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Disponível em: <<https://epoca.oglobo.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/o-quedifere-pornografia-de-vinganca-dos-outros-crimes-e-continuidade.html>> Acesso em: 24/10/2021.

Sofro muito com o crime que ainda ocorre. É ilusão você falar que o que está na internet vai ser deletado um dia. O que está na internet nunca vai sair. O que difere a pornografia de vingança dos outros crimes é a continuidade. É como se alguém lhe desse uma facada e ficasse lá, remoendo, e a cicatriz nunca se fechasse. O crime que se viraliza traz consequências terríveis, o atentado contra a honra se perpetua ali na rede internacional de computadores. O dano é irreparável, as consequências são imensuráveis.

A exposição pornográfica não consentida, quando praticada com finalidade de vingança, como no caso da pornografia de vingança, ou humilhação, tem a pena majorada de um a dois terços:

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

Segundo nos esclarece SYDOW e DE CASTRO (2019), há quem entenda que toda vingança pornográfica tem por objetivo exclusivo a humilhação, tornando o uso de ambas as expressões uma redundância. Todavia:

[...] nem toda vingança contempla desejo de humilhação, em especial em sede de ruptura de relacionamento erótico-afetivo (contexto de violência doméstico-familiar), hipótese em que a exposição pornográfica se destina ao exercício de poder e controle e decorre da ambivalência característica dessas relações que oscilam entre alternância do desejo de reatar o relacionamento e a ira, servindo como forma de substituição do vínculo rompido, meio de aproximação ou compensação da perda da autoestima.

#### **4.2. Sextorsão**

A expressão sextorsão decorre da aglutinação de duas expressões, sexo e extorsão, significando uma forma de exploração sexual – cujo instrumento utilizado é uma relação assimétrica de poder – na qual uma pessoa é constrangida à prática sexual ou pornografia, em troca da preservação de sigilo de imagem, vídeo ou correlatos da vítima em nudez ou durante a relação sexual.

A sextorsão pode ser praticada por pessoa desconhecida que, valendo-se de farta engenhosidade social, aborda sua vítima pela internet e a convence a enviar imagens ou vídeos íntimos. No passo seguinte, o agente emprega de grave ameaça e constrange a vítima a enviar novas mídias, muitas vezes, inclusive, passando a exigir

determinadas condutas sexuais que satisfaçam sua lascívia, como automasturbação e introdução de dedos ou objetos. Também pode ser praticada por parceiros íntimos que assediam, envergonham e controlam suas vítimas.

Então, a vítima que, com vergonha e culpabilização, temendo todo o preconceito e ridicularização que possa vir a sofrer, decorrente do machismo estrutural presente na sociedade, não comunica as autoridades e cede às ameaças do delinquente, submetendo-se às vontades deste.

As consequências e impactos gerados a partir do envio de novas imagens e/ou vídeos decorrentes de ameaças, pois a vítima não terá mais controle sobre as mídias, visto que tais conteúdos possuem um efeito viral na internet – decorrente de sua amplitude –, podendo ser facilmente compartilhados em aplicativos de troca de mensagens, mas também alimentar *sites* de pornografia, inclusive internacionais, o que torna ainda mais difícil a posterior exclusão.

No Brasil, este fenômeno está longe de ser compreendido e ainda não há tipificação penal para esta modalidade criminosa, embora alguns tipos penais possam trazer proteção jurídica, ainda que de forma ineficiente.

Nos ensina Rogério Sanches (2016):

[...] Prática cada vez mais comum é a denominada sextorsão, em que o agente constrange outra pessoa se valendo de imagens ou vídeos de teor erótico que de alguma forma a envolvam. No caso, emprega-se grave ameaça consistente na promessa de divulgação do material caso a vítima se recuse a atender à exigência. A depender das circunstâncias, vislumbramos três figuras criminosas às quais a conduta pode subsumir: a) se o agente simplesmente constrange a não fazer o que a lei permite, ou fazer o que ela não manda, há o crime em estudo; b) se constrange a vítima com intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixe de fazer alguma coisa, há a extorsão; c) se constrange a vítima à prática de atividade sexual, há estupro.

Verifica-se, a partir desta análise, que o tipo muitas vezes não espelha a gravidade da conduta, pois é de menor relevância penal, como ocorre no caso do crime de constrangimento ilegal. Ademais, com relação a este e aos demais crimes de extorsão e estupro, há dificuldade em caracterizar a violência e grave ameaça em situações de violência psicológica, nas quais não é atacada/ameaçada a integridade física da vítima, considerando o meio virtual no qual é praticada a ameaça. Torna-se, ainda, mais dificultoso quando se trata de relações íntimas de afeto ou domésticas, quando a ameaça se verifica durante toda a constância do relacionamento conturbado e agressivo.

Nesse viés, importante pontuar acerca do chamado “estupro virtual”, terminologia bastante criticada por diversos autores, considerando que a violação à dignidade sexual é sempre real, ainda que a grave ameaça tenha se dado em ambiente virtual.

Entende-se que o contato físico não é requisito imprescindível para configuração do crime de estupro. O simples fato de o agente ficar olhando a vítima nua com o objetivo de satisfazer sua lascívia (contemplação lasciva) já é suficiente para caracterizar ato libidinoso e, portanto, configurar o referido crime.

Essa é a posição, por exemplo, de Cleber Masson:<sup>9</sup>

[...] Na prática de atos libidinosos, a vítima também pode desempenhar, simultaneamente, papéis ativo e passivo. Nessas duas últimas condutas – praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso – é dispensável o contato físico de natureza erótica entre o estuprador e a vítima.

Rogério Sanches<sup>10</sup> também esclarece quanto à desnecessidade do contato físico:

[...] De acordo com a maioria da doutrina, não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), somente para contemplação (tampouco há que se imaginar a vítima desnuda para a caracterização do crime – RT 429/380).

A desnecessidade do contato físico para a configuração do crime de estupro não dispensa, entretanto, a comprovação da incidência da violência ou da grave ameaça para a configuração do tipo penal, não bastando à hipótese do artigo 213 do Código Penal a mera ausência de consensualidade, o que torna, na prática, sempre complexa a produção probatória e, também, muito oscilante a jurisprudência pátria.

Há quem entenda que não se possa comparar o estupro virtual a uma conjunção carnal forçada, pois seria desproporcional e ilegítima uma condição com a mesma pena em ambos os casos. Certo é que, enquanto não houver jurisprudência firme em qualquer dos sentidos ou legislação eficiente, as interpretações dos operadores do direito deveriam ser pela severa repreensão de tal conduta, uma vez que a dignidade sexual do ser humano é uma só, ainda que figurando dois mundos diferentes (o real e o virtual).

<sup>9</sup> MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 825.

<sup>10</sup> *Manual de Direito Penal: parte especial*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 460.

Vale ressaltar que, conforme o entendimento do Nobre Relator Joel Ilan Paciornik, no julgamento do RHC 70.976/MS, a dignidade sexual, bem jurídico tutelado nos crimes previstos no Título IV do Código Penal, não se ofende, apenas, com lesões de natureza física.

### 4.3. *Cyberstalking*

*Stalking* ou *to stalk* tem como definição a “ação de caçar à espreita”, que remonta ao renascimento inglês e refere-se ao comportamento animal de acompanhar, escondido e sorrateiro, a sua presa para, no momento adequado, dar o bote.

Segundo Mario Luiz Ramidoff e Cesare Triberri (2017, p. 32 apud DE CASTRO; SYDOW, 2019):

[...] Está provavelmente ligada a uma terminologia em tema de caça, que remonta ao renascimento inglês e foi transportada das histórias de caça aos animais à caça, agora, do próprio ser humano (*to stalk* – perseguir um animal). [...] provavelmente, a primeira referência a um trágico caso de *stalking*, deve-se a um *serial killer* norte-americano que, em 1975, referindo-se ao próprio comportamento, declarou como se fosse realmente excitante a perseguição, o *stalking*, da vítima.

Os perpetradores são, em maioria, do sexo masculino, até porque, em maioria, os *stalkers* são ex-parceiros íntimos, que nutrem sentimento de posse sob o corpo feminino. Quando rompido o relacionamento, sentem-se feridos em sua masculinidade. Diante da simples ideia de que a mulher venha a relacionar-se com outro homem, deseja manter controle sob ela.

A internet é um meio facilitador de crescimento do *cyberstalking*. Enquanto, nos primórdios, os atos de perseguição pressupunham a presença física do agente, culminando, não raro, em ataques à integridade física da vítima, no *cyberstalking* a vítima teme os contatos virtuais feitos pelo agressor e, em especial, os danos a sua imagem, fama e honra virtuais.

Os *cyberstalkers* utilizam métodos cibernéticos para assediar suas vítimas, dentre eles, furto de identidade; ameaças diretas ou veladas via internet; postagens que fazem acusações falsas ou fornecem informações inverídicas; criação de *websites*, *blogs* ou perfis específicos para essa finalidade; destruição de dados e manipulação virtual.

A escalada, em termos cibernéticos, pode ocorrer por ligações excessivas não desejadas para a vítima, mensagens de voz e de texto em redes sociais, difamação, calúnia ou injúria, ameaças diretas à vítima e seus familiares e exposição pornográfica não consentida.

Ao fim, alguns *stalkers* escalam para violência contra a vítima e seus familiares, consistentes em sequestro, cárcere privado, espancamento, tortura, estupro e homicídio ou feminicídio. Outros já tem tais objetivos extremos desde o princípio e as fases de perseguição apenas servem de satisfação pessoal que obtém no exercício de poder e controle. No *stalking* doméstico, a ameaça direta se dirige aos filhos que têm em comum, à prática de estupro ou à morte da vítima.

Mullen, Pathé e Purcell (2000 apud DE CASTRO; SYDOW, 2019) desenvolveram uma classificação de *stalkers*, subdividindo-os em cinco tipos: rejeitado, rançoso, carente de intimidade, conquistador incompetente e predador.

Nos ateremos ao perfil mais comum e perigoso dentro do âmbito doméstico, que é o *stalker* rejeitado. O sentimento de rejeição vem com a ruptura do relacionamento e este mantém o comportamento persecutório como forma de continuar a se sentir próximo da vítima ou compensar a perda da autoestima, alternando o desejo de reatar o relacionamento e a amargura e a ira.

De acordo com os autores, não é incomum a existência de histórico de violência doméstica entre o casal. O rejeitado é moralista, acha-se autorizado à conduta criminosa, tornando-se potencialmente ameaçador e violento. É o tipo que utiliza da maior variedade de práticas persecutórias, pois conhece a sua vítima e emprega contra ela todos os meios de assédio. Vale-se de ameaças em mais de 70% dos casos e escalone para agressão em mais da metade. É raivoso e ciumento.

A vítima, em razão do vínculo preexistente, adota uma postura conciliatória e de minimização da conduta do agressor, mantendo contato, o que incrementa o risco da escalada da violência.

Ressalta-se que essa vítima, muitas vezes, destrói a evidência probatória da prática do crime, em decorrência da conciliação. Porém, como é de notório saber, a violência doméstica é cíclica – após a contenda, inicia-se a fase de “lua de mel”, na qual o agressor tem um comportamento gentil e amoroso, para, depois, evoluir a tensão até à prática de nova agressão, ameaça, entre outros.

É evidente que os *stalkers* domésticos têm maior acessibilidade à vítima, de modo que levam a vantagem do conhecimento pessoal, inclusive com previsibilidade das reações e emoções.

Importante destacar que o *stalking* e o *cyberstalking* podem coexistir. No primeiro, há limitação geográfica; no segundo, este não existe e atinge bens jurídicos sob nova roupagem – honra virtual, liberdade virtual, privacidade virtual, intimidade virtual. O recém incorporado artigo 147-A do Código Penal, introduzido no ordenamento jurídico pátrio a partir do advento da recente Lei nº 14.132/21, prevê a seguinte conduta “perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade”.

A pena é de reclusão de seis meses a dois anos e multa. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido contra criança, adolescente ou idoso ou contra mulher por razões da condição de sexo feminino ou mediante concurso de duas ou mais pessoas ou com emprego de arma. O crime se procede mediante representação da vítima.

Antes da Lei nº 14.132/21, a perseguição, acompanhada de violência ou grave ameaça, configurava crime comum: lesão corporal (artigo 129), constrangimento ilegal (artigo 146), ameaça (artigo 147), entre outros. A maioria dos casos, todavia, subsumia a contravenção penal prevista no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, que punia molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável. Não esqueçamos que a perseguição, no ambiente doméstico e familiar contra a mulher é uma forma de violência psicológica, prevista no artigo 7º da Lei nº 11.340/06.

Com o advento da referida Lei, revogou-se o artigo 65 da Lei de Contravenções Penais. Ao ver desta pesquisadora, o legislador se equivocou ao revogar o referido artigo, ainda que a proteção fosse considerada insuficiente. Isso, porque o legislador não conseguiu migrar, em sua totalidade, todos os comportamentos que configuravam a contravenção para o artigo 147-A do Código Penal. A proteção restou deficiente. O nosso ordenamento carece de dispositivo “intermediário”.

Importa esclarecer que, *in casu*, não necessariamente ocorreu *abolitio criminis* com relação ao artigo 65 da Lei de Contravenções Penais. Há de se analisar, na opinião desta pesquisadora, o caso concreto. Se o indivíduo está sendo investigado ou processado por uma perseguição, praticada de forma habitual, com as características do artigo 147-A do Código Penal, houve *continuidade normativo-típica*. No entanto, se o indivíduo praticou uma perturbação, sem reiteração ou quaisquer das características previstas no artigo 147-A, estar-se-ia diante de *abolitio criminis*, causa extintiva da punibilidade.

Nesse sentido, leciona Alice Bianchini e Thiago Pierobom:

[...] a nova lei, ao tempo em que alargou o âmbito qualitativo (uma perseguição que gere ataques à liberdade, não apenas à tranquilidade), exigiu uma intensidade quantitativa maior (não basta um único episódio, é necessário que seja reiteradamente). Portanto, [...] para as condutas antigas de perturbação da tranquilidade que foram praticadas de *forma reiterada*, com *acinte e motivo reprovável*, e que tenham gerado uma *perturbação da esfera de liberdade ou privacidade da vítima*, não há que se falar em *abolitio criminis*. (grifos nossos)

O bem jurídico tutelado no crime de perseguição é a tutela da liberdade individual, abalada por condutas que constroem a vítima a ponto de invadir

severamente a sua liberdade e de impedir a sua livre determinação e exercício de liberdades. O crime tem pena de seis meses a dois anos, salvo se cometido com violência ou grave ameaça ou no âmbito da violência doméstica ou familiar ou contra a mulher por razões do sexo feminino, que não admitirá as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95, quando, por óbvio, graças a previsão do artigo 41 da Lei nº 11.340/06.<sup>11</sup>

## 5. Produção probatória, investigação e prevenção

Atualmente, vivenciamos a chamada “sociedade da informação”, em que produzir informação, ter informação e saber usar informação são questões de poder. (DE CASTRO e SYDOW, 2019) As redes sociais estimulam a disponibilização de dados pessoais e, dentre eles, incluímos informações pessoais, preferências, números de identificação, localização geográfica, tempo de conexão, contatos de agenda etc., pois as pessoas sentem-se compelidas a renunciar à própria intimidade para sentirem-se reconhecidas e importantes. (COSTA JÚNIOR, Paulo José, 1995 apud DE CASTRO e SYDOW, 2019)

Esta cessão de informações é extremamente prejudicial, pois capaz de despertar gatilhos de comportamentos de *cyberstalking* que acarretarão violência psicológica, atingindo a honra, a liberdade, a privacidade e a intimidade virtuais. (DE CASTRO e SYDOW, 2019)

Urge a necessidade de repensarmos a cessão de informações e tomar consciência de que o nosso comportamento no ambiente virtual é muitas vezes nocivo. A mesma necessidade se perfaz no que se refere ao compartilhamento, por vezes irrefletido, de envio de material íntimo. Do mesmo modo, o compartilhamento de senhas, como prova de amor, após o término do relacionamento, pode gerar consequências drásticas.

Mais do que nunca, é preciso discutir acerca das consequências graves e duradouras que a exposição e troca de materiais desta natureza, ainda que para pessoas de confiança, podem gerar. Além disso, é preciso discutir as consequências específicas que a exposição sexual tem para a vida da mulher, diametralmente oposta à do homem.

A contenção e controle dos crimes cibernéticos deveriam andar à frente da evolução tecnológica que se faz presente diariamente na vida dos cidadãos. Todavia, a complexidade do tema e baixo conhecimento técnico acerca deste pelas próprias autoridades contribuem para uma investigação muitas vezes fadada ao insucesso.

A investigação dos cibercrimes perpassa por inúmeros desafios. Inicialmente, quanto à conduta chegar a conhecimento das autoridades. Isso porque, abordando

---

<sup>11</sup> Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.



particularmente a violência de gênero, tema de análise deste trabalho, a maioria das mulheres sentem-se envergonhadas e se culpabilizam pelo ocorrido.

Nas situações em que o autor do fato seja cônjuge, companheiro ou namorado (ou ex), muitas vezes, torna-se mais difícil, porque a mulher, que ainda ama o seu algoz, teme denunciá-lo em razão das consequências que possam vir a gerar – sem questionar-se se, no momento da conduta lesiva que o autor trouxe para sua vida, este fez o mesmo acerca das consequências que trataria da mesma forma.

A mulher vítima de violência, em especial a doméstica e familiar, necessita de amparo institucional imediato (assistência jurídica, psicológica e social), pois percebe a existência de uma rede de apoio que não irá julgá-la e acreditará em suas falas, tão desacreditadas pela cultura machista.

Não é mais aceitável o discurso de que a vítima fomentou a conduta do agressor, diminuindo a sua culpabilidade e naturalizando a violência. Esta visão escancara o machismo enraizado que a sociedade se situa.

Após o registro da ocorrência, o próximo passo é identificar e punir o criminoso e proteger a vítima que, inserida nos campos de incidência dispostos no artigo 5º da Lei nº 11.340/06, quais sejam, unidade doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, fazem jus às medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22 da referida Lei.

No que se refere aos cibercrimes, os dados eletrônicos são materiais frágeis, de fácil e rápida deterioração, que não combinam com morosidade, uma vez que, quando do conhecimento por parte das autoridades, a apreensão do equipamento a ser periciado talvez nem ocorra, por não mais existir, ou, ainda, por não possuir mais os vestígios do crime, considerando-se, inclusive, os limitados períodos de guarda estabelecidos no Marco Civil da Internet para registros de conexão ou de acesso a aplicações.

Por essa razão, é preciso discutir a respeito da preservação da prova pela vítima. A mulher vítima de violência, muitas vezes, trabalha com mecanismos de defesa que a levam à auto culpabilização, minimização da conduta do agressor e negação, fazendo com que simplesmente exclua todo o material probatório, por acreditar que, assim, elimina o problema.

Diante disso, faz-se necessário orientá-la quanto à importância dos *back-ups* das conversas e da simples desativação – e não exclusão – de contas. Imprescindível, inclusive, que, no momento da captura da tela das redes sociais, seja anotado também o link (URL) de cada página, postagem e comentário. Para o STJ, a indicação do endereço eletrônico é uma condição para o cumprimento de ordem judicial de retirada de página ofensiva na internet.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> STJ – Resp: 1698647 SP 2017/0047840-6. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data do Julgamento: 06/02/2018, T3 – TERCEIRA TURMA, Data da Publicação: DJe 15/02/2018.

Ademais, é preciso que as autoridades investigativas – policiais e Ministérios Públicos – utilizem-se de formas adicionais de validação da autenticidade dos vestígios digitais apresentados pelas vítimas em seus aparelhos (por exemplo, conteúdo das conversas dos aplicativos mensageiros ou redes sociais), seja adotando meios simples e práticos como a feitura de auto de constatação ou a geração de relatório por gravador de passos combinado com código *hash*; ou se valendo de meio mais sofisticados e, infelizmente, custosos, como a lavratura de atas notariais ou a contratação de empresas especializadas em registros e autenticação.

Atualmente, aguardam julgamento na Corte Suprema a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527 e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 403, ações constitucionais importantes que interessam ao Ministério Público Brasileiro, pois discutem a disponibilização de conteúdo das comunicações privadas dos usuários de internet, que abarcam a produção probatória nos crimes cibernéticos.

Em consonância dos votos já proferidos nessas ações, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza, em detrimento da proteção gerada pela criptografia de ponta a ponta, em benefício da liberdade de expressão e do direito à intimidade, sejam os desenvolvedores da tecnologia multados ou suspensos nas suas atividades por descumprirem ordem judicial incompatível com encriptação. Segundo a Corte, os benefícios advindos da criptografia de ponta a ponta se sobrepõem às eventuais perdas pela impossibilidade de se coletar os dados das conversas dos usuários da tecnologia.

## 6. Considerações Finais

Este trabalho não teve como objetivo o esgotamento do tema, mas mero aumento das discussões acerca da ambiência virtual nociva às mulheres. Nos crimes ora estudados, a mulher é a principal vítima e isso decorre da existência de indivíduos que ainda lutam para a manutenção de uma sociedade de relações hierarquizadas, com a crença da superioridade masculina e sentimento de controle e posse sobre os corpos femininos.

É preciso combater o ideal machista, trabalhar a autoestima feminina e reafirmar que, sim, somos donas e temos controle sobre nossos corpos; a sexualidade é livre para nós, mulheres, ainda que nos ditem o contrário; não devemos ser submetidas a atitudes abusivas e violentas dentro de um relacionamento; e quem comete esses crimes merece ser punido de maneira firme pelo Estado.

Resta, aqui, a contribuição desta pesquisadora para que tanto vítimas quanto operadores do Direito conheçam as armas legais que possuímos para o combate e responsabilização de cibercrimes, bem como a necessidade de proteção das provas.

## Referências Bibliográficas

BIANCHINI, Alice; ÁVILA, Thiago Pierobom. *Revogação do artigo 65 da LCP criou abolitio criminis?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniaorevogacao-artigo-65-lcp-criou-abolitio-criminis>> Acesso em: 01/09/2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 14.132/21: Insere no Código Penal o artigo 147-A para tipificar o crime de perseguição.* Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14-13221-insereno-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-de-perseguiacao/>>. Acesso em: 01/09/2021.

DE CASTRO, Ana Lara Camargo; SYDOW, Spencer Toth. *Stalking e Cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento [Coleção Cybercrimes]*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Novo crime de stalking: perseguição anterior, lesão à saúde e risco de morte.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/valeria-scarance-crime-stalking>> Acesso em: 01/09/2021.

\_\_\_\_\_; ÁVILA, Thiago Pierobom; CUNHA, Rogério Sanches. *Violência psicológica contra a mulher: comentários à Lei n. 14.188/2021.* Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/>> Acesso em: 01/09/2021.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GILABERTE, Bruno. *Análise da Lei nº 14.188/2021: lesão corporal por razões de condição do sexo feminino e violência psicológica contra a mulher.* Disponível em: <<https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violenciapsicologica-contra-a-mulher>> Acesso em: 02/09/2021.

\_\_\_\_\_. *Crime de perseguição.* Disponível em: <<https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1182713240/crime-de-perseguiacaoart-147-a-cp>> Acesso em: 02/09/2021. Instituto de Segurança Pública do Governo do Estado do Rio de Janeiro. Dossiê Mulher (2019). Disponível em: <[http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp\\_imagens/uploads/DossieMulher2019.pdf](http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/DossieMulher2019.pdf)> Acesso em: 01/09/2021.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Rideel, 2020.

SANTOS, Débora Gomes dos. *Sextorsão como estupro virtual: estupro realizado na era tecnológica*. 23f. 2019. Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Centro Universitário de Maringá. 2018. Disponível em: <<http://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/5460/1/TRABALHO%20DE%20CONCLUS%c3%83O%20DE%20CURSO.pdf>> Acesso em: 15/11/2021.

SYDOW, Spencer Toth; DE CASTRO, Ana Lara Camargo. *Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet: da pornografia de vingança ao lucro*. [Coleção Cybercrimes]. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Sextorsão*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaleituraPDF/7444>> Acesso em: 02/09/2021.

VALENTE, M. G.; NERIS, N.; RUIZ, J. P.; BULGARELLI, L. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab: São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/wpcontent/uploads/2016/07/OCorpoOCodigo.pdf>> Acesso em: 24/10/2021.



# Conflito de Atribuições entre membros do Ministério Público de estados diversos

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro\*

## Sumário

1. Preâmbulo. 2. A questão. 3. A identificação do Conflito de Atribuições e sua distinção do conflito de jurisdição ou competência. 4. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. 4.1. A formação de um conflito “virtual” de competência e as críticas. 4.1.1. Antes da CF 1988: fixação da competência no antigo Tribunal Federal de Recursos. 4.1.2. Julgados entre 2002 e 2005: fixação da competência no Superior Tribunal de Justiça. 4.1.3. Críticas comuns a ambos os entendimentos. 4.2. Julgados entre 2005-2016: fixação de competência no próprio Supremo Tribunal Federal. 4.3. Julgados entre 2016-2020: competência do Procurador-Geral da República. 4.4. Momento atual (desde 2020): competência do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. 5. Conclusão.

## 1. Preâmbulo

Este trabalho foi escrito em junho de 1996 e possibilitou a posterior mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a competência para dirimir conflito de atribuições entre membros do Ministério Público diversos, que adotou, a partir de 2005, as conclusões do presente trabalho.

No ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal produziu nova modificação na sua jurisprudência, adotando uma quarta via para a solução de tais conflitos.

Assim, o presente trabalho permanece atual, com as reformulações que abordam a evolução da jurisprudência do Supremo até os dias de hoje, com a esperança que a Corte reexamine o tema e retorne ao seu antigo e correto entendimento.

## 2. A questão

Pouco se tem falado em sede doutrinária sobre o conflito de atribuições, apesar da grande relevância prática e teórica do tema, principalmente no âmbito do Ministério Público.

---

\* Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Professor Emérito da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Livre-docente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor titular de Teoria Geral do Processo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador de Justiça aposentado. Advogado.

Ao lado da falta do desenvolvimento doutrinário do tema, verifica-se igualmente pequena e incompleta regulamentação legal, fatos que têm trazido dúvidas, perplexidades, com o conseqüente tratamento inadequado das questões que gravitam em torno do problema.

Entre as questões mais polêmicas e de imensa relevância prática, destacamos o tema deste estudo que tem por escopo enfrentar, com a profundidade possível, a quem deva ser cometida, a tarefa de resolver o conflito negativo de atribuições entre órgãos do Ministério Público de Estados diversos para possibilitar o início da *persecutio criminis*.

O desenvolvimento do estudo, na sua fase inicial, tem por finalidade enfrentar o problema de como identificar um conflito de atribuição *in genere*, distinguindo-o do conflito de jurisdição ou competência, enquanto a segunda fase pretende dar solução à questão central do estudo, colocando em confronto as várias posições adotadas em torno do tema.

### **3. A identificação do Conflito de Atribuições e sua distinção do conflito de jurisdição ou competência<sup>1</sup>**

A maioria dos estudos que procura identificar quando ocorre o conflito de atribuições focaliza a questão em função das autoridades em conflito, ora partindo da premissa que ele somente ocorre entre autoridades de poderes diversos,<sup>2</sup> ora que se verifica entre autoridades judiciárias ou administrativas ou somente entre estas últimas<sup>3</sup> e finalmente aqueles que se limitam a examinar casos concretos, sem formular solução abrangente.<sup>4</sup>

Esta preocupação em identificar o conflito de atribuições, em função das autoridades em conflito, se põe em razão e em paralelo ao instituto definitivamente consagrado e estudado do conflito de jurisdição ou competência que ocorre, em regra, mas não somente, entre autoridades judiciárias.

Os dois tipos de conflitos não se confundem. Enquanto o primeiro tem por finalidade o controle da atribuição de determinado órgão ou autoridade para a prática de determinados atos de natureza não jurisdicional, o segundo visa o controle da competência de um dos órgãos para a prática de atos de natureza jurisdicional.

O fundamental, o ponto nodal para identificar se o conflito é de atribuição ou competência, não é a existência de determinadas autoridades em conflito, mas, sim, partindo de uma ótica de perspectiva: a natureza do ato a ser praticado.

<sup>1</sup> Este item do estudo retrata as colocações de nosso trabalho: "A identificação do Conflito de Atribuições", publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 9, páginas 202/205.

<sup>2</sup> TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Edição Revista Forense, 1956, volume I, tomo 2, p. 314; *Processo Penal*, Editor A. Coelho Branco Filho, 1955, volume 2, p. 19.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Editora Jalovi, 1977, 3ª edição, 2º volume, p. 436.

<sup>4</sup> ESPÍNOLA FILHO. *Código Penal Brasileiro Anotado*. Edição histórica, Editora Rio, 1976, 1º volume, p. 342/343.

A identificação do conflito de atribuições nada tem a ver com as autoridades em conflito nem com a forma e muito menos com o momento da prática do ato, mas antes e somente com o conteúdo de atividade a ser realizada.<sup>5</sup>

Esta é a trilha segura para a identificação do conflito de atribuições, que assume consequências práticas relevantes, em hipóteses como a do presente estudo no qual se confunde atribuição e competência e que levou o ilustre processualista Sergio Demoro Hamilton<sup>6</sup> a identificar uma zona pouco nítida em que atribuição e competência se interpenetram.

Seguindo a linha de raciocínio traçada, pode-se verificar a possibilidade de existência de conflito de atribuições entre autoridades do próprio poder judiciário: v.g.: tanto o Corregedor como o Vice-Presidente do Tribunal acham que têm atribuição para processar representação contra Juízes ou autenticar os livros da Secretaria do Tribunal. Na hipótese, o conflito ocorre entre duas Autoridades Judiciárias, dois Desembargadores, mas como a atividade a ser realizada não tem natureza jurisdicional, ele é de atribuição e não de competência.

Do mesmo modo, pode vir a existir conflito de jurisdição entre autoridades de poderes diversos, v.g.: existem em vigência duas leis conflitantes. Uma determina o julgamento de determinadas pessoas, em razão da função exercida, pela Assembleia Legislativa do Estado que pertençam, caso cometam certos delitos. Outra determina que estas mesmas pessoas pela prática dos mesmos delitos sejam julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que exerçam as funções. No caso focalizado, poderia, em tese, surgir conflito de jurisdição, eis que a atividade a ser realizada é de natureza jurisdicional.

Adotado que fosse o método de identificação do conflito de atribuições em razão das autoridades ou órgãos em conflito, certamente ele se revelaria falho nas hipóteses formuladas nos parágrafos anteriores.

O mesmo se diga da forma e do momento da prática do ato.

O fato de o conflito surgir, uma vez iniciado o processo e em função da prática de um ato de processo, não o torna, por este simples fato, matéria de competência, v.g.: o Procurador-Geral de Justiça designou um Promotor de Justiça para officiar nos processos sujeitos ao procedimento do Tribunal do Júri até o julgamento em plenário, que seria realizado pelo Promotor em exercício. Este, ao receber o processo para apresentar o libelo acusatório, despacha, solicitando a remessa do mesmo ao Promotor designado pelo Procurador-Geral, que, por seu turno, entende ter o

<sup>5</sup> Posição esta que adotamos desde 1975, conforme item 15, da nossa "Apostila de Processo Penal", editada pelo "CEJUR" – Centro de Estudos Jurídicos de Estado da Guanabara, para distribuição interna aos alunos do curso preparatório ao ingresso nas carreiras do Ministério Público e da Magistratura.

<sup>6</sup> HAMILTON, Sergio Demoro. Apontamentos Sobre o Conflito de Atribuições, trabalho publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça*, nº 3, 1976, páginas 43 e seguintes. Artigo artesanal sobre a matéria, no qual o ilustre Processualista apresenta inúmeros casos sobre conflitos de atribuições e aponta o caminho seguro para resolvê-los.



Promotor em exercício atribuição, também, para officiar antes do julgamento e suscita o conflito de atribuições.

No exemplo formulado, o ato a ser praticado era de natureza processual e ainda a ser realizado na segunda fase do procedimento do júri, mas não tinha, como não tem natureza jurisdicional, razão pela qual o conflito surgido é de atribuição.

#### **4. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema**

A matéria teve percurso acidentado, já tendo sido objeto de forte divergência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com diferentes respostas ao longo do tempo.

##### **4.1. A formação de um conflito “virtual” de competência e as críticas**

###### **4.1.1. Antes da CF 1988: fixação da competência no antigo Tribunal Federal de Recursos**

A distinção antes formulada, entre conflito de atribuições e o conflito de jurisdição/competência, é de vital importância para o deslinde da questão. Partindo de concepções que reputávamos, com todo o respeito devido, inadequadas, o Supremo Tribunal Federal entendia tratar-se de conflito de jurisdição e não de atribuição com a conseqüente remessa dos autos de inquérito ao hoje extinto Tribunal Federal de Recursos para determinar “a competência do Juízo”, em que o representante do Ministério Público deve deflagrar a ação penal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se pronunciara por duas vezes. A primeira, no Conflito de Jurisdição nº 6.317-RJ (Tribunal Pleno), no qual, vencido o ilustre Ministro Firmino Paz, em magnífico voto que reconhecia a existência do conflito de atribuições, a maioria entendeu tratar-se de conflito de jurisdição, uma vez que os Juízos onde funcionavam os representantes do Ministério Público dos respectivos Estados, ao acolherem a remessa dos autos de inquérito policial um para o outro, declararam-se ao mesmo tempo incompetentes.<sup>7</sup> A segunda vez, no Conflito de Atribuições nº 9-RJ, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu igualmente que o despacho judicial, embora lacônico, representaria a negativa da competência do Juízo.<sup>8</sup>

À época, afora as críticas que colocaremos no item abaixo, já entendíamos equívocado o entendimento pelo simples fato de que o artigo 122 da Constituição

<sup>7</sup> Acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 101, página 531.

<sup>8</sup> Acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 103, página 899. Em sentido contrário, o acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, publicado na *Revista da Procuradoria-Geral de Justiça*, nº 8, p. 194/195, com a seguinte ementa: “Conflito de competência – inexistindo denúncia, não tendo sido instaurada a ação penal, não há conflito de competência de Juízes, mas conflito de atribuições do M.P., que será decidido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça”. Vejam-se também as indicações jurisprudenciais, neste mesmo sentido, selecionadas por JESUS, Damásio E. de., in *Código de Processo Penal Anotado*, Edição Saraiva, 1981, p. 93.

Federal de 1967, com a EC nº 1/1969, delimitava exaustivamente, *numerus clausus*, a competência do antigo Tribunal Federal de Recursos, não admitindo em hipótese alguma o alargamento de sua competência<sup>9</sup> e muito menos cometendo a ele qualquer tarefa para resolver qualquer tipo de conflito de atribuições.

Por mais que fosse prático ter a Constituição Federal da época cometido tal tarefa ao Tribunal Federal de Recursos, notadamente na hipótese em estudo, vez que a este Tribunal caberia o julgamento do conflito de competência ou jurisdição entre os Juízes dos Estados-Membros, desde que deflagrada a ação penal, não se pode acrescentar hipótese não contemplada em nossa Lei Maior.

#### 4.1.2. Julgados entre 2002 e 2005: fixação da competência no Superior Tribunal de Justiça

No âmbito da Pet. 1503,<sup>10</sup> o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o conflito de atribuições entre o Ministério Público de entes federativos diversos representaria um virtual conflito de competência entre os juízos envolvidos, de modo a ensejar a competência do Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105, I, 'd', da Constituição atual.

É certo que poderia se dizer que haveria um potencial conflito entre órgãos federativos, a atrair a competência do STF (CF, art. 102, I, 'f'). Porém, à época, entendeu-se que não haveria potencial de colocar em risco a harmonia da Federação brasileira, de modo que não se justificaria a atuação da Suprema Corte.

Reputou-se que, em verdade, o Promotor de Justiça e o Procurador da República, ou dois Promotores de estados distintos, ainda que não tivessem levado o caso ao Judiciário, debateram sobre a competência do juízo. Destarte, estaria configurado um “conflito virtual de competência” entre juízo estadual e juízo federal ou entre dois juízos de estados diversos, a ensejar a atuação do STJ para dirimir o conflito.

<sup>9</sup> Antes da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, era permitido o alargamento da competência do Tribunal Federal de Recursos, através de edição de Lei, que regulasse a competência originária do mesmo para a anulação de atos administrativos de natureza tributária.

<sup>10</sup> EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DENÚNCIA. FALSIFICAÇÃO DE GUIAS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. 1. Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Empresa privada. Falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias devidas à autarquia federal. Apuração do fato delituoso. Dissenso quanto ao órgão do *Parquet* competente para apresentar denúncia. 2. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, a que alude a letra “f”, do inciso I, do artigo 102, da Constituição, restringe-se aos conflitos de atribuições entre entes federados que possam, potencialmente, comprometer a harmonia do pacto federativo. Exegese restritiva do preceito ditada pela jurisprudência da Corte. Ausência, no caso concreto, de divergência capaz de promover o desequilíbrio do sistema federal. 3. Presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do *Parquet* em dissensão. Interpretação analógica do artigo 105, I, “d”, da Carta da República, para fixar a competência do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que julgue a controvérsia. Conflito de atribuições não conhecido. (Pet 1503, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2002).

#### 4.1.3. Críticas comuns a ambos os entendimentos

Pela similaridade da linha de raciocínio, apresentaremos, em conjunto as críticas à fixação da competência no antigo TFR e, posteriormente, ao STJ, que sempre consideramos inadequada. O engano principal, *data venia*, se situa na errônea identificação do que venha a ser conflito de atribuições.

Se partirmos da mesma ótica examinada na parte inicial deste trabalho, verificaremos que o ato a ser praticado e que representaria o conteúdo do conflito seria a atribuição de um órgão do Ministério Público para a formação da sua própria *opinio delicti*, possibilitando, em consequência, o início da ação penal, com o oferecimento da denúncia.

Como se poderia vislumbrar na hipótese de conflito de jurisdição ou competência,<sup>11</sup> se nos encontramos na fase pré-processual e o Magistrado somente pode examinar pressupostos processuais e, portanto, de sua própria competência quando deflagrada a ação penal? Não existe, pelo menos nesse momento, nenhuma atividade jurisdicional a ser realizada pelos Juízos, ressalvado o exame de eventual medida cautelar, que incorre no estudo em foco.

A se aceitar o fato como conflito de competência, estaríamos admitindo sua ocorrência entre órgãos não judiciais para a prática de ato de natureza jurisdicional, colocando por terra toda e qualquer formulação conceitual do tema, inclusive aquela que parte das próprias autoridades em conflito.

Do mesmo modo, e de forma muito mais grave, a se aceitar a hipótese como conflito de jurisdição ou competência, nada impediria que o TFR ou que, depois, o STJ, entendesse que a competência até de um outro Juízo de Estado diverso das autoridades em conflito, fato que repercutiria séria e ilegalmente na própria *opinio delicti*, função institucional do Ministério Público (artigo 25, III, da Lei nº 8625, de 12/2/1993).

Estas indagações e perplexidades ficariam certamente sem respostas a um exame aprofundado do tema, que merece tal reflexão dada a sua importância e relevância constitucional até em nível de se saber quais as funções cometidas ao Executivo e ao Judiciário que não ocorra indevida interferência.

Este estudo jamais seria feito e tantas linhas não seriam gastas se os Ministérios Públicos a nível nacional tivessem suas próprias e respectivas secretarias. Nestes casos, na fase pré-processual, não haveria necessidade, como ocorre hoje, de solicitar ao Juiz a remessa dos autos do inquérito para órgão do Ministério Público de outra Comarca ou Estado. A própria Secretaria do Ministério Público disso se incumbiria, evitando a necessidade de qualquer despacho, por mais lacônico que fosse.

---

<sup>11</sup> Sempre nos referimos a conflito de jurisdição ou competência, apesar de entendermos que a expressão mais correta seria somente competência, eis que partimos de um conceito geral de jurisdição, que se resume no poder de julgar em tese, deixando para o âmbito da competência o julgamento do caso concreto por um dos órgãos que possuem jurisdição.

Uma vez que pelo menos um lacônico despacho existe na prática, não podemos transformá-lo de uma penada, sem um exame mais cauteloso da hipótese, em declinação da competência de um Juízo, sob pena de subvertermos toda ordem processual, além dos demais gravíssimos inconvenientes e ilegalidades que tal medida acarretaria. Não se deve preferir a facilidade que a remessa dos autos de inquérito antes ao TFR e, depois, ao STJ, traria, mesmo porque a ele competiria o exame de um eventual conflito de competência entre os Juízos, após o oferecimento da denúncia, ao invés de se pugnar pela aplicação dos princípios constitucionais, certamente maiores.

O problema assumiria proporções mais graves e diria até hilariantes naqueles casos, e que ocorrem inclusive com mais frequência, nos quais os Juízos se limitam a encaminhar um para o outro os autos do inquérito, atendendo requerimento de remessa do respectivo órgão do Ministério Público. Nesses casos, sequer examinou-se, ainda que em momento impróprio, a questão da competência, sendo de todo incongruente caracterizar conflito entre os mesmos, que podem, às vezes, ter o mesmo entendimento sobre a hipótese concreta, mas que somente será externada no momento processual e legal próprio.

Portanto, o entendimento apresentava uma série de problemas teóricos, de modo que restou superado com o tempo.

#### **4.2. Julgados entre 2005-2016: fixação de competência no próprio Supremo Tribunal Federal**

Em julgado de 2005, o Supremo Tribunal Federal altera a tese que havia fixado, chamando para si a competência para discutir a matéria e fixar o órgão do MP com atribuição. Isso ocorreu na ocasião do julgamento da Pet. 3528.<sup>12</sup> Primeiramente, afastou-se o argumento de que haveria um conflito virtual de competência entre juízos. A atuação dos promotores e procuradores, ao declinar da atribuição no bojo de um inquérito, seria integralmente administrativa, não havendo de se falar “virtualmente” em atuação jurisdicional.

Em seguida, afastou-se a possibilidade de o PGR atuar, porque representaria uma hierarquização entre um órgão federal e órgãos estaduais, incompatível com a Constituição da República. Assim, a saída seria assumir a responsabilidade de julgar o conflito de atribuições, com fulcro no artigo 102, I, ‘f’, da CF, sendo, para nós, o melhor entendimento.

No referido dispositivo, a Constituição Federal é absolutamente expressa e clara ao determinar:

<sup>12</sup> COMPETÊNCIA - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL *VERSUS* MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. Compete ao Supremo a solução de conflito de atribuições a envolver o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL *VERSUS* MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - ROUBO E DESCAMINHO. Define-se o conflito considerado o crime de que cuida o processo. A circunstância de, no roubo, tratar-se de mercadoria alvo de contrabando não desloca a atribuição, para denunciar, do Ministério Público Estadual para o Federal. (Pet 3528, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2005).

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

O texto distingue causas e conflitos, obviamente porque são coisas diversas. A primeira se situa no âmbito da lide judiciária e a outra da administrativa ou até mesmo legislativa. Do mesmo modo, a expressão conflito certamente se situa no âmbito de atribuições para a prática de atos de natureza não jurisdicional por órgão do respectivo Estado-Membro, até porque o conflito de competência tem letra expressa a regulá-lo: letra “o”, do artigo 102.

A regulamentação legal existe a despeito de ilustres opiniões em contrário<sup>13</sup> e se encontra presente desde a reforma constitucional de 1926 a Constituição de 1891 (artigo 59, I, d), permanecendo com a mesma redação nas subsequentes: 1934 (artigo 76, I, d); 1937 (artigo 101, I, c); 1946 (artigo 101, I, e); 1967 e Emenda nº I, de 1969 (artigo 119, I, d), fato histórico, notadamente de interpretação, da maior relevância.

O eminente e saudoso jurista Pontes de Miranda, desde seus comentários à Constituição de 1934 até e inclusive àqueles à Constituição de 1967, com a Emenda nº I, de 1969, distingue plenamente as expressões causas e conflitos, afirmando que a regra jurídica do então artigo 119, letra “d”, “não é apenas regra jurídica de competência – é de si só, atribuição de direito público constitucional subjetivo às entidades políticas a que se refere.” Logo em seguida, Pontes de Miranda, com sua autoridade, admite expressamente a possibilidade do surgimento de conflitos entre Estados a respeito dos quais não haja surgido ação no sentido material.<sup>14</sup>

Colocação semelhante, mas menos profunda, é a de Araújo Castro, que, examinando o artigo análogo ao em estudo na ordem constitucional anterior, exclui somente da competência do Supremo Tribunal Federal decisão dos conflitos em questão exclusivamente políticas,<sup>15</sup> enquanto Carlos Maximiliano indica que

<sup>13</sup> TORNAGHI, Helio. In *Compêndio de Processo Penal*. Editor José Konfino, 1976, Tomo 1, p. 363. Sergio Demoro Hamilton, no trabalho citado na nota nº 6, entende ter a Constituição regulado a matéria na letra “d”, do artigo 119 da Constituição de 1967/69, correspondente ao artigo 102, I, “f” da Carta Magna atual.

<sup>14</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1934*. Ed. G., p. 652; *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº I de 1969*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 1970, p. 25/27. Merece transcrição a colocação do eminente Jurista: “As causas, no sentido do art. 119, I, “d” [atual 102, I, “f”], são as ações que se hão de mover por exercer alguma das entidades estatais brasileiras contra outra. Os ‘conflitos’ podem ser de competência ou de outra origem. Não se pode dizer que, comparecendo perante ao Supremo Tribunal Federal, não exerça ‘ação’ a entidade estatal brasileira, que chama a outra a Juízo. Em verdade, o artigo 119, I, letra “d”, cria a ação declarativa específica para os casos de ‘conflito’, a respeito dos quais não haja surgido ação (no sentido material). O artigo 119, I, “d” fala de ‘causas’ e conflitos entre a União e os Estados e Territórios ou entre uns e outros. Não se trata de conflitos de jurisdição entre juizes e tribunais, porque isto é assunto do artigo 119, letra “e”. Os conflitos, no artigo 119, I, “d” são entre entidades estatais brasileiras.”

<sup>15</sup> ARAUJO CASTRO. *A Constituição de 1934*. Ed. Freitas Bastos, 1941, 2ª Edição, p. 238.

“aos simples conflitos aplica-se o processo estabelecido para dirimir os conflitos de jurisdição entre Tribunais”.<sup>16</sup>

Não é necessária nenhuma interpretação extensiva ou implícita, lógica ou sistemática, para conferir ao Supremo Tribunal Federal a competência para dirimir conflitos de atribuições entre Estados diversos, logicamente através de seus órgãos, pois é através destes que o Estado atua e somente através deles: o artigo 102, alínea I, letra “f” da Constituição Federal é claro e expresso, como já examinado, ao deferir tal competência ao Supremo.

O próprio bom senso estaria a indicar que os nossos legisladores foram felizes na redação do artigo, procurando conferir ao órgão maior do Poder Judiciário tal missão, notadamente em razão dos predicados da Magistratura com a independência e a imparcialidade própria de suas decisões, os próprios efeitos legais decorrentes de uma decisão judiciária, mesmo no procedimento de conflito de atribuições, notadamente a vinculação e a obrigatoriedade, a falta de que, nos conflitos negativos decididos por autoridade, cuja decisão não tivesse tais efeitos, poderia importar em excluir da apreciação do poder judiciário lesão do direito individual.

Quanto à questão de que a resolução do conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público dos Estados diversos pelo STF determinava a submissão da *opinio delicti* do *Parquet* ao Poder Judiciário, inclusive com a delimitação da imputação, temos que tal fato não ocorre.

Justamente por ser de atribuição o conflito é que sua resolução somente pode abranger a escolha de um dos caminhos preconizados pelas autoridades em conflito. Nestes casos, não pode o Supremo Tribunal Federal inovar, ainda que tenha entendimento diverso quanto às capitulações legais lançadas e geradoras do conflito. Ele tem que escolher entre uma e outra, tal como no julgamento de Embargos Infringentes pelos Tribunais estaduais.

Escolhendo entre uma ou outra tese, a *opinio delicti* permanecerá sempre e necessariamente no âmbito próprio dos Ministérios Públicos em conflito. O Supremo não dirá como tem que ser oferecida a eventual denúncia ou qual a capitulação correta, mas antes chancelará uma das teses que representam *opinio delictis* e imputações de membros do próprio Ministério Público, ainda que de Estados diversos.

Esta a razão maior do cuidado que se deve tomar para não transformar um conflito de atribuições, que tem seu âmbito de julgamento limitado, para conflito de jurisdição ou competência, que permitiria, no exame de toda a matéria, inovação do Tribunal que viesse a proferir tal decisão, notadamente quando a discussão envolve capitulação legal e, portanto, imputação.

Por isso, reputávamos, desde a ordem constitucional anterior, que esse seria o entendimento mais adequado, salvaguardando a autonomia dos Ministérios Públicos estaduais e deferindo, ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, a missão de fixar a atribuição para os casos em conflito.

<sup>16</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, Editora Freitas Bastos, 1948, 4ª Edição, vol. II, p. 328.

### 4.3. Julgados entre 2016-2020: competência do Procurador-Geral da República

A despeito de considerarmos mais técnico o posicionamento outrora dominante, forçosa a anotação de que a jurisprudência do STF passou por mais uma mudança.

Em 19 de maio de 2016, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento acerca da matéria, ao julgar as ações cíveis originárias (ACO) de números 924<sup>17</sup> e 1394.<sup>18</sup>

Considerou-se, novamente, que, em verdade, a mera divergência de entendimentos entre órgão do Ministério Público de um ente federativo e do órgão de outro ente não bastaria para caracterizar conflito federativo. Desse modo, o caso não seria de subsunção à regra prevista no artigo 102, I, 'f' da Constituição.

<sup>17</sup> Ementa: CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE AGENTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DOS ESTADOS. DIVERGÊNCIA "INTERNA CORPORIS". AUSÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ART. 102, I, f, CF). NÃO CONHECIMENTO. 1. A divergência de entendimento entre órgão do Ministério Público da União e órgão do Ministério Público do Estado sobre a atribuição para investigar possível ilícito de natureza penal ou civil não configura conflito federativo com aptidão suficiente para atrair a competência do Supremo Tribunal Federal de que trata o art. 102, I, f, da Constituição Federal. 2. Tratando-se de divergência interna entre órgãos do Ministério Público, instituição que a Carta da República subordina aos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade (CF, art. 127, parágrafo 1º), cumpre ao próprio Ministério Público identificar e afirmar as atribuições investigativas de cada um dos seus órgãos em face do caso concreto, devendo prevalecer, à luz do princípio federativo, a manifestação do Procurador-Geral da República. 3. Conflito não conhecido. (ACO 1394; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI; Tribunal Pleno; julgado em 19/05/2016).

<sup>18</sup> Ementa: CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIOS PÚBLICOS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DOTADOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO *PARQUET* EM FAVOR DE MUTUÁRIOS EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. QUESTÃO PRELIMINAR. ALCANCE DO ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA F, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DISPOSITIVO DIRECIONADO PARA ATRIBUIR COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA AO STF EM CASOS DE CONFLITO FEDERATIVO. REVISITAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA PELA CORTE (ACO 1.109/SP E PET 3.528/BA). MERO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES QUANTO À ATUAÇÃO ENTRE DIFERENTES ÓRGÃOS MINISTERIAIS DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO INSTITUCIONAL E NORMATIVA INCAPAZ DE COMPROMETER O PACTO FEDERATIVO AFASTA A RÉGUA QUE ATRIBUI COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA AO STF. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA E REMESSA DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA (PGR) – (PRECEDENTE FIXADO PELA ACO 1.394/RN). 1. *In casu*: (i) cuida-se de conflito negativo de atribuições entre diferentes órgãos do ministério público para se definir a legitimidade para a instauração de Inquérito Civil em investigação de possível superfaturamento na construção de conjuntos habitacionais no Município de Umuarama/PR e (ii) há suspeita de que construtoras obtiveram, por intermédio da Caixa Econômica Federal, verbas do Sistema Financeiro de Habitação, em valor superior ao necessário para a construção dos conjuntos habitacionais, excesso esse que teria sido repassado aos mutuários da CEF. 2. Em sede preliminar, o tema enseja revisitação da jurisprudência assentada por esta Corte (ACO 1.109/SP e, especificamente, PET 3.528/BA), para não conhecer da presente Ação Cível Originária (ACO). Nesses precedentes, firmou-se o entendimento no sentido de que simples existência de conflito de atribuições entre Ministérios Públicos vinculados a entes federativos diversos não é apta, per se, para promover a configuração de típico conflito federativo, nos termos da alínea f, do Inciso I, do art. 102, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). O caso dos autos remete, conseqüentemente, a mero conflito de atribuições entre órgãos ministeriais vinculados a diferentes entes federativos. 3. Em conclusão, essa situação institucional e normativa é incapaz de comprometer o pacto federativo e, por essa razão, afasta a regra que, em tese, atribui competência originária ao STF. Ademais, em consonância com o entendimento firmado por este Tribunal no julgamento da ACO 1.394/RN, o caso é de não conhecimento da ação cível originária, com a respectiva remessa dos autos ao Procurador-Geral da República para a oportuna resolução do conflito de atribuições. (ACO 924; Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno julgado em 19/05/2016).

Entendeu-se que, historicamente, a Corte tem adotado hermenêutica restritiva para o dispositivo da CF, exceto nessa hipótese de conflitos entre órgãos do MP. Por isso, a maioria entendeu por bem reverter a jurisprudência então dominante.

Ademais, o caso trataria de um conflito entre autoridades administrativas, não se justificando a intervenção judiciária.

Fixou-se, então, o Procurador-Geral da República como competente para dirimir os conflitos. Considerou-se que, pelo artigo 128 da Constituição, o Ministério Público seria um órgão uno, ainda que os membros oficiem em estruturas federativas diversas. Na oportunidade, ele não agiria como chefe do MPU, mas como órgão nacional do MP.

Essa qualidade do PGR como órgão nacional estaria presente em alguns dispositivos constitucionais, segundo o voto do Min. Dias Toffoli, como o que trata de sua legitimidade para propor ADI (CF, art. 103, VI), que cuida de legitimados de âmbito nacional; sua atuação no CNJ (art. 103-B, IX e XI); o incidente de deslocamento de competência por violação aos direitos humanos (art. 109, §5º); a propositura da ação direta de intervenção (art. 34, VI e VII); a presidência do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, I).

Ainda conforme o voto do Ministro Dias Toffoli, o “órgão nacional, portanto, encontra-se em posição conglobante dos Ministérios Público da União e dos estados”. Assim, estaria justificada sua atuação para dirimir os conflitos.

A orientação também foi adotada em outro julgado, reforçando-se a tese fixada.<sup>19</sup> Mesmo assim, não podemos deixar de apontar algumas críticas, que já formulávamos a ela.

Em primeiro lugar, a regra geral, e até por efeito lógico, seria de que o conflito de atribuições deve ser decidido por autoridade hierarquicamente superior no âmbito das autoridades em conflito.<sup>20</sup> Caso contrário, isto é, na falta de autoridade superior, tendo em vista a autonomia dos Estados-Membros, princípio constitucional, é que se pensa, inicialmente, procurar solução no Judiciário, dada a sua equidistância das autoridades em conflito, a sua total independência e ainda e principalmente pelo efeito vinculativo e obrigatório que geraria a decisão emanada deste poder.

O Procurador-Geral da República, mesmo no exercício único de *custos legis*, não é autoridade hierarquicamente superior a órgãos do Ministério Público dos demais Estados da Federação.

Não existe dispositivo legal algum que lhe dê autoridade e atribuição para dirimir conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público dos demais Estados.

<sup>19</sup> Ementa: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO APTO A INSTAURAR A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, PARA AS PROVIDÊNCIAS CABÍVEIS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO NO JULGAMENTO DAS AÇÕES CÍVEIS ORIGINÁRIAS 924 E 1.394, BEM ASSIM DAS PETIÇÕES 4.706 E 4.863. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (ACO 2899 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI; Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN; Tribunal Pleno; julgado em 06/02/2017).

<sup>20</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 7ª Edição, 1983, páginas 88/90.



A única relação entre eles seria o fato de o Procurador-Geral da República pertencer também ao Ministério Público, só que no plano federal. Nada mais.

Sequer uma eventual decisão sua nesses casos, pelo ordenamento jurídico posto, teria o condão de vincular e obrigar qualquer das partes em conflito a acatá-la, até mesmo pelo princípio da delegação, privativo dos Procuradores-Gerais em face de seus respectivos e próprios *Parquets*. O Procurador-Geral da República, na realidade, funcionaria, se chamado a dirimir o conflito, como árbitro escolhido pelas partes, só que sem qualquer conotação legal.

Outro aspecto fundamental da hipótese, que voltou a ser desconsiderado na matéria, é de que o conflito se dá entre órgãos autônomos e independentes de dois Estados, o que traz como consectário lógico que o conflito é na realidade entre Estados diversos da Federação.

Esse fato óbvio pode ser ilustrado com o conhecido exemplo do corpo humano: a pessoa, o indivíduo, fala normalmente através de sua boca, órgão de seu corpo. Nunca se ousou falar ou dissociar o órgão do corpo humano, da sua própria pessoa. Quem fala, na realidade, não é o órgão, mas a própria pessoa, o indivíduo.

Esta verdade se aplica com a mesma intensidade quando o Estado, no exercício de sua função específica de exercitar o *jus perseguendi* e o *jus puniendi*, fala através de seu órgão: o Ministério Público. É o próprio Estado que está exercitando este direito. Daí que os conflitos entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos se põem entre os próprios Estados<sup>21</sup> e possuem estatura suficiente para deflagrar a atuação do STF.

A resolução de conflitos entre Estados diversos, ainda que relacionados com atividade persecutória, não é de atribuição do Procurador-Geral da República.

Adotar solução contrária, além de violar artigos e princípios diversos da Constituição Federal, seja o que determina a plena autonomia dos Estados-Membros, seja o próprio artigo 102, inciso I, letra "f", que comete ao Supremo Tribunal Federal competência para dirimir conflitos entre os Estados, traria os demais inconvenientes anteriormente examinados, notadamente os efeitos não vinculativos e não obrigatórios que uma eventual decisão do Procurador-Geral da República, neste sentido, ocasionaria, em face dos órgãos dos Ministérios Públicos estaduais em conflito.

---

<sup>21</sup> Não existe nenhuma novidade nesta nossa colocação que retratar a conhecida "Teoria do Órgão", de aceitação universal e que substituiu as ultrapassadas teorias do mandato e da representação. Veja-se, a propósito, o livro de MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, 10ª Edição, 1984, p. 40/54, que praticamente esgota o assunto e ainda classifica os membros do Ministério Público como órgãos do Estado, na categoria de agentes políticos.

#### 4.4. Momento atual (desde 2020): competência do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou, recentemente, por mais uma mudança, conferindo nova orientação a respeito do tema. Ao analisar a Ação Cível Originária nº 843-SP,<sup>22</sup> bem como as Petições (Pets) 4981-DF,<sup>23</sup> 5091-DF<sup>24</sup> e 5756-SP,<sup>25</sup> o Plenário do STF decidiu que cabe ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) solucionar conflitos de atribuições entre os diversos ramos dos Ministérios Públicos. Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento de que o CNMP é o órgão mais adequado para decidir.

O conflito que deu origem à ACO nº 843-SP e motivou nova orientação do STF sobre a matéria que envolvia o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, estava relacionado com desdobramentos nos campos cível e penal, relativamente à gestão de recursos oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF.

O caso foi distribuído inicialmente ao Min. Marco Aurélio, que, ao analisar a questão, entendeu que a atribuição cabia ao Ministério Público Federal, por envolver o FUNDEF. Sendo assim, solucionou o conflito de atribuições em tal sentido. O Min. Luís Roberto Barroso abriu divergência, encaminhando voto pela incompetência do Tribunal para apreciar a questão, com a subsequente remessa do feito ao Procurador-Geral da República, conforme a própria jurisprudência da corte reconhecia, destacou o Ministro.

<sup>22</sup> EMENTA: AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA DIRIMIR CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE MINISTÉRIOS PÚBLICOS DIVERSOS. EXERCÍCIO DO CONTROLE DA LEGALIDADE DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA. RESPEITO À INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. CF, ART. 130-A, § 2º, INCISOS I E II. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Incompetência originária do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para conhecer e dirimir conflito de atribuições entre membros de ramos diversos do Ministério Público. Inaplicabilidade do art. 102, I, f, da CF, por ausência de risco ao equilíbrio federativo. 2. Impossibilidade de encaminhamento do conflito de atribuição para o Procurador-Geral da República, enquanto autoridade competente, pois é parte interessada na solução da demanda administrativa, uma vez que acumula a Chefia do Ministério Público da União com a chefia de um de seus ramos, o Ministério Público Federal, nos termos da LC 75/1993. 3. Os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-Geral, ressalvando-se, porém, que só existem unidade e indivisibilidade dentro de cada Ministério Público, inexistindo qualquer relação de hierarquia entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, entre o de um Estado e o de outro, ou entre os diversos ramos do Ministério Público da União. 4. EC 45/2004 e interpretação sistemática da Constituição Federal. A solução de conflitos de atribuições entre ramos diversos dos Ministérios Públicos pelo CNMP, nos termos do artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal e no exercício do controle da atuação administrativa do *Parquet*, é a mais adequada, pois reforça o mandamento constitucional que lhe atribuiu o controle da legalidade das ações administrativas dos membros e órgãos dos diversos ramos ministeriais, sem ingressar ou ferir a independência funcional. 5. Não conhecimento da Ação Cível Originária e encaminhamento dos autos ao Conselho Nacional do Ministério Público para, nos termos do artigo 130-A, incisos I e II, da Constituição Federal, dirimir o conflito de atribuições. (ACO 843; Relator: Min. MARCO AURÉLIO; Redator do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Tribunal Pleno; julgado em 10/06/2020).

<sup>23</sup> (PET 4891/DF; Relator: Min. MARCO AURÉLIO; Redator do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Tribunal Pleno; julgado em 16/06/2020).

<sup>24</sup> (PET 5091/DF; Relator: Min. MARCO AURÉLIO; Redator do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Tribunal Pleno; julgado em 16/06/2020).

<sup>25</sup> (PET 5756/SP; Relator: Min. MARCO AURÉLIO; Redator do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Tribunal Pleno; julgado em 16/06/2020).

Posteriormente, o Ministro Alexandre de Moraes abriu nova divergência, destacando, inicialmente, as competências originárias reservadas ao STF, como órgão de cúpula do Poder Judiciário. O Ministro entendeu que o caso sob análise não se adequava à previsão específica do art. 102, I, f, da Carta Magna, motivo pelo qual não era possível reconhecer a atuação do Supremo Tribunal Federal para o seu conhecimento.

Destacou, ainda, que discordava do encaminhamento do conflito de atribuição para o Procurador-Geral da República, enquanto autoridade competente, pois também seria parte interessada na solução da demanda administrativa, uma vez que acumula a Chefia do Ministério Público da União com a chefia de um de seus ramos, o Ministério Público Federal, nos termos da LC 75/1993.

De acordo com esses fundamentos, o Ministro Alexandre de Moraes destacou que a interpretação sistemática da Constituição Federal, após a edição da EC 45/2004, “aponta como mais razoável e compatível com a própria estrutura orgânica da Instituição reconhecer no Conselho Nacional do Ministério Público a necessária atribuição para solucionar os conflitos de atribuição entre seus diversos ramos, pois, constitucionalmente, tem a missão precípua de realizar o controle de atuação administrativa e financeira do Ministério Público.”

Assim, votou pelo não conhecimento da ação cível originária, reconhecendo a incompetência da Corte para a apreciação da ação, e pelo encaminhamento dos autos ao Conselho Nacional do Ministério Público para, nos termos do artigo 130-A, § 2º, incisos I e II, da Constituição Federal,<sup>26</sup> dirimir o conflito de atribuições.

Por essas razões, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu não ser da sua competência a resolução do conflito, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Celso de Mello, que entendiam pela competência do STF. Entre os Ministros que entendiam ser o STF incompetente, foi assentado, por maioria, que a competência para dirimir o conflito é do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Nesse sentido, votaram os Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Ficaram vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber, que entendiam pela competência do Procurador-Geral da República.

---

<sup>26</sup> Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

(...)

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Por fim, destaca-se que após o julgamento, foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados, mantendo-se, assim, o novo entendimento firmado pela Corte. O acórdão que rejeitou os embargos de declaração transitou em julgado em 24/02/2021. Deste modo, o entendimento atual do STF sobre a matéria é de que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP dirimir os conflitos de atribuições entre diferentes membros do Ministério Público.

Nessa linha, cumpre destacar, inclusive, que após o novo entendimento fixado pelo STF, foi implementada a Emenda Regimental nº 32, de 10 de março de 2021, que acrescentou novo dispositivo ao Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público.

Agora, o Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe expressamente sobre o conflito de atribuições em seu Capítulo XVI - DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES, no art. 152-A<sup>27</sup> e seguintes.

O fato de o CNMP ter competência para realizar o controle da atuação administrativa e financeira do MP, como ressaltado no acórdão do STF, não alcança a prática de atos de natureza processual, como se insere a denúncia, peça inicial da ação penal.

Não se trata de uma disputa de natureza administrativa entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos, pois a denúncia, por óbvio, não tem tal natureza. Repita-se, trata-se de um ato de natureza processual que deflagra a ação penal<sup>28</sup> e, portanto, não sujeito ao controle do CNMP.

Não cabe ao STF, com a devida *venia*, conferir competência ao CNMP para a prática de atos não previstos na EC 45/2004, subtraindo a sua própria competência para dirimir conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público de Estados diversos para a prática de atos de natureza processual, prevista, expressamente, no artigo 102, I, letra f, como demonstrado ao longo deste trabalho.

## 5. Conclusão

O desenvolvimento do trabalho nos permite fixar as seguintes conclusões:

- a) O conflito de atribuições se identifica pelo conteúdo da atividade a ser desenvolvida e ocorrerá sempre que o ato a ser praticado tiver

<sup>27</sup> Art. 152-A. Salvo disposição legal em contrário, compete ao Conselho Nacional do Ministério Público processar e julgar os conflitos de atribuições entre os ramos e as unidades do Ministério Público da União e dos Estados. (Incluído pela Emenda Regimental nº 32, de 10 de março de 2021).

<sup>28</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho destaca: “a ação penal pública inicia-se, pois, com a denúncia, oferecida pelo órgão do Ministério Público. A denúncia, na técnica processual brasileira, significa a peça inaugural da ação penal, quando promovida pelo Ministério Público. Pouco importa seja a ação penal pública incondicionada ou condicionada. Se o Ministério Público inicia a ação penal, esse ato vestibular, em que se formaliza o direito de ação, recebe, no nosso Direito, o *nomen juris* de denúncia.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal* 1. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 368-369).

natureza não jurisdicional, pouco importando às autoridades em conflito a forma ou o momento de sua prática.

b) É de atribuição o conflito que ocorre entre membros do Ministério Público de Estados diversos para fixar o local onde deva ser oferecida a denúncia, pois o ato tem natureza processual.

c) O conflito de atribuições entre membros do Ministério Público de Estados diversos se põe entre os próprios Estados.

d) A Constituição Federal atribui ao Supremo Tribunal Federal a obrigação de dirimir conflitos de atribuições entre os Estados, nos termos do artigo 102, I, letra "f".

# A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A fundamentalidade do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança pública e o seu microssistema de tutela. 3. “Crise da justiça”: ineficácia da atuação jurisdicional do Ministério Público contra os atos de improbidade administrativa. 4. O Acordo de Não Persecução Cível – ANPC e seus aspectos teóricos: histórico normativo, natureza jurídica e conteúdo genérico. 5. Alguns aspectos práticos do ANPC: conteúdo específico; legitimidade; homologação; descumprimento e execução. 6. Considerações finais. Referências.

## Resumo

O artigo pretende, a partir da premissa da fundamentalidade do patrimônio público, da moralidade administrativa e do direito à boa governança pública, realizar uma breve análise crítica e empírica da ineficácia da atuação eminentemente repressiva e jurisdicional do Ministério Público na responsabilização por atos de improbidade administrativa para fundamentar a priorização da atuação resolutiva e consensual-sancionatória, por meio alternativo do Acordo de Não Persecução Cível, do qual serão apresentados alguns aspectos teóricos e práticos importantes.

**Palavras-chave:** Patrimônio público. Atuação. Ministério Público. Acordo de Não Persecução Cível. Teoria e prática.

**Keywords:** *Public property. Acting. Public Ministry. Civil Non-Prosecution Agreement. Theory and practice.*

---

\* Doutorando em *Estado de Derecho y Gobernanza Global* pela Universidade de Salamanca. Mestre em *Estrategias Anticorrupción y Políticas de Integridad* pela Universidade de Salamanca e Universidade Federal de Goiás. Pós-Graduado em “Prevenção e Repressão à Corrupção: aspectos teóricos e práticos” pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduado em Direito Privado pela Universidade Cândido Medes. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor da FESMPMG - Fundação Escola Superior do MPMG e de cursos de Pós-Graduação. Membro do Grupo Coordenador do FUNEMP/MPMG - Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Membro do IDASAN – Instituto de Direito Sancionador Brasileiro e Conselheiro Superior do INAC – Instituto Não Aceito Corrupção.

## 1. Introdução

No atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais e das estruturas e funcionamento do Ministério Público, é inconcebível que se perpetue um modelo tradicionalmente ineficaz de tutela desses direitos, especialmente na defesa do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa governança pública.

A criação, o desenvolvimento e o controle de um sistema normativo que se preste à boa tutela desses direitos difusos deve levar em conta, inexoravelmente, a natureza jurídica humana e fundamental de seu objeto de tutela, a fim de propiciar aos seus destinatários sua máxima efetividade, por meio de medidas preventivas e repressivas que concretizem eficientemente o que foi estabelecido em seu epicentro que é a Constituição da República de 1988.

O modelo tradicional de tutela prioritariamente repressiva e jurisdicional do patrimônio público levado a efeito pelo Ministério Público, sob a égide da Lei de Improbidade Administrativa, embora impulsionado, até muito recentemente, pela inflexibilidade do princípio da obrigatoriedade e pela ausência de meios alternativos de resolução de conflito sancionador, é manifesto e empiricamente ineficaz, gerador do que nominamos *Crise da Justiça*.

Após diversas alterações normativas sobre o tema, veio a lume a redação do art. 17-B, incluído na Lei n. 8.429/92 pela entrada em vigor da Lei n. 14.230/21, de 25 de outubro de 2021, que resultou na consolidação definitiva do instituto do Acordo de Não Persecução Cível,<sup>1</sup> a ser celebrado entre o Ministério Público (e/ou a pessoa jurídica lesada)<sup>2</sup> e os autores e beneficiários dos atos de improbidade, com vistas à promoção da respectiva responsabilização, em alternativa à tradicionalmente ineficaz judicialização da pretensão sancionadora.

Em que pese a novidade da previsão legal expressa do ANPC, a nova LIA não estabeleceu balizas sancionadoras objetivas mínimas e suficientes para o instituto, gerando certa insegurança jurídica em sua compreensão e utilização, para o que seguem algumas linhas sobre seus aspectos teóricos e práticos, com vistas à promoção eficiente da tutela repressiva e preventiva ao patrimônio público por esse instrumento alternativo à judicialização.

<sup>1</sup> Registre-se que a Medida Provisória n. 703, editada em 18 de dezembro de 2015, revogou o parágrafo primeiro da Lei n. 8.429/92, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações respectivas, possibilitando-se, portanto, segundo parte da doutrina (v.g. Eduardo Cambi), a consensualidade, mesmo que sem balizas objetivas. Todavia, referido ato normativo perdeu eficácia, por sua não conversão em lei, conforme Ato Declaratório n. 27, de 31 de maio de 2016. Posteriormente, o art. 6º da Lei n. 13.964, de 4 de dezembro de 2019, instituiu o Acordo de Não Persecução Cível, com a inclusão do § 1º ao artigo 17 da LIA assim redigido: “§ 1º. As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”, cuja vigência durou de 3 de janeiro de 2020 até 25 de outubro de 2021, data da entrada em vigor da Lei n. 14.230/21, que trouxe o art. 17-B ao texto da LIA, dispondo definitivamente sobre o ANPC.

<sup>2</sup> A legitimidade concorrente disjuntiva entre o MP e a pessoa jurídica interessada será tratada detidamente no item 5.

## 2. A fundamentalidade do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança pública e o seu microsistema de tutela

O principal fundamento da relevância de uma análise crítica e da hermenêutica eficiente das normas componentes de um sistema jurídico de tutela coletiva é a natureza jurídica do objeto protegido e suas repercussões metaindividuais. Em se tratando de direitos transindividuais constitucionalizados, especialmente do patrimônio público, a visão do intérprete sobre o campo normativo deve ser diferente, há de ser sistêmica e prover-lhe a máxima efetividade protetiva, sob pena de proteção deficiente e inutilidade jurídica.

Ao identificar sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, descrever condutas típicas e a elas cominar sanções, a Lei de Improbidade Administrativa visa, eminentemente, à proteção eficiente do patrimônio público, da probidade administrativa e do direito fundamental à boa administração pública. Por maior que tenha sido o esforço de identificá-la como norma puramente sancionadora e nela se fazer constar clara preocupação com os direitos e garantias individuais dos investigados/condenados (v.g. art. 17-D), o intérprete não pode desconsiderar jamais que a finalidade primordial da LIA é, justamente, a proteção do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa governança, mesmo porque, da própria sanção (cominada ou efetivamente aplicada) também decorrem indissociáveis efeitos preventivos.

A necessária evolução humana e as inúmeras transformações relacionais culminaram na consagração da existência societária e no surgimento do Estado como gestor da *res publica*, fundando-se, pois, a coletivização do patrimônio social, a bem comunitário, como consequência natural dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade coletiva, consagrados internamente em nosso texto constitucional, respectivamente, como fundamento e como objetivo fundamental da República.<sup>3</sup>

Unificando-se o conceito semântico aos conteúdos normativos específicos, com o complemento conceitual doutrinário, pode-se conceber o *patrimônio público* como o conjunto de bens e direitos (sociais e morais), de natureza móvel ou imóvel, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) da Administração Pública direta e indireta, mas à coletividade como titular ultimada, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando os administradores e os administrados responsáveis por sua efetiva tutela e sujeitos à responsabilização por eventuais danos de qualquer natureza.<sup>4</sup>

Esse conjunto de bens e direitos móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, possui titularidade difusa, inserido, assim, na terceira dimensão de direitos fundamentais e decorre, logicamente, dos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade ou fraternidade coletivas, consagrados no âmbito interno do texto constitucional pátrio, respectivamente, como fundamento e como objetivo fundamental da República.

<sup>3</sup> Art. 1º, II e art. 3º, I, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>4</sup> Por essa concepção ampliativa, considerar-se-á o patrimônio público como continente, do qual a probidade administrativa e boa governança são conteúdos.



Com a mudança paradigmática das relações jurídico-sociais entre o homem e o Estado (antropocentrismo), surge o direito à proteção ao patrimônio público, à probidade administrativa e à boa administração pública,<sup>5</sup> como manifestação da dupla dimensão da cidadania, sendo o cidadão (concepção ampla) sujeito de direitos e também de deveres, agora com responsabilidade social. Sob o influxo dos princípios republicano, democrático, da solidariedade coletiva e o da dignidade da pessoa humana, o indivíduo, seja ele administrador ou administrado, torna-se, simultaneamente, sujeito de direitos de fruição e de deveres de tutela, consumidor final do produto da gestão pública e potencial responsável pela prática ou proveito de atos ilícitos.

O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado não se exaurem em medidas de cunho negativo, de abstenção de ingerências ilícitas na esfera fundamental do ser humano. Para muito além disso, em especial no que respeita ao patrimônio público, pela força vinculante da Constituição, cabe ao Estado também proporcionar a efetivação desses direitos, numa máxima amplitude e eficiência do plano positivo dos direitos fundamentais.<sup>6</sup>

Pode-se inferir, portanto, que o patrimônio público, a moralidade administrativa e o direito à boa governança, tanto sob o aspecto objetivo (ordem jurídica) quanto sob o aspecto subjetivo (titularidade individual e coletiva), foram cunhados, externa e internamente, como direitos fundamentais, a bem da dignidade da pessoa humana, sendo parâmetros básicos para a interpretação e a concretização da própria ordem jurídica e da fixação das balizas e valores do próprio Estado Democrático de Direito.<sup>7</sup> Por sua própria natureza jurídica, reclama tutela ampla e irrestrita, porque, conforme Fernando Rodrigues Martins, “a malversação do patrimônio público fere a concepção deontológica de um direito fundamental e importa na desapropriação violenta e lesiva de uma coletividade.”<sup>8</sup>

Sob o aspecto objetivo, o caráter fundamental do patrimônio público ressaí de seu conteúdo econômico (dinheiro e bens públicos), advindo da arrecadação tributária estatal, vinculando-se a sua utilização, por mandamentos constitucionais e legais cogentes, para a concretização de todos os outros direitos fundamentais

<sup>5</sup> Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro sobre o direito fundamental à boa administração pública, ele pode ser inferido como um dos fundamentos constitucionais do próprio regime republicano, do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública. Cf. VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81. Incluímos neste conceito a ideia indissociável de probidade administrativa, continente, segundo expressão corrente doutrinária ampliada da moralidade administrativa (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 106).

<sup>6</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 55-124.

<sup>7</sup> Por fins didáticos, já feita a diferenciação conceitual, ao se tratar de tutela coletiva doravante, adotar-se-á a ideia ampliada de “patrimônio público” como continente da probidade administrativa e do direito à boa administração pública.

<sup>8</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 64.

(sobretudo os sociais) de titularidade coletiva. Sob o aspecto subjetivo, seu caráter fundamental decorre de sua titularidade difusa, a bem do interesse comum.

Nesta perspectiva evolutiva, esses direitos são objeto de proteção internacional e nacional e estão presentes em diversos documentos internacionais de positivação de direitos humanos: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996) e, entre outros, especialmente, na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003), mais eloquente instrumento internacional anticorrupção, incorporado ao nosso ordenamento jurídico em 2006, com a promulgação do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro.

Mas é no âmbito interno de nosso sistema jurídico que esses direitos se reconhecem como fundamentais, inseridos no terceiro estrato dimensional-evolutivo como direitos transindividuais difusos<sup>9</sup> e tutelados não somente pela Constituição da República de 1988,<sup>10</sup> mas por diversas normas infraconstitucionais, especialmente, pela Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, recentemente reformada – ou desmantelada – pela chamada Nova Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 14.230/21, que entrou em vigor em 25 de outubro de 2021. Trata-se, portanto, de direitos difusos de terceira dimensão, decorrentes dos princípios constitucionais republicano, democrático e da solidariedade coletiva, bem como sob o manto do princípio da probidade administrativa, são garantias individuais constitucionais fundamentais do cidadão e da própria nação brasileira. (arts. 1º, 3º, I, 37, § 4º, 85, V, c/c o art. 5º, § 2º, da CR/1988)

A par das previsões típicas criminais existentes desde 1940 (artigos 317 e 333 do Código Penal Brasileiro), antes mesmo do surgimento da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) – considerada o grande marco normativo de surgimento da tutela coletiva no Brasil – movimento seguido pela própria Constituição da República de 1988 e pela Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) – já vigorava a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que instrumentalizava a pretensão protetiva de alguns direitos coletivos, em especial, o patrimônio público.

Esse *microsistema* é um conjunto de normas protetivas e sancionadoras extrapenais, as quais descrevem condutas, estabelecem procedimentos próprios, garantias individuais, espécies de tutela administrativa e judicial e ainda cominam sanções, de diversas naturezas, nas distintas e relativamente intercomunicáveis instâncias de responsabilização.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> A indicação difusa do patrimônio público e sua proteção, como espécies de direito transindividual, cuja divisão em difusos, coletivos e individuais homogêneos, é expressa no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90.

<sup>10</sup> Artigos 5º LXXIII e 129, III, ambos da CR/88, entre outros dispositivos.

<sup>11</sup> A Nova Lei de Improbidade trouxe norma inconstitucional (violação dos princípios da isonomia, do devido processo legal, da obrigatoriedade da ação do Ministério Público e do juiz natural) e inconveniente (artigos 30, 34, 41 e 42 da Convenção da ONU Contra a Corrupção) sobre isso, no § 4º do art. 21, prevendo a comunicabilidade incondicionada da instância cível à criminal, qualquer que seja o fundamento da decisão absolutória.

Além do estabelecimento do objeto material coletivo de proteção (direitos difusos),<sup>12</sup> a LACP trouxe inovações transformadoras ao sistema processual civil pátrio da mais alta relevância: a legitimação ativa coletiva concorrente (art. 5º); a consagração da consensualidade, por meio do compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º); tutela específica, liminar *inaudita altera pars* e medidas cominatórias (art. 11); coisa julgada coletiva (art. 16) e o estabelecimento de regras processuais para o processo coletivo.

Seguindo no tempo, vieram a lume as previsões normativas materiais e processuais da Constituição da República de 1988, que revelam os mais sensíveis fundamentos da tutela coletiva brasileira, por meio de um sistema jurídico aberto de direitos fundamentais (§ 2º do artigo 5º), dinâmico (princípio democrático, vide art. 1º) e de tutela jurisdicional ampla e irrestrita (princípio do acesso à Justiça, do art. 5º, XXV). Registre-se, ainda, a disposição do artigo 129, III, consagradora do princípio da não taxatividade do objeto material da tutela coletiva pelo Ministério Público, reafirmado, genericamente e depois, pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao inserir na LACP o artigo 21, criou o transformador *Microsistema de Tutela Jurisdicional Coletiva Comum*, resultante da integração e interação entre as disposições processuais da Lei nº 9.078/90 e a Lei nº 7.437/85 (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP). Trata-se de um conjunto de normas materiais e processuais coletivas comuns, ou seja, aplicáveis a toda hipótese de proteção jurisdicional de direitos coletivos, inclusive e especialmente à tutela do patrimônio público, o que, conforme se demonstrará, inadmite a teratológica exclusão realizada pelo art. 17-D da nova LIA. O CDC trouxe, ainda, disposições conceituais e tripartites sobre os direitos coletivos (art. 81, parágrafo único) e sobre a coisa julgada coletiva (art. 103).

Esse microcosmo normativo de tutela coletiva genérica é informado por princípios de direito material e processual coletivo, com a finalidade de viabilizar a máxima efetividade na proteção dos direitos difusos, em especial do patrimônio público. Todos eles servem de fundamento para a implementação de mecanismos de maior eficiência no controle preventivo e repressivo da corrupção, destacadamente pelo Ministério Público.

O sistema normativo brasileiro é pródigo em proteção ao patrimônio público (*lato sensu*), pelo que, é possível que uma só conduta (unicidade da conduta) figure como ilícito penal, civil, administrativo e até político (multiplicidade típica), propiciando a responsabilização em cada seara do direito (multiplicidade de sanções).

Ocorre que, até a edição da originária Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, a responsabilização para os atos dessa natureza era ainda tímida, sujeitando o autor da ilicitude apenas à responsabilização criminal (acaso crime fosse o fato),

<sup>12</sup> Registre-se que, originalmente, o sistema implantado pela LACP era o da *taxatividade do objeto material*, o que restou ultrapassado, posteriormente, pelas disposições materiais e processuais coletivas da Constituição da República, de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, que resultaram na alteração da norma do art. 1º, IV, da Lei n. 7347/1985, para nele incluir *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*.

ao ressarcimento dos danos eventualmente causados (responsabilidade civil), às sanções decorrentes de um processo administrativo disciplinar e, por fim, à parca responsabilização política.<sup>13</sup>

Exibindo uma rara boa técnica legislativa, a originária Lei nº 8.429/92 inovou no ordenamento jurídico, ao dispor, em regime próprio e bem sistematizado, basicamente sobre: legitimados ativos e passivos dos atos de improbidade administrativa; legitimados processuais ativos e passivos; tipificação específica de improbidade administrativa; medidas cautelares específicas; sanções para os sujeitos ativos dos atos; regras procedimentais administrativas e judiciais; coisa julgada e prescrição da pretensão sancionatória.

Especificamente quanto à proteção extracriminal do patrimônio público (*lato sensu*), complementarmente ao referido microsistema de tutela coletiva comum (CR/88, LAP, LACP, CDC e CPC), foram editadas diversas normas contendo medidas de prevenção e repressão à improbidade administrativa, inclusive com referências típicas específicas, além da própria LIA, compondo-se o chamado *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*:<sup>14</sup> Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições); Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade); Lei nº 12.257/2011 (Lei de Acesso à Informação); Lei nº. 12.813/2013 (Lei do Conflito de Interesses); Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas) e Decreto nº 9.203 (Governança).

Exposto esse quadro, o importante a salutar é que sobre todo esse arcabouço normativo, desenvolvido no tempo e a duras penas, deve recair uma interpretação sistemático-teleológica, envolta pelos princípios de direito material e processual coletivos, para que dele se extraia a máxima efetividade e amplitude na proteção do patrimônio público, possibilitando-se a proteção desses interesses e a responsabilização dos agentes ilícitos em seu mais alto grau e nas diversas e relativamente independentes instâncias de responsabilização, especialmente no que respeita ao Acordo de Não Persecução Cível, introduzido finalmente à LIA pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, em seu art. 17-B.

<sup>13</sup> Salvo a Constituição Imperial de 1824, todas as Constituições Republicanas previram a responsabilização do Chefe do Executivo por infrações à probidade administrativa. Em âmbito infraconstitucional, citam-se as normas precedentes à LIA: Lei nº 3.164/1957; Lei nº 3.152/1958; Atos normativos publicados durante o período da Ditadura Militar e Lei nº 4.717/1965.

<sup>14</sup> Defendemos a ideia da existência de um continente "*Microsistema Anticorrupção*", que estabelece a tipificação, os procedimentos, as garantias e as respectivas sanções a determinadas condutas qualificadas no conceito analítico de corrupção (VALDÉS, Garzón, 1997), em todas as possíveis instâncias de responsabilização de determinado ordenamento jurídico (criminal, administrativo, político e civil), do qual é conteúdo o chamado *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*, formado por um conjunto de normas extrapenais que possibilitam a tutela dessa categoria de direitos difusos e a responsabilização civil dos autores, do qual se destaca a Lei de Improbidade Administrativa.

### 3. “Crise da justiça”: ineficácia da atuação jurisdicional do Ministério Público contra os atos de improbidade administrativa

Seguindo a linha da *virada pragmático-científica* mencionada pelo Ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, que visa a “nos libertar de discursos tonitruantes e da retórica vazia, descompromissada do mundo real” e em que “o empirismo significa a valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas”,<sup>15</sup> confirma-se e atualiza-se adiante a hipótese da ineficácia da atuação demandista do Ministério Público anticorrupção, pela análise crítica de dois indicadores: número de ocorrências de improbidade administrativa registrado pela Instituição (inquéritos civis e procedimentos preparatórios) e índices de julgamento das respectivas ações (favorabilidade e números das Metas da ENASP).

Conforme demonstrado por Alencar e Gico Júnior,<sup>16</sup> os dados de ineficiência do Sistema de Justiça no Brasil<sup>17</sup> para a repressão e prevenção à corrupção são chocantes: a probabilidade de punição jurisdicional criminal e civil dos envolvidos com a corrupção é inferior a 5%! Esse estudo relevantíssimo confirmou, de forma pioneira e empírica, o que há muito tempo já revelavam os indicadores de opinião pública sobre a corrupção no Brasil: existe uma sensação coletiva de impunidade. Nele, adotou-se concepção ampla de “sistema judicial”, de modo a incluir não apenas os magistrados, mas também membros do Ministério Público, os advogados, os policiais etc. Todavia, leva em conta apenas os provimentos jurisdicionais sancionatórios, para fins de aferição da ineficiência.

Adotando-se o indicador das condenações pelas instâncias oficiais, em casos de corrupção praticada por servidores públicos federais (corrupção burocrática) dos principais Ministérios (Fazenda, Planejamento, Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Relações Exteriores, Desenvolvimento Agrário), durante o período de 1993-2005, os pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas fizeram uma listagem de servidores punidos administrativamente e compararam esses dados com outros dados judiciais para cada um dos servidores, em busca de processos cíveis ou penais, independentemente de terem sido concluídos ou não. Essa busca, que incluiu todas as Varas Federais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) abrangeu, também, os casos em que foi pedida a anulação da decisão administrativa e a reintegração. No período de 1993 a 2005, foram identificados 687 servidores públicos demitidos, dos quais 246 (35,81%) por razões não relacionadas com corrupção e 441 (64,19%) por casos de corrupção, estes, necessariamente, portanto, também tipificados como atos de improbidade administrativa.

<sup>15</sup> Trecho de seu voto no HC 152.752. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=68&dataPublicacao=10/04/2018&incidente=5346092&capitulo=2&codigoMateria=3&numeroMateria=7&texto=7479765>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>16</sup> ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*. São Paulo, jan.-jun. 2011, p. 75-98. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24041/22794>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

<sup>17</sup> Sistema judicial é definido de forma ampla de modo a incluir não apenas os magistrados, mas também promotores públicos, os advogados, os policiais etc.

Especificamente na área da improbidade administrativa, o mesmo estudo da FGV apontou que apenas 107 servidores demitidos administrativamente foram judicialmente acionados por improbidade administrativa (alguns, por mais de uma vez), o que significa que apenas menos de um quarto dos servidores demitidos administrativamente (24,26%) realmente enfrenta processos judiciais por improbidade administrativa. Desse total ínfimo, resultaram apenas 13 condenações judiciais por improbidade administrativa, das quais somente 7 definitivas (com trânsito em julgado).

Por esse recorte, o percentual de servidores que praticaram atos de corrupção (*lato sensu*) a serem processados por improbidade administrativa foi de apenas 24,26%. Com base nesses resultados e aplicando-se a metodologia explicitada no referido estudo, conclui-se que o desempenho judicial do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa é de menos de 2%, pois a probabilidade de ser efetivamente condenado por improbidade administrativa é de apenas 1,59%!

Em 2015, foi publicada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ uma pesquisa relevantíssima, realizada em 2014, pela Universidade de Itaúna, intitulada "Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade", da qual fez parte o Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e doutorador de escol, Gregório Assagra de Almeida.<sup>18</sup> Ela foi realizada em cinco regiões do país, com análise de autos físicos e autos eletrônicos, estes, no Superior Tribunal de Justiça, com consultas a processos com trânsito em julgado das sentenças no período de 2010 a 2013, para fins de levantamento de dados sobre os principais obstáculos à plena efetividade do combate à improbidade e para a consequentes proposições de algumas soluções. Foram detectados diversos fatores que servem de empecilho ao eficaz cumprimento da Lei de Improbidade Administrativa, que serão especificamente analisados mais adiante.

Algumas conclusões empíricas específicas desse estudo merecem destaque, como, por exemplo: a) até dezembro de 2013, haviam 8.183 ações de improbidade (julgadas, pendentes de julgamento e novas ações), com maior concentração nas regiões Sudeste e Sul; b) apenas 132 apresentaram decisões com trânsito em julgado; c) 71% dos réus são agentes públicos, dos quais, 33% são Prefeitos e Ex-Prefeitos Municipais; d) 83,38% das ações estão em curso na Justiça Estadual e 16,60% na Justiça Federal, 93,35% dos réus são pessoas naturais; e) tempo médio decorrido entre o ajuizamento da ação e o julgamento é de 4,24 anos, entre o ajuizamento e o trânsito em julgado o prazo médio é de 5,15 anos; f) apenas 1,65% dos agentes foram tornados inelegíveis; g) em 73,73% dos casos, o legitimado ativo autor da ação foi o Ministério Público; h) a liminar não foi concedida em 79% dos casos; i) a cautelar de indisponibilidade de bens foi deferida apenas em 13,49% dos casos; j) apenas em 4% dos processos analisados houve o ressarcimento integral dos danos; k) 9,2% da condenações foram por atos tipificados no art. 9º, 5,75% referentes ao art. 10 e

<sup>18</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Equipe Gregório Assagra de Almeida(...) [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

21,84% ao art. 11; l) apenas 17, 59% das sentenças condenatórias foram reformadas em segundo grau de jurisdição; m) a sanção de suspensão de direitos políticos foi proferida em apenas 25, 4% dos casos.<sup>19</sup>

Vertendo-se a análise para atuação do Ministério Público, extrai-se do relatório informativo “Ministério Público: um retrato”, de 2021, que no ano de 2020 o Ministério Público brasileiro instaurou 107.005 procedimentos extrajudiciais com o assunto improbidade administrativa, entre Notícias de Fato, Inquéritos Cíveis e Procedimentos Preparatórios e Administrativos, o que representa um aumento de 10% em relação ao ano de 2019. O tema lidera, com folga abismal, o ranking temático do relatório como objeto de inquéritos cíveis e procedimentos preparatórios extrajudiciais instaurados pelos MPs Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, com 36.489 ocorrências (26,89%) de um total de 135.674, seguido pela temática da defesa do meio ambiente (22.854) e do consumidor (7.668). A improbidade administrativa também foi o destaque nos assuntos dos inquéritos cíveis e dos procedimentos preparatórios extrajudiciais finalizados (31.952, no total) pelo MPF, aparecendo em 6.466 movimentações processuais (20,24%), seguida, nesse caso, por meio ambiente (2.711) e saúde (1.962).

Analisando-se os dados do referido documento, constata-se que o número de procedimentos instaurados apenas no ano de 2020 (36.489) é muito superior ao número de ações de improbidade administrativa ajuizadas nos anos de 2019 e 2020 somados (5.800), o que leva à conclusão lógica de que, por diversos fatores, um modelo de atuação eminentemente demandista-judicializante será claramente incapaz de dar vazão ao enorme acervo administrativo investigatório gerado nas unidades funcionais do MP brasileiro e, com isso, reprimir e prevenir a corrupção.

No plano federal, em 2020, das 3.091 ações cíveis públicas ajuizadas pelo MPF, 789 (25,52%) foram para a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, as quais, embora possuam histórico positivo, não atingem as metas anuais de favorabilidade fixadas no Planejamento Estratégico da Instituição e ainda dependem da (in)eficácia do Poder Judiciário em dar vazão ao enorme passivo processual existente, conforme tabela abaixo:<sup>20</sup>

Tudo isso pode ser confirmado pelo exame dos dados referentes às Metas Nacionais do Poder Judiciário,<sup>21</sup> que, no caso dos julgamentos dos crimes contra a Administração Pública e das ações de improbidade administrativa, num recorte

<sup>19</sup> Idem, p. 31-76.

<sup>20</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Relatório de atividades da Procuradora-Geral da República: combate à corrupção, direitos humanos, eficiência, transparência, memória institucional, celeridade, defesa da democracia* (set. 2017/set. 2018). Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/portal/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/publicacoes-arquivos/Relatorio\\_Atividades\\_PGR\\_2017-2018.pdf](http://www.mpf.mp.br/portal/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/publicacoes-arquivos/Relatorio_Atividades_PGR_2017-2018.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2022.

<sup>21</sup> Formuladas anualmente, as Metas Nacionais têm o objetivo precípuo de promover o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, com vistas à promoção de uma prestação jurisdicional mais célere à sociedade, com mais eficiência e qualidade. Além disso, as Metas Nacionais são uma das formas de verificar o alcance dos Macrodesafios estabelecidos na Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020.



temporal de 2016 a 2020, sequer são vêm sendo cumpridas à metade.<sup>22</sup> Especificamente, a Meta 4 foi assim disposta: a) Justiça Federal, FAIXA 1: 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2017; FAIXA 2: 60% das ações de improbidade administrativa e 70% das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2017; b) Justiça Estadual: 70% das ações distribuídas até 31/12/2017.<sup>23</sup>

O Judiciário não consegue julgar sequer metade das metas de 70% dos feitos distribuídos nos anos anteriores, o que ocasiona um constante represamento processual e, portanto, um ciclo de ineficácia e de impunidade, a severos custos sociais.

Como se não bastasse a ineficácia para a investigação, a persecução e a condenação dos agentes públicos e dos particulares que incorram na prática dos atos de improbidade, surge um problema de igual gravidade: a parca efetivação das sanções, que, segundo o documento "Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: Manual e Roteiro de Atuação",<sup>24</sup> é a mais grave das impunidades.

Além da priorização da atuação preventiva,<sup>25</sup> a consensualidade sancionadora, por meio do Acordo de Não Persecução Cível,<sup>26</sup> pode ser tida como um dos caminhos para sanar essa "Crise da Justiça", retirando do Poder Judiciário o monopólio sancionador e permitindo maior celeridade e eficiência para a repressão à improbidade administrativa e sua consequente prevenção em decorrência dos efeitos gerais e especiais, positivos e negativos.

Passemos adiante a algumas considerações sobre alguns aspectos teóricos e práticos do ANPC, sem a menor pretensão de esgotar o tema, mas apenas de possibilitar algumas reflexões críticas sobre ele.

#### **4. O Acordo de Não Persecução Cível – ANPC e seus aspectos teóricos: histórico normativo, natureza jurídica e conteúdo genérico**

Nos dizeres de Emerson Garcia, acordo e indisponibilidade do interesse são institutos que gritam quando se encontram (*hurlent de se trouver ensemble*), porque "não se transige com o que não se pode dispor". Todavia, há casos em que, apesar

<sup>22</sup> A hipótese da inefetividade da priorização da atuação demandista do MP no combate à corrupção foi lançada na dissertação de mestrado, em referência aos anos de 2016 e 2017.

<sup>23</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2021*. p. 19-22.

Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/relatorio-de-metas-nacionais-2020-v-f.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2022.

<sup>24</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação – 2ª ed.* – Brasília: MPF, 2019.

<sup>25</sup> Para aprofundamento do tema, ver: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 136-139.

<sup>26</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 35-66.



da obviedade dessa constatação, é palpável, na realidade brasileira, que situações de ruptura da ordem jurídica têm sido remediadas ou recompostas justamente a partir da consensualidade.<sup>27</sup>

Sinteticamente, compreende-se a consensualidade como convergência de vontades em prol de um objetivo comum entre partes distintas, que pode se externalizar pela submissão, pela plena transação ou ainda por modelos híbridos de negociação de interesses.

No campo do Direito Sancionador, em que o Estado figura como garantia dos bens jurídicos tutelados e o infrator pode sofrer sanções restritivas de direitos insuscetíveis de plena disposição, prevalece a adoção dos modelos misto e da submissão, sendo bastante rara a plena transação, sobretudo em virtude da vigência dos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da obrigatoriedade do exercício da pretensão sancionatória. Surgem, portanto, duas possibilidades: consensualidade de colaboração e consensualidade de pura reprimenda.

Em se tratando de responsabilização por atos de improbidade administrativa, a redação original do artigo 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, era absolutamente refratária à consensualidade e vedava qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação.

Mas, dando concretude a um movimento doutrinário e até jurisprudencial de interpretação sistêmica da norma proibitiva, com vistas a possibilitar a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta para a responsabilização dos agentes ímprobos, veio a lume a Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015, que revogou o § 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/92, cuja eficácia durou apenas até 31 de maio de 2016, conforme Ato Declaratório n. 27, reestabelecendo-se, portanto, a proibição da consensualidade sancionadora em sede de improbidade administrativa.

Em que pese a inexistência de previsão legal específica, parte da doutrina defendia a possibilidade de utilização do TAC para instrumentalizar a consensualidade no plano da improbidade administrativa,<sup>28</sup> o que foi encampado normativamente pelas próprias instituições de controle legitimadas a promover a responsabilização por esses ilícitos, a exemplo da Recomendação n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público<sup>29</sup> e de diversas normas em cada Ministério Público,<sup>30</sup> que possibilitava

<sup>27</sup> GARCIA, Emerson. A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, nº 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

<sup>28</sup> Por todos: CABRAL, Antônio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>29</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Resolução n. 179 de 26 de julho de 2017*: regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>30</sup> Regulamentação no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais: MPES - Resolução COPJ nº 006/2014; MPAP - Resolução CSMP nº 002/2017; MPPR - Resolução CSMP nº 01/2017; MPMG - Resolução CSMP nº 03/2017; MPPB - Resolução CPJ nº 019/2018; MPGO - Resolução CPJ nº 09/2018; MPRS - Provimento PGJ nº 58/2018;

expressamente, § 2º de seu art. 1º, a utilização do compromisso de ajustamento de conduta para a aplicação das sanções da LIA.<sup>31</sup>

Ocorre que a sistemática do TAC, voltada exclusivamente para a adequação consensual das condutas à ordem jurídica não é típica do Direito Sancionador, em que pese a possibilidade de cominações para o cumprimento das obrigações – consensualidade periférica ou formal. A sistemática da LACP e do CDC não é de direito sancionador, mas de direito civil obrigacional: preventiva, indenização, recomposição ou compensação dos danos; não é de restrição à esfera individual, ainda que haja sanção pecuniária cominatória. Ademais, à época da edição da mencionada Resolução nº 179/17 do CNMP, só havia o TAC como instrumento de resolução alternativa.

Em 23 de janeiro de 2020, após o absurdo descarte do Anteprojeto de Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, elaborado por uma comissão de juristas, liderada pelo Ministro Mauro Campbell, do Superior Tribunal de Justiça, e discutido democraticamente no Parlamento,<sup>32</sup> entrou em vigor o chamado Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), que, em consonância com o chamado Microsistema de Tutela do Patrimônio Público, extinguiu a proibição até então vigente e passou a prever expressamente a possibilidade de consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC), sem, contudo, estabelecer balizas objetivas mínimas de conteúdo.

Finalmente, em 25 de outubro de 2021, veio a lume a Lei n. 14.230 – *Nova Lei de Improbidade Administrativa*, que promoveu sensíveis alterações na redação da Lei n. 8.429/92, e nela inseriu o art. 17-B, prevendo, definitivamente, o Acordo de Não Persecução Cível, cujo conteúdo mínimo fixado deve ser o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

Dois fundamentos básicos da criação normativa do ANPC podem ser apontados: um sistêmico-normativo e um pragmático.

O fundamento sistêmico-normativo da criação do ANPC é a previsão expressa da consensualidade no chamado Microsistema Anticorrupção, composto pela Constituição da República no seu epicentro e por diversas normas infraconstitucionais (leis e Resoluções do CNMP e dos MPs) e supralegais (Convenção da Organização das Nações Unidas Contra a Corrupção)<sup>33</sup> em sua órbita. O próprio preâmbulo da CR/88, embora desprovido de força normativa cogente, já indica o comprometimento principiológico do Texto com a solução pacífica das controvérsias, na ordem interna e

MPTO - Resolução CSMP nº 005/2018; MPMS - Resolução CPJ nº 06/2019; MPRN - Resolução CPJ nº 008/2019; MPMA - Resolução CPMP nº 75/2019; MPRO - Resolução CPJ nº 06/2019; MPAL - Resolução CPJ nº 11/2019.

<sup>31</sup> Para análise aprofundada desse movimento de consensualidade na LIA, ver: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A Defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 167-173.

<sup>32</sup> Esse Anteprojeto, anterior ao PL n. 10.887/2018, já previa o instituto do ANPC, nominado por Emerson Garcia, em paralelismo ao ANPP.

<sup>33</sup> A Convenção da ONU Contra a Corrupção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, em caráter supralegal e promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

internacional (art. 4º, VII). Ainda no texto constitucional podemos apontar o princípio da razoável duração dos processos, aplicável no âmbito administrativo (art. 5º, LXXVIII), o princípio da eficiência (art. 37, *caput*) e os princípios de Direito Coletivo (materiais e processuais), todos que exigem a solução que melhor atenda ao interesse público, ao menor custo social e de direitos fundamentais individuais possível. No plano infraconstitucional, diversas leis já previam a consensualidade sancionadora (exemplos: art. 28-A do CPP; art. 16 da Lei n. 12.846/13 e arts. 3º-A a 7º, da Lei n. 12.850/13) assim como a Resolução n. 179/17 do CNMP e diversas novas Resoluções dos MPs Estaduais.

Registre-se que, pela natureza negocial do ANPC e em decorrência da exclusividade do exercício da relativização do princípio da obrigatoriedade ser dos titulares da ação civil pública, o ANPC não é direito subjetivo do agente ímprobo, mas ato discricionário do titular da ação, tal qual ocorre com o benefício da Suspensão Condicional do Processo e do ANPP, consoante orientação pacífica dos Tribunais Superiores.<sup>34</sup>

Por sua vez, o fundamento pragmático, de relevante consideração, é a demonstrada incapacidade do Sistema de Justiça de proporcionar a tutela repressiva e preventiva do patrimônio público minimamente satisfatória, à luz do mencionado microsistema, no que diz respeito à responsabilização por atos de improbidade administrativa, o que gera um círculo vicioso de impunidade e continuidade delitiva, a altos custos sociais – “Crise da Justiça”. É pressuposto lógico que o acordo seja mais vantajoso para o interesse público do que o ajuizamento da ação civil pública para a responsabilização por ato de improbidade administrativa, levando-se em consideração fatores como a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias e a gravidade do ato ímprobo, assim como as vantagens para a coletividade na rápida solução do caso concreto, sopesando-se a provável duração do processo (em média 4,24 anos até a sentença condenatória e 5,15 anos até o trânsito em julgado),<sup>35</sup> a efetividade das sanções e obrigações assumidas e o princípio da proporcionalidade, tudo a bem da máxima efetividade da tutela do patrimônio público.

Diferentemente do TAC, insculpido fora do sistema sancionador, a natureza jurídica do ANPC não é tão tormentosa. Trata-se de acordo administrativo,<sup>36</sup> negócio jurídico bilateral e comutativo, de conteúdo material de consensualidade híbrida – de

<sup>34</sup> Nesse sentido: HC 417.876/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 27/11/2017; APn 000871/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017. AgRg no REsp 1948350/RS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 17/11/2021; AgRg no RHC 152756/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021; AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1816322/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/04/2021, DJe 22/04/2021; AgRg no RHC 130587/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020.

<sup>35</sup> GOMES JÚNIOR, op. cit. p. 37.

<sup>36</sup> Nesse sentido, Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho assim conceituam o acordo administrativo: “O acordo administrativo pode ser tanto instrumento de ação pública, ao lado do ato e do contrato administrativos, como ferramenta de resolução de conflito, ocupando lugar no universo dos instrumentos de autocomposição de litígios, junto da mediação, da conciliação e da transação. O conteúdo teórico no qual estão inseridos os acordos administrativos é o da consensualidade.” BARROS FILHO, Wilson Accioli de; DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre o devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança

colaboração ou de pura reprimenda – com potencial processual, celebrado entre, de um lado, o Ministério Público e/ou a pessoa jurídica interessada e, de outro, o agente ímprobo (agente público ou terceiro particular), no qual podem ser fixadas obrigações gerais e específicas, além, é claro, das sanções positivas (benefícios)<sup>37</sup> e negativas (aplicação das próprias sanções do art. 12 da LIA). De outro lado, Renato de Lima Castro<sup>38</sup> compreende o ANPC como um negócio *sui generis*, pela reduzida liberdade das partes intervenientes na convenção para negociar, já que o grau das sanções está adstrito à gravidade do injusto ímprobo, inadmitindo a absoluta liberalidade na negociação.

O potencial processual do conteúdo do ANPC se refere à possibilidade de veiculação de consensualidade das situações jurídicas processuais – *negócios jurídicos processuais* (arts. 190 e 373, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil) – como, por exemplo: agente ímprobo acordante que, em troca de benefícios de redução das sanções por colaboração, renuncia a determinados prazos legais; negociação de um calendário processual; dispensa da audiência de conciliação; entre outras possibilidades.

O *conteúdo genérico* do ANPC diz respeito às disposições que devem estar presentes em todos os acordos firmados entre os legitimados, quaisquer que sejam o ato de improbidade ocorrido e suas consequências. Sobre o tema, ainda antes da publicação da Lei nº 14.230/2021, foram editados diversos atos normativos no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais do DFT, a exemplo da Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020, do MPSP;<sup>39</sup> da Resolução n. 003/2020-CPJ, do MPAP;<sup>40</sup> da Resolução CPJ nº 01, de 22 de fevereiro de 2021, do MPMGO;<sup>41</sup> Resolução COPJ nº 09, de 13 de setembro de 2021, do MPES;<sup>42</sup> do Provimento PGJ n. 16/2021, do MPRS.<sup>43</sup>

A nosso modesto juízo, todo ANPC deve, portanto, conter, no mínimo: (i) a descrição da conduta ilícita, com suas circunstâncias, em especial suas condições de tempo e local; (ii) assunção da responsabilidade pelo ato ilícito praticado por parte do acordante<sup>44</sup> – *confissão*; (iii) a cessação do envolvimento do acordante com o ato ilícito;

---

nos termos de ajustamento de conduta (TACs). In: DE OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). *Acordos Administrativos no Brasil: Teoria e Prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 91.

<sup>37</sup> A não aplicação ou redução quantitativa das sanções, bem como dilações de prazos e outros aspectos formais são sanções positivas, que servem de incentivos ao agente ímprobo para que abra mão da benevolente e geralmente ineficaz persecução processual e aceite o firmamento do ANPC, com a célere e mais eficiente solução da lide.

<sup>38</sup> CASTRO, Renato de Lima. *Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa*. Artigo inédito. 2020.

<sup>39</sup> Disponível em: <[https://biblioteca.mpsp.mp.br//PHL\\_IMG/resolucoes/1193compilado.pdf](https://biblioteca.mpsp.mp.br//PHL_IMG/resolucoes/1193compilado.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>40</sup> Disponível em: <[http://www.mpap.mp.br/intranet/uploads/banco\\_publicacoes/2021\\_03/7e42ce95f88ac70ca4596713c3f18381b3021016.pdf](http://www.mpap.mp.br/intranet/uploads/banco_publicacoes/2021_03/7e42ce95f88ac70ca4596713c3f18381b3021016.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>41</sup> Disponível em: <[http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2021/03/11/17\\_32\\_31\\_51\\_Resolu%C3%A7%C3%A3o\\_CPJ\\_1\\_2021\\_ANPC.pdf](http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2021/03/11/17_32_31_51_Resolu%C3%A7%C3%A3o_CPJ_1_2021_ANPC.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2022.

<sup>42</sup> Disponível em: <<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/2336e7cc-798d-4d8b-951c-402bee3367f9.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

<sup>43</sup> Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/14578/>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>44</sup> Embora o novo art. 3º tenha suprimido a expressão “*ou se beneficia*” do texto legal, entendemos que, pelo princípio da isonomia e pela interpretação sistêmica, especialmente como o art. 17-C,VI, (“VI - considerar, na fixação das penas relativamente ao terceiro, quando for o caso, a sua atuação específica, não admitida

(iv) a subsunção da conduta ilícita imputada à específica previsão legal de modalidade de ato de improbidade administrativa; (v) o estabelecimento de prazo razoável para o cumprimento do quanto avençado, respeitados os limites impostos pela LIA, atentando-se para a necessidade de afastamento do risco da ocorrência da prescrição, inclusive mediante o ajuizamento de protesto judicial específico para esse fim; (vi) estabelecimento de multa cominatória (*astreintes*) para a hipótese de inadimplemento parcial ou total; (vii) oferecimento de garantias do cumprimento dos compromissos de pagamento da multa civil, de ressarcimento do dano e de transferência de bens, direitos e/ou valores, em conformidade com a extensão do pactuado; (viii) a obrigação do investigado de informar, prontamente, qualquer alteração de endereço, número de telefone ou e-mail e de comprovar, na periodicidade acordada, o cumprimento das obrigações ajustadas, independentemente de notificação ou aviso prévio; (ix) previsão de que a rescisão do acordo, por responsabilidade do celebrante, não implicará a invalidação do elemento de informação ou prova por ele fornecidos ou deles derivados.

Genéricas são as obrigações que, embora digam respeito ao caso concreto, não desçam a detalhes quanto ao seu objeto e sujeitos, como, por exemplo, a obrigação de não mais fazer nomeações que configuram nepotismo; a obrigação de não mais prover cargos efetivos por meio de contratações temporárias; a obrigação de fazer determinado concurso público; de comprovar o uso regular de determinados recursos públicos recebidos e sobre os quais parem dúvidas de prestação de contas etc.

Respeitando posições contrárias,<sup>45</sup> entendemos que a *confissão* deve ser rotulada como cláusula genérica obrigatória por, ao menos, duas razões fundamentais: (a) por pressuposto lógico da sistemática material e probatória da consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro; (b) pelas consequências sancionatórias nas distintas instâncias de responsabilização, especialmente na eleitoral.

Por lógica sistêmica, não há como se conceber a submissão do agente ímprobo à aplicação imediata de sanções, previstas numa lei que dispõe sobre tipos de injusto específicos, com qualificação e regime jurídico próprios para os quais prevê a incidência das respectivas sanções, sem que ele reconheça a materialidade e a autoria desses próprios ilícitos. Por coerência orgânico-normativa, tal qual ocorre no Acordo de Não Persecução Penal – ANPP (art. 28-A, do Código de Processo Penal),<sup>46</sup> no Acordo

---

a sua responsabilização por ações ou omissões para as quais não tiver concorrido ou das quais não tiver obtido vantagens patrimoniais indevidas.”), isso não impede a responsabilização de quem não induza, não concorra, mas se beneficie do ato de improbidade. Seria, no mínimo, ilógico, à luz de um Microsistema de Tutela do Patrimônio Público, minimamente eficiente para a proteção de direitos fundamentais difusos, possibilitar-se a punição apenas de quem atua como autor ou participe de um ilícito, mas deixar impune quem dele se beneficia, sobretudo porque a LIA prevê também sanções de cunho eminentemente econômico, plenamente aplicáveis aos particulares que assim ajam – ressarcimento integral dos danos; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; multa civil e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

<sup>45</sup> A regulamentação do ANPP feita pelo MPRS dispensa a confissão, em seu art. 6º, II, prevendo não ser condição obrigatória a assunção de responsabilidade pelo ato ilícito praticado.

<sup>46</sup> “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos,

de Leniência (art. 16 da Lei n. 12.846/13) e no Acordo de Colaboração Premiada (art. 3º-C, § 3º, da Lei n. 12.850/13), principais instrumentos de negociação sancionatória que serve de parâmetro ao ANPC, não seria plausível que se negociassem as sanções sem que se reconhecesse a materialidade e a autoria do injusto correspondente. A confissão deve ser formal e circunstanciada, tanto para propiciar a proporcionalidade das sanções quanto para delimitar os fatos dos quais podem decorrer consequências diversas, como a delação de demais envolvidos, a indicação dos meios de prova para corroboração etc.

A razão instrumental-probatória da confissão reside no fato de que ela pode gerar consequências relativas nas múltiplas instâncias de responsabilização que compõe o sistema jurídico sancionador brasileiro, especialmente no que diz respeito à Lei Complementar n. 64/90 – Lei da Ficha Limpa, a despeito do que dispõe o inconstitucional e inconveniente § 4º do art. 23 da LIA.<sup>47</sup>

Assim, no campo eleitoral, uma vez confessada a prática dolosa do ato de improbidade que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, e homologado o ANPC por sentença judicial com trânsito em julgado, há incidência direta da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, I, da LC 64/90. A sentença homologatória do ANPC em que se reconhece expressamente materialidade e autoria do ato de improbidade ganha efeitos de decisão condenatória, com todos os seus consectários legais, inclusive para os fins de envio de informações à Justiça Eleitoral referentes a condenações por improbidade administrativa e a outras situações que impactem no gozo dos direitos políticos, para inscrição no Sistema de Informações de Óbitos e Direitos Políticos - INFODIP, nos termos do art. 1º, II, da Resolução Conjunta CNJ/TSE n. 6, de 21 de maio de 2020.

Sem a confissão, não há a declaração da ocorrência do ato de improbidade nem a imputação de sua prática a determinada pessoa, o que afastaria, por conseguinte, a especial incidência da inelegibilidade prevista na legislação eleitoral especial, tornando a confissão, portanto, *conditio sine qua non* para o firmamento do ANPC.

As obrigações genéricas de reparação integral do dano, quando for o caso (art. 17-B, I da LIA) e de transferência não onerosa, em favor da pessoa jurídica lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso (art. 17-B, II), são decorrências lógicas do ilícito praticado para o retorno da situação ao *status quo*. São, assim, obrigações indispensáveis a qualquer ANPC em casos de atos de

---

o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (...)." (destaque nosso).

<sup>47</sup> A par de maior aprofundamento jurídico sobre o tema, entendemos que § 4º do art. 23 da LIA viola o princípio da proibição da proteção deficiente ou da tutela mínima anticorrupção, ao ferir o sistema de relativa interdependência entre as instâncias de responsabilização, inviabilizando a máxima efetividade da tutela do patrimônio público, contra as disposições expressas dos arts. 67, II e 386 do CPP, bem como 91 do CP e 584, II, do CPC. A inconveniente decorre da afronta aos arts. 1º, 5º, III e 28 da Convenção de Mérida.

improbidade administrativa que causam dano ao erário e importam enriquecimento ilícito, respectivamente.

A obrigação de cessação do envolvimento do acordante com o ato ilícito, embora juridicamente dispensável, em razão do princípio da legalidade, é importante mecanismo pedagógico de integridade e também para a delimitação inescusável do elemento subjetivo do agente (dolo normativo como conhecimento do resultado ilícito).

A subsunção da conduta ilícita imputada ao tipo legal específico de improbidade administrativa, além de ser princípio básico do sistema acusatório, atende ao comando do novel art. 17, § 6º, I e § 10-D, além do que consta no art. 17-C.

A imprescindibilidade de previsão de sanções aplica-se, a nosso sentir, apenas aos acordos de pura reprimenda, por dois motivos: (a) o art. 17-B não prevê expressamente a obrigatoriedade de sanções no conteúdo do ANPC e (b) como não há colaboração por parte do agente improbo, não há que se falar em contraprestação benéfica por parte do Estado – isenção total de sanções – mesmo porque, a LIA é norma de Direito Sancionador.

As obrigações formais de fixação de prazo para adimplemento, de multa e de garantias são mecanismos cominatórios indispensáveis ao controle do cumprimento do acordo, sem os quais a eficácia e a atividade de fiscalização da avença ficariam seriamente prejudicadas.

Por fim, entendemos que todo ANPC deve conter uma cláusula resolutória, que estipule as consequências para os casos de resolução, perda do objeto ou rescisão do acordo, especialmente a proibição de invalidação dos elementos de informação e provas fornecidas pelo acordante ou deles derivada.

## **5. Alguns aspectos práticos do ANPC: conteúdo específico; legitimidade; homologação; descumprimento e execução**

Estabelecido esse sintético panorama teórico e abordado o que reputamos ser o conteúdo genérico do ANPC, torna-se imprescindível que se faça uma análise pragmática do instituto, desvelando alguns pontos de seu conteúdo específico sobre a legitimidade para firmamento, sobre sua homologação, seu descumprimento e sua execução.

Pois bem, o *conteúdo específico* diz respeito às disposições próprias de cada caso concreto, que vão além das determinações de genéricas mínimas estabelecidas nos incisos do art. 17-B da LIA, ou seja, trata-se de um *plus* obrigacional (obrigações materiais e processuais) e sancionatório, para além do ressarcimento integral dos danos e da reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida. Trata, portanto, da variabilidade casuística dos “considerandos”, das obrigações e das sanções pertinentes a cada caso concreto, por meio de detalhamento circunstancial e especificação consequential para cada hipótese de ato de improbidade administrativa, nos termos do que determina o art. 10, §§ 6 e 10-D, da LIA.



Os *considerandos* que precedem as cláusulas de todo ANPC variam caso a caso e devem trazer, basicamente: a fonte normativa que servirá de fundamento de validade para os conteúdos geral e específico do ANPC (Microsistema de Tutela do Patrimônio Público); a referência ao procedimento investigatório ou processo judicial no qual será celebrado o acordo; a justificação de que o acordo melhor atende ao interesse público e, por fim, a descrição individualizada da conduta de cada agente acordante, com apontamento de elementos de informação ou provas suficientes que demonstrem a materialidade e autoria do injusto. A indicação probatória pode ser relativizada por conta da imprescindibilidade da confissão, que dispensaria maior revolvimento de elementos de informação ou provas de corroboração.

As *obrigações específicas* são aquelas precisas para o melhor atendimento ao interesse público em cada caso concreto e podem ser subdivididas em *imprescindíveis* e *facultativas*, conforme as circunstâncias ocorridas e a espécie de acordo celebrado (de colaboração ou de pura reprimenda). Sempre que houver enriquecimento ilícito e/ou dano ao erário, serão imprescindíveis as obrigações de perda de bens e valores<sup>48</sup> e de ressarcimento integral dos danos, qualquer que seja a espécie de ANPC.

Nos ANPCs de *colaboração*, julgamos serem obrigações específicas *imprescindíveis* do acordante: (i) a confissão espontânea, como em todo ANPC; (ii) a identificação dos demais coautores, partícipes e terceiros beneficiários do ato de improbidade administrativa; (iii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização de pessoas, quando for o caso (associação ou organização criminosa); (iv) a cessação da conduta ilícita e medidas de prevenção de infrações decorrentes; (v) a indicação de meios de prova para a eficiente promoção da responsabilização de todos os envolvidos. Por parte do Ministério Público, devem constar, necessariamente, a obrigação de não fazer, consistente na isenção ou diminuição das sanções previstas no art. 12 da LIA – benefício em contraprestação à colaboração, que seja atrativo à celebração do acordo e que atenda ao interesse público, tal qual no ANPP (substituição da pena privativa de liberdade, vide art. 18-A do CPP), no Acordo de Colaboração Premiada (perdão judicial, redução ou substituição da pena, vide art. 4º, da Lei n. 12.850/13) e no Acordo de Leniência (isenção ou redução das sanções, vide art. 16 da Lei n. 12.846/13) – de acordo com as circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração fatores a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso (art. 17-B, § 2º, da LIA).

Essas sanções positivas – dispensa ou diminuição de punição; parcelamento do pagamento etc. – são verdadeiros benefícios a serem concedidos ao agente acordante, tidos como incentivos necessários a atrair a voluntariedade consensual

<sup>48</sup> Entendemos que a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente com a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados (como consta no art. 17-B, II) não é propriamente sanção, mas, assim como o ressarcimento integral do dano, é mera recondução ao *status quo*. Neste sentido, GARCIA, op. cit. p. 644.



do infrator colaborador a firmar um acordo, afinal, trata-se de escolha racional com base na relação custo-benefício.

Nos ANPCs *de pura reprimenda*, para os casos em que haja enriquecimento ilícito e/ou danos ao erário, são cláusulas *imprescindíveis*: (i) a aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no art. 12 da LIA;<sup>49-50</sup> (ii) obrigação de reparação integral do dano, material e moral (art. 17-B, I da LIA)<sup>51</sup> (iii) obrigação de transferência não onerosa em favor da pessoa jurídica lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso (art.17-B, II, da LIA).

As obrigações *facultativas* são aquelas compreendidas como atípicas (não previstas no art. 12, mas adequadas ao atingimento do resultado desejado no caso concreto), passíveis de serem formuladas no ANPC sempre com vistas à mais eficiente e ampla tutela do patrimônio público, ancorada, sobretudo, nos princípios da máxima efetividade da tutela coletiva (decorrente dos princípios democrático, republicano e da dignidade da pessoa humana) e da não taxatividade da tutela coletiva (arts. 5º, § 2º e 129, III, da CR/88 e art. 83 do CDC). São exemplos não exaurientes dessas obrigações: exonerar determinados servidores públicos que se encontram nas vedações do nepotismo; rescindir certos contratos temporários e prover esses cargos por meio de concurso público; destinar parte dos recursos de ressarcimento dos danos a determinada finalidade específica, como no recente caso da reforma da biblioteca da Faculdade de Direito da USP, acordado entre o Grupo CCR e o Ministério Público do Estado de São Paulo;<sup>52</sup> modulação do ônus da prova. Exemplo de previsão cominatória é a *cláusula penal*, prevendo a negócios jurídicos processuais em caso de necessidade de ulterior ajuizamento da ação civil pública pela prática de ato de improbidade, nos termos dos arts. 190 e 373, §§ 3º e 4º, do CPC (conteúdo cominatório). Some-se a elas o reforço da estipulação de multa cominatória.

<sup>49</sup> Entendemos que o ANPC é acordo híbrido, possibilitando a consensualidade de pura reprimenda ou a de colaboração. Observe-se que o art. 17-B não faz menção expressa à obrigatoriedade de estabelecimento de sanções. Registre-se que, embora se possa aventar a impossibilidade de consensualidade sobre a perda do cargo ou da suspensão dos direitos políticos, em virtude da exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória (antigo art. 20 e atual § 9º do art. 12, ambos da LIA), o *caput* do art. 17-B não traz balizas objetivas limitadoras para tanto, mesmo porque o art. 15 da CR/88 trata apenas de provimento jurisdicional e não de consensualidade administrativa como é o caso do ANPC, instrumento que permite ampla e irrestrita negociabilidade sobre as sanções previstas para a improbidade administrativa. A limitação sobre a negociabilidade da sanção de suspensão dos direitos políticos, a nosso modesto juízo, é apenas quantitativa, não podendo as partes negociar sobre o *quantum* das sanções fora das balizas mínimas e máximas trazidas pela lei, sob pena de violação do princípio da legalidade.

<sup>50</sup> Nesse sentido, cite-se o Art. 2º, §§ 1º e 2º, da Resolução COPJ nº 09, de 13 de setembro de 2021, do MPES.

<sup>51</sup> O ressarcimento integral do dano não é propriamente sanção, mas, sim, consequência civil do dano gerado, para o retorno da situação jurídica ao *status quo*. Nesse sentido, STJ - Ag: 1313876, relator: Ministro Herman Benjamin, data de publicação: DJ 18/11/2010.

<sup>52</sup> O acordo, na modalidade Auto Composição para Ato de Improbidade, foi fechado em 2018 e chancelado pelo Poder Judiciário. A empresa se comprometeu a pagar um total de R\$ 81 milhões (R\$ 17 milhões para a faculdade e R\$ 64 milhões para a Fazenda do Estado) pelo fato de ter repassado valores não contabilizados a diversos políticos, incluindo ex-governadores em campanha eleitoral. Disponível em: <<https://www.mppsp.mp.br/w/justi%C3%A7a-determina-libera%C3%A7%C3%A3o-de-r-17-mi-para-biblioteca-da-faculdade-de-direito-da-usp>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

Sobre a *legitimidade*, a redação do *caput* do art. 17-B seguiu a mesma linha do art. 17, *caput*, ao atribuir legitimidade exclusiva ao Ministério Público para promover a responsabilização por ato de improbidade administrativa, seja na via jurisdicional, via ação civil pública (*caput*), seja, agora, na via administrativa, pelo ANPC. Seria mesmo ilógico e assistêmico que o legislador previsse o mais para a legitimidade ativa processual (ACPIA) e o menos para a legitimidade ativa administrativo-negocial (ANPC), permitindo que apenas o MP pudesse exercer a pretensão sancionatória em juízo, mas, por outro lado, que também a pessoa jurídica lesada pudesse, em colegitimação, firmar o ANPC com o agente ímprobo e/ou com o terceiro coautor, participe ou beneficiário.

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida pelo Ministro Relator, no julgamento das ADIs n. 7042 e 7043,<sup>53</sup> restabeleceu, em sede cautelar, a colegitimidade disjuntiva concorrente da pessoa jurídica lesada para, em casos de improbidade administrativa, aviar a pretensão sancionatória, especialmente em razão da legitimidade ressarcitória.

Em que pese o silêncio da decisão quanto ao ANPC, entendemos que, por inferência lógica, por extensão dos efeitos da interpretação conforme a Constituição proferida no julgamento e pela manutenção da estabilidade sistêmica da própria LIA, a legitimação ativa<sup>54</sup> para o firmamento do acordo em casos de improbidade deva ser, igualmente, disjuntiva concorrente entre MP e pessoa jurídica interessada, especialmente nos casos de dano ao erário, vide previsão do art. 17-B, § 1º, I.

Nas hipóteses em que o MP seja o celebrante do ANPC, basta que, por meio de notificação, viabilize a participação da pessoa jurídica lesada no acordo, o que reputamos obrigatório, para que se evite dissonância na solução do litígio, como nos casos da celebração de acordos de leniência no bojo da operação Lava Jato sem a participação da Petrobrás, pessoa jurídica lesada.

Por derradeiro quanto à legitimidade passiva, entendemos que, em casos de coautoria, participação ou beneficiamento de particulares, em analogia ao entendimento do STJ sobre a ausência de litisconsórcio passivo necessário (processual),<sup>55</sup> é plenamente possível a celebração isolada do ANPC apenas com um ou com outro, de acordo com a discricionariedade regrada que melhor atenda ao interesse público, desde que haja confissão do celebrante e elementos de informação que comprovem o concurso de pessoas.

<sup>53</sup> Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizadas pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE (ADI 7042) e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE (ADI 7043), tendo por objeto, em seu conjunto, os arts. 17, *caput* e §§ 14 e 20, e 17-B, da Lei n. 8.429/1992, alterados e incluídos pelo art. 2º da Lei n. 14.230/2021, e os arts. 3º e 4º, X, da referida Lei n. 14.230/2021. Medida cautelar parcialmente deferida, em 17/02/2022, pelo rel. Min. Alexandre de Moraes.

<sup>54</sup> Falamos em legitimidade ativa porque é o MP ou a pessoa jurídica que, por via do ANPC, veiculam a pretensão sancionadora, muito embora a iniciativa da consensualidade possa partir do próprio agente ímprobo ou do particular coautor, participe ou beneficiário.

<sup>55</sup> STJ, REsp 896.044/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/4/2011.

Sobre a *homologação*, reputamos como obrigatória a chancela judicial, em todos os casos, por três razões: (a) por previsão legal expressa do inciso III do § 1º do art. 17-B, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa; (b) por coesão do sistema de Direito Sancionador, no qual, em todas as suas instâncias de responsabilização, a autoridade competente para aplicar as sanções é aquela competente para homologar os acordos; (c) para os efeitos da ineligibilidade do art. 1, I, I, da LC 64/90.

Nos casos de ANPC extrajudicial (antes do ajuizamento da ação), conforme redação do inciso II do § 1º do art. 17-B, deve haver, também, homologação prévia e obrigatória pelo Conselho Superior do MP, como mecanismo de controle interno sobre legalidade (*lato sensu*) na aplicação da consensualidade sancionadora, previsto originariamente no § 1º do art. 9 da Lei n. 7.347/85 e depois no art. 6º da Resolução n. 179/17 do CNMP, bem como pela reafirmação do princípio institucional da unidade (art. 127, § 1º, da CR/88). Após homologação do ANPC extrajudicial pelo Juízo competente, o acompanhamento do cumprimento do acordo será feito por meio de Procedimento Administrativo próprio, instaurado pelo órgão de execução que o tomou, observadas as diretrizes estabelecidas nas normas de cada MP.

Nos casos de *descumprimento* do ANPC, primando sempre pelo princípio da eficiência, julgamos conveniente a oportunização de justificação perante o órgão tomador do acordo e responsável pela fiscalização de seu cumprimento e, nos casos inescusáveis ou em que haja falha na justificativa, conforme o caso, devem ocorrer: (i) a perda dos benefícios pactuados; (ii) a execução judicial do título, nos moldes do artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 e do artigo 784, XII, do CPC; (iii) a continuação do curso do procedimento investigatório originário quanto ao objeto residual; (iv) o ajuizamento da ação civil pública, se presentes seus requisitos e (v) retomada do curso do processo judicial suspenso pelo ANPC.

## 6. Considerações finais

1. O patrimônio público, amplamente considerado continente das noções de probidade administrativa e boa governança, é direito fundamental de natureza difusa, para cuja proteção existe um *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*, em cujo epicentro se encontra a Constituição da República de 1988 (art. 37, §§s 4º e 5º e art. 129, III, da CR/1988), orbitado por diversas normas constitucionais de Direito Coletivo (LAP; LACP; CDC; CPC etc.), das quais se destaca a Lei de Improbidade Administrativa.

2. Por meio de análise crítica de indicadores de corrupção, mais especificamente de improbidade administrativa, demonstrou-se a ineficácia e a insuficiência da atuação jurisdicional do Ministério Público contra esses ilícitos, descortinando-se um cenário de verdadeira *Crise da Justiça* para a responsabilização dos ímprobos, para o que, juntamente com a priorização da atuação preventiva, a consensualidade sancionadora, por meio do ANPC, finalmente introduzido pela Lei n. 14.230/21, pode ser tida como um dos caminhos para sanar essa crise, com maior celeridade e eficiência.

3. O ANPC possui natureza jurídica de negócio jurídico bilateral e comutativo, de conteúdo material de consensualidade híbrida (de colaboração ou de pura reprimenda) com potencial processual, no qual podem ser fixadas obrigações gerais e específicas, além das sanções positivas (benefícios) e negativas (aplicação das sanções do art. 12 da LIA).

4. O conteúdo genérico mínimo de todo ANPC deve ser: (i) a descrição detalhada da conduta ilícita, quando possível; a confissão; (ii) a cessação do ilícito; (iii) a subsunção da conduta ao tipo de improbidade; (iv) o estabelecimento de prazo razoável para o cumprimento; (v) multa cominatória (*astreintes*); (vi) obrigação do investigado de informar alterações para localização; (vii) obrigação de comprovar o cumprimento das obrigações ajustadas; (viii) aproveitamento das provas em caso de rescisão.

5. O conteúdo específico, variável caso a caso, diferencia-se conforme a espécie de acordo. Nos ANPCs de colaboração, são *imprescindíveis*: (i) a confissão espontânea; (ii) a identificação dos demais envolvidos; (iii) estrutura da organização ilícita e divisão de tarefas; (iv) a cessação da conduta ilícita e a prevenção de novas infrações; (v) a indicação de meios de prova. Por parte do MP, devem constar a obrigação de não aplicar uma, algumas, todas as sanções previstas no art. 12 da LIA – benefício em contraprestação à colaboração. Nos ANPCs de pura reprimenda: (i) a aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no art. 12 da LIA; (ii) obrigação de reparação integral do dano, material e moral; (iii) perda de bens e valores ilicitamente obtidos da infração.

6. As obrigações *facultativas* são as não previstas no art. 12, mas adequadas ao atingimento do resultado desejado, sempre à luz ao interesse público.

7. Os legitimados a tomar o ANPC são o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, em legitimidade concorrente disjuntiva.

8. A homologação judicial é sempre necessária e, nos casos de ANPC extrajudicial, deve haver também a homologação prévia pelo CSMP.

9. São consequências do descumprimento do ANPC: (i) a perda dos benefícios pactuados; (ii) a execução judicial do título, nos moldes do artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 e do artigo 784, XII, do CPC); (iii) a continuação do curso do procedimento investigatório originário quanto ao objeto residual; (iv) o ajuizamento da ação civil pública, se presentes seus requisitos e (v) retomada do curso do processo judicial suspenso pelo ANPC.

## Referências

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*. São Paulo, jan.-jun. 2011, p. 75-98.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BAPTISTA, Renata Ribeiro. Dilemas e boas práticas do modelo multijurisdicional no combate aos ilícitos transfronteiriços: algumas pautas para a aplicação da Lei nº 12.846/13. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 111-127.

BARROS FILHO, Wilson Accioli de; DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre o devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos termos de ajustamento de conduta (TACs). In: DE OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). *Acordos Administrativos no Brasil: Teoria e Prática*. São Paulo: Almedina, 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo; DE SOUZA, Ricardo Inglez; DELOSSO, Ana Fernanda Ayres. A Nova Dinâmica dos Acordos de Cessação de Práticas Anticoncorrenciais no Brasil. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 23, jan.-jun./2013, p. 117-139.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida (...) [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BUGALHO, Nelson Roberto. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 37, jan.-mar./2005.

CABRAL, Antônio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 35-66.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*. 2001.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, nº 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação* – 2ª ed. –. Brasília: MPF, 2019.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1993.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

PAZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

PORTO SOARES, Marcos José; ARAÚJO PEREIRA, Alexandre. Distinção entre Corrupção, Improbidade Administrativa e a Má Gestão da Coisa Pública. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 959, set./2015, p. 55-69.

VALDÉS, Garzón. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). *La corrupción política*. Madrid, Alianza, 1997.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

\_\_\_\_\_. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o ministério público como instrumento de sua proteção preventiva extrajudicial – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva, *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa/Conselho Nacional do Ministério Público*. Brasília. CNMP, n. 5, 2015.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro; ALMEIDA, Gregório Assagra de. A ação de improbidade administrativa como modalidade de ação civil pública: aplicabilidade dos princípios e das diretrizes interpretativas do direito processual coletivo no plano do processo que tem como objeto o combate aos atos de improbidade. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz (Orgs.). *Ministério Público, constituição e acesso à justiça: abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.



# O Ministério Público na contemporaneidade: a construção do atual modelo constitucional e o poder de agenda ministerial

*The Public Prosecution Service in contemporary times: the construction of the current constitutional model and the power of the ministerial agenda*

Tiago Martinez\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A origem do Ministério Público. 3. O Ministério Público nas Constituições brasileiras. 3.1. O MP na Constituição de 1824. 3.2. O MP na Constituição de 1891. 3.3. O MP na Constituição de 1934. 3.4. O MP na Constituição de 1937. 3.5. O MP na Constituição de 1946. 3.6. O MP na Constituição de 1967 e as Emendas Constitucionais nº 1/69 e nº 7/77. 3.7. O MP na Constituição de 1988: um novo perfil. 4. Os novos desafios e o poder de agenda ministerial. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## Resumo

É pensando o passado que se torna possível compreender o presente e vislumbrar o futuro. A presente pesquisa parte dessa assertiva para demonstrar como o Ministério Público foi alçado à condição de instituição de garantia essencial à construção da democracia, tornando-se, dessa maneira, um dos principais artífices do Estado Democrático de Direito brasileiro. Nas próximas páginas será apresentado ao leitor a linha evolutiva da instituição Ministério Público, isto é, as causas históricas que permearam a sua concepção, seu aperfeiçoamento e que nos colocaram diante de um perfil institucional direcionado à transformação social. Ademais, como consequência da construção do atual modelo constitucional, a pesquisa abordará a possibilidade de fixação de uma agenda institucional de atuação pelo Ministério Público. Enfrentar os intrincados elementos que perpassam o debate a respeito do poder de agenda da Instituição Ministerial, revela-se fundamental, uma vez que a Carta Republicana de

---

\* Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Especialista em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Especialista em Direito Contemporâneo pelo Instituto Superior do Ministério Público (ISMP). Membro do Grupo de Pesquisa História do Pensamento Espanhol Contemporâneo. Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.



1988, ao ampliar o campo de trabalho do *Parquet*, também trouxe novos desafios à atuação ministerial na contemporaneidade. Dentre os desafios, esta pesquisa destina-se a investigar, especialmente, a discussão sobre o axioma institucional consubstanciado na noção de que o MP, atendidos os requisitos formais mínimos, deve dar conta de todas as demandas que chegam ao seu conhecimento, sem exceção e independentemente de qualquer consideração quanto ao seu conteúdo, relevância ou outro critério de diferenciação, consignando-se, ante a finitude de recursos e instrumentos do Estado, que além de responsável, a atuação do Ministério Público precisa ser estratégica e eficiente, sob pena de enfraquecimento do *Parquet* e prejuízo à sociedade civil. Diante dessa delimitação temática, o estudo, que se inicia mediante uma análise descritiva da origem do Ministério Público e do tratamento conferido (ou não) pelas Constituições brasileiras ao *Parquet* no decorrer da história, tem como objetivo geral demonstrar, considerando o perfil assumido pelo MP e a expansão do seu campo de trabalho a partir da Carta Cidadã de 1988, que a concepção de uma agenda institucional de atuação com o fim de direcionar a atividade do MP, evidentemente que por meio de ajustes e profundo diálogo, pode representar um passo significativo em direção a uma prestação de serviço mais organizada e eficiente. Para cumprir com os objetivos propostos, a presente análise se amparou em uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e legislativa, em artigos disponibilizados em periódicos, assim como em informações fornecidas por instituições especializadas.

### **Abstract**

*It is by thinking about the past that it becomes possible to understand the present and glimpse the future. The present research starts from this assertion to demonstrate how the Public Prosecution Service was elevated to the condition of an essential guarantee institution for the construction of democracy, thus becoming one of the main artisans of the Brazilian Democratic State of Law. In the following pages, the reader will be presented with the evolutionary line of the Public Prosecution Service institution, that is, the historical causes that permeated its conception, its improvement and that placed us in front of an institutional profile aimed at social transformation. Furthermore, as a consequence of the construction of the current constitutional model, the research will address the possibility of setting an institutional agenda for action by the Public Prosecution Service. Facing the intricate elements that permeate the debate about the power of agenda of the Ministerial Institution, proves to be fundamental, since the Constitution of the Republic of 1988, by expanding the field of work of Parquet, also brought new challenges to ministerial action in contemporary times. Among the challenges, this research aims to investigate, especially, the discussion about the institutional axiom embodied in the notion that the MP, having met the minimum formal requirements, must handle all the demands that come to its attention, without exception and regardless of any consideration as to its content, relevance or other differentiation criteria, consigning, given the finitude of resources and State instruments, that in addition to being responsible, the Public Prosecutor's Service must be strategic and efficient, under penalty of weakening of Parquet and damage to civil*

*society. Given this thematic delimitation, the study, which begins with a descriptive analysis of the origin of the Public Prosecution Service institution and the treatment given (or not) by the Brazilian Constitutions to Parquet throughout history, has the general objective of demonstrating, considering the profile assumed by the MP and the expansion of its field of work from the 1988 Citizen's Charter, that the design of an institutional agenda of action in order to direct the MP's activity, evidently through adjustments and deep dialogue, can represent a significant step towards a more organized and efficient service delivery. To meet the proposed objectives, this analysis was supported by a methodology based on bibliographic and legislative research, on articles available in journals, as well as on information provided by specialized institutions.*

**Palavras-chave:** Ministério Público. Constituições brasileiras. Evolução histórica. Perfil constitucional. Poder de agenda.

**Keywords:** *Public Prosecution Service. Brazilian constitutions. Historic evolution. Constitutional profile. Institutional action agenda.*

## 1. Introdução

“Numa palavra: por que existe o Direito? Simples. Não existe um ponto arquimédico; nunca falamos a partir de um grau zero de sentido. Sempre veremos o mundo a partir da moral, e é por isso que só há uma saída: o Direito nos impede que falemos o mundo simplesmente e somente pela moral. O Direito nos salva de nós mesmos.”

(Lenio Luiz Streck)

É pensando o passado que se torna possível compreender o presente e vislumbrar o futuro. O presente estudo parte dessa assertiva para demonstrar como o Ministério Público foi alçado à condição de instituição de garantia essencial à construção da democracia, tornando-se, desse modo, um dos principais artífices do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nas próximas páginas o leitor irá se deparar, em um primeiro momento, com a linha evolutiva da instituição Ministério Público, ou seja, com as causas históricas que permearam a sua concepção, seu aperfeiçoamento e que nos colocaram diante de um perfil institucional direcionado à transformação social. O Ministério Público como agente de transformação social é fruto de um processo histórico.

Posteriormente, como consequência da construção do atual modelo constitucional, a pesquisa abordará a possibilidade de fixação de uma agenda institucional de atuação pelo Ministério Público. Enfrentar os intricados elementos que

perpassam o debate a respeito do poder de agenda da Instituição Ministerial, revela-se fundamental, uma vez que a Carta Republicana de 1988, ao ampliar o campo de trabalho do *Parquet*, também trouxe novos desafios à atuação ministerial na contemporaneidade.

Dentre os desafios, este estudo destina-se a investigar, especialmente, a discussão sobre o axioma institucional consubstanciado na noção de que o MP, atendidos os requisitos formais mínimos, deve dar conta de todas as demandas que chegam ao seu conhecimento, sem exceção e independentemente de qualquer consideração quanto ao seu conteúdo, relevância ou outro critério de diferenciação, consignando-se, ante a finitude de recursos e instrumentos do Estado, que além de responsável, a atuação do Ministério Público precisa ser estratégica e eficiente, sob pena de enfraquecimento do *Parquet* e prejuízo à sociedade civil.

Diante dessa delimitação temática, adotando como marco teórico as perspectivas apresentadas por Carlos Roberto de Castro Jatahy, Professor e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, assim como pelos Professores e Promotores de Justiça, Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoponi, a pesquisa, que se inicia mediante uma análise descritiva da origem do Ministério Público e do tratamento conferido (ou não) pelas Constituições brasileiras ao *Parquet* no decorrer da história, tem como objetivo geral demonstrar, considerando o perfil assumido pelo MP e a expansão do seu campo de trabalho a partir da Carta Cidadã de 1988, que a concepção de uma agenda institucional de atuação com o fim de direcionar a atividade do MP pode representar um passo significativo em direção a uma prestação de serviço mais organizada e eficiente.

Para cumprir com os objetivos propostos, a presente análise se amparou em uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e legislativa, em artigos disponibilizados em periódicos, assim como em informações fornecidas por instituições especializadas.

## 2. A origem do Ministério Público

A compreensão da função do Ministério Público brasileiro na contemporaneidade ou, melhor dizendo, na sociedade moderno-líquida,<sup>1-2</sup> causas históricas que permearam a sua concepção, seu aperfeiçoamento e que nos colocaram diante de um perfil institucional direcionado à transformação social.

<sup>1</sup> Considero a expressão “modernidade líquida”, elaborada por Zygmunt Bauman, como a mais adequada para designar o atual estado de coisas e as características de nosso tempo, destacando que, segundo o filósofo e sociólogo polonês, esse estágio da modernidade tem início a partir da segunda metade do século XX. Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; MARTINEZ, Tiago. *Ética, economia e trabalho na modernidade líquida*. Curitiba: Appris, 2020.

<sup>2</sup> Rafael Moreno Rodrigues Silva Machado, Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao tratar da essencialidade do Ministério Público na contemporaneidade, também se vale da expressão “modernidade líquida” para se referir ao atual contexto moderno. Cf. MACHADO, Rafael Moreno Rodrigues Silva. *A essencialidade do Ministério Público no mundo líquido: desafios para o século XXI*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021.

*Ab initio*, como bem esclarece Carlos Roberto de Castro Jatahy, Professor e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, há controvérsias e consensos quanto à origem do Ministério Público.<sup>3</sup> Os principais desacordos entre os pesquisadores do tema residem na busca pelas raízes do Ministério Público na Antiguidade. São diversas as críticas no sentido de que embora o Ministério Público exerça atualmente certas funções que já vigoravam no Egito e em Roma, não é possível daí inferir que os antigos conheceram, propriamente, a instituição do Ministério Público.<sup>4</sup>

Isso porque os traços definidores do Ministério Público contemporâneo se relacionam com modos específicos de organização do Estado e de administração do sistema de Justiça. A gênese do Ministério Público depende da preexistência de condições básicas, tais como a superação da vingança privada, a imparcialidade do órgão público nas ações penais, a diferenciação entre acusador e juiz, a tutela de interesses da coletividade e não apenas do fisco e do soberano, assim como a execução correta e célere da sentença dos juízes, características essas que passam a figurar tão somente no aparato dos Estados Modernos.<sup>5</sup>

Mesmo diante de todas as complicações peculiares da época, é na França do Rei Filipe IV, o Belo,<sup>6</sup> que podemos encontrar – e aqui temos um consenso entre os pesquisadores – a origem moderna do Ministério Público. Nas palavras de Jatahy:

A origem próxima da instituição é comumente atribuída à França, especificamente na “*Ordonnance*” de Felipe IV, o Belo, que em 1302, une as funções, então distintas dos “*advocat et procureur du roi*”, também chamados de “*les gens du roi*”, numa única instituição, passando tais agentes a desempenhar a persecução penal; a tutela

<sup>3</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2021, p. 1.

<sup>4</sup> Segundo o Promotor de Justiça Alexander Araujo de Souza, “alguns autores vislumbram os primeiros vestígios das atuais funções criminais do Ministério Público nas atividades desempenhadas pelos tesmótetas gregos. Contudo, no sistema acusatório que vigorava na Grécia Antiga, o direito de acusar pertencia a todos os cidadãos, os quais o exerciam em nome da Pólis, não obstante a existência de delitos de ‘ação pública’ e delitos de ‘ação privada’”. A atividade dos tesmótetas consistia em depositar uma ‘denúncia’ junto ao Senado ou junto à Assembleia do Povo, designando estes um cidadão para sustentar a acusação, não remanesecendo com os tesmótetas qualquer encargo subsidiário à ação penal. Por esse motivo, não se pode vislumbrar nestes funcionários gregos o verdadeiro predecessor do Ministério Público moderno (...). Também não são romanas as origens do atual Ministério Público. De maneira similar ao que ocorria no sistema da Grécia Antiga, no aparato judiciário da República e do início do Império Romano, com exceção dos casos de incapacidade, o direito de acusar pertencia aos cidadãos livres. No envolver do processo penal da Idade Imperial, a *accusatio* se transformou em uma espécie de querela proposta pelo titular do interesse lesado, desnaturando-se o princípio republicano de que a ação era proposta *quavis ex populo*, isto é, por qualquer do povo. Quando as acusações privadas se tornaram despóticas e abusivas, a pureza do primitivo sistema acusatório foi deturpada (...). A ancestralidade do Ministério Público, portanto, não se relaciona à Antiguidade Romana”. Cf. SOUZA, Alexander Araujo de. *O Ministério Público como instituição de garantia: as funções essenciais do Parquet nas modernas democracias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 6-9.

<sup>5</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 2.

<sup>6</sup> O Rei Filipe IV ficou conhecido na história universal por sua tirania, pelas atrocidades jurídicas e pelas bárbaras torturas em praça pública.

dos interesses do Estado e também do soberano junto ao Poder Judiciário. Com efeito, a criação de Tribunais e a investidura de magistrados na função jurisdicional se deve ao Rei Luiz IX que, com a publicação de seus Estatutos em 1270 (“Estatutos de São Luiz”), retornou à fonte do direito romano, moralizando a distribuição da justiça naquele país. Felipe IV – o Belo – cria, portanto, um corpo de funcionários a quem competiria a tutela dos interesses do Estado, separados da pessoa e dos bens do rei; e com a finalidade de fiscalizar de perto as atividades dos magistrados, outorga-lhes as mesmas prerrogativas destes, impondo-lhes, inclusive, a vedação do patrocínio de quaisquer outras causas. Apesar de atuar tão somente na defesa dos interesses do Estado (que então se confundiam com os do soberano) – função que a instituição somente abandonou na Constituição de 1988 – nascia aí o Ministério Público.<sup>7</sup>

Ressalte-se que os termos “*Parquet*” e “Ministério Público” despontam do exercício funcional pelos Procuradores do Rei. Com o fim de se distinguir do ofício privado dos advogados, os Procuradores do Rei, nas correspondências que trocavam entre si, denominavam suas atividades como um ofício ou Ministério Público. Ademais, a expressão “*Parquet*” – vocábulo que posteriormente passou a ser utilizado como sinônimo da Instituição – decorre de um tipo de estrado, característico das salas de audiência, onde os Procuradores do Rei podiam sentar-se lado a lado com os magistrados.<sup>8</sup> Sobre este ponto, o jurista Hélio Tornaghi nos ensina que “os membros do Ministério Público não se dirigiam aos juízes do chão, mas de cima do mesmo estrado (*Parquet*) em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se descobriam para lhes endereçar a palavra, embora tivessem que falar de pé”<sup>9</sup> e, por esta razão, eram chamados de *magistrature debout*, isto é, magistratura de pé.

Contudo, não basta a informação de que a origem moderna do Ministério Público é francesa para compreendermos como chegamos ao atual perfil institucional adotado no Brasil. O próximo passo a ser dado é em direção às raízes portuguesas, uma vez que as bases do Ministério Público brasileiro encontram respaldo, inicialmente, no Direito português, o qual vigorou no país durante o período colonial.

O primeiro diploma legal português que guarda relação com o Ministério Público é datado de 14 de janeiro de 1289, documento esse que previa a figura do Procurador do Rei, cargo de natureza pública e permanente, mas que ainda não constituía de fato uma magistratura, o que só se verificou posteriormente, com a

<sup>7</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 3.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>9</sup> TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 1, p. 277-278.

instituição dos tribunais regulares e com a publicação de leis que vieram a substituir o direito dos forais de cada localidade.<sup>10</sup>

A figura do Procurador de Justiça, com o fim de tutelar o interesse geral e dos vassallos que clamavam por justiça, exsurge em Portugal após a publicação das *Ordenações Afonsinas* no período de 1446 e 1447, enquanto a figura do Promotor de Justiça aparece pela primeira vez nas *Ordenações Filipinas* de 1603.<sup>11</sup>

Já nos aproximando da evolução histórica da instituição Ministério Público no Brasil, cabe destacar que o primeiro documento legal de origem tupiniquim a prever a figura do Promotor de Justiça é de 1609, cujo conteúdo regulava a composição do Tribunal da Relação da Bahia. Posteriormente, o regimento de 1751 criou a Relação do Rio de Janeiro, a qual veio a se transformar na Casa de Suplicação do Brasil, Tribunal Superior de última instância com a mesma alçada da Casa da Suplicação de Lisboa,<sup>12</sup> após a publicação do Alvará de 10 de maio de 1808.<sup>13</sup> De acordo com Jatahy, nesse novo Tribunal, que julgava os recursos da relação da Bahia, “o cargo de promotor de justiça e o cargo de procurador dos feitos da Coroa foram separados, passando a ser ocupados por dois titulares. Pela primeira vez em terras brasileiras, separam-se as funções de defesa do Estado e do fisco, da Defesa da Sociedade”,<sup>14</sup> o que foi implementado em definitivo na Carta Republicana de 1988.

### 3. O Ministério Público nas Constituições brasileiras

Feitas tais considerações, é possível prosseguir e apresentar nas próximas páginas ao leitor um breve exame do tratamento conferido (ou não) pelas Constituições brasileiras ao Ministério Público, enfatizando, desde já, que o papel assumido pelo *Parquet* na Carta Política de 1988 será objeto de uma análise mais detalhada nesta pesquisa. No entanto, não há como alcançar as questões atuais sem antes percorrer os principais pontos existentes nas Constituições pretéritas, os quais nos trouxeram até aqui.

#### 3.1. O MP na Constituição de 1824

A Constituição brasileira de 1824 não trazia em seu texto nenhuma referência ao Ministério Público,<sup>15</sup> contudo em seu artigo 48 há menção ao cargo de “Procurador

<sup>10</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 5.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Cf. ARQUIVO NACIONAL – MEMÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. Mesas do Desembargo do Paço [dos Tribunais da Relação]. *Dicionário Período Colonial*. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/205-mesas-do-desembargo-do-paco-dos-tribunais-da-relacao>. Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>13</sup> Cf. BRASIL. Alvará de 10 de maio de 1808. Regula a Casa da Supplicação e dá providências a bem da administração da Justiça. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 10 maio 1808. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/almv/1808/almv-10-5-1808-1.html#view](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/almv/1808/almv-10-5-1808-1.html#view). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>14</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 5.

<sup>15</sup> Cf. BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador. *Coleção de Leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro,

da Coroa". Além disso, o Código de Processo Criminal do Império, publicado em 5 de dezembro de 1832,<sup>16</sup> dedicou uma seção aos "Promotores Públicos", apresentando os primeiros requisitos para a sua nomeação, assim como definindo as suas atribuições.

Ressalte-se, ainda, que a Lei nº 2.040/1871,<sup>17</sup> popularmente conhecida como Lei do Ventre Livre, outorgou ao Promotor de Justiça a missão de garantir que os filhos livres de mulheres escravas fossem registrados de acordo com a matrícula especial existente na época, isto é, "chegando ao seu conhecimento a existência de crianças em tal condição, cabia-lhe dar a eles matrícula, numa função que até hoje é desempenhada especialmente pelos Promotores de Infância e Juventude".<sup>18</sup>

### 3.2. O MP na Constituição de 1891

A Constituição brasileira de 1891 permaneceu silente quanto ao Ministério Público,<sup>19</sup> no entanto apresentou em seu artigo 58, § 2º, a figura do Procurador-Geral da República, que seria designado pelo Presidente da República dentre os membros do Supremo Tribunal Federal.

Embora o Ministério Público não tenha sido mencionado pela Constituição em 1891, logo após a Proclamação da República e instituição do Governo Provisório em 1889, o então Ministro da Justiça Campos Salles, que veio a ser considerado o patrono do Ministério Público, editou no ano de 1890 o Decreto nº 848 e o Decreto nº 1.030, esses que deliberavam sobre a Justiça Federal e a Justiça no Distrito Federal, sendo destinado capítulos próprios ao Ministério Público.<sup>20-21</sup>

Os referidos decretos foram os primeiros a conferir o aspecto institucional ao Ministério Público na legislação infraconstitucional. A partir desse momento, o Ministério Público passa a ser visto como instituição necessária à democracia e de fundamental importância ao funcionamento do Estado.<sup>22</sup>

RJ, 25 mar. 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>16</sup> Cf. BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 5 dez. 1832. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>17</sup> Cf. BRASIL. Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 28 set. 1871. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim2040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>18</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 6.

<sup>19</sup> Cf. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>20</sup> Cf. BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 11 out. 1890. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>21</sup> Cf. BRASIL. Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890. Organiza a Justiça no Distrito Federal. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 14 nov. 1890. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D1030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1030.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>22</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 7.

### 3.3. O MP na Constituição de 1934

A Constituição brasileira de 1934 traz consigo um relevante progresso ao sistema de justiça nacional,<sup>23</sup> uma vez que foi a primeira a tratar do Ministério Público, destinando um capítulo próprio à instituição, mais precisamente o Capítulo VI (“Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”), Seção I, independente dos demais poderes do Estado.

Da leitura do artigo 95 ao artigo 98, observa-se que o *Parquet* foi organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis estaduais. Foi, também, na Carta Magna de 1934, que foram estabelecidas, pela primeira vez, garantias e prerrogativas aos membros do Ministério Público, tais como a estabilidade funcional e a investidura em cargo público mediante aprovação em concurso público.

Vale dizer que esta Carta Constitucional criou a figura do Ministério Público nas Justiças Militar e Eleitoral, assim como, em seu artigo 76, outorgou ao *Parquet* a legitimidade para revisão criminal.<sup>24</sup>

### 3.4. O MP na Constituição de 1937

Ditaduras e retrocessos andam lado a lado. A Constituição brasileira de 1937 é um exemplo dessa assertiva.<sup>25</sup> Editada sob a ditadura do então Presidente da República Getúlio Vargas, a Carta Magna de 1937 não aperfeiçoou o Ministério Público, muito pelo contrário.

Conforme se verifica após a leitura da Lei Maior, a expressão “Ministério Público” somente é encontrada em quatro passagens e de forma dispersa, mais precisamente nos artigos 99, *caput*; 101, parágrafo único; 105, *caput*; e 109, parágrafo único. Nenhum capítulo foi reservado à instituição. Contudo, de acordo com Jatahy, na mesma conjuntura podemos observar significativas inovações e modificações nas esferas do processo penal e civil:

Apesar disso, no período do “Estado Novo” de Vargas, foi editado o Código de Processo Penal de 1941, de influência italiana, conferindo ao Ministério Público o poder de requisição de inquérito policial e diligências em seu bojo, bem como a titularidade da ação penal pública. Na área processual civil, o Código de 1939 estabeleceu a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público em diversas

<sup>23</sup> Cf. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>24</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 7.

<sup>25</sup> Cf. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.



hipóteses jurídicas, na qualidade de *custos legis*, intervindo na proteção de alguns interesses considerados relevantes para o legislador, tais como o Direito de Família e a proteção aos incapazes.<sup>26</sup>

### 3.5. O MP na Constituição de 1946

A Constituição brasileira de 1946 dispôs expressamente sobre o Ministério Público em seu Título III, sem a vinculação da instituição aos demais poderes.<sup>27</sup> Do artigo 125 ao 128, a Carta Magna prevê a organização do *Parquet* na esfera federal e estadual, assim como a sua atuação nas Justiças Comum, Militar, Eleitoral e Trabalhista. Também foi garantido aos membros do Ministério Público a estabilidade e a inamovibilidade, e, ainda, foi outorgada “a representação da União aos Procuradores da República, que podiam delegar tais funções, nas comarcas do interior, aos Promotores de Justiça, numa função de índole fazendária que somente foi afastada em 1988”.<sup>28</sup>

### 3.6. O MP na Constituição de 1967 e as Emendas Constitucionais nº 1/69 e nº 7/77

A Constituição brasileira de 1967 tratou do Ministério Público em seu Título I, Capítulo VIII, o qual foi reservado ao Poder Judiciário, na Seção IX.<sup>29</sup> Ao se afastar do Poder Executivo e passando a integrar o Poder Judiciário, o Ministério Público alcançou maior autonomia e independência. Ademais, em razão da isonomia com a magistratura, aos membros do *Parquet* foram outorgadas garantias e prerrogativas para o pleno exercício das funções institucionais, as quais só seriam consagradas de modo efetivo com a Carta Cidadã de 1988.<sup>30</sup>

Todavia, o tratamento conferido ao Ministério Público volta a se modificar em 1969. Como se percebe da linha evolutiva traçada até aqui, há uma evidente inconstância no modo como as Constituições brasileiras se referem (ou não) ao Ministério Público,<sup>31</sup> característica típica de um país que ora flerta, ora se submete a um regime autoritário ou ditatorial. Afinal, a forma como o Ministério Público é previsto em uma Constituição diz muito sobre o sistema de Justiça e os fins sociais de um Estado.

<sup>26</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 7.

<sup>27</sup> Cf. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 19 set. 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>28</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 8.

<sup>29</sup> Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 24 jan. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>30</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 8.

<sup>31</sup> Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. *Histórico do Ministério Público no Brasil*. Disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico>. Acesso em: 6 dez. 2021.

Pois bem. A Emenda Constitucional nº 1/69,<sup>32</sup> resultado da ruptura da ordem constitucional, editou o texto da Constituição Federal de 1967. Dentre as alterações, passou a fazer referência expressa ao Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Executivo, “topograficamente posicionado ao lado dos funcionários públicos e das Forças Armadas, mantendo, entretanto, a autonomia de organização e a carreira conforme os preceitos do ordenamento anterior”.<sup>33-34</sup>

Já a Emenda Constitucional nº 7/77 acrescentou ao texto da Constituição Federal de 1967 disposições relativas ao Poder Judiciário.<sup>35</sup> Dentre as alterações, vale ressaltar a inserção do parágrafo único ao artigo 96, o qual trouxe a previsão de Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, fixando normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual (MPE).

Pouco mais de quatro anos depois é editada a Lei Complementar nº 40, de 14 dezembro 1981,<sup>36</sup> a primeira legislação a organizar os Ministérios Públicos estaduais e a fixar as linhas gerais do Ministério Público em todo o Brasil. É por esta razão, esclarece Jatahy, que “o dia 14 de dezembro é considerado o Dia Nacional do Ministério Público”.<sup>37</sup>

### 3.7. O MP na Constituição de 1988: um novo perfil

É com a Constituição da República Federativa de 1988 que o Ministério Público brasileiro assume um novo e avançado perfil,<sup>38</sup> sendo possível dizer que existe um Ministério Público pré-1988 e outro pós-1988.<sup>39</sup> A Carta Republicana de 1988 definiu critérios formais para a designação e destituição dos Procuradores-Gerais, assegurou autonomia funcional, administrativa e orçamentária, bem como outorgou garantias e determinou vedações aos membros do *Parquet*, com fim de proporcionar as condições adequadas ao efetivo desempenho da vocação social que lhe passou a ser atribuída.<sup>40</sup>

<sup>32</sup> Cf. BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>33</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 8.

<sup>34</sup> Destaque-se, como bem aponta Jatahy, que “nesse período foi editado o Código de Processo Civil de 1973, que consolidou a posição institucional do Ministério Público no Processo Civil, nas clássicas funções de Autor (órgão agente) e fiscal da lei (órgão interveniente)”. *Ibidem*, p. 8.

<sup>35</sup> Cf. BRASIL. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 abr. 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>36</sup> Cf. BRASIL. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 dez. 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>37</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 9.

<sup>38</sup> “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 dez. 2021.

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre de; et al. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 1080.

<sup>40</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 10.

O *caput* do artigo 127 da atual Constituição definiu de forma clara as nobres missões institucionais conferidas ao Ministério Público, uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Um verdadeiro agente de transformação social, uma vez que, nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, “recebe a reclamação do povo, apura a notícia ou determina sua apuração, investiga diretamente os fatos, até quando a polícia não tem interesse ou não tem possibilidade de apurar, propõe a ação penal ou civil necessária.”<sup>41</sup>

A Carta Cidadã de 1988 atribuiu ao Ministério Público a tarefa de zelar pelos princípios e valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, fazendo com que a instituição se tornasse uma genuína guardiã das liberdades públicas e do regime democrático, “na medida em que o exercício de suas atribuições, judiciais ou extrajudiciais, visa, em essência, o respeito aos fundamentos do modelo social pretendido (...) e a promoção dos objetivos fundamentais do País.”<sup>42</sup> Além disso, ao se referir ao *Parquet* como uma instituição permanente e essencial à Justiça, o constituinte originário tratou o Ministério Público como “cláusula pétrea implícita à função jurisdicional do Estado”,<sup>43</sup> criando, desse modo, uma limitação de ordem material para a tramitação de qualquer emenda que venha a restringir as características definidas inicialmente na Constituição. Afinal, “se o MP foi erigido à condição de garantidor da democracia, o garantidor é tão pétreo quanto ela.”<sup>44</sup>

Destaque-se, ainda, que somente a partir de 1988 que o Ministério Público – integrante do Poder Judiciário na Constituição de 1967 e do Poder Executivo na Constituição de 1969 – assume a posição de “Órgão Constitucional com status peculiar de Poder do Estado”,<sup>45</sup> desatando os laços inicialmente construídos com o propósito de realizar a defesa judicial do erário e dos atos do governo, passando a gozar, assim, da independência e autonomia indispensáveis ao exercício de uma função fiscalizadora impessoal da ordem democrática, condição essa que lhe foi outorgada pela Carta Republicana.

O Ministério Público após 1988 tem a sua missão modificada em virtude do novo panorama instaurado pelo Estado Democrático de Direito. Segundo Carlos Roberto de Castro Jatahy:

Os valores emancipatórios consignados na Constituição devem, portanto, pautar a atuação do Ministério Público na sociedade. É sua função utilizar o direito como instrumento de transformação da

<sup>41</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 281.

<sup>42</sup> GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. O Ministério Público e os direitos das crianças e adolescentes. In: ALVEZ, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Franco da (Org.). *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 313.

<sup>43</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 12.

<sup>44</sup> BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. O MP enquanto cláusula pétrea da Constituição. In: *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, nº 20, p. 476-478, jul./dez. 2004.

<sup>45</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 12.

realidade social, fazendo com que os fatores que ensejam e mantêm a injustiça social sejam eliminados. Esta é sua maior função. Sua vocação social. O Ministério Público, com efeito, tem como principal missão a defesa do Estado Democrático de Direito e de uma ordem em que predominem os direitos humanos, manifestando tal viés na defesa dos grupos sociais considerados econômica e socialmente mais débeis e, por que motivo, mercedores de proteção especial de acordo com o direito social. Assim, o Ministério Público passa a ter um importante papel como instituição mediadora nos conflitos de interesses sociais. Os grandes litígios necessitam ser afrontados por um órgão independente e fortalecido, com segurança suficiente para garantir a eficácia dos interesses sociais e a defesa dos fins do Estado, entre os quais sobressai o bem comum. Embora regimes autoritários tragam exemplos de Ministérios Públicos fortes (mas não independentes), essa instituição só consegue atingir a sua destinação última – defender os interesses da coletividade – em um meio democrático.<sup>46</sup>

Percebe-se, portanto, a partir do exame das Constituições brasileiras e do tratamento conferido ao Ministério Público em cada uma delas, que nos momentos em que o regime democrático se mostrou mais vigoroso, o *Parquet* alcançou maior participação no texto constitucional, enquanto nos regimes autoritários ou ditatoriais o Ministério Público não possuía qualquer relevância na respectiva Carta Magna. Nesse sentido, é possível concluir que o Ministério Público é resultado do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Por fim, sem a intenção de esgotar a temática do Ministério Público na Constituição Federal de 1988, vale destacar, ainda, alguns pontos fundamentais que foram consagrados pelo constituinte no tocante às atribuições da instituição. De fato, as limitações espaciais típicas de um artigo acadêmico impedem uma análise mais profunda do *Parquet* na Constituição, mas o presente estudo não pode ser finalizado sem ao menos expor tais elementos, evitando, desse modo, uma supressão indevida de conteúdo.

Pois bem. No artigo 127, § 1º, da Carta Republicana de 1988, encontram-se os princípios institucionais que norteiam a atuação do *Parquet*,<sup>47</sup> a saber: a unidade (traduz a identidade do Ministério Público enquanto instituição, devendo seus membros serem identificados como parte integrante de um organismo mais amplo); a indivisibilidade (decorre do princípio da unidade e, em apertada síntese, significa que quem exerce os atos é a instituição Ministério Público e não a pessoa do Promotor ou Procurador de Justiça); e a independência funcional (assegura aos membros da instituição o dever

<sup>46</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>47</sup> “Art. 127 (...) §1º. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.” Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. Cit.

de obediência apenas à Constituição, à ordem jurídica e à sua consciência, a qual não deve se confundir com um voluntarismo exacerbado). Não se pode olvidar também do princípio do promotor natural, que embora não encontre previsão expressa na Lei Maior, tem seu sentido extraído da conjugação do princípio do juiz natural (artigo 5º, LIII, CRFB/88), da garantia da inamovibilidade (artigo 128, § 5º, I, b, CRFB/88) e do princípio da independência funcional (artigo 127, § 1º, CRFB/88).<sup>48</sup> O princípio do promotor natural possibilita uma atuação isenta e técnica do membro do *Parquet*, assim como “consagra uma garantia jurídica ao próprio cidadão que será acusado por um promotor livre, desimpedido de qualquer prévia orientação e inamovível, em virtude de suas funções”.<sup>49</sup>

Do parágrafo 2º ao 6º do artigo 127 da Constituição Federal de 1988,<sup>50</sup> encontram-se as garantias institucionais da autonomia funcional, administrativa e orçamentária, indispensáveis ao pleno exercício das funções constitucionais atribuídas à instituição.<sup>51</sup> Já no artigo 128, *caput*, § 1º ao § 5º, a Carta Magna apresentou a organização constitucional do Ministério Público, com uma estrutura orgânica dual, composta pelo Ministério Público da União – que compreende o MPF, MPT, MPM e o MPDF e Territórios – e pelo Ministério Público dos Estados.<sup>52</sup> A organização do Ministério Público da União foi consolidada na Lei Complementar nº 75/1993 (LOMPU), os Ministérios Públicos Estaduais foram organizados nacionalmente por meio da Lei nº 8.625/1993 (LONMP), sendo certo que cada Ministério Público Estadual é regido por Lei Complementar Estadual própria (no caso do *Parquet* fluminense, a Lei Complementar Estadual nº 106/2003).<sup>53</sup>

No artigo 128, § 5º, I e II, da Carta Republicana de 1988,<sup>54</sup> localizam-se as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, assim

<sup>48</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 20-24.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>50</sup> “Art. 127 (...) §2º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) §3º. O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. §4º. Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do §3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) §5º. Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do §3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) §6º. Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. Cit.

<sup>51</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 25-28.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>53</sup> Cf. GOLDEMBERG, Eliane; JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Ministério Público: legislação institucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2021, p.3-159.

<sup>54</sup> “Art. 128. O Ministério Público abrange: § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto

como podem ser encontradas as vedações aos membros do *Parquet*. A finalidade das garantias e vedações constitucionais é assegurar o efetivo exercício das funções e impedir o distanciamento dos preceitos da instituição.<sup>55</sup> Ressalte-se, conforme exposto no § 6º do supracitado artigo, que também se aplicam aos membros do *Parquet* as vedações impostas aos membros da Magistratura, as quais foram elencadas no artigo 95, parágrafo único, da Lei Maior.

Já as funções institucionais do Ministério Público estão previstas no artigo 129, I ao IX, da Constituição Cidadã.<sup>56</sup> Com relação aos parágrafos deste artigo, verifica-se que o constituinte os dedicou à legitimidade do *Parquet* para manejar a Ação Civil Pública, a Ação Civil Coletiva e o Controle de Constitucionalidade (§ 1º); bem como objetivou retirar do ordenamento jurídico a figura do Promotor “*ad hoc*” (§ 2º); indicou que a forma de ingresso na carreira do Ministério Público se dá mediante concurso público de provas e títulos (§ 3º); garantiu um padrão simétrico entre as carreiras do

---

de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I - as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) II - as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. Cit.

<sup>55</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 30-31.

<sup>56</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. § 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei. § 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. Cit.

Ministério Público e do Poder Judiciário (§ 4º) e realçou a importância da celeridade processual ao fixar a distribuição imediata dos processos no Ministério Público.<sup>57</sup>

Nos últimos dispositivos constitucionais da seção dedicada ao Ministério Público, o constituinte estendeu aos membros do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas o mesmo regime jurídico aplicado aos membros do Ministério Público comum (artigo 130, *caput*) e, no artigo 130-A, cujo *caput* foi acrescentado pela EC nº 45/2004, foi prevista a figura do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão constitucional autônomo, de natureza meramente administrativa, isto é, que não pode interferir na realização da atividade fim das instituições controladas, responsável por realizar o controle externo do Ministério Público brasileiro (MP comum).<sup>58</sup>

Portanto, como já exposto, a Carta Cidadã de 1988 trouxe consigo um novo paradigma ao Ministério Público e, por conseguinte, diversos pontos dignos de uma análise mais aprofundada. Nessa primeira parte da pesquisa, o objetivo foi apresentar um estudo evolutivo da instituição nas Constituições brasileiras, destacando que o Ministério Público é resultado do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro e da superação de regimes autoritários ou ditatoriais. Passamos, agora, ao terceiro momento da pesquisa, cujo enfoque incidirá sobre a possibilidade de fixação de uma agenda institucional de atuação pelo Ministério Público, uma vez que a CRFB de 1988 ampliou o campo de trabalho do *Parquet* e, com isso, trouxe novos desafios à atuação ministerial, merecendo especial destaque o tema do poder de agenda do MP.

#### 4. Os novos desafios e o poder de agenda ministerial

Passados mais de trinta e três anos da promulgação da Carta Cidadã, não restam dúvidas de que o Ministério Público cresceu enquanto instituição, que ocorreu a expansão do seu campo de trabalho, assim como que despontaram novos questionamentos de ordem funcional, administrativa e financeira, os quais precisam ser enfrentados, sob pena de enfraquecimento do MP.

De acordo com os Promotores de Justiça Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoponi, na obra *Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais*, o Ministério Público Brasileiro, atualmente, é dotado de um amplo campo de atribuições que lançam a tutela ministerial sobre um vasto número de objetividades jurídicas, encontradas a partir do disposto no artigo 127, *caput*; nos incisos do artigo 129, ambos da Carta Magna de 1988;<sup>59</sup> e pormenorizadas por inúmeros textos infraconstitucionais.<sup>60</sup>

Conforme demonstrado na seção anterior, o desenvolvimento das atribuições ministeriais é resultado de um notório movimento histórico institucional, sobretudo quando recapitulamos que há menos de um século e meio as funções do *Parquet*

<sup>57</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Op. Cit., p. 54-58.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 59-62.

<sup>59</sup> Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. Cit.

<sup>60</sup> ZIESEMER, Henrique da Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. *Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Mizuno, 2021, p. 43.



“resumiam-se à condução em juízo da persecução penal e à representação judicial dos interesses da Fazenda Pública”.<sup>61</sup>

Segundo Henrique da Rosa Zieseimer e Vinícius Secco Zoponi:

Vislumbrando-se a linha histórico evolutiva do MP, ainda que de modo superficial, é possível se alinharem três grandes marcos jurídico-normativos que moldaram a Instituição tal como ela é concebida hoje, marcos esses permeados por difíceis processos políticos dialógicos (...). São eles, em essência (...): (i) ruptura entre as funções MP e a defesa dos interesses da Fazenda Pública, o que se deu de modo definitivo tão somente com a nova ordem constitucional de 1988; (ii) inclusão de atribuições de natureza cível, desempenhadas em juízo na condição de *custos iuris*, a partir do Código Civil de 1916; (iii) atuação na tutela de direitos metaindividuais, a partir da década de 1980, particularmente com a Lei nº 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente, em seu lapidar art. 14, §1º, e com a LACP, com absoluto destaque. Ficado em tais marcos, houve uma progressiva ampliação quantitativa e qualitativa do campo de trabalho do MP. Não se pode negar, contudo, que, em paralelo à expansão de suas funções, houve também um processo político-constitucional de reforço da posição institucional ocupada pelo MP dentro do Estado Brasileiro, tendo por ápice a previsão da CRFB de 1988. Como consectário, revestiu-se a Instituição Ministerial e seus membros de garantias e prerrogativas, imprescindíveis para o bom desempenho de seu mister constitucional (...). Como resultado desse devir político-institucional, houve uma equalização, ainda que no plano normativo, entre a missão do MP e a estrutura jurídica posta à disposição da Instituição para o desempenho de suas funções.<sup>62</sup>

Hodiernamente, diversos são os desafios enfrentados pelo Ministério Público, os quais perpassam desde a temática das intervenções legislativas que limitam (ou que planejam restringir)<sup>63</sup> a atuação ministerial, como é o caso da reforma operada

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>63</sup> Aqui, poderíamos citar o substitutivo apresentado à Proposta de Emenda à Constituição que altera a composição e as regras de funcionamento do CNMP, o qual foi rejeitado, em votação realizada em 20/10/2021, pelo Plenário da Câmara dos Deputados. De acordo com a Associação Nacional dos Procuradores da República, a “PEC ataca aspectos estruturais do MP brasileiro e fragiliza a atuação independente de seus membros, garantia prevista na Constituição Federal. Além disso, submete o CNMP à influência direta do Congresso Nacional e impossibilitará a atuação do MP em defesa da sociedade brasileira, especialmente nos casos que envolvam temas de grande relevância.” Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Por falta de 11 votos, proposta que muda Conselho do Ministério Público é rejeitada no Plenário*, 20 out. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/818813-por-falta-de-11-votos-proposta-que-muda-conselho-do->



pela Lei nº 14.230/2021 no campo da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992),<sup>64</sup> até o tópico que trata da necessidade de aprimoramento dos canais de contato com a sociedade, “último lastro político da posição do MP no Estado Brasileiro.”<sup>65</sup>

Contudo, em uma pesquisa acadêmica, a delimitação temática é fundamental para não tornar o estudo superficial, pois quanto mais amplo for o objeto investigado, menor será o aprofundamento da questão. Nesse passo, dentre os inúmeros desafios enfrentados pelo MP na contemporaneidade, a pesquisa apresentará a discussão concernente à capacidade de trabalho da instituição Ministério Público ante as suas várias atribuições, buscando compreender se é possível fixar uma agenda institucional de atuação pelo *Parquet*.<sup>66</sup>

Na doutrina institucional referente ao MP, o debate gravita em torno das expressões “poder de agenda”, “seletividade” e “racionalidade” das atividades e funções do Ministério Público, e por mais intrincada que possa parecer, a questão gira em torno da validade ou não do seguinte axioma institucional do MP, a saber: “a Instituição Ministerial deve dar conta de todas as demandas que chegam ao seu conhecimento, sem exceção e independentemente de qualquer consideração quanto ao seu conteúdo, relevância ou outro critério de diferenciação.”<sup>67</sup> Em outros termos, caso a demanda encaminhada ao *Parquet* esteja de acordo com os requisitos formais mínimos e se enquadre nas atribuições constitucionais da instituição, a atuação do Ministério Público será obrigatória.<sup>68</sup>

Assim, caso o axioma seja considerado válido, afasta-se a possibilidade de instituir uma agenda de atuação ministerial. No entanto, caso o axioma seja identificado como uma proposição inválida, abre-se espaço para a concepção legítima de uma agenda ministerial, a qual poderá nortear e direcionar a atuação do Ministério Público.<sup>69-70</sup>

---

ministerio-publico-e-rejeitada-no-plenario/. Acesso em: 25 maio 2022.; Cf. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. *Parecer da PEC 5/2021 ataca a independência do Ministério Público brasileiro*, 6 out. 2021. Disponível em: <https://anpr.org.br/imprensa/noticias/25778-parecer-da-pec-5-2021-ataca-a-independencia-do-ministerio-publico-brasileiro>. Acesso em: 25 maio 2022.

<sup>64</sup> Para o Procurador da Fazenda Nacional Matheus Carvalho, “com a nova redação, a lei se limita a permitir a configuração dos atos de improbidade administrativa quando o dolo específico estiver presente, condição de difícil comprovação prática, aumentando o risco de impunidade nas infrações elencadas no normativo em apreço. De fato, a demonstração de que o agente agiu com o intuito claro de alcançar o resultado ilícito será de difícil comprovação (...).” Cf. CARVALHO, Matheus. *Lei de Improbidade Comentada*: atualizada com a Lei 14.230/2021. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 17.

<sup>65</sup> ZIESEMER, Henrique da Rosa; ZOPONI, Vinicius Secco. *Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais*. Op. Cit., p. 45.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> Ziesemer e Zoponi sustentam que “a proposição sob análise amolda-se à categoria lógica dos axiomas. No estudo da lógica, considera-se axioma toda proposição que se toma por uma verdade universalmente aceita, sem a exigência de uma demonstração; um axioma, portanto, é uma premissa imediatamente evidente e que, por isso, dispensa demonstração”. Cf. *Ibidem*.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>70</sup> O Professor e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Cláudio Tenório, sugeriu-me destacar, com relação à agenda institucional para a atuação do MP, que existe uma nítida diferença entre priorizar a atuação e não atuar, considerando o disposto no art. 127, *caput*, parte final, e no art. 129, ambos da Carta Republicana de 1988. É possível e necessário priorizar a atuação do *Parquet*,

Pois bem. Mas em que consistiria a invalidade do axioma? Para os Promotores de Justiça Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoponi, a invalidade do aludido axioma seria de ordem prática e econômica, uma vez que, por mais fundamentada e elegante que seja qualquer estrutura teórico-jurídica, não há como negar que os recursos e instrumentos do Estado são insuficientes para enfrentar todas as demandas que emergem cotidianamente, sendo indiscutível que essa carência permeia os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em todas as suas funções.<sup>71</sup>

A insuficiência da atuação do Poder Executivo talvez seja a mais emblemática, tendo em vista a deficiência dos sistemas prestacionais de serviços públicos, tais como saúde, educação e segurança pública, mas também é crítica a situação envolvendo a atividade jurisdicional. Apesar de o artigo 5º, XXXV, da CRFB/88,<sup>72</sup> prever o dever constitucional de se exaurir todo e qualquer litígio, a morosidade do Sistema de Justiça brasileiro permanece como um problema a ser resolvido.<sup>73</sup>

O fato é que o Estado brasileiro jamais conseguiu entregar todos os serviços a todos os cidadãos. Trata-se de um modelo que se mostra inviável e ineficiente, e, ainda que de forma velada, o próprio Estado reconhece isso:

- (i) o Poder Executivo, ao listar a relação de medicamentos que compõem a assistência farmacêutica prestada pelo SUS, tomou como parâmetro base a noção de insuficiência de recursos e meios;
- (ii) o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, ao reconhecer o direito ao cumprimento da pena em regime aberto ao condenado que aguarda vaga para progressão de regime fechado ao semiaberto, maneja como raciocínio implícito a mesma condição de insuficiência, ainda que sob a ótica de não transferir ao condenado o ônus de suportar as limitações do Estado;
- (iii) o Poder Legislativo, mesmo no exercício do poder constitucional derivado (ou de 2º grau) reformador, pondera a insuficiência de recursos e meios do Estado ao projetar a estruturação de relevantes órgãos do Estado, como o fez para a Defensoria Pública, por meio da EC nº 80/2014, ao introduzir o art. 98 no ADCT, que, em §1º, prevê um prazo de 8 (oito) anos para que a União, Estados e Distrito Federal

---

contudo não se pode olvidar que o MP só pode deixar de atuar de modo fundamentado quando for possível concluir que, ao aplicar a legislação infraconstitucional pelo filtro constitucional, há hipóteses nas quais a atuação tradicional do MP não mais se justifica.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> "Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)". Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. Cit.

<sup>73</sup> Ziesemer e Zoponi destacam, contudo, "que desde a década de 1970 pelo menos a doutrina já se debruça sobre alternativas à judicialização dos conflitos, não por outra razão que não a insuficiência prestacional do modelo estatal jurisdicional clássico; pontue-se que o próprio Poder Judiciário, de modo acertado, tem encampado o movimento e incentivado alternativas à judicialização". Cf. ZIESEMER, Henrique da Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. *Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais*. Op. Cit., p. 46-47.

viabilizem a lotação de ao menos 1 (um) defensor público em todas as unidades jurisdicionais.<sup>74</sup>

Todavia, mesmo diante da já comprovada precariedade e dos elevados custos desse modelo estatal, persiste, de modo pujante no ideário democrático brasileiro, a noção de que essa espécie de arranjo, combinada com a atuação dos agentes públicos, poderá conduzir o Estado à excelência na prestação de seus serviços, o que até hoje, sublinhe-se, não ocorreu. Os autores Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoponi ressaltam que a adoção dessa perspectiva político-social vem acompanhada da noção de que a superação desse axioma seria um pensamento elitista, o qual não levaria em conta o histórico social brasileiro. Tal noção, considerada pelos autores como “uma visão romântica de sociedade idealizada, quase pueril”,<sup>75</sup> obstaculiza a construção de uma nova rota para o Estado brasileiro.

Por essa razão, o primeiro ponto a ser enfrentado para pensarmos na possibilidade de fixação de uma agenda institucional de atuação pelo Ministério Público consiste na superação desse paradigma de Estado brasileiro, fundado na incoerente combinação *completude dos serviços públicos – insuficiência generalizada na prestação desses serviços*.

Em vez de despendar tempo e energia discutindo os motivos da deficiente prestação dos serviços públicos, a experiência histórica está a nos mostrar que seria mais proveitoso direcionar o foco para o redimensionamento das atividades que poderão ser efetivamente desempenhadas pelo Estado. Para tanto, tendo em conta que os recursos e instrumentos do Estado são finitos, é fundamental reconhecer ou traçar limites “às expectativas prestacionais conferidas ao Estado, de modo a se concentrar e otimizar suas atividades em áreas de maior importância à sociedade, admitindo-se, com isso, um planejamento vinculante à atuação estatal”.<sup>76</sup>

A ideia de planejamento vinculante à atuação, quando deslocada à esfera do Ministério Público, pode ser reconhecida e exercitada “a título de um poder de agenda próprio da Instituição Ministerial”.<sup>77</sup> Se para redigir um bom artigo acadêmico é indispensável a elaboração de um projeto de pesquisa, estabelecendo a hipótese, a justificativa e os objetivos que se pretende alcançar, ou seja, precisa-se planejar e delimitar da forma mais precisa possível o objeto a ser pesquisado para lograr êxito na investigação, resta alguma dúvida de que teríamos uma atuação ministerial mais eficiente quando vinculada a um poder de agenda?<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> Sobre a importância da racionalização das atividades do *Parquet*: “Atualmente, até por vigilância do Conselho Nacional do Ministério Público, torna-se quase que por obrigatoria a instauração de procedimento (mais simples ou mais complexo) para toda e qualquer demanda que chega a uma unidade ministerial, por mais banal que possa parecer. A necessidade que o Ministério Público tem, de dar uma resposta a absolutamente tudo (o que é humana e institucionalmente impossível), decorre da falta de perfil sólido,

Obviamente, tendo em vista todas as nuances e a complexidade que gravita em torno dessa discussão, esses argumentos não são suficientes para apresentar uma resposta definitiva sobre o tema, isso porque a questão perpassa não apenas o plano do Direito, mas também os campos da Filosofia, Sociologia, Ciência Política, Economia, entre outras disciplinas.

Apenas para ilustrar, no âmbito da Filosofia, mais especificamente da Ética, por exemplo, ao levantar a discussão envolvendo a *insuficiência de recursos e meios do Estado*, a *efetividade dos direitos fundamentais* e o *Poder de Agenda do MP*, despontariam questionamentos sobre qual posição deveria prevalecer, a de cunho consequencialista/utilitarista, isto é, uma postura pela qual o valor de uma ação é dado pelos resultados que produz (posição favorável ao poder de agenda), ou a de cunho principiológico/deontológico. A adoção da última posição (em que a ação é mais valiosa do que as consequências) afastaria a possibilidade de se instituir uma agenda de atuação ministerial, uma vez que rechaça a hipótese de que o MP poderia priorizar certas demandas em detrimento de outras. A resposta já teria sido dada pela Constituição. Não haveria hierarquia entre as demandas que chegam ao conhecimento do *Parquet*, devendo todas, desde que atendidos os requisitos formais mínimos, serem contempladas pela atuação do MP.<sup>79</sup>

Ressalte-se, portanto, que a defesa de uma pauta de atuação para o Ministério Público é uma defesa de cunho utilitarista e, por conseguinte, não está imune a críticas. No entanto, o fato é que até hoje o MP não foi capaz de cumprir a promessa de entregar à sociedade brasileira “uma atuação completa e sem brechas,”<sup>80</sup> situando, assim, a Instituição Ministerial ao lado da retórica dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.<sup>81</sup>

---

da falta de identidade institucional, da excessiva burocracia no exercício da atividade-fim e do receio de perder importância entre as instituições. Afinal, o que faz (ou o que não faz) o Ministério Público brasileiro? Tenta-se tornar o Ministério Público o responsável por corrigir as mazelas em todos os campos e nessa ideia retira-se a responsabilidade de quem foi efetivamente criado ou eleito para realizar tais atividades, repassando-a ao MP, que não é preparado, nem legitimado primário para tanto. Os verdadeiros responsáveis saem do cenário de cobrança e passam a discutir nos bastidores judiciais as demandas, aparecendo o Ministério Público perante a sociedade como responsável pelo sucesso ou fracasso de determinada política pública, por exemplo (...). O resultado desse ciclo é previsível, pois não se pode abarcar todas as variáveis e, portanto, várias delas se tornam deficientes e assim o ciclo se torna vicioso, com ataques externos, críticas, sejam justas ou injustas. Impende reforçar que em muitos temas sensíveis o Poder Judiciário não en erga como o Ministério Público ou outras instituições, o que faz parte da democracia, mas a ausência de planejamento de atuação nesse particular (como sugerido) traz ao MP um revés difícil de reverter. É bem verdade que o Ministério Público possui boas práticas, bons resultados e possui reconhecimento social pelos serviços prestados em vários campos. Mas também é verdade que a cada dia crescem as críticas, os descontentamentos, a exposição e os problemas, numa velocidade muito maior”. Cf. *Ibidem*, p. 70.

<sup>79</sup> Sobre o consequencialismo, cf. STRECK, Lenio Luiz. Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho? 2 abr. 2020. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum-covid-19-consequencialismo-dilema-trem-matar-gordinho>. Acesso em: 23 maio 2022.

<sup>80</sup> ZIESEMER, Henrique da Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. *Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais*. Op. Cit., p. 49.

<sup>81</sup> De acordo com o ex-Promotor de Justiça do Paraná, nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná em 2021, Cláudio Smirne Diniz, mostra-se fundamental promover discussões no que concerne às estratégias de atuação do Ministério Público: “Isso porque a Constituição Federal conferiu imensa gama de atribuições ao Ministério Público, todas elas dotadas de significativo componente político, na acepção pura do termo. Vale dizer, a atuação do Ministério Público interfere decisivamente nos rumos da

Demonstrada as complexas questões que circundam a discussão, passa-se ao exame de seu conceito, afinal, o que é o poder de agenda? Nas palavras dos Promotores de Justiça Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoponi:

(...) entende-se por poder de agenda a prerrogativa do MP brasileiro, por cada um de seus ramos, de estabelecer, de modo público, fundamentado e com o respaldo da sociedade e de seus membros, uma pauta estratégica de atuações que direcionará a Instituição por um determinado intervalo de tempo, com a concentração, com ou sem exclusividade, dos meios, recursos e capacidade de trabalho disponíveis. O poder de agenda do MP é uma decorrência constitucional da conjugação sistemática da garantia da autonomia funcional da Instituição (art. 127, §2º) com os princípios institucionais da unidade e da independência funcional (art. 127, §1º). Vê-se que o principal pilar de sustentação e legitimidade do poder de agenda do MP está em seu predicado democrático, com vetores direcionados tanto para fora da Instituição, para colheita dos reclamos da sociedade a que serve, quanto para dentro da Instituição, para escutar seus membros que lhe dão vida funcional. Não poderia ser diferente, já que o valor da democracia é, a um só tempo, fundamento maior e objeto último de toda atuação ministerial, como se vê do art. 127, *caput*, da CRFB. Assim sendo, a legitimidade do exercício do poder de agenda pelo MP só se fará presente se essencialmente assentada em bases democráticas, permitindo-se que influxos da sociedade e de sua classe de membros molde a agenda de atuação da Instituição.<sup>82</sup>

Resta evidente a preocupação dos autores em destacar que o poder de agenda ministerial deve estar fundado em bases democráticas, sendo indispensável que a pauta estratégica de atuação conte com o respaldo da sociedade e dos membros do

---

República e, portanto, seu agir deve ser não somente responsável, como também deve ser estratégico (...). Nessa perspectiva, o primeiro tópico, relacionado ao enfrentamento da multiplicidade de tarefas e da intensa litigiosidade inerente às suas funções, está na elaboração de pauta de atuação. A ausência de plano preestabelecido, que direcione a atividade dos órgãos de execução, traz como consequência a prestação de serviços de forma ineficiente, desordenada, isolada e, por vezes, conflitantes entre si (...). A impressão que se tem é a de que, diante de certo acontecimento noticiado pelo interessado ou pela mídia, o Ministério Público deflagra investigações, como se fosse razoável que os órgãos de comunicação ditassem a agenda da Instituição. Na verdade, reconhece-se que a imprensa, sobretudo a de natureza investigativa, contribui decisivamente para que os fatos sejam trazidos ao conhecimento do Ministério Público, o que não significa que a atividade institucional deva estar atrelada, incondicionalmente, às notícias do momento". Cf. DINIZ, Cláudio Smirne. Ministério Público e a proteção do patrimônio público. In: *Revista do CNMP: Ministério Público e o Combate à Corrupção: novas ferramentas de atuações resolutivas*, Brasília, nº 6, 2017, p. 18.

<sup>82</sup> ZIESEMER, Henrique da Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. *Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais*. Op. Cit., p. 49-50.

*Parquet*. O que confere sustentação e legitimidade ao poder de agenda do Ministério Público é o seu predicado democrático.

Nesse sentido, Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoponi prosseguem na argumentação e esclarecem que o predicado democrático possui vetores externos e internos.

O vetor democrático externo do poder de agenda do Ministério Público mira a formação de espaços de diálogo entre o MP e a sociedade, “com a participação de cidadãos, entidades da sociedade civil e até mesmo representantes de outros segmentos estatais”,<sup>83</sup> disponibilizando-lhes espaço na Instituição Ministerial para externar ideias e sugestões de atuação em campos determinados ou em face de problemas específicos. O vetor democrático externo traz a possibilidade de o cidadão propor ao Ministério Público a necessidade de se priorizar um determinado tema em sua atuação.

Não se pode olvidar, porém, que as pautas de atuação levantadas pela sociedade civil não terão caráter vinculante, isto é, não serão compulsoriamente assumidas pelo MP. As demandas existentes no seio da sociedade devem ser combinadas com o conteúdo gerado pelo debate interno entre os membros do *Parquet*. É mediante o ajuste entre as sugestões de atuação e a visão estratégica dos Órgãos de Execução que poderá despontar uma agenda institucional de atuação pelo Ministério Público.<sup>84</sup>

Não se trata de uma tarefa simples. Por essa razão, revela-se fundamental para alcançar uma adequação razoável entre as propostas da sociedade civil e as finalidades da elaboração de uma agenda para o Ministério Público, evitar proposições genéricas e focar em questões concretas, bem delimitadas e que possam ser verificadas “em mais de uma localidade no território, pois são demandas dessa envergadura que justificam a concentração de esforços da Instituição Ministerial para seu enfrentamento”.<sup>85</sup> Propostas de atuação marcadas pela vagueza e pela amplitude tendem tão somente a obstaculizar a elaboração de uma linha de atuação pelo *Parquet* e,<sup>86</sup> por conseguinte, a reduzir o potencial de promover soluções que o exercício do poder de agenda traz ao MP.<sup>87</sup>

Sobre a viabilidade da formação de espaços de diálogo entre o MP e a sociedade, Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoponi assinalam:

Já nos dias de hoje, há diversos modos de a Instituição Ministerial viabilizar e formalizar tais espaços de diálogo à sociedade, com especial destaque para as audiências e as consultas públicas.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> As representações genéricas que são cotidianamente encaminhadas à Ouvidoria do Ministério Público simbolizam bem o desafio operacional da Instituição de ter que lidar com a vagueza e a imprecisão e, ainda assim, apresentar respostas satisfatórias à sociedade. Cf. *Ibidem*, p. 221-236.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 50.

Contudo é inegável que tal ferramental poderia ser incrementado, de *lege ferenda*, por outros mecanismos, para se enriquecer e aprimorar o contato existente entre o MP e a comunidade. A título de exemplo e sem avançar a análise para a adequação de tais alternativas, é possível sustentar a criação de Conselhos Consultivos, composto por cidadãos eleitos diretamente pela comunidade. Em complemento, não é de todo desarrazoado se cogitar até mesmo da possibilidade de eleição popular direta da chefia do Ministério Público, dentre candidatos integrantes da carreira. Nunca é demais relembrar a clássica lição segundo a qual se mede a grandeza da democracia de uma sociedade não pelo número de seus eleitores, mas sim pela amplitude de espaços em que a democracia direta é concretamente exercida.<sup>88</sup>

Este seria o vetor democrático externo do poder de agenda ministerial, mas e o vetor democrático interno? O que ele significa? O vetor democrático interno consiste em oportunizar aos membros do Ministério Público a participação direta na formação da agenda de atuação do *Parquet*, afastando, desse modo, a hipótese da discussão e fixação do plano de ação ficar restrita aos membros que compõem a Administração Superior do MP<sup>89</sup> quando da sua construção.<sup>90</sup>

Considerando que os Órgãos de Execução possuem a visão estratégica e a experiência funcional decorrente da atuação diária “nas trincheiras das atividades ministeriais”,<sup>91</sup> é indispensável à legitimidade do exercício do poder de agenda ministerial que os membros participem de forma direta e concreta nesse processo. Ademais, para reforçar os compromissos assumidos pelos membros com a agenda fixada, “deve-se amplificar a voz dos membros na sugestão de áreas determinadas ou problemas específicos a serem positivados na agenda de atuação do MP, com a criação de espaços internos de diálogo, discussão e decisão, preferencialmente por voto direto dos membros”,<sup>92</sup> a respeito da temática selecionada.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 50-51.

<sup>89</sup> “Art. 4º - São órgãos da Administração Superior do Ministério Público: I - a Procuradoria-Geral de Justiça; II - o Colégio de Procuradores de Justiça; III - o Conselho Superior do Ministério Público; IV - a Corregedoria-Geral do Ministério Público.” Cf. BRASIL. *Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003*. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ, 3 jan. 2003. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/1dd40aed4fced2c5032564ff0062e425/1f29578c748b110883256cc90049373b?OpenDocument>. Acesso em: 25 maio 2022.

<sup>90</sup> ZIESEMER, Henrique da Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. *Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais*. Op. Cit., p. 51.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> “Art. 6º - São órgãos de execução do Ministério Público: I - o Procurador-Geral de Justiça; II - o Colégio de Procuradores de Justiça; III - o Conselho Superior do Ministério Público; IV - os Procuradores de Justiça; V - os Promotores de Justiça; VI - os Grupos Especializados de Atuação Funcional.” Cf. BRASIL. *Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003*. Op. Cit.

Apresentado o predicado democrático, imprescindível ao poder de agenda do Ministério Público, resta esclarecer que o exercício do poder de agenda pelo *Parquet* pode ser veiculado a partir de duas perspectivas, a primeira delas, inclusive, já é trabalhada na prática pelo MP. De acordo com Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoponi:

(...) já vivenciada na prática da Instituição Ministerial, vale-se do poder de agenda para a construção de planos gerais de atuação, planejamentos estratégicos ou documentos equivalentes, por meio dos quais são fixadas áreas e programas prioritários, que reclamam um esforço comum dos Órgãos de Execução e dos Órgãos da Administração Superior. Por essa perspectiva, demandas diversas, não enquadradas nos planos, ainda devem receber pronto e integral atendimento pelo MP, desde que, por óbvio, estejam enquadradas nas funções da Instituição. Contudo, a despeito do compromisso geral de desempenho eficiente das funções, a expectativa de êxito e atenção a essas demandas paralelas está aquém daquela existente para as que foram lançadas como prioritárias pela Instituição Ministerial por seu poder de agenda.<sup>94</sup>

No que concerne à segunda perspectiva, essa que se mostra mais transformadora e que de fato afasta o axioma consubstanciado na noção de que a Instituição Ministerial deve dar conta de todas as demandas que chegam ao seu conhecimento, é preciso destacar que ela identifica no exercício do poder de agenda do MP “a possibilidade de conferir exclusividade a áreas, programas e frentes de trabalho elencadas pela Instituição Ministerial”.<sup>95</sup>

Por esse ângulo, as demandas que chegam ao *Parquet*, com vieses de atuação distintos e que não foram contempladas pela agenda ministerial, devem receber tratamento em período posterior e serem registradas para nortear futura discussão e concepção de uma nova agenda de atuação do Ministério Público. Ziesemer e Zoponi salientam, no entanto, que ao considerarmos o atual momento histórico do MP, essa perspectiva que aponta para um poder de agenda ministerial com notas de exclusividade seria “apenas uma distante projeção”.<sup>96-97</sup>

<sup>94</sup> ZIESEMER, Henrique da Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. *Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais*. Op. Cit., p. 51-52.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> Os autores também destacam, todavia, que “não se pode deixar de notar que a Resolução CNMP nº 189/2018 alterou a resolução nº 174/2017 para incluir o §4º em seu art. 2º, prevendo expressamente a criação de mecanismos de triagem, atuação, seleção e tratamento das notícias de fato com a finalidade de favorecer a tramitação futura de procedimentos decorrentes, tendo por referência critérios para a racionalização de recursos e máxima efetividade e resolutividade da atuação finalística, observadas as diretrizes do Planejamento Estratégico de cada ramo do MP. A essa disposição agregam-se as previsões do art. 4º, II e §4º, da Resolução nº 174/2017, também introduzidos pela alteração de 2018, que preveem



Vale dizer que o CNMP, por meio das Resoluções nº 174/2017 e nº 189/2018, abriu “um caminho a ser explorado para dar vazão à seleção estratégica das frentes de atuação do MP, orientada por parâmetros diversos.”<sup>98</sup> O primeiro parâmetro apontado por Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoconi é de natureza temporal, em que uma notícia de fato pode ser sobrestada, isto é, não propriamente indeferida, sob o fundamento de que na atual conjuntura a unidade ministerial a que foi direcionada a comunicação deve se concentrar na conclusão de procedimentos considerados prioritários, retomando o tratamento da notícia de fato em momento oportuno.<sup>99</sup>

Já o segundo parâmetro de racionalidade seletiva é de ordem quantitativa. A partir desse parâmetro, que pode ser substancialmente útil para as demandas que tratam de direitos individuais homogêneos, deve haver uma referência quantitativa mínima de demandas para justificar/legitimar a atuação do MP.<sup>100</sup> Uma lesão a um bem jurídico uma única vez pode não justificar a atuação do *Parquet*, mas, caso constatado que essa lesão se replica em mais de uma localidade, despontaria o dever de atuação da Instituição Ministerial.

Pois bem. A essa altura da pesquisa e apresentados todos esses elementos que gravitam em torno do debate sobre o poder de agenda ministerial, ainda resta uma questão crucial a ser enfrentada, a saber: Como evitar que planos gerais de atuação ou planejamentos estratégicos se transformem em documentos meramente retóricos e sem a adesão real dos Órgãos de Execução?

A resposta, segundo Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoconi, pode ser encontrada na concepção de mecanismos que garantam o equilíbrio entre os princípios institucionais da unidade e da independência funcional:

Adotado um procedimento equilibrado para a fixação de um plano geral de atuação, tal documento dará vida e significado ao princípio da unidade institucional, descrito no art. 127, § 1º, CRFB. Esse princípio (...) traz também em sua significação constitucional um referencial de unidade no desempenho da atividade-fim pelo MP, ou seja, a unidade deve ser também um parâmetro para o exercício das funções ministeriais pelos Órgãos de Execução. Por essa linha de pensamento e em face dessa leitura do princípio da unidade, não é mais possível ao membro do MP bradar o princípio

---

que a notícia de fato pode ser arquivada (i) quando a lesão ao bem jurídico tutelado for manifestamente insignificante, nos termos da jurisprudência consolidada ou de orientação do CSMP, e (ii) quando seu objeto puder ser solucionado em atuação mais ampla e mais resolutiva, mediante ações, projetos e programas alinhados aos Planejamento Estratégico de cada ramo, com vistas à concretização da unidade institucional”. Cf. *Ibidem*.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>100</sup> A referência quantitativa mínima poderia ser fixada mediante o cômputo das notícias de fato encaminhadas às diversas unidades ministeriais, “desde que centralizada essa contagem, preferencialmente em Promotoria de Justiça com atribuição territorial mais ampla, em particular as da capital”. Cf. *Ibidem*.

da independência funcional, também de base constitucional (art. 127, § 1º), para sustentar submissão funcional tão somente à Constituição, às leis e à sua consciência, isentando-se, com isso, de seguir planos de atuação da Instituição a que integra e que foram estabelecidos em bases democráticas. Ora, se o próprio exercício atomizado da jurisdição, por cada juiz, em sua singularidade, faz ceder a independência dos magistrados aos entendimentos de Tribunais Superiores, não há nenhuma razão para se desonerar o membro do MP de um compromisso mínimo com uma pauta de atuação a serviço da unidade da Instituição Ministerial. Logo, o desafio posto para dar vida aos planos gerais de atuação, em uma perspectiva de prioridade de atuação, está na concepção de mecanismos que equilibrem os princípios institucionais da unidade e da independência funcional.<sup>101</sup>

Frise-se que os aludidos mecanismos citados pelos autores devem ser desenvolvidos e operacionalizados por uma decisão da própria Instituição, a qual, evidentemente, está atrelada a um profundo debate interno entre seus membros, sendo certo que quaisquer intromissões externas afrontariam a garantia da autonomia funcional do *Parquet*, assim como violariam os princípios institucionais da unidade e da independência funcional, justamente as bases constitucionais do poder de agenda ministerial.<sup>102</sup>

Nesse sentido, não há dúvidas de que os mecanismos não podem ser concebidos por força de lei ou por resolução do Conselho Nacional do Ministério Público. É bem verdade que de um lado se encontra o vetor externo do predicado democrático do poder de agenda, devendo o Ministério Público estar aberto às propostas e sugestões de atuação formuladas pela sociedade civil, contudo, também “não se pode admitir a ingerência externa na Instituição Ministerial, a qualquer título, em resguardo da independência necessária ao desempenho de suas funções”.<sup>103-104</sup>

Feito esse último apontamento (que certamente não esgota toda a discussão), agora é possível afirmar que nos aproximamos do fim da presente pesquisa. Espera-se com essa seção, a qual foi redigida sem a intenção de apresentar uma resposta definitiva acerca dos intrincados elementos que contornam o debate a respeito do poder de agenda do Ministério Público, contribuir com o avanço do estudo da temática, e provocar no leitor novas inquietações (ou fazê-lo questionar as já existentes), sobretudo, a necessidade de pensarmos em uma nova postura da Instituição Ministerial, mais coerente com a dimensão assumida a partir da Carta

<sup>101</sup> Ibidem, p. 53-54.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>103</sup> Ibidem.

<sup>104</sup> Sobre os possíveis mecanismos que podem ser criados com o objetivo de “enriquecer a adesão dos Órgãos de Execução ao plano elaborado com base no poder de agenda do MP”, ver p. 54-55. Ibidem.

Republicana de 1988, sem esquecermos das insuficiências que permeiam a realidade estatal, para que o Ministério Público possa, a partir de suas reais possibilidades, “sem falsas promessas de resultado e livre de atuações puramente egoicas,”<sup>105</sup> colaborar ainda mais com o aperfeiçoamento do Estado brasileiro.

## 5. Considerações finais

O objetivo inicial deste trabalho consistiu em apresentar a evolução histórica da instituição Ministério Público, isto é, as causas históricas que permearam a sua concepção, seu aperfeiçoamento e que nos colocaram diante de um perfil institucional direcionado à transformação social.

A pesquisa trouxe as controvérsias e os consensos quanto à origem do Ministério Público, tratando da busca pelas raízes do *Parquet* na Antiguidade e nos Estados Modernos, bem como indicou as raízes portuguesas do Ministério Público brasileiro.

Em seguida, foi realizado um estudo sobre o tratamento conferido (ou não) pelas Constituições brasileiras ao Ministério Público, momento em que se constatou, mediante a análise da linha evolutiva do *Parquet*, uma evidente inconstância na forma como as Constituições brasileiras se referiram ao Ministério Público no decorrer da história. Da leitura das Constituições brasileiras é possível notar como a presença de regimes autoritários influenciaram a relação entre a Lei Maior e o *Parquet*, gerando impactos diretos na atuação da instituição.

É tão somente na Carta Republicana de 1988, quando o regime democrático mostra-se vigoroso no país, que o Ministério Público alcança maior participação no texto constitucional, tornando-se, de fato e de direito, uma instituição intrínseca à democracia constitucional. A partir de 1988, o *Parquet* é alçado à condição de instituição de garantia essencial à construção da democracia, sendo-lhe atribuído a missão de tutelar coletivamente os direitos fundamentais de todos os cidadãos brasileiros, tornando-se, assim, um dos principais artífices da democracia.

Já na parte final da pesquisa, objetivou-se tratar da possibilidade de se fixar uma agenda institucional de atuação pelo Ministério Público. A CRFB de 1988, ao ampliar o campo de trabalho do *Parquet*, conforme demonstrado nas páginas dedicadas à análise da linha histórico evolutiva do MP, também trouxe novos desafios à atuação ministerial, revelando-se, portanto, fundamental enfrentar os intrincados elementos que perpassam o debate a respeito do poder de agenda do Ministério Público.

Na companhia dos autores Henrique da Rosa Ziesemer e Vinícius Secco Zoconi, foi demonstrado que tratar sobre o poder de agenda do MP, significa, essencialmente, questionar a validade do seguinte axioma institucional: Deveria a Instituição Ministerial dar conta de todas as demandas que chegam ao seu conhecimento, sem exceção e independentemente de qualquer consideração quanto ao seu conteúdo, relevância ou outro critério de diferenciação?

---

<sup>105</sup> Ibidem, p. 55.

Essa não é uma pergunta tão simples de responder, isso porque, por mais fundamentada e elegante que seja qualquer estrutura teórico-jurídica, não há como negar que os recursos e instrumentos do Estado são insuficientes para enfrentar todas as demandas que emergem cotidianamente, sendo inquestionável que essa carência permeia os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em todas as suas funções. A partir dessa ideia de ordem prática e econômica, foi apontado que o aludido axioma pode ser invalidado, abrindo-se espaço para a concepção legítima de uma agenda ministerial, a qual serviria de norte para uma atuação mais efetiva do Ministério Público.

Do exame do conceito, das formas de exercício e dos elementos que gravitam em torno do debate sobre o poder de agenda ministerial, bem como dos movimentos institucionais que já podem ser observados no que concerne à seleção estratégica das frentes de atuação, sempre ressaltando que o poder de agenda do Ministério Público precisa estar fundado em bases democráticas, isto é, a pauta estratégica de atuação do MP deve contar com o respaldo da sociedade civil e dos membros do *Parquet*, constatou-se que é possível, evidentemente que por meio de ajustes e profundo diálogo, fixar uma agenda institucional de atuação pelo Ministério Público.

Conclui-se reafirmando que a Carta Magna de 1988 conferiu vasta gama de atribuições ao *Parquet*, todas elas equipadas de substancial componente político. Como consequência, o agir do MP interfere de modo decisivo nos rumos da República e, por essa razão, não basta que a sua atuação seja responsável. Ela também precisa ser estratégica, sob pena de enfraquecimento da Instituição Ministerial e prejuízo à sociedade. Ante a multiplicidade de tarefas, a elaboração de uma agenda institucional de atuação com o fim de direcionar a atividade do MP, pode representar um passo significativo em direção a uma prestação de serviço mais ordenada e eficiente, o que de fato se espera de um dos principais artífices da democracia brasileira.

### Referências bibliográficas

ARQUIVO NACIONAL – MEMÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. Mesas do Desembargo do Paço [dos Tribunais da Relação]. *Dicionário Período Colonial*. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/205-mesas-do-desembargo-do-paco-dos-tribunais-da-relacao>. Acesso em: 6 dez. 2021.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. *Parecer da PEC 5/2021 ataca a independência do Ministério Público brasileiro*, 6 out. 2021. Disponível em: <https://anpr.org.br/imprensa/noticias/25778-parecer-da-pec-5-2021-ataca-a-independencia-do-ministerio-publico-brasileiro>. Acesso em: 25 maio 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Alvará de 10 de maio de 1808. Regula a Casa da Supplicação e dá providencias a bem da administração da Justiça. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 10 maio 1808. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/alv/1808/alv-10-5-1808-1.html#view](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/alv/1808/alv-10-5-1808-1.html#view). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 24 jan. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 19 set. 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição Política do Império do Brasil. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador. *Coleção de Leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 25 mar. 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890. Organiza a Justiça no Distrito Federal. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 14 nov. 1890. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D1030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1030.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 11 out. 1890. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 abr. 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. *Diário Oficial da*

União, Brasília, DF, 15 dez. 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003*. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ, 3 jan. 2003. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/1dd40aed4fced2c5032564ff0062e425/1f29578c748b110883256cc90049373b?OpenDocument>. Acesso em: 25 maio 2022.

\_\_\_\_\_. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 5 dez. 1832. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 28 set. 1871. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim2040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm). Acesso em: 6 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017. Disciplina, no âmbito do Ministério Público, instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo. *Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, DF, 4 jul. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-174-1.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 189, de 18 de junho de 2018. Altera a Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017. *Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, DF, 23 jul. 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/23-07-2018/Resolucao-n-189.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. O MP enquanto cláusula pétrea da Constituição. In: *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 20, p. 476-478, jul./dez. 2004.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Por falta de 11 votos, proposta que muda Conselho do Ministério Público é rejeitada no Plenário*, 20 out. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/818813-por-falta-de-11-votos-proposta-que-muda-conselho-do-ministerio-publico-e-rejeitada-no-plenario/>. Acesso em: 25 maio 2022.

CARVALHO, Matheus. *Lei de Improbidade Comentada: atualizada com a Lei 14.230/2021*. São Paulo: JusPodivm, 2022.

DINIZ, Cláudio Smirne. Ministério Público e a proteção do patrimônio público. In: *Revista do CNMP: Ministério Público e o Combate à Corrupção: novas ferramentas de atuações resolutivas*, Brasília, nº 6, 2017.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. O Ministério Público e os direitos das crianças e adolescentes. In: ALVEZ, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Franco da (Org.). *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOLDEMBERG, Eliane; JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Ministério Público: legislação institucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2021.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2021.

MACHADO, Rafael Moreno Rodrigues Silva. *A essencialidade do Ministério Público no mundo líquido: desafios para o século XXI*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

MARTINEZ, Tiago. *Ética, economia e trabalho na modernidade líquida*. Curitiba: Appris, 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. *Histórico do Ministério Público no Brasil*. Disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico>. Acesso em: 6 dez. 2021.

MORAES, Alexandre de; et al. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

SOUZA, Alexander Araujo de. *O Ministério Público como instituição de garantia: as funções essenciais do Parquet nas modernas democracias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho? 2 abr. 2020. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum-covid-19-consequencialismo-dilema-trem-matar-gordinho>. Acesso em: 23 maio 2022.

\_\_\_\_\_. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 1.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. *Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Mizuno, 2021.







Detalhe da imagem da capa



# Observatório Jurídico

onsino

mccc



# Sem judicializar, MP tem muito a contribuir na regulação administrativa

Órgão pode liderar o processo, com foco na proteção de direitos e sem negar administração pública

Cláudio Henrique da Cruz Viana\*  
Felipe Ribeiro\*\*

Todo cidadão brasileiro, da hora em que acorda até o seu descanso noturno, interage com a *administração pública*. Ao ligar o aparelho de televisão ou ao acender o fogão, autoriza que aquele consumo seja contabilizado na forma de tarifa, muitas vezes sem saber que aquela cobrança só lhe é exigível em razão de contrato administrativo celebrado entre o Estado e uma empresa prestadora de serviços.

De igual sorte, aqueles que mais dependem de serviços públicos essenciais, como os relacionados ao acesso à saúde e educação, interagem com as mais diversas autoridades, sujeitando-se às regras definidas pelo órgão público competente. Sem falar no convívio, nem sempre pacífico, com agentes de segurança pública nas ruas e no interior das comunidades mais carentes.

Portanto, a presença do poder público na vida privada do cidadão é mais do que intensa; em maior ou menor medida, esta relação interfere diretamente em nossos direitos e liberdades, muitas vezes de forma acentuada.

É exatamente por isso que a administração, dentro do modelo de tripartição dos poderes estatais, não pode atuar senão amparada na lei. A ideia de legalidade administrativa, representativa da “vontade geral”, autoriza o Estado a invadir o espaço de autonomia do indivíduo, concretizando o princípio segundo o qual o interesse público impresso na norma se sobrepõe aos interesses privados.

Até aí tudo bem. Acontece que a lei não é capaz de regular à exaustão todas as situações da vida. Neste ponto reside o perigo. A ordem jurídica, inundada por textos legais de linguagem muito aberta, acaba conferindo ao Estado poder muito amplo para interpretar a realidade, seja por meio de uma norma administrativa complementar, seja através de interpretação direta da norma legal. No primeiro caso, a administração pública confere alguma densidade à legislação em vigor, autovinculando-se a balizas mais estreitas criadas por ela própria. No segundo caso, passa a tutelar a esfera

---

\* Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

\*\* Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito de Lisboa. Diretor da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

privada do indivíduo com lastro apenas em legalidade rarefeita, agindo com ampla discricionariedade.

Em matéria de direitos fundamentais, parece-nos evidente que a complementação da lei por normas administrativas, sobretudo quando o Executivo cria oportunidades de participação de todos os envolvidos, permite uma maior proteção dos direitos e liberdades atingidos, sem retirar por completo do ente estatal o poder de disciplinar o tema, inclusive com a manutenção de espaços decisórios exclusivamente discricionários.

Na prática administrativa, infelizmente ainda é possível encontrar zonas de não regulação administrativa. Ou seja, a administração pública, para manter sua ampla liberdade de atuação em diversas matérias – como, por exemplo, no campo da atividade policial e de políticas públicas setoriais –, tem deixado de exercer sua função normatizadora, evitando, com isso, autovincular-se a temas muito sensíveis e com grande repercussão no campo dos direitos fundamentais. Em outras palavras, para manter seu poder discricionário de atuar conforme texto legal vago, abstém-se de normatizar determinado tema, garantindo a si mesmo a condição de interferir nos direitos do cidadão sem maiores balizamentos.

Perde o cidadão, que não sabe exatamente como se defender de uma investida da autoridade pública que se baseia em texto legal com linguagem que admite diversas interpretações; mas perde também o próprio Executivo, que passará a ser tutelado pelo Poder Judiciário que, ao fim e ao cabo, poderá conferir à norma, mesmo à distância da realidade administrativa, a sua própria interpretação.

Nesta temática, o grande desafio é “desjudicializar”, na medida do possível, os litígios provocados por esta atuação discricionária. Os órgãos de controle, especialmente o *Ministério Público*, têm muito a contribuir neste campo. Ao invés de fomentar a judicialização, conferindo aos textos legais sua própria interpretação – construída à luz de princípios constitucionais igualmente vagos –, a instituição pode trabalhar para estimular a normatização de temas pela própria administração pública no campo extrajudicial, por meio de um debate amplo entre os interessados, sempre com foco na definição de balizas mínimas e capazes de proteger o que mais importa: os direitos fundamentais dos brasileiros.

Identificado um tema sensível não regulado pelo Executivo, como, por hipótese, critérios de definição de vagas em creches municipais, o Ministério Público, antes de judicializar a questão para fazer valer seus próprios critérios, pode estimular esse processo de autorregulação extrajudicialmente.

Focado na proteção de direitos, mas sem negar o papel da administração pública na gestão da coisa pública, o Ministério Público reúne condições para liderar esse processo. O resultado disso será menos judicialização, menos arbítrio, mais alinhamento entre as instituições democráticas e mais resolutividade no campo dos direitos.







Detalhe da imagem da capa



# Observatório Filosófico



Digu  
ilil  
sileiro

Ruy Barbosa

Choua Bevilacqua





# Breve estudo filosófico sobre democracia, liberdade e livre-arbítrio

Adolfo Borges Filho\*

## Sumário

1. Introdução. Democracia e liberdade de votar. 2. O que é livre-arbítrio? 3. O debate filosófico em busca de uma tese pacificadora. 4. Conclusão: o estoicismo como luz no final do túnel. Bibliografia.

## Resumo

O propósito principal deste artigo é mostrar as interações existentes entre democracia, liberdade e livre-arbítrio.

## Abstract

*The main purpose of this article is to show the existing interactions between democracy, freedom and free-will.*

**Palavras-chave:** Democracia. Liberdade. Livre-arbítrio. Estoicismo.

**Keywords:** *Democracy. Freedom. Free-will. Stoicism.*

## 1. Introdução. Democracia e liberdade de votar

A mídia eletrônica avançou a tal ponto que não conseguimos absorver tudo o que nos chega ao conhecimento em termos de mundo. Se a nossa sensibilidade for muito apurada, a possibilidade de se chegar ao limiar da loucura é muito grande. De qualquer forma, a confusão mental que muitas vezes nos visita já é o suficiente para que se desencadeie um processo de ansiedade e, num grau mais gravoso, um estado depressivo. Falo das pessoas conscientes, dos que não ficam ligados às suas próprias carências, mas que se preocupam com o bem-estar dos “outros”, ainda que desconhecidos. E essa liberdade que imaginamos existir infelizmente é apenas utópica. Mas o que esse trecho introdutório tem a ver com o título deste artigo? Por que essa catarse inicial? Simplesmente porque falar de democracia significa falar de liberdade e essa nossa liberdade, hoje, está demasiadamente comprometida justamente porque

---

\* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RIO.

ela é muito mais teórica do que prática e, em termos globais, somos forçados a assistir de longe todo tipo de desgraça, todo tipo de miséria, todo descaso pelo semelhante sem que tenhamos a oportunidade de fazer algo para mudar os acontecimentos. Falar em democracia de maneira teórica acaba se tornando uma hipocrisia. Limitar o conceito e as características desse “regime” a regras jurídicas não leva a lugar algum, a não ser que, politicamente, governantes e representantes eleitos estejam realmente comprometidos em transformar a realidade. Resumindo a catarse inicial: com todas as falhas que possam ser pontuadas e comprovadas, a democracia é o sustentáculo de uma nação livre. E para que ela se perpetue, o cidadão possui, no amplo leque de direitos humanos, o poder – mais do que direito – de votar.

Segundo o Professor Jorge Miranda, jurista português de escol:

É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente por impossibilidade da democracia direta (de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, porquanto:

- apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;

- do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absorvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);

- apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;

- somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas. (Miranda 2014: 126)

O obstáculo maior que se impõe nesse direito/poder de votar é o quanto de liberdade resta ao cidadão comum, despojado de direitos humanos mais importantes, como saúde, moradia digna e educação, no fazer atuar o seu “livre-arbítrio”. Porque o ato de votar não deixa de ser, no seu âmago, a liberdade de escolher e essa liberdade está umbilicalmente ligada ao livre-arbítrio. Com todas as mazelas que o cidadão pobre esteja carregando na sua existência, ainda assim, ele pode exercer o seu direito de voto. Entra em cena um “livre-arbítrio”, mesmo que comprometido por falsas promessas, corrupção, abuso religioso e, até mesmo, coação moral irresistível. Por isso é que se pode questionar a real existência de um “livre-arbítrio” e, conseqüentemente, de liberdade na seara eleitoral. E a indagação que pomos neste breve texto é a seguinte: “Diante da ideia de que o livre-arbítrio não existe, haveria a possibilidade de uma posição existencial? E qual seria essa posição?”

Como destacado pelo Professor Miranda: “A dificuldade – real e bem grave – está em que a democracia representativa se tornou, por toda a parte, democracia de partidos; e estes tendem a ocupar todo o espaço público e a deixar pouca margem de atuação para os cidadãos neles não integrados e para o próprio Parlamento.” (ibidem: 127)

E, como sugestão final para o famoso jargão de que “O povo não sabe votar”, o mestre português enfatiza: “Sobretudo, e sempre, mais e mais educação para a cidadania.” (ibidem: 127)

## 2. O que é livre-arbítrio?

No *Dicionário Filosófico* do Professor André Comte-Sponville consta a seguinte definição: “Livre-arbítrio (*libre arbitre*) – A liberdade da vontade, na medida em que seria absoluta ou indeterminada: é ‘o poder de se determinar a si mesmo sem ser determinado por nada’ (Marcel Conche, *L’aléatoire*, V, 7).” (Comte-Sponville 2003: 352)

Aceitando-se, portanto, a inexistência do livre-arbítrio, estaríamos diante da segunda concepção de *liberdade* descrita pelo Professor Nicola Abbagnano, na sua obra “Dicionário de Filosofia”:

A segunda concepção fundamental identifica L. com necessidade. Esta concepção tem estreito parentesco com a primeira. O conceito de L. a que se refere é ainda o de *causa sui*; contudo, como tal, a L. não é atribuída à parte, mas ao todo: não ao indivíduo, mas à ordem cósmica ou divina, à Substância, ao Absoluto, ao Estado. (Abbagnano 2007: 702)

A *vontade* se apresenta num sem-número de vezes na vida cotidiana e é concretizada por decisões, desde as mais corriqueiras e irrelevantes, como o coçar a cabeça, atravessar determinada rua, entrar num determinado restaurante, como as mais importantes: decidir dar à própria vida um novo rumo, partindo para uma atividade mais produtiva em termos sociais. De qualquer forma, *parece* possível dar o passo, exercitar a *vontade*, independentemente ou não das consequências positivas ou negativas que entrarão na nossa existência. O fato é que, mesmo com o exercício da *vontade* (*aparentemente livre*), existe como pano de fundo uma realidade totalizadora já estruturada e pronta para a nossa vida, sendo até melhor não a conhecermos previamente, já que a surpresa desse conhecimento poderia se constituir numa *causa* eficiente para a estagnação. Utilizando-se a síndrome do pânico como metáfora, diante da probabilidade de acontecimentos danosos que poderemos sofrer ao atravessarmos o portão de nossa casa, melhor ficarmos no seu interior, no terreno conhecido, cercado de proteções. Entretanto, não é impossível que diante de um deslizamento de terra a casa desabe e a morte nos pegue desprevenidos, justamente pelo fato de já estar “escrito” como sendo esse o nosso inexorável destino. O medo *causado* por um transtorno psíquico acabou nos levando à própria destruição.

O que seria, então, efetivamente “livre” no nosso atuar? O pensamento puro, desprovido de qualquer ação? É como se imaginássemos o ser humano no interior de uma “grande gaiola”, de onde ele não pudesse se libertar jamais. O mundo dele já estaria totalmente limitado por tudo o que acontece ou que pode acontecer no interior daquela gaiola. E mais: mesmo com relação a ele mesmo, no tocante ao seu corpo e à sua mente, o “aprisionamento” seria o mesmo: como prever e controlar uma doença que se instala no seu organismo? E mesmo o “pensar” poderia estar também comprometido com os dados causais que a nossa mente recebeu, “deterministicamente” falando, da genética, da biologia, da família, da sociedade, do Estado... Isso, no indivíduo considerado normal. E no portador de alguma síndrome mental? Fato é que o agir, o movimentar-se, o fazer, tudo o que diz respeito à ação ou omissão, se submeteriam à uma ordem pré-estabelecida. O Cosmos? O Destino? A Divindade?

### 3. O debate filosófico em busca de uma tese pacificadora

A propósito do tema em estudo, transcrevemos, nas linhas que seguem, posicionamentos filosóficos que ilustram a nossa pesquisa e embasam a nossa conclusão final.

De acordo com o Professor Nicola Abbagnano:

Os Estoicos partilham o conceito, já defendido por Platão e Aristóteles, de que a liberdade consiste no ser “causa de si” ou dos próprios actos ou movimentos. Eles conheciam também o termo autopragia, que se pode traduzir por autodeterminação, para indicar a liberdade e diziam que só o sage é livre porque só ele se determina por si (Diól. L., VII, 121). Todavia, a liberdade do sage não consiste noutra coisa senão no seu conformar-se com a ordem do mundo, isto é, com o destino (Diól., L., VII, 88, Stobeo, Flor., vol VI, 19; Cícer., De fato, 17). Assim, com os Estoicos, apresenta-se pela primeira vez a doutrina que identifica a liberdade com a necessidade, transferindo a própria liberdade da parte para o todo, isto é, do homem para o princípio que opera e age no homem. (Abbagnano 1999: 20)

O filósofo Baruch de Spinoza, na sua obra *Ética*, segunda parte, estabelece a seguinte proposição:

Proposição 48. Não há, na mente, nenhuma vontade absoluta ou livre: a mente é determinada a querer isto ou aquilo por uma causa que é, também ela, determinada por outra, e esta última, por sua vez, por outra, e assim até o infinito.

Demonstração: A mente é um modo definido e determinado do pensar (pela *prop.* 11). Portanto (pelo corol. 2 da *prop.* 17 da P. 1), ela não pode ser causa livre de suas ações, ou seja, não pode ter a faculdade absoluta de querer e de não querer; ela deve ser determinada a querer isto ou aquilo (pela *prop.* 28 da P. 1) por uma causa que é, também ela, determinada por outra e esta última, por sua vez, por outra etc. C. Q. D. (Spinoza 2007:145)

O Professor Christoph Helferich esclarece o posicionamento spinoziano da seguinte maneira:

(...) Espinosa quer atingir a liberdade, como independência do mundo exterior, através do conhecimento da vida afetiva e seu controle racional. Ou seja, o velho ideal do sábio estoico e sua “paz de espírito” {cf. p. 57}, agora fundamentados matematicamente. E isso, apesar de contestar o livre-arbítrio (argumento: os homens pensam agir livremente porque conhecem apenas os fins, mas não as causas de suas ações. E todas as ações são necessariamente determinadas por uma causa, portanto, não livres). Se as palavras de Engels, liberdade é o conhecimento da necessidade, são válidas para alguém, esse alguém é Espinosa. (Helferich 2006: 171)

Com relação ao “*que posso fazer*” de Kant, o filósofo Julián Marias ensina que, somente “*enquanto pessoa moral*” (*verbis*) o homem é livre “*e sua liberdade é um postulado da razão prática*” (*litteris*). Percebemos, s.m.j., que esses “*bons motivos*”, o “*que posso fazer?*” se relacionam à *ética*. Fica difícil conciliar todas as situações existenciais com essa dicotomia de dois mundos: no mundo da natureza, o ser humano está determinado pela causalidade natural (o eu empírico). Nesse “*eu empírico*”, o compulsivo, por exemplo, está sujeito à “*causalidade natural*” e, como consequência, sua “*vontade é determinada pelos estímulos*” (Marias 2004: 322). A pergunta que colocamos: o “*eu puro*” desse mesmo indivíduo já está previamente comprometido e, certamente, a sua ação (a do *eu puro, enquanto pessoa moral*), será realmente livre?

Finalmente, Arthur Schopenhauer, sustenta que:

Como resultado de toda essa consideração sobre a liberdade da Vontade e daquilo que a ela se refere, encontramos que, embora a Vontade em si mesma e fora do fenômeno deva ser denominada livre, todo-poderosa, nos seus fenômenos individuais, iluminada pelo conhecimento, portanto, nos homens e animais, ela é determinada por motivos, aos quais cada caráter sempre reage do mesmo modo, regular e necessariamente. Nos homens, devido

ao acréscimo do conhecimento abstrato ou racional, vemos como vantagem sua, em relação aos animais, uma DECISÃO ELETIVA, que, entretanto, apenas o torna um campo de batalha do conflito entre motivos, sem, contudo, subtrai-lo ao império deles; os quais, de fato, condicionam a possibilidade da perfeita exteriorização do caráter individual. Porém, de modo algum a decisão eletiva deve ser vista como liberdade do querer individual, isto é, a independência da lei de causalidade, cuja necessidade estende-se tanto sobre os homens quanto sobre todos os outros fenômenos. (SCHOPENHAUER 2005: 388/389)

#### 4. Conclusão: o estoicismo como luz no final do túnel

A *posição existencial possível* seria aquela preconizada pelo *estoicismo*. Na verdade, ainda que, aparentemente, estejamos vivendo sob a égide de um regime democrático, não podemos ultrapassar determinados limites impostos pela própria máquina administrativa que nos governa. A complexidade do sistema é muito maior do que imaginamos. As nossas escolhas dependem da conjugação de dados que nem sempre se acomodam a uma verdade que imaginamos existir. Por isso que a *aceitação* passa a ser, verdadeiramente, uma decisão existencial sábia. Uma *aceitação* que não significa deixar de refletir sobre as circunstâncias fáticas que nos rodeiam, buscando melhorar nossas condições de vida e prestando atenção ao *outro*, em termos de responsabilidade social. E, se acreditarmos na tão decantada *soberania popular*, resta-nos buscar cidadãos honestos que possam exercer uma representação política que seja digna de respeito e que possa, efetivamente, garantir a sobrevivência da sociedade com medidas eficazes para a preservação dos direitos humanos essenciais. Acompanhamos o Professor Danilo Marcondes quando ele assevera que:

A noção de necessidade ou destino (*heimarmené*) é muito forte no estoicismo; o homem deve resignar-se a aceitar os acontecimentos como predeterminados. Isso não se traduz pela inação; devemos agir de acordo com os preceitos éticos e fazer o que julgamos devido, mas devemos também aceitar as consequências de nossa ação e o curso inevitável dos acontecimentos. Segundo um exemplo famoso, se vejo alguém se afogando, devo tentar salvá-lo, mas, se não o conseguir, não devo desesperar-me, pois era inevitável. (Marcondes 2005: 91)

Para finalizar nosso breve estudo, trazemos à colação as palavras do filósofo francês contemporâneo Luc Ferry:

Já deu pra perceber: a liberdade estoica não é a dos modernos. Ela não é o livre-arbítrio, o poder de escolher entre possibilidades como se pudéssemos dominar o mundo, e ela tampouco poderia residir numa faculdade qualquer de transformá-lo: acabamos de ver que o mundo era determinado de um extremo ao outro, de maneira que tudo o que há nele não depende em nada de nós. Se tudo acontece segundo uma ordem harmoniosa e boa, mas que escapa completamente à nossa vontade, para Epicteto, é com um pensamento correto dessa ordem que precisamos aprender a viver, “na intenção”, portanto, não de mudar a essência das coisas (isso não nos é dado e não há nada melhor a fazer), mas, estando as coisas ao nosso redor como o são por natureza, de adequarmos nossa vontade aos acontecimentos. (Ferry 2004: 210)

### Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. 5ª ed. Lisboa: Editorial Presença, vol. 2. Trad. Antonio Borges Coelho, 1999.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes. Trad. da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi, 2007.

COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. São Paulo: Martins Fontes. Trad. Eduardo Brandão, 2003.

FERRY, Luc. *O que é uma vida bem-sucedida?* Rio de Janeiro: Editora Difel. Trad. Karina Janini, 2004.

HELFERICH, Cristoph. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes. Trad. Luiz Sérgio Repa, Maria Estela Helder Cavalheiro e Rodnei do Nascimento, 2006.

MARCONDES, Danilo. *História da Filosofia – dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 10ª edição, 2005.

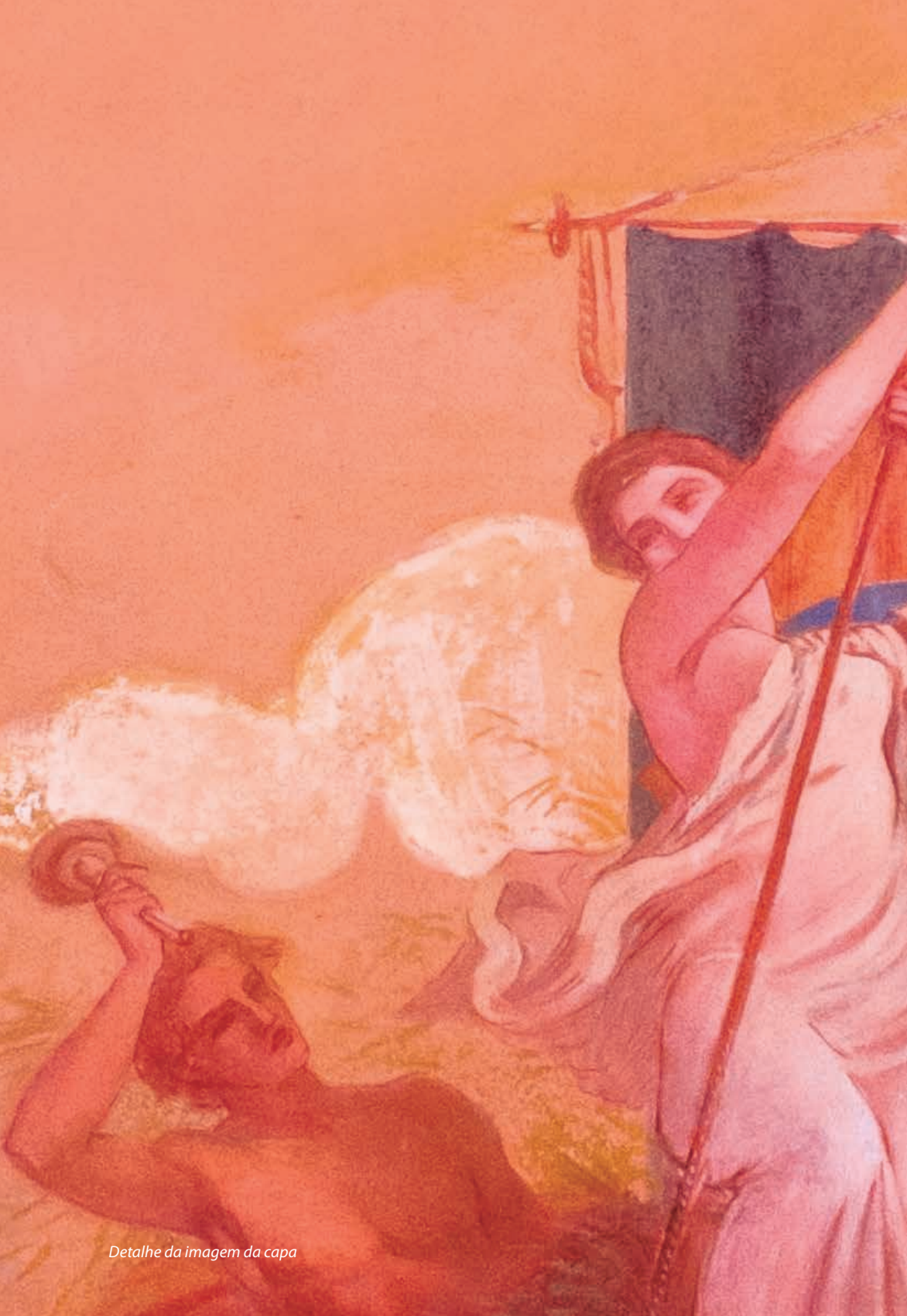
MARIAS, Julián. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes. Trad. Claudia Berliner, 2004.

MIRANDA, Jorge. Democracia, eleições, direito eleitoral. Artigo publicado na *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*: MPRJ, n. 51, jan./mar. 2014, páginas 119/139, 2014.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. São Paulo: Editora UNESP. Trad. de Jair Barboza, 2005.

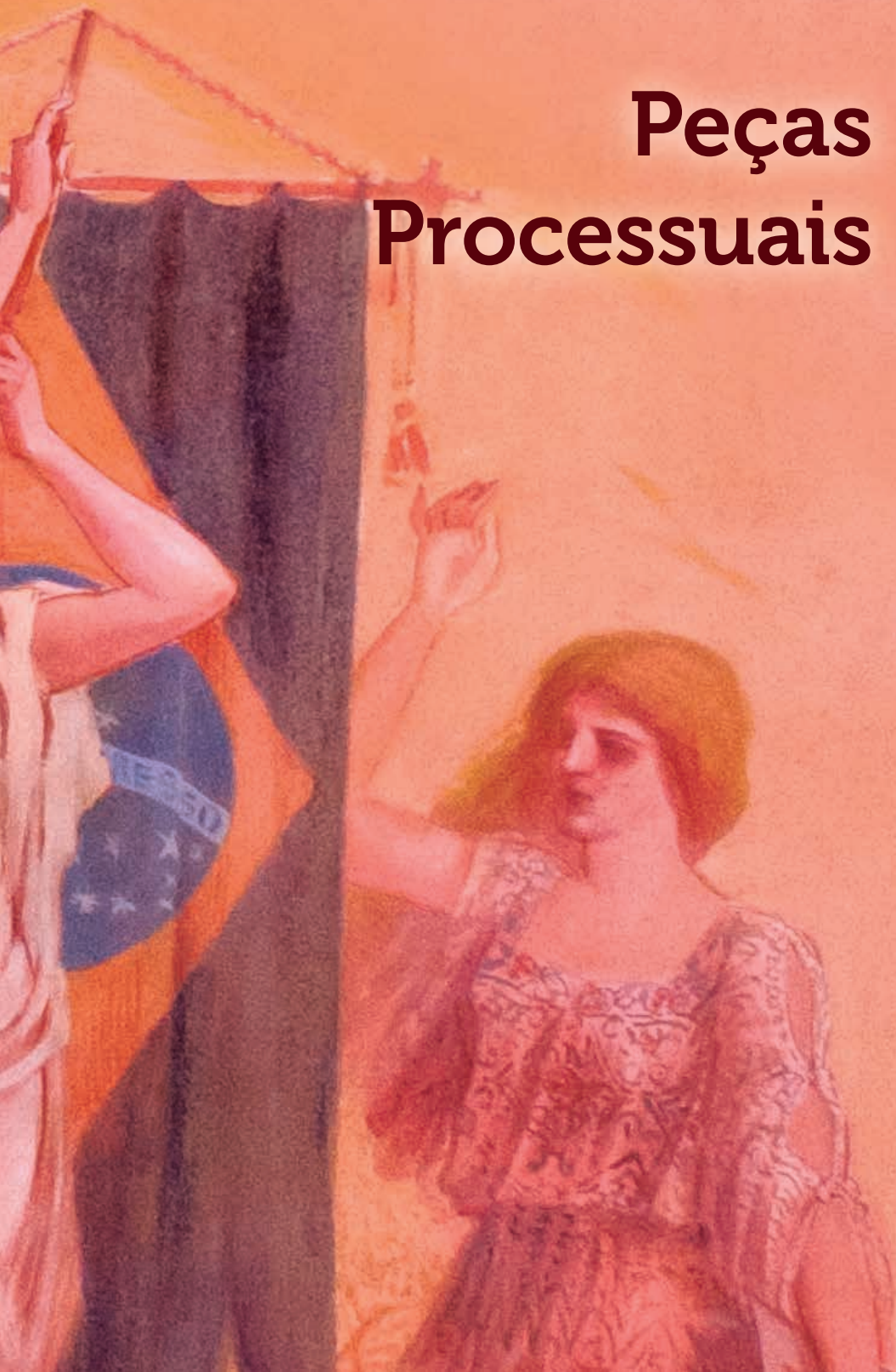
SPINOZA, Baruch. *Ética*. Belo Horizonte: Autêntica Editora. Trad. de Tomaz Tadeu, 2009.





*Detalhe da imagem da capa*

# Peças Processuais





## Pareceres

• • •

### **PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**Proc. Nº 0000879-53.2017.8.19.0051**

**APELAÇÃO CÍVEL**

**Apelante: LARISSA OLIVEIRA DA SILVA SANTOS**

**Apelado: MUNICÍPIO DE SÃO FIDÉLIS**

**ATRIBUIÇÃO: Fazenda Pública**

**Parecer final sobre o mérito em 2º grau**

#### **PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Pretensão de gratuidade no transporte público para frequência a curso pré-vestibular social. Causa de pedir no art. 6º da Constituição da República. Educação como direito social de efetividade imediata. Amplitude do direito expressa no art. 208 da Lei Magna. Dever do Estado de atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas assistenciais. Transporte como direito da população aos níveis mais elevados de ensino. Eficácia imediata dos direitos fundamentais. A concessão do chamado vale social ou documento equivalente que garanta o transporte gratuito aos estudantes hipossuficientes tem como finalidade assegurar a estes o acesso ao local de estudo, seja no ensino fundamental, médio ou universitário, sem distinção e, em consequência, ao próprio direito à educação, constitucionalmente previsto. Limitação imposta pelo Decreto Municipal nº 3.262/2015 que se apresenta inconstitucional, por restringir de forma indevida um direito fundamental. Impossibilidade de interpretação restritiva por ato normativo municipal. Negativa de efetividade ao direito fundamental de aplicabilidade imediata. Declaração de inconstitucionalidade incidental. Incidência dos arts. 98 da Constituição da República e 948 do Código de Processo Civil. Necessidade de liminar para efetividade do direito pelo Relator. Substituição da sentença por acórdão conceda à parte autora a gratuidade requerida.



### Egrégia Câmara,

LARISSA OLIVEIRA DA SILVA SANTOS insurge-se contra sentença (doc. 141), que julgou improcedente o pedido autoral, em que se busca a *condenação do MUNICÍPIO DE SÃO FIDÉLIS a disponibilizar transporte gratuito para que a autora possa frequentar o Curso Pré-Vestibular Social Teorema, na cidade de Campos dos Goytacazes/RJ.*

Em suas razões (doc. 152), alega que é estudante e encontra-se matriculada no curso Pré-Vestibular Social Teorema para o período letivo de 2017, que funciona em prédio da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF, situado em Campos dos Goytacazes.

Aduz que teve negado, por parte do Município de São Fidélis, seu pedido de gratuidade no transporte público para o referido deslocamento, sob o fundamento de que o Decreto Municipal nº 3.262/2015 não mais permitiria a matrícula de alunos para cursos preparatórios.

Sustenta que sem a gratuidade pleiteada não poderá frequentar o curso, por não ter como arcar financeiramente com o valor do deslocamento.

Alega que a gratuidade de transporte coletivo a alunos matriculados em estabelecimento de ensino da rede pública estadual é desdobramento do direito fundamental à educação e que o art. 208 da CRFB traz como dever do Estado garantir seu acesso mediante políticas públicas.

Além disso, sustenta que não se mostra razoável nem isonômico disponibilizar transporte gratuito para alunos matriculados em cursos superiores, sejam estes públicos ou particulares, e *negar o transporte para alunos da rede pública estadual que visam cursar o pré-vestibular social, oferecido para aqueles que não possuem condições de arcar com o pagamento de um curso pré-vestibular e que desejam ingressar em uma universidade pública.*

Por fim, afirma que muito embora o d. Magistrado tenha invocado o art. 20 do Decreto Municipal 3.262/2015, que estabelece que *“não será admitida, a partir do ano letivo de 2015, a utilização deste serviço por alunos que estiverem cursando ou matricularem-se em estágios, Ensino Médio em Instituição Particulares, cursos preparatórios (pré-vestibular), cursos de idiomas, além de cursos de curta duração em Instituições como SESC, SENAI, SEST/SENAT e outras afins”*, tal dispositivo mostra-se absolutamente inconstitucional, por violação ao direito à educação, inserido na noção doutrinária e jurisprudencial de mínimo existencial, bem como por estabelecer disparidades injustificáveis entre pessoas que se encontram em semelhantes posições jurídicas, afrontando a isonomia (igualdade material) e os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Requer o provimento do recurso para que o município ora apelado seja condenado a assegurar à apelante a utilização do transporte coletivo gratuito, com a realização da sua matrícula no transporte coletivo universitário.

Contrarrazões foram apresentadas cf. doc. 179, pelo desprovimento do apelo.

Vejamos a quem assiste razão.

A pretensão de direito à gratuidade no transporte público para alunos cursando pré-vestibular social busca efetividade do acesso à educação, direito fundamental de aplicabilidade imediata e essencial à dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF/88), representando objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no tocante à construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3, I).

Art. 3º- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- *construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

II- garantir o desenvolvimento nacional;

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV- *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Portanto, estarmos diante de direito fundamental social de efetividade imediata, previsto no art. 6º da Constituição da República e com parâmetros de amplitude afirmados no art. 208, inciso VII:

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.

Art. 208- O dever do Estado com a educação *será efetivado mediante a garantia de:*

(...)

VII- atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, *transporte*, alimentação e assistência à saúde.

Diz a Constituição da República do Brasil de 1988, no seu art. 5º, LXXI:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício:

- a) dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11), o que inclui o art. 6º;
- b) das prerrogativas inerentes:
  - à nacionalidade (art. 12);
  - à soberania (popular arts. 14 a 16);
  - à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII).

Como consequência do preceito constitucional,

1º – alarga o campo da jurisdição de equidade;

2º – transporta para o Direito Público o remédio (*relief*) da *injunction* que, no Direito inglês e no americano, aplica-se à área do Direito Privado;

3º – abre as portas para renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais.<sup>1</sup>

Ou seja, nem mesmo a ausência de lei impede a efetividade desses direitos, sendo esta imposição reafirmada no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República ao determinar:

§ 1º- As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

O Professor Hélio Tornaghi, em precioso estudo sobre o Mandado de Injunção, logo após o seu surgimento na Constituição da República de 1988, afirmava que “em matéria jurídica, o labor nunca está terminado.” *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos.<sup>2</sup> As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não para. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos.<sup>3</sup> Esse tem sido o papel da equidade social, que fez a grandeza

<sup>1</sup> Para um exame mais profundo sobre as consequências no ordenamento pátrio, ver TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista de Processo*, nº 5, apud FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*. p. 133 e ss., Editora Freitas Bastos, 2ª edição, 2013.

<sup>2</sup> Os antigos esclareciam terem-lhes vindo dos deuses as suas leis. Os cretenses atribuíam as suas, não a Minos, mas a Júpiter; os lacedemônios acreditavam por seu legislador, não a Licurgo, mas a Apolo. Os romanos afirmavam ter Numa escrito como lei o que uma das divindades mais poderosas da Itália antiga, a deusa Egéria, lhe ditara. Os etruscos receberam as suas leis do deus Tagés. Em todas opiniões encontramos algo de verdadeiro. O autêntico legislador, entre os antigos, nunca esteve no homem, mas na crença religiosa de que o homem era portador. As leis ficaram sendo, durante muito tempo, coisa sagrada. COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga*, p. 233.

<sup>3</sup> O princípio supremo em que se inspira a conduta de um Estado é o da sobrevivência, exatamente como ocorre no estado de natureza segundo a hipótese hobbesiana. Este princípio encontrou uma formulação clássica na máxima ciceroniana “*Salus populi suprema lex esto*” (*De legibus*, III, 3), que foi repetida ao longo dos séculos com poucas variantes (em latim original: O bem estar do povo é a lei suprema). BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. p. 293.

do Direito Romano e a flexibilidade do Direito inglês. E é esse milagroso remédio que se introduziu entre nós para a proteção “dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania”, sempre que a falta de norma regulamentadora lhes torne inviável o exercício (Constituição da República, art. 5º, LXXI).

Trata-se de instrumento de proteção e ao mesmo tempo, de ferramenta forjadora de direitos.<sup>4</sup>

Calamandrei, em notável estudo sobre “O Significado constitucional das jurisdições de equidade”,<sup>5</sup> lembra a existência de dois sistemas de manifestação do Direito. O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao Legislativo e a de aplicá-la, ao Judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses; de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o “sistema da formulação do Direito”. Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciários encarregados de julgar por equidade. Nesse caso, diz o mestre italiano, “o juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria, mas encontra já existentes”. “Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir-lhe as necessidades e fielmente seguir-lhe a evolução.”

Se na jurisdição legal o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. Ocorre que o Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência, pois não podemos negar que direito vivo é o que os tribunais consagram.<sup>6</sup>

O Professor Hélio Tornaghi alerta para o fato de que não se trata de equidade individual (epiqueia), como acontecia, por exemplo na Lei de Luvas, em que o juiz levava em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se em contrário, da

<sup>4</sup> TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista do Ministério Público*, vol. I, p. 54.

<sup>5</sup> Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul processo civile*. Vol. II, p. 1 e ss.

<sup>6</sup> A equidade, enquanto justiça do caso concreto, pode ser redefinida como a justiça do homem em contraste com a justiça da lei. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. p. 252.



equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular a norma, em seguida aplicada ao caso concreto.<sup>7</sup>

A equidade é sempre o modo de determinar o que é justo em cada caso concreto e completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1ª – a lei, que é genérica e abstrata, *não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A equidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso.* Aí funciona como a fita métrica usada pelos operários da ilha de Lesbos (semelhantes a que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a equidade individual.

É possível a utilização da equidade nos casos em que a negação da norma atende ao seu sentido teleológico. É o exemplo da permissão de entrada de um cego acompanhado de seu cão-guia em lugares onde fosse proibida a entrada de animais: somente negando a norma é que se alcançaria a sua finalidade de melhor uso do espaço, respeitando o caráter singular de sua aplicação.<sup>8</sup>

2ª – de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a equidade social, que manda o juiz completar a lei formulando, ele próprio, a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a equidade social *contra legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vecchio.

Indubitável que a pretensão tem amparo em norma constitucional, tanto no art. 6º, que prevê a educação como direito social, quanto no art. 208, que estabelece como dever do Estado a garantia de atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas assistenciais, dentre os quais se inclui o transporte, e como direito da população o acesso aos níveis mais elevados de ensino.

*Interpretar restritivamente esse direito, através de ato normativo municipal (decreto), é negar efetividade ao direito fundamental de aplicabilidade imediata, impondo sua declaração de inconstitucionalidade incidental.*

A concessão do chamado vale social ou documento equivalente que garanta o transporte gratuito aos estudantes hipossuficientes tem como finalidade assegurar a estes o acesso ao local de estudo, seja no ensino fundamental, médio ou universitário e, em consequência, ao próprio direito à educação, constitucionalmente previsto, sem possibilidade de restrições.

A nosso ver, portanto, a limitação imposta pelo Decreto Municipal nº 3.262/2015 se apresenta inconstitucional, por restringir de forma indevida um direito fundamental.

<sup>7</sup> TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista de Processo*, nº 5, p. 62. A distinção entre equidade individual e social já vinha de Aristóteles. Na Ética de Nicômaco ele ensinava que a equidade se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a equidade social se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido. Apud FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*. p. 140, Editora Freitas Bastos, 2ª edição, 2013.

<sup>8</sup> FONTES, André. Jurisdição de equidade e equidade criação. *Revista Justiça & Cidadania*, nº 34, p. 23.

Na garantia constitucional ao direito à educação, *cuja responsabilidade é atribuída, solidariamente, a todos os entes públicos federativos, está implícito o dever de garantir que os estudantes tenham acesso aos locais onde sejam ministradas as aulas, sob pena de negar-se vigência à própria Constituição.*

Portanto, deve ser afastada a regra municipal, posto que inválida por restringir a efetividade do direito de acesso à educação, observando-se o determinado no art. 98 da Constituição da República de que:

[s]omente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

O artigo 948 e seguintes da lei processual, determina que arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

À Câmara compete apenas fazer o juízo negativo da arguição, em face da presunção de legitimidade das leis, não tendo competência para o contrário.

No caso concreto, a autora instruiu a peça inicial com declaração referente à matrícula no curso pré-vestibular e comprova sua hipossuficiência financeira. Assim, restaram presentes os requisitos necessários à concessão da gratuidade no transporte público à autora, a fim de garantir-lhe o acesso à educação, devendo ser reformada a sentença de improcedência *e garantida a efetividade do direito por liminar do relator até o julgamento do mérito do recurso.*

Pelo exposto, espera o Ministério Público, através desta Procuradoria de Justiça, a substituição da sentença por acórdão que reconheça o direito fundamental de acesso à educação por parte da autora, com a gratuidade requerida de transporte para a universidade.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 21 de outubro de 2022.

**LUIZ FABIÃO GUASQUE**

Procurador de Justiça



Peças

• • •

## AÇÃO CIVIL PÚBLICA

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Teresópolis

Ref.: MPRJ 2021.01009227

**MEMENTO:** Ação Civil Pública. Saúde. Pessoa com Deficiência. Rede de Atenção Psicossocial. Contratualização. Leitos de retaguarda de saúde mental. Recusa Imotivada. Boa-fé objetiva e deveres anexos. Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência (CDPD).

### EXMO. SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE TERESÓPOLIS/RJ,

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, inscrito no CNPJ sob o nº 28.305.936/0001-40, com fundamento no artigo 129, inciso II e III, da Constituição Federal, e na Lei Federal n. 7.347/85, com base nas informações existentes no(s) inquérito(s) civil(is) epigrafados propõe a presente

### AÇÃO CIVIL PÚBLICA

em face de:

MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ sob o n. 29.138.369/0001-47, com sede na Avenida Feliciano Sodré, n. 675, Teresópolis/RJ, CEP 25.955-670;

HOSPITAL DAS CLÍNICAS DE TERESÓPOLIS COSTANTINO OTTAVIANO, inscrito no CNPJ sob o n. 32.190.092/0003-78, com sede na Avenida Delfim Moreira, n. 2211, Vale Paraíso, Teresópolis/RJ, CEP 25.976-016;

HOSPITAL SÃO JOSÉ – ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO DE SANTA CARATINA, inscrito no CNPJ sob o n. 60.922.168/0001-77, com sede na Rua Judite Maurício de Paula, n. 40, Lucas, Teresópolis/RJ, CEP 25.964-220;

BENEFICÊNCIA PORTUGUESA DE TERESÓPOLIS, inscrita no CNPJ sob o n. 32.185.605/0001-90, com sede na Avenida Delfim Moreira, n. 798, Várzea, Teresópolis/RJ, CEP 25.953-236.

## O CASO

### Resumo

O MPRJ em atuação conjunta com a DPRJ firmou *termo de ajustamento de conduta* com o Município de Teresópolis em 30/11/2021, que contém 03 (três) EIXOS-OBJETIVOS:

1. *A ampliação da Rede de Atenção Básica;*
2. *A adequação da Rede de Atenção Psicossocial aos parâmetros normativos e às cláusulas estabelecidas (a Rede de Atenção Psicossocial pode ser dividida em 03 Eixos Estratégicos de atuação: Álcool e Drogas, Desinstitucionalização e o Central. Por sua vez, o Eixo Central é formado pelos pontos de atenção: Psicossocial, Hospitalar e Básica, que possuem intersecções importantes em termos de ações e serviços, sendo a integração desses pontos condição *sine qua non* para o efetivo funcionamento da RAPs, dentro de uma perspectiva clínica ampliada<sup>1</sup>);*
3. *A promoção da desinstitucionalização de seus municípios em longa internação psiquiátrica nas Clínicas Santa Lúcia e Santa Mônica.*

Uma das cláusulas do referido compromisso prevê a necessidade de revisar a contratualização de 4 (quatro) leitos de saúde mental – chamados de *leitos de retaguarda ou leitos de crise* – em hospital geral conveniado da cidade para atendimento da população local, inclusive infantojuvenil, cujo prazo para atendimento era até 31/12/2021.<sup>2</sup>

Decorridos mais de 06 (seis) meses da data limite prevista no TAC a contratualização dos leitos de retaguarda não foi feita, estando o município de Teresópolis sem leitos para gerir as situações de crise, permanecendo o paciente ou na UPA ou em clínicas privadas com ordem judicial que determina o custeio da internação pelo município.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Para uma visão geral da reforma psiquiátrica confira-se: DELGADO, Pedro Gabriel Godinho e outros. Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil. In MELLO, Marcelo Feijó (Organizador). *Epidemiologia da saúde mental no Brasil*. Porto Alegre: Editora Artmed, 2007. Também vale a referência (pelo caráter histórico) ao texto: SCHECHTMAN, Alfredo e outros. Reestruturação da atenção em saúde mental: situação atual, diretrizes e estratégias. Disponível in AMARANTE, Paulo e outros. *Psiquiatria Social e reforma Psiquiátrica*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014.

<sup>2</sup> Considerando a Portaria GM/MS nº 148/2012, os Leitos de Saúde Mental em Hospital Geral (“padrão ouro” no cuidado hospitalar psiquiátrico/integral) são previstos numa proporção de 1 leito para cada 23 mil habitantes, num mínimo de 04 leitos. Assim, para a população de Teresópolis, seriam indicados 08 (oito) Leitos de Saúde Mental, 04 (quatro) com previsão de inclusão em futuro CAPs III e 04 (quatro) em hospital geral. O item 3.2 do TAC faz menção à Beneficência Portuguesa visto que na época era a unidade indicada pelo município para a pactuação dos leitos.

<sup>3</sup> As ações são ajuizadas ora pela Promotoria de Justiça de Infância e Juventude, ora pela Promotoria de Justiça de Família e, às vezes, pela Defensoria Pública do Estado, sendo distribuídas, conforme o caso, entre as Varas Cíveis ou na Vara da Infância e Juventude.

## Os leitos de retaguarda

A contratualização de leitos de retaguarda com um dos três hospitais integrantes do polo passivo é a melhor opção para a disponibilização desse serviço, uma vez que o município não conta com hospital próprio e a demanda para atendimento dos pacientes psiquiátricos com comorbidades clínicas não será suprida pelo futuro CAPs III.<sup>4</sup>

Os leitos de retaguarda possuem dois objetivos gerais, sendo o primeiro possibilitar que o paciente com transtorno mental seja avaliado por equipe multidisciplinar em hospital geral, não sendo incomum que comorbidades clínicas descompensadas deem causa a quadros psiquiátricos; já o segundo objetivo é proporcionar o tratamento médico na base territorial do paciente, com o apoio dos demais equipamentos da RAPs – como o CAPs –, evitando a internação do paciente em clínicas psiquiátricas, como a Santa Lúcia e Santa Mônica, ambas com a “porta de entrada” fechada pelo ERJ para novos pacientes.

Numa primeira análise, poder-se-ia imputar a ausência de leitos de retaguarda à omissão do município, mas esta não é toda a verdade. A inexistência dos citados leitos se deve, também, à *negativa injustificada* por parte dos hospitais particulares já conveniados ao SUS e réus nesta ação judicial em aceitar pacientes “classificados como psiquiátricos”, mesmo com comorbidades clínicas já atendidas pelas unidades réus nos leitos conveniados ao SUS.

O Ministério Público acompanhou de perto as tentativas de contratualização realizadas pela Secretaria Municipal de Saúde junto às unidades de saúde local conveniadas, havendo recusa por todas elas, que apontaram genericamente (i) inexistência de ala psiquiátrica específica na unidade; (ii) falta de expertise específica; (iii) inexistência na unidade de RH voltado para atendimento de pacientes *em surto*.

Entretanto, as razões citadas são injustificadas visto que:

- (i) não é necessária nenhuma ala específica para receber esses novos pacientes, bastando espaço mais reservado para os leitos de retaguarda que poderão funcionar junto aos demais leitos clínicos;<sup>5</sup>

<sup>4</sup> O CAPs III é o equipamento da RAPs que disponibiliza leitos clínicos, porém não se destina ao atendimento de pacientes com quadros psiquiátricos associados à comorbidades clínicas descompensadas, tais como como intoxicação aguda por drogas, quadros orgânicos demenciais, infecções em idosos, neoplasias. Vale citar que o município desapropriou um terreno onde será construído o CAPs III, tramitando o caso nos autos nº 0003197-03.2022.8.19.0061.

<sup>5</sup> Observe-se que Portaria MS nº 148/2012 que rege o tema não fala em “ala específica”. Há a menção a espaço próprio, porém apenas para os casos nos quais o paciente for criança e adolescente em razão do acompanhante previsto em lei. *Verbis*:

Art. 6º A configuração do Serviço Hospitalar de Referência para atenção a pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas observará os seguintes parâmetros: I - no caso de até 10 (dez) leitos implantados, o Serviço Hospitalar de Referência para atenção a pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas poderá funcionar em:

a) leitos de clínica médica qualificados para o atendimento destinado a pessoas adultas em sofrimento ou

(ii) não é necessária expertise específica para atender novos pacientes, visto que eles possuem, na grande maioria dos casos, comorbidades clínicas já atendidas pelas unidades, não podendo haver recusa de pacientes em razão de raça, gênero, orientação sexual ou deficiência;

(iii) as equipes atuais de RH das unidades já atendem às questões de saúde mental nos seus pacientes, bastando imaginar os casos de depressão, ansiedade e tentativas de suicídio, por exemplo, sendo certo que a equipe técnica do CAPs acompanhará as eventuais internações de forma articulada;

(iv) os novos pacientes sempre fariam o primeiro atendimento no CAPs ou na UPA, seriam estabilizados na UPA e só entrariam nas unidades conveniadas após essa triagem/primeiro atendimento;

(v) Nos quadros exclusivamente psiquiátricos, a eventual internação mais prolongada se daria no CAPs III, porém, havendo comorbidade clínica associada ao quadro psiquiátrico, a internação se daria em leito de retaguarda de hospital geral, mesmo após a construção do CAPs III.

## O estigma

Ao que parece, a razão da recusa é o estigma e o preconceito das unidades em relação ao paciente taxado de “psiquiátrico”, apontando-se genericamente (e indevidamente) o risco de *surtos* ou a necessidade de se alocar essa pessoa em local especializado como restrições à prestação do serviço de saúde a este grupo social. O estigma<sup>6</sup> e o preconceito ficam claros quando se observa que um paciente oncológico, ortopédico ou cardíaco, mas com quadro psiquiátrico de bipolaridade controlada, por exemplo, seria atendido nos leitos gerais das citadas unidades. Mas se o mesmo paciente tivesse sido atendido inicialmente no CAPs pelo seu quadro bipolar e encaminhado para a unidade geral em razão de comorbidade oncológica, buscando o leito que ora se pretende contraturalizar, ele não seria atendido na unidade.

---

*transtorno mental e com necessidades de saúde decorrentes do uso de álcool, crack e outras drogas; ou b) leitos de pediatria qualificados para o atendimento destinado a crianças e adolescentes em sofrimento ou transtorno mental e com necessidades de saúde decorrentes do uso de álcool, crack e outras drogas;*

*II - no caso de mais de 10 (dez) leitos implantados, o Serviço Hospitalar de Referência para atenção a pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas funcionará em enfermaria especializada destinada ao atendimento de pessoas em sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de álcool, crack e outras drogas.*

*Parágrafo único. Os leitos de atenção a pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas destinados ao atendimento de crianças e adolescentes deverão estar sempre localizados em espaço próprio, resguardando-se o direito à permanência de acompanhante em tempo integral.*

<sup>6</sup> A literatura sobre estigmas sociais vai muito além do Direito e muito além dos pacientes de saúde mental, mas sobre essa população específica e sua estigmatização, vale a referência ao livro: MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira. *Saúde mental e o direito: Ensaio em homenagem ao professor Heitor Carrilho*. São Paulo: Editora Método, 2004.

O estigma sobre os pacientes de saúde mental advém de caldo cultural que mistura conceitos clínicos antiquados, desconhecimento da legislação em vigor e muito, muito preconceito. O combate ao preconceito é de fermentação lenta, exigindo esforço constante; a legislação brasileira é bastante garantidora, como veremos mais a frente, sendo a recusa injustificada violadora das normas constitucionais de garantia de acesso à saúde e proteção das pessoas com deficiência, grupo do qual são integrantes as pessoas com deficiência mental, conforme Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência (CDPD); e o famoso risco de *surto*, citado por profissionais de saúde para impressionar os demais atores sociais e recusar esses pacientes, pode ser descascado e mais bem compreendido.

### Quem tem medo do *surto*?

A ideia de *surto* e a sua apresentação mais comum que é a agitação psicomotora precisam ser analisados mais detidamente. A porta de entrada de urgência e emergência com leitos de saúde mental contratualizados em hospitais gerais destina-se a *enxergar* o “surto” de forma mais qualificada, visto que parte considerável das pessoas que são tratadas como em “surto psiquiátricos” possuem quadros clínicos descompensados (independentemente de serem pacientes psiquiátricos prévios ou não) como intoxicação aguda por drogas, quadros orgânicos demenciais, infecções em idosos,<sup>7</sup> neoplasias.

O atendimento desses pacientes nos leitos de retaguarda dos hospitais gerais – após a estabilização na UPA – pretende qualificar a análise do paciente por meio de avaliação clínica mais completa, permitindo diagnóstico de exclusão que identifique se a agitação psicomotora se deve à comorbidade clínica associada, hipótese onde a internação se dará no leito de retaguarda do hospital geral, ou se em razão de quadro exclusivamente psiquiátrico onde eventual internação mais prolongada se dará no CAPs III.

### Um fluxo possível

O fluxo poderia ser pactuado da seguinte forma: O paciente com quadro psiquiátrico seria atendido pelo CAPs. Havendo alguma agitação psicomotora ele poderia ser encaminhado para a UPA para primeira avaliação e estabilização de 24 horas. Se o paciente estiver bem clinicamente e a agitação psicomotora for transitória, ele seria medicado e liberado, podendo seguir seu acompanhamento no CAPs. Havendo alguma descompensação clínica associada que indicasse a internação no leito de estabilização no hospital geral, o CAPs participaria do processo de tomada de decisão passando a acompanhar o paciente no leito de retaguarda, tudo de forma articulada, não havendo necessidade de temor por parte da equipe de RH do hospital geral.

<sup>7</sup> Sobre envelhecimento, comorbidades e quadros psiquiátricos, confira-se: LAKS, Jerson e outros. Epidemiologia dos transtornos mentais em idosos e a utilização dos serviços por esta população. In MELLO, Marcelo Feijó (Organizador). *Epidemiologia da saúde mental no Brasil*. Porto Alegre: Editora Artmed, 2007.



É importante dizer que o município recebeu do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2021, por meio do COFI-RAPS,<sup>8</sup> o valor de R\$ 203.474,00 (duzentos e três mil, quatrocentos e setenta e quatro reais) e, no ano de 2022, estima-se o recebimento de R\$ 234.778,58 (duzentos e trinta e quatro mil, setecentos e setenta e oito reais e cinquenta e oito centavos), valores que podem ser utilizados para o faturamento dos leitos de retaguarda até que se efetive o credenciamento destes junto ao ERJ, não havendo riscos financeiros para as unidades conveniadas.

### **Casos individuais ocorridos em Teresópolis que evidenciam o drama humano causado pela ausência de leitos de crise na RAPS**

A adolescente Jeniffer Letícia de Souza Carvalho, com histórico de drogadição e automutilação, foi internada na Clínica Espaço Village, em Guapimirim, no dia 29/03/2022. A internação se deu por ordem judicial<sup>9</sup> em ação ajuizada para que o município custeasse a internação em clínica privada, visto que não havia leitos de retaguarda no município. No dia 09/07/2022, após retornar de alta para a casa de seus pais, a adolescente se trancou no quarto e diante dos irmãos menores se suicidou ateando fogo em seu próprio corpo (juntamos os relatórios respectivos em anexos desta petição).

Não se pode imputar a responsabilidade pelo suicídio a ninguém, exceto à própria adolescente. Porém, o funcionamento insuficiente da RAPS, a internação fora de Teresópolis longe dos familiares, a falta de leitos de crise em unidades gerais, são concausas que colaboram para tragédias individuais.<sup>10</sup>

O paciente Fábio Vieira Rodrigues, internado em 06/02/2022 com diagnóstico de covid-19, pancreatite crônica agudizada e pneumonia bacteriana, foi transferido do Hospital São José, em Teresópolis, para o Hospital Municipal São José Rabello de Mello, em Guapimirim. No dia 13/02/2022 foi transferido para a enfermaria de clínica médica, ocasião em que foi solicitado acompanhamento da equipe saúde mental devido ao quadro de agitação psicomotora e crise de abstinência, tendo recebido alta hospitalar em Guapimirim no dia 23/02/2022 com indicação de transferência para a Beneficência Portuguesa para a conclusão do tratamento e reintegração familiar. Ocorre que a Beneficência Portuguesa se recusou a receber o paciente que continua até a presente data internado em leito de saúde mental no Município de Guapimirim,

<sup>8</sup> COFI-RAPS é o programa de cofinanciamento, fomento e inovação da rede de atenção psicossocial do Estado do Rio de Janeiro, por meio do qual são repassados recursos financeiros do ERJ para os Municípios, destinados ao fomento e inovação dos de atenção da RAPS, podendo ser utilizado para custeio de leito de retaguarda, conforme Resolução SES 2429/2021.

<sup>9</sup> A internação judicial foi determinada nos autos nº 0800702-50.2022.8.19.0061.

<sup>10</sup> Sobre a epidemiologia dos suicídios e a relação deles com a saúde mental e a estruturação da RAPS, confira-se: Epidemiologia das tentativas de suicídio e dos suicídios. BOTEGA, Neury José e outros. Publicado in MELLO, Marcelo Feijó (Organizador). *Epidemiologia da saúde mental no Brasil*. Porto Alegre: Editora Artmed, 2007.

inviabilizando o desenvolvimento de ações de reaproximação familiar<sup>11</sup> (juntamos os relatórios respectivos em anexos desta petição).

## COTEJAMENTO JURÍDICO

### Na perspectiva do direito constitucional

A presente demanda tem como fundamento a especial proteção que deve ser garantida às pessoas com deficiência, dentre as quais se incluem o *adequado acesso aos serviços de saúde* e a *proibição de qualquer discriminação* baseada na deficiência.

O grande marco regulatório na questão do tratamento conferido às pessoas com deficiência foi a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência (CDPD), consolidada na Resolução da ONU nº 61/16, de 13 de dezembro de 2006 e ratificada em 2009 no Brasil por meio do Decreto nº 6.949/2009, caracterizando-se como a primeira Convenção Internacional com equivalência de Emenda à Constituição. O texto dispõe que pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, *mental*, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Vale destacar que a CDPD e a Lei Brasileira de Inclusão incluíram no conceito de *“pessoa com deficiência”* as pessoas com transtornos mentais, nominando este tipo de deficiência como *“psicossocial”* ou *“mental”*.<sup>12</sup> Os leitos de saúde mental em hospital geral são componente essencial da porta de entrada da RAPS e *mecanismo efetivo de garantia de acessibilidade* das pessoas com deficiência ao serviço público de saúde.

A *recusa imotivada* dos hospitais em contratualizar leitos de saúde mental se transmuta em violação direta às normas constitucionais, uma vez que impede o acesso das pessoas com deficiência mental ao adequado atendimento médico hospitalar, configurando discriminação por motivo de deficiência e usurpação da cidadania<sup>13</sup> desse grupo social. O art. 2 da CDPD indica que *“Discriminação por motivo de deficiência”*

<sup>11</sup> *“A equipe do CAPS Teresópolis tomou ciência deste caso a partir da equipe de Saúde Mental do CAPS de Guapimirim que tem problematizado a permanência desse paciente no leito de saúde mental uma vez que paciente não é munícipe de Guapimirim, necessitando assim que os cuidados sejam realizados em seu próprio território. (...) O CAPS tem trabalhado como norte o retorno familiar. Contudo, dada a situação de rompimentos de vínculos familiares, não acreditamos que esse retorno seja possível em curto ou médio prazo por vários motivos. Fabio necessita de auxílio/estímulo para atividades de vida diária como almoçar, caminhar e ações de higiene como descrito em laudo médico em anexo. Sua rede familiar se encontra precarizada e não pode funcionar como rede de suporte nesse momento. Acreditamos que, dada a necessidade de receber de volta esse paciente, as questões clínicas acima expostas o lugar que melhor acolheria a necessidades de Fabio seria Beneficência Portuguesa com concomitante tratamento em saúde mental pelo CAPS de Teresópolis”* – relatório psicossocial em anexo.

<sup>12</sup> Art. 2º, Lei n. 13.146/2015. Verbis: *“Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”*

<sup>13</sup> Sobre a cidadania usurpada confira-se: AMARAL, Teresa Costa. INSTITUTO BRASILEIRO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. *Inclusão social da pessoa com deficiência: medidas que fazem a diferença*. 1ª edição. Rio de Janeiro: IBDD, 2008.

significa qualquer segregação,<sup>14</sup> exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro, prevendo o art. 25, que “os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero”.

### Na perspectiva do direito civil

Sim, o presente caso não se amolda aos ditames do direito consumerista, nem tampouco poderia ser classificado de forma segura dentre aqueles de direito privado. Porém, isso não impede a reflexão sobre os limites da autonomia da vontade dos réus, nem sobre a boa-fé objetiva como diretriz ética das relações contratuais, muito menos impede o diálogo de fontes dos intérpretes, afinal este caso está na fronteira entre o direito público e privado.<sup>15</sup>

Embora o princípio da boa-fé objetiva não esteja previsto expressamente na Constituição, pode-se extraí-lo do Texto Maior seja buscando ancoradouro na ideia de Estado Democrático de Direito, seja no princípio da dignidade da pessoa humana, buscando a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O Código Civil de 2002 rompeu com a lógica individualista do texto de 1916 adotando as ideias de sociabilidade, eticidade e operabilidade, permitindo a adequação das relações sociais em conformidade com os valores constitucionais. A boa-fé objetiva institui deveres anexos pré-contratuais e pós-contratuais, incorporando aos contratos uma verdadeira camada ética oriunda do processo de constitucionalização do direito privado.<sup>16</sup>

O princípio da boa-fé torna exigíveis comportamentos éticos derivados das ideias de lealdade, cooperação, equidade, cujo conteúdo é construído a partir das circunstâncias do caso concreto, não sendo um estado psicológico subjetivo, mas sim

<sup>14</sup> Sobre a segregação das pessoas com deficiência, confira-se: TOMASINI, Maria Elisabete. Expatriação social e a segregação institucional da diferença: reflexões. In BIANCHETTI, Lucídio e outros. *Um olhar sobre a diferença*. 4ª edição. São Paulo: Editora Papirus, 2001.

<sup>15</sup> Sobre a dificuldade de individuação das fronteiras entre direito público e privado e a crise desta distinção, defendendo que a unidade do fenômeno social exige o estudo de cada instituto nos seus aspectos ditos privatísticos e publicísticos, confira-se: PERLINGIERI, Pietro. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Renovar, 2002, p. 52-53.

<sup>16</sup> A literatura que estuda a principiologia do Código Civil e a constitucionalização do direito privado é vastíssima. Por todos citamos (em homenagem pela dedicação ao tema): TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

dever de conduta contratual ativo,<sup>17</sup> capaz de criar deveres jurídicos frutos de uma obrigação compreendida de forma dinâmica, como um processo.<sup>18</sup>

A recusa imotivada em aceitar a contratualização dos leitos não está dentro dos limites da liberdade de contratar<sup>19</sup> e viola a boa-fé nos deveres anexos (ou instrumentais) de proteção e cooperação que satisfazem função social do contrato, protegendo as pessoas e a sociedade como um todo, não sendo absurdo considerar a presente recusa imotivada como abuso de direito.<sup>20</sup>

### Na perspectiva do direito administrativo

No direito administrativo, o princípio da boa-fé “é geralmente caracterizado como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito”.<sup>21</sup> A expansão da boa-fé objetiva eticiza as relações jurídicas, espalhando sua incidência também para o direito público como subprincípio da moralidade administrativa.<sup>22-23</sup>

Apesar das diferenças entres os contratos de direito privado e direito público, o dever de probidade e comportamento segundo a boa-fé objetiva entre as partes são aspectos comuns, conforme preceitua o art. 422 do Código Civil aplicável aos contratos administrativos pela janela ética da regra do art. 54 da Lei n. 8.666/93<sup>24</sup> e art. 89 da Lei n. 14.133/2021<sup>25</sup> que autorizam a aplicação aos contratos públicos dos princípios da teoria geral dos contratos.

<sup>17</sup> Se manifestando especificamente no mesmo sentido: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 98. *Verbis*: “A boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não em um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante.”

<sup>18</sup> Sobre a tríplice função da boa-fé objetiva como (i) função hermenêutica/integrativa do contrato; (ii) função limitativa; e (iii) função criadora de deveres anexos, confira-se, por todos: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 84; sendo certo que a origem da delimitação da função tripartida é atribuída à Franz WACKER.

<sup>19</sup> Sobre os limites da liberdade de contratar diante do conjunto da ordenação social, como sinal da erupção do direito social no direito privado clássico, confira-se: WIEACKER, Franz. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha. *História do direito privado moderno*. 2ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian, p. 633.

<sup>20</sup> Sobre o tema, confira-se: MODENESI, Pedro. A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Unibrazil. 2010.

<sup>21</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro: o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, número 2 – abril/maio/junho de 2005, 48.

<sup>22</sup> Sobre o alastramento da boa-fé objetiva também para os contratos de direito público, confira-se: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>23</sup> Sobre a boa-fé objetiva como subprincípio da moralidade administrativa, confira-se: SOUZA, Márcio Luís Dutra de. O princípio da boa-fé na administração pública e sua repercussão na invalidação administrativa. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XV, n. 101, jun. 2012.

<sup>24</sup> Art. 54. “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

<sup>25</sup> Art. 89. “Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

## PEDIDOS E OBJETIVOS

Nos termos e fundamentos apresentados, pugna o Ministério Público:

1. Citação dos réus;
2. A designação de audiência especial presencial destinada a realização de acordo para a solução da lide de maneira célere e consensual;
3. Procedência do pedido para determinar que cada unidade de saúde disponibilize/contratualize com o município 02 (dois) leitos de saúde mental;
4. A intimação do Estado do Rio de Janeiro para realizar o credenciamento dos 02 (dois) leitos de saúde mental em cada um dos hospitais, uma vez que já esgotado o prazo regular para tanto;

Por último, requero:

- I. Que as intimações do MPRJ sejam feitas pessoalmente e no endereço eletrônico que consta do rodapé desta peça;
- II. Condenação das unidades de saúde réus nos ônus de sucumbência, os quais deverão ser revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público, criado pela Lei Estadual nº 2.819/97 e regulamentado pela Resolução GPGJ nº 801/ 98;
- III. A dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, à vista do disposto no art. 18, da Lei nº. 7.347/1985 e do art. 87 da Lei n. 8078/90.

Para a comprovação dos fatos protesto pela produção de todas as provas que se fizerem pertinentes, inclusive o depoimento pessoal dos diretores dos citados hospitais, e informo que acostei aos autos o ICs 2021.01009227, bem como seus anexos, que serviram de base para a presente ação.

Informo que acompanha a inicial *resumo em uma página* para facilitar o entendimento geral do caso e a leitura rápida daqueles que vierem a acessar os presentes autos.

Dou à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Teresópolis,

**FABIO MIGUEL DE OLIVEIRA**

Promotor de Justiça  
Mat. 4000

**RAFAEL LUIZ LEMOS DE SOUSA**

Promotor de Justiça  
Mat. 3986



# AÇÃO CIVIL PÚBLICA

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**15ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE UBERABA**

**Autos nº. 0701.13.035.585-5**

**Réus/Apelantes: ITE – Instituto de Tecnologia e Desenvolvimento Organizacional e Social (ITSB - Inst. Técnico e Social de Brasília), Anderson Adauto Pereira, Lúcio A. Scalon, Gonçalves Pereira Alves, Valdir Dias e Gabriel O. Resende de Oliveira**

**Autor/Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais**

**Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais,  
Eminentes Desembargadoras e Desembargadores,  
Íncrito(a) Procuradora/Procurador de Justiça,**

Cuida-se de ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (15ª Promotoria de Justiça de Uberaba), no ano de 2013, em desfavor do ITE/ITSB e outros réus (seis), em razão da contratação irregular apurada e comprovada no inquérito civil de nº 0701.12.001143-5, que causou prejuízo ao erário do município de Uberaba, importou em enriquecimento ilícito da empresa requerida e ofendeu aos princípios da administração pública, ensejando a aplicação das penalidades previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, vez que demonstrado o conluio entre os réus, visando a contratação ora questionada, em flagrante prejuízo do erário.

A petição inicial ministerial (contando com 79 laudas) descreve pormenorizadamente os fatos e está sobejamente acompanhada de documentos comprobatórios o suficiente (inquérito civil composto de 07 volumes e 1634 folhas – identificados como “anexos” pela secretaria do Juízo – certidão de fls. 82) a ensejar a condenação nos termos requeridos.

O feito foi regularmente instruído, com defesas preliminares apresentadas, seguindo do recebimento da inicial, citações, apresentação de contestações as quais foram impugnadas e, na sequência, realizada audiência instrutória com oitiva de testemunhas.

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença de procedência dos pedidos constantes da exordial (às fls. 1287/1288) para:

Anular o contrato n. 096/2006, condenar solidariamente ANDERSON ADAUTO PEREIRA, GABRIEL OVÍDIO RESENDE DE OLIVEIRA, LÚCIO ANTÔNIO SCALON, GONÇALVES PEREIRA ALVES, FÁBIO JOSÉ MACIOTTI COSTA, VALDIR DIAS e ITE – INSTITUTO DE TECNOLOGIA E DESENVOLVIMENTO ORGANIZACIONAL E SOCIAL ressarcirem



o patrimônio público do Município de Uberaba no valor de R\$1.227.630,18, com correção monetária desde o ajuizamento e juros de 1% ao mês a partir da última citação e proibir todos os requeridos por 5 (cinco) anos de contratarem com o Poder Público e receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

Quanto aos réus ANDERSON ADAUTO PEREIRA, GABRIEL OVÍDIO RESENDE DE OLIVEIRA, LÚCIO ANTÔNIO SCALON, GONÇALVES PEREIRA ALVES, FÁBIO JOSÉ MACCIOTTI COSTA, VALDIR DIAS, decreto a suspensão dos seus direitos políticos por 5 (cinco) anos a partir do trânsito em julgado desta sentença e aplico em desfavor deles multa civil equivalente ao valor de 5% para os réus ANDERSON e VALDIR e de 2,5% para os demais, sobre o valor da contratação ora anulada, com correção monetária a partir do ajuizamento da ação, valores que deverão ser revertidos em favor do Município de Uberaba. (fls. 1288 e verso)

Os embargos de declaração interpostos (ITE/ITSB fls. 1291/1301; Anderson – fls. 1303/1311; Gonçalves Pereira Alves – fls. 1313/1317; Fábio – fls. 1319/1337 e Lúcio – fls. 1339/1358), após manifestação ministerial (fls. 1362/1365), foram rejeitados (fls. 1366).

Na sequência, vieram os recursos de apelação (ITE/ITSB – fls. 1369/1390; Anderson – fls. 1394/1420; Lúcio Scalon – fls. 1424/1464; Gonçalves Pereira – fls. 1480/1494; Valdir Dias – fls. 1498/1502 e Gabriel Ovídio – fls. 1504/1510).

Apresentadas contrarrazões recursais por este órgão de execução, foram os autos remetidos ao E. Tribunal de Justiça para regular processamento dos recursos ofertados pelos réus, bem como do recurso adesivo interposto pelo Ministério Público.

Em virtude do advento da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, a Douta Relatora, Desembargadora Áurea Brasil, determinou a baixa dos autos a 1ª instância, para que as partes, inclusive este órgão de execução do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, manifestem-se a respeito dos impactos da novel lei na presente ação.

Os autos vieram com vistas para a 15ª Promotoria de Justiça de Uberaba, com atribuição na defesa do patrimônio público, no dia 11/11/2020 (fls. 1553).

É a súmula dos autos.

## **1. DA NÃO CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PARA O AJUIZAMENTO DA PRESENTE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Em relação à questão prescricional, importante destacar que, seja a partir do texto antigo da Lei nº 8.429/92 seja considerando a nova disposição trazida pela Lei nº 14.230/2021, *não há que se falar na consumação do prazo prescricional para propositura da presente ação*; senão vejamos:

Nos termos do artigo 23, inciso I, da Lei nº 8.429/92, vigente antes do advento da Lei nº 14.230/2021, as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas naquela norma podiam ser propostas em até cinco anos após o término do mandato, cargo em comissão ou função de confiança.

No presente caso, o contrato foi firmado no ano de 2006 – primeiro mandato do réu/apelante Anderson, que se reelegeu, exercendo o cargo de prefeito do município de Uberaba por dois mandatos consecutivos – 2005/2008 e 2009/2012.

Assim, segundo o texto legislativo anterior, o prazo prescricional iniciou-se após o término do segundo mandato (31/12/2012), conforme interpretação jurisprudencial dominante. Vejamos recente decisão do TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. MANDATO ELETIVO. REELEIÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. FIM DO ÚLTIMO MANDATO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO. Conforme preceitua o art. 23 da Lei nº 8.429/92, “as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança.” *A contagem do prazo prescricional se inicia apenas após a saída do cargo, após o último mandato dos agentes políticos. Precedentes do STJ.* Ocorrendo a condenação do réu pelas condutas do artigo 10, *caput*, da Lei nº 8.429/92, diante do dano ao erário municipal, e artigo 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92, diante da ausência de prestação de contas, devem ser aplicadas as penas previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Recurso conhecido e provido. (TJMG – Apelação Cível 1.0396.14.005957-9/001, Relator(a): Des.(a) Fábio Torres de Sousa (JD Convocado), 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/02/0021, publicação da súmula em 16/02/2021)

Aponta-se, mais, que para os particulares o prazo prescricional seguia o prazo do gestor. Em destaque, interpretação dada pelo TJSP, seguindo interpretação majoritária da jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prescrição. Art. 23 da Lei Federal nº 8.429/92. *O prazo prescricional e o termo inicial em relação a particulares que participaram do ato ímprobo correspondem à mesma regra aplicada ao agente público envolvido. Prazo de 05 (cinco) anos, a contar do término do mandato, que também deve ser aplicado ao particular.* Eventual averiguação de prejuízo ao erário, com consequente

necessidade de ressarcimento, que depende de cognição exauriente. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2157087-24.2019.8.26.0000; Relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Limeira - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/11/2019; Data de Registro: 08/11/2019)

Já segundo a nova regra trazida pela Lei nº 14.230/2021, o prazo prescricional passou a ser de 8 anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Portanto, tendo sido a presente demanda proposta em 01/10/2013 não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva, seja porque, segundo comando do texto original da Lei nº 8.429/92, o prazo de 5 anos começou a fluir em 01/01/2013, seja porque, de acordo com o comando trazido pela Lei nº 14.230/2021, o prazo de 8 anos começou a fluir da consumação da ilegal contratação objeto da presente ação, ocorrida em 28 de abril de 2006, quando foi subscrito pelo réu/apelante Anderson Aduino o respectivo contrato administrativo.

Não obstante a prescrição não atinja a presente ação, seja aplicando-se o texto antigo da Lei nº 8.429/92 seja o trazido pela Lei nº 14.230/21, oportuno destacar que, no caso em tela, não comporta a admissão da nova sistemática apresentada, mas sim a daquela vigente à época.

Melhor dizendo, embora a aplicação dos dois textos legais afaste a possibilidade de reconhecimento da ocorrência da prescrição, oportuno destacar que a correta hermenêutica impõe explicitar que a incorrência da prescrição para ajuizamento da presente ação decorre do que dispunha na época a Lei nº 8.429/92.

De todo modo, deixa-se de avançar nessa discussão já que, como exposto, seja qual for o dispositivo legal, em ambas as situações não ocorrerá a consumação da prescrição.

## 2. DA NÃO CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Quanto à introdução de previsão da prescrição intercorrente trazida pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, *mesmo sem ingressar no tema a respeito de sua inconstitucionalidade*, já é possível reconhecer que não há que se falar no cômputo do período de tramitação da ação de improbidade administrativa que se operou anteriormente à vigência da novel lei.

Mais diretamente, inadmite-se sua retroatividade. Explico.

A toda evidência que a prescrição intercorrente introduzida pela nova Lei de Improbidade Administrativa aponta para fases processuais, daí sustentar-se sua aplicação imediata, mas a contar da entrada em vigor da novel lei, posto tratar-se de direito processual, de modo que os quatro anos para sua consumação, *nas ações já em curso*, têm como marco inicial o dia 26 de outubro de 2021.

LINDB - Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

CPC - Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Portanto, considerando que a presente ação de improbidade administrativa já se encontrava na fase recursal quando do início da vigência da novel lei (25 de outubro de 2021), mesmo que reconhecida a constitucionalidade de tal dispositivo, incontestemente que apenas 23 dias transcorreram-se até o momento, não havendo, portanto, que se falar na consumação da prescrição intercorrente.

Apesar disso, mostra-se oportuno também destacar a inusitada redação trazida pela Lei nº 14.230/2021 quando, ao prever a propositura da ação de improbidade administrativa como causa interruptiva da prescrição, dispõe que a contagem de seu prazo reiniciará, mas desta vez com redução pela metade.

E não para por aí, Doutos Julgadores e Ínclito Procurador(a) de Justiça!

Já não bastasse a redução pela metade, de modo que a partir da propositura da ação de improbidade o prazo de prescrição passa a ser de apenas 4 anos, somente uma decisão condenatória prolatada neste período impedirá a consumação da prescrição do *jus puniedi* estatal. Isso mesmo! Se a sentença de 1ª instância for absolutória, somente então um acórdão condenatório prolatado pelo tribunal da instância superior, no prazo de 4 anos também contados da propositura da ação, será suficiente para impedir a consumação da prescrição.

*Data venia*, apenas quem ignora a realidade forense brasileira nega que, *na atualidade*, um julgamento de mérito em 2ª instância de uma ação de improbidade administrativa com tramitação processual inferior há 4 anos é algo praticamente inatingível.

O mesmo se diga no caso de uma ação ser julgada procedente em 1ª instância, dentro do prazo de 4 anos a contar de sua propositura, mas que venha a ser julgada improcedente em 2ª instância, pelo respectivo tribunal. Quem, em perfeito juízo, ousa sustentar ser factível, *na atualidade*, que haja um julgamento de mérito, pelo STJ, no prazo de 4 anos a contar da prolação da sentença condenatória de 1ª instância?

Note-se que para a consumação da prescrição intercorrente, como pretende a novel lei, não se exige qualquer desídia do Ministério Público, bastando que haja uma absolvição em 1ª ou 2ª instância para, na atualidade, se tornar praticamente impossível evitar que se opere a prescrição intercorrente.

Segundo o texto da novel lei, nem mesmo atos processuais praticados pelo Ministério Público com nítido viés de atuação positiva, com o evidente escopo de exigir a efetivação do *jus puniedi* estatal, a exemplo da interposição de um recurso de apelação em face de uma sentença absolutória de 1ª instância ou de recurso especial

em face de um acórdão absolutório de 2ª instância, são admitidos para justificar o afastamento da ocorrência da prescrição intercorrente que, até então, na percepção da doutrina e da jurisprudência, decorreria da inércia do autor em determinado processo.

Estar-se-ia a exigir um prazo razoável de duração para o processo, proclamarão alguns. No entanto, diante da realidade fática que impera nos corredores forenses, estar-se-á, de fato, *smj*, validando verdadeiro impedimento ao exercício regular da jurisdição.

Ora, sendo a jurisdição, como definem Cintra, Grinover e Dinamarco, “*uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça*”,<sup>1</sup> como admitir haver ocorrido a pacificação da querela, ainda mais com justiça, se no formato como se pretende a prescrição intercorrente fragiliza-se ao extremo o exercício do *jus puniendi* estatal em relação àquele que pratica um ato de improbidade administrativa?

Desse modo, a ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no inciso XXXV, do art. 5ª da Constituição da República/88, é inconteste.

Já não bastasse tal flagrante inconstitucionalidade, também oportuno realçar que a LIA (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) possui feição primariamente preventiva e punitiva (não obstante também concentre natureza reparatória), de responsabilização dos agentes públicos e terceiros. Essa norma integra o microsistema de tutela à probidade e encontra fundamento constitucional e em tratados na ordem internacional – mormente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ou “*Convenção de Mérida*”), promulgada pelo decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Nessa linha, parece-nos evidente a incompatibilidade da prescrição intercorrente no formato pretendido pela Lei nº 14.230/2021 quando confrontado com a proteção contra o retrocesso legislativo relacionado aos atos de corrupção (consoante dispõe o artigo 65, item 2, da referida Convenção) e com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, tanto como instrumentos limitadores dos excessos e abusos dos Estados, mas também vertentes contra a proteção insuficiente dos direitos fundamentais (dentre os quais se incluem a proteção ao patrimônio público e o direito à gestão pública proba).

Ora, na própria dicção da novel lei, percebe-se que o Direito Administrativo Sancionador é Constitucionalizado, daí valendo a mesma crítica oriunda do garantismo hiperbólico monoclar de Douglas Fischer<sup>2</sup>: os anseios de segurança e justiça da

<sup>1</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2003, p. 131.

<sup>2</sup> De acordo com o Procurador Regional da República na 4ª Região e mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUC-RS, Douglas Fischer, “Não temos dúvidas: a Constituição Federal brasileira é garantista e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito (...). Para nós, significa que a compreensão e defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação sistemática dos princípios, regras e valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988, há realmente novos paradigmas influentes em matéria penal e processual penal. Por esse espectro, importa que, diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizarem os contornos (integrais e não monoculares, muito menos de forma hiperbólica) do sistema garantista. Precisamos ser sinceros e incisivos

sociedade devem ser atendidos de forma justa e adequada também pelo Direito Administrativo Sancionador.

Se por um lado, na tessitura dessas noções e em epítome, parece-nos plenamente justificável admitir a integração e aplicabilidade de muitos dos princípios “*próprios*” do Direito Penal ao catálogo de metanormas do Direito Administrativo Sancionador, de outro, impõe-se ao intérprete o dever de os coordenar com o progressivo ajustamento da interpretação jurídica dos institutos deste ramo especializado, sem perder de vista valores de envergadura constitucional que inspiram todo o sistema jurídico pátrio.

Enfim, o sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, que constitui o mais relevante segmento do Direito Administrativo Sancionador e mecanismo anticorrupção no Direito Brasileiro (ao lado de outras normas, como a Lei de Improbidade Empresarial – Lei nº 12.846/2013), compatibiliza-se com o garantismo oriundo da Democracia Constitucional, submetendo-se a princípios constitucionais da legalidade e anterioridade, inclusive para possibilitar a retroatividade

---

(sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do ‘garantismo penal’, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). *Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época.* Como muito bem sintetizado por Paulo Rangel, (4) a teoria do garantismo penal defendida por Luigi Ferrajoli é originária de um movimento do uso alternativo do direito nascido na Itália nos anos setenta por intermédio de juizes do grupo Magistratura Democrática (dentre eles Ferrajoli), sendo uma consequência da evolução histórica dos direitos da humanidade que, hodiernamente, considera o acusado não como objeto de investigação estatal, mas sim como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-lo, em qualquer fase do processo (investigatório ou propriamente punitivo). Não por outro motivo que pensamos que o Tribunal Constitucional Alemão também (embora não só por isso) desenvolveu (e muito bem) a necessidade de obediência (integral) à proporcionalidade na criação e aplicação das regras, evitando-se excessos (*übermaßverbot*) e também deficiências (*untermaßverbot*) do Estado na proteção dos interesses individuais e coletivos. (...) Quando dizemos que tem havido uma disseminação de uma ideia apenas parcial dos ideais garantistas (daí nos referirmos a um garantismo hiperbólico monocular) é porque muitas vezes não se tem notado que não estão em voga (reclamando a devida e necessária proteção) exclusivamente os direitos fundamentais, sobretudo os individuais. *Sintetizando, em nossa compreensão, embora construídos por premissas e prismas um pouco diversos, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso e da deficiência é proporcional) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) direitos e deveres fundamentais expressos na Carta Maior. Quer-se dizer com isso que, em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável.* Se a onda continuar como está, poderá varrer por completo a também necessária proteção dos interesses sociais e coletivos. Então poderá ser tarde demais quando constataremos o equívoco em que se está incorrendo no presente ao se maximizar exclusiva e parcialmente as concepções fundamentais do Garantismo Penal.” FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade*: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 04 nov. 2021. (Grifamos.)

da lei sancionatória administrativa mais benéfica, *desde que compatível com a proteção contra o retrocesso legislativo relacionado aos atos de corrupção e com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade*, que a um só tempo atuam como instrumentos limitadores dos excessos e da proteção insuficiente pelo Estado.

A par de tudo isso, fica, então, prequestionada desde logo a inconstitucionalidade de tal dispositivo, seja por ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição da República de 1988) seja por ofensa aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação de retrocesso.

### **3. DO CONJUNTO PROBATÓRIO, DA ILICITUDE DA CONDUTA DOS RÉUS/APELANTE, DO DOLO ESPECÍFICO QUE VISAVA CONFERIR VANTAGEM INDEVIDA À EMPRESA CONTRATADA ÀS CUSTAS DO ERÁRIO E DA INCIDÊNCIA TIPOLOGICA**

Conforme exaustivamente demonstrado na inicial ofertada por este órgão de execução ministerial (15ª Promotoria de Justiça de Uberaba-MG), o grupo de servidores que responde a presente demanda, ora apelantes, patrocinou a contratação do ITE/ITSB com o objetivo de buscar o que se denominou de compensação por recolhimentos indevidos de contribuições feitas pelo município ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP, no período de vigência da Medida provisória 1.212/95, desde a sua edição até a sua conversão na Lei nº 9715/1998.

O Instituto ITE/ITSB apelante apresentou, em data anterior à formulação do contrato, ou seja, objetivando oferecer o serviço, “estudo jurídico” genérico ao município, sustentando a tese de inconstitucionalidade da exigência de recolhimento das contribuições devidas ao programa no período de vigência da Medida Provisória referida, ao fundamento de sucessivas reedições fora do prazo, o que a tornaria inválida e, por consequência, afastaria a sua aplicabilidade. Vejamos:

A Prefeitura Municipal de Uberaba efetuou recolhimentos indevidos da contribuição ao PASEP no período de dezembro de 1995 a fevereiro de 1999, pela ocorrência de hiatos legais entre algumas reedições da Medida Provisória nº 1212/95 e da própria Lei nº 9.715, de 26 de novembro de 1998, que foi publicada um dia após a última Medida Provisória da série de reedições ter perdido a eficácia (vigência). (...)

Tal artigo definiu esse instrumento com força da lei, a partir de sua publicação, fixando, no entanto, em seu parágrafo único, a perda da eficácia dessas medidas, desde sua edição, no caso de não conversão em lei no prazo de trinta dias, contados de sua publicação, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes, *verbis*:

(...)

Assim, ocorrendo a reedição de uma Medida Provisória após o decurso do prazo de validade da anterior, aquela não recuperará a eficácia perdida (pelo decurso de prazo) da anterior, ou seja, começa a contar novamente o prazo de anterioridade nonagesimal a partir da publicação da Medida Provisória reeditada (nova edição), ainda que versando matéria idêntica.

(...)

É fato, portanto, que a perda da eficácia da Medida Provisória não é restabelecida automaticamente pela nova edição (reedição intempestiva) da Medida Provisória seguinte.

(...)

Pode-se concluir, assim, que a anterioridade nonagesimal, constitucionalmente assegurada, somente poderá ser contada, para efeitos de recolhimento da contribuição ao PASEP, a partir da edição da Lei nº 9.715, em 26 de novembro de 1998, sendo, pois, exigível a contribuição em foco apenas a partir de 23 de fevereiro de 1999. (fls. 13/26 do IC anexo)

Em razão de tais argumentos, a empresa apelante foi contratada pelo município, “vendendo” a possibilidade de compensações tributárias milionárias, que somente ela (empresa contratada) saberia como recuperar.

Há um conjunto de circunstâncias apuradas e que apontam para a ilegalidade, defeitos que vão desde a forma escolhida para a contratação – inexigibilidade de licitação – até a execução do contrato. Destaca-se, sobretudo, a flagrante fragilidade do acerto firmado e o altíssimo e claro risco do objeto contratado, concluindo-se pela absoluta ausência de interesse público no desembolso da vultosa quantia envolvida como contraprestação antecipada à contratada.

O contrato não foi firmado por “êxito” (quando o pagamento somente ocorre após o provimento da demanda). Ao contrário, o contrato foi firmado com pagamentos agendados e prazos fixados, conforme consta da cláusula segunda da tratativa efetivada entre o município e a empresa apelante.

Os fortíssimos elementos contidos na inicial foram reforçados e confirmados na instrução processual. Os réus/apelantes negam responsabilidade de maneira evasiva e sem qualquer consistência argumentativa de relevo. Apega-se, a empresa ré/apelante, à alegação de licitude do objeto e regular prestação do serviço pela contratada. Os demais réus/apelantes argumentam ausência de atuação direta na contratação e/ou na execução do objeto, sem, no entanto, trazerem aos autos elementos probatórios



capazes de firmar essa posição defensiva, certamente em razão da robustez da prova documental juntada com a inicial.

Na verdade, não havia necessidade de tal contratação. E, sem embargo dos argumentos teóricos e fáticos já lançados inicialmente quanto a esse tópico, é preciso colocar em evidência a constatação de que *nunca se tratou de estudo de alta complexidade*, pois esse (o estudo) nunca existiu e isso se percebe pela só análise do objeto do contrato e da argumentação jurídica que, em tese, seria a justificativa dele (fls. 13/26-ICP).

O parecer apresentado pelo Instituto apelante ao município sustenta a negativa de vigência da medida provisória citada, uma vez que nas diversas e consecutivas reedições feitas pelo Governo Federal, até a sua conversão em lei, o lapso de vigência da anterior não havia sido respeitado.

Em outras palavras, a publicação da nova edição da medida teria ocorrido depois de expirado o prazo de vigência da anterior, ocasionando, na interpretação da empresa apelante, a perda de validade desta e, conseqüentemente, a sua inaplicabilidade, já que deveria ser novamente observado o princípio da anterioridade para a subsequente reedição.

Aliás, em sede de alegações finais (fls. 1178/1186), o Ministério Público muito bem enfrentou a questão meritória sobre o objeto do contrato, valendo conferir:

Ora, o que se sustenta no parecer é a negativa de vigência da medida provisória, uma vez que nas diversas e consecutivas reedições feitas pelo Governo Federal, até a sua conversão em lei, não se teria observado o lapso de vigência da anterior.

Em outras palavras, a publicação da nova edição da medida teria ocorrido depois de expirado o prazo de vigência da anterior, o que ocasionaria a perda de validade desta e, conseqüentemente, a sua inaplicabilidade plena, já que deveria ser novamente observado o princípio da anterioridade nonagesimal na subsequente reedição.

Contém também um quadro contendo todas as edições da norma em questão (fls. 17/18-ICP), com as respectivas datas de publicação, início e término da vigência, pelo qual se extrai que, em várias oportunidades, a publicação da nova medida ocorreu no dia seguinte ao último dia de vigência da anterior, o que, segundo sustenta, criaria *um hiato entre a nova Medida Provisória e a anterior, de forma a não significar uma reedição, mas uma nova edição (sic)*.

Apesar da temeridade da duvidosa interpretação dada ao fato no parecer que sustentou a contratação, o que mais diretamente interessa neste momento é compreender que, tida por ilegal e negada aplicação à medida, a conclusão é que o município estaria

desobrigado do recolhimento e, desse modo, deveria obter a repetição dos valores – todos – que indevidamente desembolsou.

Nesse caso, não há falar-se em complexidade na localização das guias de recolhimento na contabilidade municipal, catalogá-las pelos meses de competência, aplicar os índices de correção devidos e preencher o formulário disponibilizado pela própria Receita Federal para os requerimentos de repetição, mediante compensação.

Aliás, a ausência de complexidade e a demonstração de que a contratação não passou de grosseiro artifício resulta não apenas da constatação de que o contrato foi assinado pelo prefeito na mesma data em que também assinou o requerimento protocolado na Receita, conforme bem demonstrado na inicial e na documentação que ali se fez referência. Foi mesmo pior do que isto, pois o documento de fl. 78-ICP contém a demonstração de como foi feita a apuração, pelos próprios servidores do município lotados na Secretaria de Fazenda.

Interessante mencionar que pelo ofício de fl. 84-ICP (ofício nº 89/2006), da lavra do requerido Lúcio Scalon, foram solicitados esclarecimentos ao representante da empresa contratada, que respondeu através da correspondência juntada às fls. 85/88, datada de 26 de abril daquele ano. No corpo dessas informações, mais precisamente à fl. 87, alínea “e”, item 1, no que chamou de avaliação prévia, foi apontado como potencial do crédito tributário R\$ 6.977.904,76.

Curiosamente, é exatamente esse o valor que consta do pedido de compensação subscrito pelo prefeito dois dias depois, e o levantamento é aquele que está juntado às fls. 101/102-ICP, o que significa dizer que nada foi feito pela empresa e que a simplória apuração feita, pelos próprios servidores municipais, já estava inclusive finalizada antes mesmo de formalizada a contratação.

Esses mesmos argumentos se somam aos demais contidos na inicial e revelam a ilicitude da inexigibilidade.

Embora esteja evidente que a contratação não passou de um engodo para facilitar a apropriação de recursos públicos, se fosse possível reconhecer alguma necessidade de apoio externo para a consecução do objetivo visado, a opção feita foi ilegal, pois resta demonstrada a completa dispensabilidade de notória especialização do contratado para a apuração feita, sendo de igual modo incontestável que não há qualquer singularidade no serviço prestado, que é comum a qualquer contabilista.

E nem se diga que o trabalho de apuração foi facilitado pela compreensão jurídica do tema, pois no particular, como se verá adiante, o equívoco foi maior ainda.

As deficiências apontadas também quanto à execução do contrato são de igual modo contundentes, como revela a prova a respeito, que chega a ser humilhante, ao colocar o município e os munícipes de joelhos diante de conduta tão escandalosamente desonesta. A bem da verdade, a inexequibilidade do contrato é defeito que veio da origem, pois ao ser firmado pouco havia para ser executado, a não ser a encenação de uma suposta compensação cujo insucesso poderia ser facilmente antevisto.

Não há necessidade de repetição da narrativa fática contida na inicial, onde estão descritas as obrigações contratuais e a completa ausência de intervenção da contratada durante todo o prazo de validade do ajuste, ressalvada a entrega dos documentos com os quais foi forjada a contratação, além do comparecimento mensal para recebimento das parcelas remuneratórias, esta sim rigorosamente observada, como já ressaltado.

A prova oral colhida, apesar da sua natureza apenas complementar em casos tais, confirma o que foi apurado na fase investigativa, tanto que os servidores ouvidos pouco souberam informar sobre serviços executados pela empresa, sinal claro de que, tal qual se infere do conjunto probatório como um todo, a presença do responsável pela empresa ocorria apenas e tão somente por ocasião dos pagamentos. Veja-se, a propósito:

(...) nos dias em que eram apresentadas as notas fiscais para o declarante o representante da empresa ITE, um senhor com traços orientais, fazia-se presente e o declarante via que ele ficava na seção de contabilização da Secretaria da Fazenda o dia todo. Que nunca foi passado para o declarante qualquer relatório elaborado pela dita empresa. (fl. 793-ICP; do requerido Gonçalves Pereira Alves)

(...) que, assim, durante vários meses, a declarante manteve contatos com o Sr. Arocha ou secretaria dele (Cristina), tanto por telefone quanto por e-mail, quando então passava para ele cópia dos DARFs referentes a recolhimentos do PASEP, sendo que o sr. Arocho, então, fazia a compensação e mandava de volta para a declarante os relatórios. (fl. 802-ICP; Juliana Gontijo)

Os depoimentos em questão, embora tomados na fase administrativa – seu teor foi repetido pelas testemunhas ouvidas em Juízo –, não foram validamente impugnados, nem mesmo pelo requerido Gonçalves, a revelar que representam o que verdadeiramente ocorria.

É oportuno, ainda, destacar trechos que bem resumem a percepção extraída de toda a atividade probatória desenvolvida, desde a fase investigativa, especialmente porque baseada em elementos documentais:

Lado outro, por incrível que pareça, no que pertine à grande lista de obrigações Ana serem cumpridas pela parte contratada (requerido ITE), conforme exposto na Cláusula Sexta do contrato nº 096/2006 alhures transcrita, o único trabalho comprovadamente desenvolvido pelo ITE, é o documento referente às “conclusões sobre o diagnóstico realizado na documentação referente aos recolhimentos das contribuições sociais, com parecer técnico e jurídico sobre o PASEP (...)” (fls. 695/712), que, na realidade, fazia parte da proposta de trabalho da contratada e não execução do contrato! Ou seja, inexistente comprovação nos autos de que o requerido ITE tenha realizado qualquer trabalho nos moldes detalhados no próprio contrato nº 096/2006, visando a “perigosa” recuperação dos créditos do PASEP. (*sic*; inicial - fl. 23)

Mais adiante, expôs-se, de forma detalhada:

Ou seja, conforme demonstrado nos documentos juntados nos autos e depoimentos prestados por servidores e requeridos retromencionados, o demandado ITE (...) deixou de cumprir com as cláusulas contratuais retromencionadas, em especial, as seguintes obrigações:

1. Elaboração de estudo aprofundado quanto ao regime jurídico do PASEP, produção de estudos conclusivos: apresentou, tão somente, o “parecer técnico e jurídico sobre o PASEP” juntado às fls. 13/26, antes mesmo da assinatura do contrato nº 96/2006, datado de 28/04/2006, não se tratando, pois, de execução do contrato, mas sim de apresentação dos serviços ao município contratante;
2. Elaboração da estratégia jurídica para a efetiva recuperação dos valores: serviço este simplesmente não realizado;

3. Assessoramento ao longo de todas as medidas a serem implementadas, a fim de obter a consecução de todos os objetivos aqui almejados: assessoramento este falho, o que resultou em julgamento desfavorável à administração já transitado em julgado administrativamente no tocante aos autos nº 15253.000071/2009-54 (fls. 1408/1591) e consequente prejuízo ao erário público uberabense, conforme aduzido pelo próprio réu ITE às fls. 976;

4. Acompanhamento até decisão final, de defesa em sede administrativa: como dito no item anterior, não ocorreu. E um exemplo disso é o acompanhamento inadequado do feito nº 15.253.00007/2009-54, o que resultou em julgamento desfavorável ao município de Uberaba, já transitado em julgado administrativamente, com o consequente prejuízo ao erário, inclusive com emissão de diversos Termos de Inscrição de Dívida Ativa (fls. 1559/1591);

5. Oferecimento e acompanhamento, até a decisão final, da defesa, em sede judicial: não houve qualquer intervenção na esfera judicial visando a defesa do Município de Uberaba, no que se refere às compensações objeto do contrato firmado. (petição inicial – fls. 27/28)

Por fim, cumpre lembrar que o resultado da aventura custou caro ao município, uma vez que, como presumivelmente ocorreria, foi negada a homologação da compensação realizada, com todas as consequências daí resultantes, notadamente a exigência do recolhimento das contribuições não pagas, com incidência das atualizações, juros e das elevadas multas previstas na legislação, com enormes prejuízos ao erário.

Cabe, no ponto, uma importante e necessária digressão, apenas para colocar em destaque a decisão da Receita Federal (fls. 722/723-ICP), da qual consta, no essencial:

As questões relativas à M.P. 1.212, de 1995, já foram exaustivamente apreciadas pelo Poder Judiciário, que firmou o entendimento de que ela passou a aplicar-se a partir do nonagésimo dia de sua edição, não perdeu eficácia em virtude de suas reedições, até a última, de nº 1.676-37, de 1998, que foi convertida e convalidada na Lei nº 9.715, de 1998.

Portanto, a M.P. 1.212, de 1995, passou a produzir os efeitos jurídicos por ela pretendidos, ou seja, obteve eficácia a partir

de março de 1996, quando decorridos noventa dias de sua publicação.

Os julgamentos do e. Supremo Tribunal Federal têm reiteradamente decidido pela constitucionalidade destas medidas (v. acórdãos nºs RE 354211/MG, RE 253088/MG, RE-ED 267947/DF, RE 275671/MG, RE 232896/PA e diversos outros, disponíveis no endereço eletrônico <http://www.stf.gov.br>.)

(...)

Porém, anteriormente à edição da lei, havia sido proposta contra a Medida Provisória nº 1.325, de 1996 (reedição das Medias Provisórias 1.212/1995, 1.249/1995 e 1.286/1996) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.417), a qual ocasionou a apreciação de todas as reedições posteriores e da própria lei de conversão.

No julgamento meritório, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional somente a parte final do art. 18 da Lei nº 9.715, de 1998, como já fizera em relação à M.P. 1.212, de 1995 e suas reedições, permanecendo válidos, portanto, os demais dispositivos da lei de conversão, inclusive o art. 17, que convalidou os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.676-37, de 1998, última reedição da M.P. 1.212, de 1995.

Diante do pronunciamento do Poder Judiciário sobre a matéria e a fim de dirimir eventuais dúvidas sobre a legislação aplicável ao PIS/PASEP no período em apreço, a Administração editou a IN SRF nº 06 (...).

Ressaltamos, ainda, que se tais valores, fossem considerados a maior ou indevidos, o direito à sua repetição estaria prescrito, conforme dispõe o Ato Declaratório SRF nº 96, de 26 de novembro de 1999, abaixo reproduzido.

(...)

Considerando que a declarações de compensações se referem a recolhimentos efetuados no período de 01/04/1996 a 30/03/1999, já transcorreu o decurso do prazo de cinco anos entre o pedido e os pagamentos, estando assim prescrito o direito à compensação.

Com efeito, sendo o pedido de restituição aviado em *abril de 2006*, conforme comprovado nos autos, não exige grande esforço de intelecto para identificar a prescrição mencionada pela Receita Federal, tratando-se de recolhimentos do período de 1996 a 1998.

Mas o que também reclama atenção é a própria questão meritória que envolve a matéria, em especial a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1417, assim ementada:

PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL E DE FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SERVIDOR PÚBLICO – PIS/PASEP. 1. Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância. 2. Sendo a contribuição expressamente autorizada pelo art. 239 da Constituição, a ela não se opõem as restrições constantes dos artigos 154, I e 195, § 4º, da mesma Carta. 3. Não compromete a autonomia do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) a atribuição, à Secretaria da Receita Federal de administração e fiscalização da contribuição em causa. 4. Inconstitucionalidade apenas do efeito retroativo imprimido à vigência da contribuição pela parte final do art. 18 da Lei nº 9.715-98.

Do corpo do acórdão, extraem-se os seguintes excertos:

Em petição apresentada após a inclusão em pauta desta ação direta, alega a autora que, perdida pelo decurso do prazo de trinta dias a eficácia da primeira medida provisória e levada em conta a proibição de retroatividade contida no art. 5º, XXXVI, da Constituição, “não pode o Executivo utilizar-se de sucessivas MP’s para atingir o prazo de noventa dias, para a exigência da contribuição social do PIS, exigido pelo § 6º do art. 195, da CF”.

Não cabe, porém, em ação direta, essa ordem de consideração, que realmente não objetiva a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, mas postula interpretação da própria Constituição.

No tocante às arguições de ordem formal postas na petição inicial, seja a relativa ao pressuposto de urgência da medida provisória, seja a concernente ao princípio da reserva legal, penso acharem-se superadas ambas as questões pela conversão, na Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, das sucessivas medidas em causa.

Ao final, o Tribunal decidiu que apenas o artigo 18 da Lei de conversão seria inconstitucional, dispositivo que garantia aplicação da cobrança da contribuição desde a data de edição da Medida Provisória inicial, sem observância do princípio da anterioridade, reconhecendo, no entanto, a plena eficácia de todas as reedições feitas da MP 1.212/95 e que, afinal, se converteram na Lei nº 9715/98. Confira-se:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a ação direta para declarar a inconstitucionalidade, no art. 18 da Lei nº 9.715, de 25/11/1998, da expressão “aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995”. Votou o Presidente. Não votou o Sr. Ministro Néri da Silveira por não ter assistido ao relatório. Plenário. 02.8.99.

Portanto, já na época da contratação, o debate sobre a ilegalidade da exigência, com base na alegada inconstitucionalidade da Medida Provisória, era completamente inócuo e isto somente reforça o ardil utilizado, pois o Supremo Tribunal Federal, *havia mais de seis anos*, decidira em caráter definitivo sobre a *validade* da legislação que instituiu a cobrança da contribuição, inclusive e especialmente a *Medida Provisória 1.212/1995 e todas as suas reedições, até a sua conversão na Lei nº 9.715, em 1998*.

Isto equivale a dizer, sem meias palavras, que a contratação se baseou mesmo *numa indisfarçável fraude*, não sendo admissível imaginar que a alta cúpula da Administração Municipal e o aparato de assessoramento à sua disposição pudessem, por mero descuido ou pura ingenuidade, autorizar contratação desse porte sem sequer fazer uma simples consulta sobre o tratamento dado precedentemente à questão pelo Judiciário e pela própria Receita Federal.

(...)

Quanto a lei usa a expressão *perda patrimonial* não significa prejuízo ou qualquer prejuízo, mas, isto sim, *prejuízo decorrente de ação ou omissão ilegais*, vale dizer, *lesão, dano*.<sup>3</sup> (Os grifos constam do original.)

Já se disse que o erro grosseiro se equipara à má-fé. A excessiva incúria com que agiram os envolvidos no episódio revelam uma negligência de tal ordem que exigiria enorme esforço interpretativo

<sup>3</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino e outros. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 73.



e extrema boa vontade para afastar o reconhecimento de que se está diante de conduta eminentemente dolosa.

E nem se diga que não houve participação direta de todos os requeridos, já que resta sobejamente demonstrado que – cada um a seu modo – contribuíram decisivamente para a conduta proscrita, especialmente o então prefeito, o requerido Anderson Aduato, pois se não foi o mentor intelectual da operação fraudulenta, dela participou ativa e decisivamente, inclusive assinando o contrato e firmando as compensações aviadas à Receita Federal.

De resto, afigura-se risível e por isto inadmissível a hipótese sugerida durante a coleta da prova testemunhal, já que não é crível que servidores, ainda que de primeiro escalão, pudessem firmar contratações para serviços da natureza tratada e de valor tão elevado, como é o caso, sem a anuência do Chefe do Executivo.

Seria o exercício de uma autonomia conferida de forma absolutamente imprudente e irresponsável, de igual modo passível de responsabilização.

Mesmo o requerido Gonçalves Pereira Alves, em relação ao qual se pode admitir uma participação de menor importância, não é possível advogar o afastamento completo da sua responsabilidade. Em se tratando de servidor graduado, tinha o dever legal de insurgir-se contra o arranjo desenvolvido e recusar o papel que lhe foi reservado, mas preferiu submeter-se às ordens ilegais recebidas, ratificando a fraude e declarando, ao quitar as notas fiscais, o desembolso de recursos públicos *para pagamento de serviços sabidamente não prestados*.

Quanto à responsabilização por improbidade administrativa dos pareceristas, aqui apelantes Valdir Dias, Gabriel Ovídio e Lúcio Scalon, impõe-se destacar que, *in casu*, restou demonstrada a natureza fraudulenta dos pareceres lançados, que visavam dar ar de licitude à nefasta contratação. Sobre o tema, destaco:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. PARECER FAVORÁVEL. ASSESSOR JURÍDICO. FRAUDE. PREJUÍZO À MUNICIPALIDADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança contra suposto ato ilegal do Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, consubstanciado na imposição da multa equivalente a 5.000 vezes o valor da Ufir/RJ à Subprocuradora do Município de Magé/RJ,

por ter elaborado parecer jurídico fundado em premissa falsa, que teria levado a municipalidade a celebrar contrato com o Centro de Desenvolvimento Humano sem prévio procedimento licitatório do qual resultou em despesa para a administração pública municipal superior a R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais).

II - No Tribunal *a quo*, denegou-se a segurança. Nesta Corte, negou-se provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

III - Na apuração da Corte de Contas, ficou devidamente constatado que o parecer mencionava que o Centro de Desenvolvimento Humano (CDH) tinha pessoal altamente qualificado, em desacordo com o que foi demonstrado no sentido de que, em verdade, tal equipe não tinha nenhuma formação técnica para o desempenho das atribuições propostas, elencando que as ocupações dos sócios da referida empresa estariam limitadas a taxistas, estudantes, do lar e comerciantes, de forma geral.

*IV - Ainda que se possa argumentar acerca da natureza opinativa de um parecer, conforme sustentado pela recorrente e com base em alguns precedentes jurisprudenciais, o fato é que a situação dos autos se apresenta bastante peculiar e esta Corte de Justiça entende que quando elaborado um parecer com natureza essencialmente fraudulenta e com evidente prejuízo ao erário, a responsabilização do parecerista é de rigor. Em situações análogas, confira-se: AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1.307.646/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 5/2/2019, DJe 14/2/2019, REsp 1.804.572/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/5/2019, DJe 31/5/2019 e RHC 82.377/MA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017.*

V - Cumpre também reiterar a seguinte argumentação exposta pelo Ministério Público Federal, *in verbis* (fls. 3.056-3.063): “(...) No caso em tela, há fortes indícios de que a recorrente contribuiu indevidamente para a contratação de organização que não atendia aos requisitos necessários à prestação dos serviços esperados, subsidiando inadequada dispensa de licitação, que gerou evidente prejuízo ao ente municipal.”

VI - Agravo interno improvido.

(AgInt nos EDcl no RMS 54.398/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 28/08/2020)

A tese do réu/apelante Anderson de que o contrato foi firmado por “êxito” ou de “risco”, ou seja, que apenas seria devido ao contratante qualquer valor se o pedido de compensação fosse julgado procedente, não prospera. Basta a simples leitura

da cláusula segunda do contrato firmado (assinado pelo referido apelante) para se comprovar que restaram estabelecido valores e datas para pagamento ao contratante.

Já a alegação do apelante Gonçalves de que a conferência do serviço prestado era responsabilidade do apelante Lúcio Scalon, tal afirmação, além de desprovida de qualquer prova, não se sustenta em razão de a quitação das notas fiscais, certificando pela regular prestação do serviço, ter se efetivado pelo próprio apelante Gonçalves, que não pode, agora, querer se desvincular da responsabilidade do ato, sendo de conhecimento de todos a vinculação da quitação das notas para o processamento do pagamento junto ao ente público. Ou seja, o ato praticado pelo citado apelante Gonçalves viabilizou o pagamento fraudulento, não sendo crível supor o desconhecimento dos encargos.

Não há que se falar em ausência de dolo nos atos praticados pelos réus/apelantes, visto estar comprovado que eles efetivamente sabiam das ilegalidades, agindo conscientemente quanto à prática do ilícito, cometido claramente com o objetivo de beneficiar indevidamente a empresa contratada, em prejuízo do erário do Município de Uberaba.

No presente caso, as condutas praticadas pelo réus/apelantes, indiscutivelmente, causaram prejuízo ao erário, gerando, ainda, enriquecimento ilícito da empresa ITE, inclusive ofendendo os princípios norteadores da administração pública. No entanto, com o objetivo de atender ao novo texto da Lei nº 8.429/92, *especifica-se a incidência destas (condutas) no art. 10, inc. VIII, daquele mesmo diploma legal.*

As provas carreadas indicam, para a consciência da ilicitude, o agir doloso, vez que todos os réus/apelantes sabiam das irregularidades e do prejuízo que estavam causando ao erário. Nada fizeram para evitar o prejuízo suportado pelo erário, pelo contrário, visou-se o beneficiar indevidamente a empresa contratada, às custas do erário municipal.

Veja-se que, todos os réus, incluindo a empresa ITE, concorreram **DOLOSAMENTE** para a consumação de uma contratação ilícita, que sabiam aviltar escancaradamente a Lei nº 8.666/93, com o claro propósito de gerar vantagem pecuniária em favor da empresa contratada, em flagrante prejuízo dos cofres públicos uberabenses.

Pasmem, mas é importante repetir o apontamento já feito, de modo a destacar mais uma vez que o contrato foi firmado em 28/04/2006 (assinado pelo gestor – apelante Anderson) e que na mesma data o próprio subscreveu e protocolou pedido administrativo de compensação junto à Receita Federal (objeto do contrato). Ou seja, o pseudocomplexo serviço contratado de análise, estudo aprofundado e conclusivo, com levantamento tributário, *efetivou-se em um único dia com o protocolo administrativo efetivado pelo próprio apelante Anderson Aduino Pereira, pela via administrativa.*

Destaca-se, abaixo, o pedido de restituição firmado pelo réu Anderson, bem assim a última folha do contrato assinado pelo mesmo réu, conjuntamente com a empresa ré/apelante, estando ambos os documentos datados de 28/04/2006:

ANEXO 1

PREFEITURA MUNICIPAL DE UBERABA/MG

RECEITA FEDERAL

**PEDIDO DE RESTITUIÇÃO**

**1. IDENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE**

INSCRIÇÃO CADASTRAL (CNPJ)  
**Prefeitura de Uberaba/MG**

CNPJ  
**15.438.838/0001-80**

LETO (ALQUILAVO para comércio, prestação)  
**Av. Dom Luiz Maria de Santana**

NUMERO  
**141**

COMPLEMENTO (logradouro, nº, cidade, estado)

CABEÇALHO – ENDEREÇO  
**Santa Marta**

MUNICÍPIO  
**Uberaba**

UF  
**MG**

CEP  
**38061-080**

BANCO (sem que tenha crédito) | Nº AGÊNCIA | Nº CONTA CORRENTE | VALOR DA RESTITUIÇÃO (com juros)  
**RS 6.977.904,75**

TELEFONE  
**(34) 3318-0555**

EMAIL

**2. MOTIVO DO PEDIDO**

Valores recolhidos a maior do que os efetivamente devidos, a título de Paspel, no período compreendido entre abril de 1995 a março de 1999.  
 O pedido acima se justifica pelo fato de que a partir da edição da MP 1212/95, foram editadas medidas provisórias subsequentes após o decurso do prazo de vigência da MP imediatamente anterior, deixando de observar o trinitido previsto pelo artigo 62 da Constituição Federal.

**3. DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DA RESTITUIÇÃO**

1. Soma dos valores recolhidos a maior no ano de 1.995, atualizados até 01/04/2006 ..... R\$ 1.421.680,04  
 2. Soma dos valores recolhidos a maior no ano de 1.997, atualizados até 01/04/2006 ..... R\$ 2.540.110,08  
 3. Soma dos valores recolhidos a maior no ano de 1.998, atualizados até 01/04/2006 ..... R\$ 2.300.006,09  
 4. Soma dos valores recolhidos a maior no ano de 1.999, atualizados até 01/04/2006 ..... R\$ 787.127,65

**4. INFORMAÇÕES ADICIONAIS**

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO REPLICADOR  Sim  Não

FP DO PROCESSO DO PEDIDO REPLICADO

Sob pena de revogação da importância acima mencionada, declarando, sob as penas da Lei nº 4.720, de 14 de julho de 1966, e da Lei nº 6.137, de 27 de dezembro de 1966, que as informações prestadas neste pedido são a expressão da verdade.

NOME  
**ANDERSON ADAUTO PEREIRA**

CNP  
**303.069.660-05**

QUALIFICAÇÃO  
**Prefeito Municipal**

DATA  
**28/04/2008**

Assinatura  
  
**ANDERSON ADAUTO PEREIRA**  
 Prefeito Municipal

CONFERE COM O ORIGINAL  
 "Esp. vi" Dec. 83.936/70  
 art. 5.º - §. 2.º  
 DRF/Uberaba/MG em 27/04/2008



E não é só! Como não poderia ser diferente, a citada compensação tributária (objeto do contrato em questão) terminou *indeferida* pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF - órgão vinculado ao Ministério da Economia, em razão da prescrição por ocasião da interposição do pedido de compensação junto à Receita Federal, conforme se depreende da íntegra da decisão que segue anexa.

Por mais inacreditável que seja, a documentação apresentada também comprova sem sobras de dúvidas que, não bastasse a contratação ser irregular quanto à forma – indevida inexigibilidade de licitação – vez que o serviço não era singular e havia possibilidade de competição entre diversas empresas do ramo, ainda é fato inconteste que o serviço poderia ter sido desenvolvido pelos órgãos do próprio ente, os quais possuem estrutura adequada, suficiente e servidores capacitados em cargos que possuem tal atribuição.

*Foram despendidos valores altíssimos sem qualquer perspectiva de retorno favorável*, o que de fato se concretizou com o indeferimento do pedido de compensação pela prescrição da pretensão, conforme decisão definitiva do CARF.

Ratifica-se que, diferentemente da alegação trazida pela defesa, aduzindo que o contrato foi firmado por “êxito” ou de “risco”, ou seja, que apenas seria devido ao contratante qualquer valor se o pedido de compensação fosse julgado procedente, basta a simples leitura da cláusula segunda do contrato firmado para se comprovar que restaram estabelecido valores e datas para pagamento ao contratante.

*Data venia*, sem meias palavras, permite-se afirmar que a contratação em apreço se baseou mesmo numa indisfarçável fraude, orquestrada e executada por todos os réus. *Veja-se que a empresa contratada e ré na presente ação não se apresenta como mera beneficiária do “negócio escuso” praticado, mais do que isso, em conluio com os demais réus, agentes públicos municipais, participou da negociata, inclusive subscrevendo o malsinado contrato administrativo, que lhe rendeu, indevidamente, a cifra milionária já exaustivamente demonstrada.*

Desse modo, mesmo com a redação trazida pela novel lei, inarredável a conclusão de que as condutas de todos os réus/apelantes incidem na tipologia do art. 10, inc. VIII, da Lei nº 8.429/92, cuja comprovação permite-se resumir nos seguintes pontos:

- Na gestão do réu/apelante Anderson Adauto Pereira, no ano de 2006, foi realizada contratação irregular da ré/apelante ITE - ITSB, por indevida inexigibilidade de licitação, tendo por objeto:

#### CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

Prestação de serviços técnicos-tributários, compreendendo o aspecto financeiro dos recolhimentos efetuados ao PASEP no período compreendido entre março de 1996 a fevereiro de 1999, relativos aos meses de competência respectiva, bem como acompanhar desdobramentos desse trabalho em quaisquer instâncias administrativa e/ou judicial, procedendo à atualização tributária desses créditos e sua inclusão, para compensação tributária junto à Receita Federal do Brasil. (Contrato nº 096/2006 – fls. 127/132 do inquérito civil)

- Trata-se de contratação de assessoria jurídica técnica na área tributária, rotineira, desprovida de singularidade, sendo de conhecimento de todos que o próprio município, através do corpo especializado interno, poderia proceder ao requerimento administrativo para tal compensação junto à Receita Federal, e mais, é sabido que outras empresas estariam aptas à execução do serviço, ou seja, havia possibilidade de competição em referido certame (não se enquadrando na exceção da inexigibilidade).

- Além de desnecessária, tal contratação gerou vultoso prejuízo ao erário de Uberaba, no valor que supera um milhão e duzentos mil reais (valor atualizado até 09/2013).

- *O contrato foi firmado em 28/04/2006 (assinado pelo gestor – réu/apelante Anderson) e na mesma data o próprio réu Anderson Aduino subscreveu e protocolou pedido administrativo de compensação junto à Receita Federal (objeto do contrato). Ou seja, o pseudocomplexo serviço contratado de análise, estudo aprofundado e conclusivo, com levantamento tributário, efetivou-se em um único dia com o protocolo administrativo efetivado pelo próprio apelante Anderson Aduino Pereira, pela via administrativa.*

- *A citada compensação tributária (objeto do contrato em questão) terminou indeferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF – órgão vinculado ao Ministério da Economia, em razão da prescrição por ocasião da interposição do pedido de compensação junto à Receita Federal, conforme se depreende da íntegra da decisão constante dos autos. Ou seja, a contratação cuidou-se de uma aventura jurídica que serviu tão somente para causar prejuízo ao erário, em flagrante indevido benefício patrimonial da empresa contratada, repita-se, por meio de indevida inexigibilidade de licitação.*

- *O artigo segundo do contrato celebrado cuidou do valor e da forma de pagamento devidos pela administração pública ao contratado apelante ITE/ITSB, totalizando R\$840.000,00 (oitocentos e quarenta mil reais) em valores históricos, obrigação essa integralmente cumprida pelo município, mesmo diante da inexistência da comprovação do serviço prestado, conforme exaustivamente demonstrado na inicial e confirmado na instrução processual.*

Como se vê, em verdade, os réus/apelantes foram audaciosos e, agindo com dolo, efetivaram contratação absolutamente irresponsável, conscientes do risco e do dano que estavam causando ao erário, visando inegavelmente o benefício da empresa contratada. E, como ocupantes de cargos públicos e empresa contratada (recebedora dos pagamentos indevidos feitos) devem ser responsabilizados nas iras da Lei nº 8.429/92.

Todos os envolvidos estavam cientes das irregularidades, da fraude praticada em desfavor do erário, sendo a empresa ITE/ITSB contratada e beneficiada direta do montante pago pelo erário; o prefeito à época, o réu/apelante Anderson Aduino, representou o município na contratação como gestor municipal e assinou o pedido administrativo de compensação; o apelante Gabriel Ovídio, assessor jurídico da secretaria municipal da fazenda à época, foi o subscritor do extenso parecer que



indicou a contratação por inexigibilidade; o então Procurador-Geral do município, apelante Valdir Dias, também emitiu parecer favorável à contratação; o apelante Lúcio Scalon, então secretário municipal da fazenda, concluiu pela viabilidade da recuperação de créditos junto à União; o apelante Gonçalves Pereira, então contador da secretaria da fazenda, liquidou as notas fiscais da contratada ETI/ITSB, atestando pela regularidade de serviços que não haviam sido prestados e, por fim, o réu Fábio Maciotti que, na qualidade de Controlador-Geral do município na ocasião, chancelou a malfadada contratação.

#### 4. DAS SANÇÕES CABÍVEIS AOS RÉUS

Como já exaustivamente demonstrado, todos os envolvidos estavam cientes da irregularidade, da fraude praticada em desfavor do erário, sendo a empresa ITE/ITSB contratada e beneficiada direta do montante pago pelo erário; o prefeito à época, o réu/apelante Anderson Adauto, representou o município na contratação como gestor municipal e assinou o pedido administrativo de compensação; o apelante Gabriel Ovídio, assessor jurídico da secretaria municipal da fazenda à época, foi o subscritor do extenso parecer que indicou a infundada contratação por inexigibilidade; o então Procurador-Geral do município, apelante Valdir Dias, também emitiu parecer favorável à contratação; o apelante Lúcio Scalon, então secretário municipal da fazenda, concluiu pela viabilidade da recuperação de créditos junto à União; o apelante Gonçalves Pereira, então contador da secretaria da fazenda, liquidou as notas fiscais da contratada ETI/ITSB, atestando pela regularidade de serviços que não haviam sido prestados e, por fim, o réu Fábio Maciotti que, na qualidade de Controlador-Geral do município na ocasião, chancelou a malfadada contratação.

O conluio de todos para a efetivação da fraude é incontestado, sendo inegável a ilicitude da contratação e o dolo na conduta de todos eles, evidentemente dirigido (o dolo específico – vontade consciente) para que a empresa contratada fosse a beneficiária da vultuosa cifra já apontada, em flagrante prejuízo do erário do município uberabense.

A r. sentença de 1ª instância, prolatada anteriormente à vigência da novel lei, smj, não merece nenhum reparo, *à exceção dos apontamentos feitos pelo Ministério Público em seu recurso adesivo (razões às fls. 1538/1542) que objetiva, em relação ao valor devido a título de ressarcimento ao erário e multa civil, a incidência da correção monetária e dos juros de mora desde a data do evento danoso, ou seja, desde o dispêndio, o que corresponde às datas dos efetivos pagamentos realizados pelo Município de Uberaba à contratada ITE/ITSB, referente ao contrato nº 096/2006, adequando-se a decisão ao entendimento do STJ que interpreta a condenação por ato de improbidade administrativa como responsabilidade civil de ato extracontratual.*

Ora, tratando-se o caso em tela de condutas previstas no art. 10, inc. VIII, da Lei nº 8429/92, mesmo diante da nova redação trazida pela Lei nº 14.230/2021, vê-se que os prazos de proibição de contratação com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e de suspensão dos direitos políticos, bem como



os valores das multas civis mostram-se absolutamente compatíveis com o texto da norma atualmente vigente.

*Data venia*, (i) a natureza, a gravidade e o impacto dos fatos, trespassam pela contratação de uma empresa mediante ilegal inexigibilidade de licitação, geradora de elevadíssimo dano ao erário do município uberabense, o que, por certo, evidencia o intenso dolo dos réus/apelantes, além de expor ao descrédito perante a comunidade local toda a administração pública municipal. (ii) Ademais, com a contratação escusa em tela a empresa ITE aferiu vantagem indevida milionária, (iii) ao mesmo tempo em que não se verifica qualquer cuidado dos réus/apelantes para minorar as consequências de seus atos. Tudo isso, smj, afasta qualquer necessidade de reparo na fixação de ditos prazos, muito menos nos valores referentes às multas civis aplicadas, que se harmonizam tanto com o texto anterior quanto com o atual da Lei nº 8.429/92.

Já quanto extensão da proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, o novo texto da Lei de Improbidade Administrativa, no parágrafo 4º do seu art. 12, dispõe que, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o Poder Público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica.

Nesse particular, diante do cenário descortinado nestes autos, ao sentir deste órgão de execução, ter-se-á um verdadeiro festejo à impunidade, caso tal proibição limite-se aos órgãos da administração pública municipal de Uberaba, em relação a qualquer dos requeridos, inclusive a empresa contratada, impondo-se modular o alcance da regra limitadora.

Não se ignora que a imposição de restrições nas atividades econômicas da empresa ITE – Instituto de Tecnologia e Desenvolvimento Organizacional e Social (ITSB Inst. Técnico e Social de Brasília) ou mesmo dos demais requeridos terá impactos negativos em suas receitas.

Por outro lado, também não é possível fazer vistas grossas para a gravidade dos fatos apurados, evidenciando a toda prova o alto grau do dolo dos réus/apelantes.

As condutas de todos os réus/apelantes reclamam rigor na aplicação das sanções, em defesa, inclusive, dos interesses social e econômico, de modo a concretizar com veemência o caráter preventivo e repressivo da Lei de Improbidade Administrativa.

Desse modo, em relação a todos os réus/apelantes requer o Ministério Público que a proibição para contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, seja estendida em relação a todos os órgãos públicos das administrações públicas, direta e indireta, do Estado de Minas Gerais e de todos os 853 municípios mineiros.

## 5. DA OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO GERADO AO ERÁRIO

No que se refere especificamente à obrigação de ressarcimento dos prejuízos suportados pelo erário, nenhuma dúvida resta quanto à necessidade de que todos os réus/apelantes sejam responsabilizados em toda sua extensão; senão vejamos:

É incontestado que a Lei nº 8.429/92 integra o microsistema de tutela à probidade administrativa, no qual as normas não colidem, mas interagem entre si e com todo o ordenamento no intuito de conferir homogeneidade e maior efetividade ao sistema normativo. Assim, prestigia-se a Teoria do Diálogo das Fontes, método pelo qual as normas podem ser aplicadas de modo sistemático e coordenado, sem provocar exclusões recíprocas.

A premissa básica é a existência de um Ordenamento Jurídico completo, coerente e unitário. Esses atributos encontram subsídio tanto nas doutrinas jusnaturalistas quanto juspositivistas, embora com fundamentos diferentes.

Explica Norberto Bobbio, com esteio em Hans Kelsen (que imputa à norma fundamental hipotética a validade de todas as demais – fundamento jurídico-positivo), que a coerência e completude do ordenamento consiste em negar que nele possa haver normas incompatíveis entre si, não obstante ambas dotadas de vigência e validade. No intuito de equacionar o problema, chamado de antinomia ou lacunas de conflito, a doutrina clássica propõe a sistematização de critérios que permitam a prevalência de determinadas normas sobre outras.<sup>4</sup>

Para solucionar as antinomias jurídicas, seria necessário, então, lançar mão dos seguintes critérios: hierárquico (norma superior predomina sobre inferior), especialidade (norma especial prepondera sobre norma geral) e cronológico (norma posterior prevalece sobre norma anterior). Se o impasse fosse solucionado apenas com um dos raciocínios, estar-se-ia diante de antinomia de primeiro grau.

Todavia, não raras são as ocasiões em que a adoção de apenas um dos critérios é insuficiente para resolver a divergência (aparente) entre normas. Nesses casos, mais complexos, há as antinomias de segundo grau, na qual há relação de preponderância também entre os critérios, por ordem de valoração. Exemplifique-se: divergindo norma posterior geral em relação à norma especial, porém anterior, prepondera esta, pois o critério da especialidade prevalece sobre o cronológico.

No entanto, a aplicação desses critérios, para parcela da doutrina (mais moderna), não assegura resultados jurídicos adequados em todas as ocasiões. Síncrono a essa constatação, novos pensamentos permearam a comunidade jurídica do século XX, a exemplo do giro linguístico de Hans-Georg Gadamer, em que a Hermenêutica:

[d]esprende-se da ideia de mera ciência metodológica para constituir-se no próprio modo de ser do homem, o modo de

<sup>4</sup> Vide BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999 p. 199 e seguintes.

compreender e conhecer o texto, valorizando-se a linguagem e a pré-compreensão do objeto interpretado, de sorte que na dialética entre passado e presente a bagagem histórica e as experiências do intérprete devem servir não à fossilização da norma em nome de uma imaginada intenção de seu autor, mas sim para a construção de condições para realização do Direito, conforme a realidade atual da sociedade e as necessidades da situação concreta focalizada.<sup>5</sup>

Mitigou-se, assim, a adoção dos critérios para solução de antinomias jurídicas. A tendência (que permanece atual, registra-se) era promover a harmonia e coordenação entre as normas ao revés da exclusão. Idealizava-se um novo instrumento hermenêutico hábil a solucionar problemas de conflitos e aplicação entre normas, superando-se antinomias por meio da integração efetiva do Ordenamento Jurídico.

Surge, nesse contexto, a Teoria (ou Método) do Diálogo das Fontes, concebida inicialmente por Erik Jayme:

Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours, II, p. 60 e 251 e ss.*). *O uso da expressão do mestre, “diálogo das fontes”, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É denominada “coerência derivada ou restaurada” (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência”.*<sup>6</sup> (Grifos nossos)

A Teoria do Diálogo das Fontes, para Flávio Tartuce, é caracterizada por traços da pós-modernidade e invocada diante do quadro de relações marcadas pela hipercomplexidade, sobretudo pelo pluralismo, em razão da era da comunicação.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> SOARES, Evanna. *Hermenêutica Jurídica: a superação da vontade do legislador na busca do sentido atual da norma*. Disponível em: [https://evannasoares.wordpress.com/2010/08/12/hermeneutica-juridica-a-superacao-da-vontade-do-legislador-na-busca-do-sentido-atual-da-norma/#\\_ftn1](https://evannasoares.wordpress.com/2010/08/12/hermeneutica-juridica-a-superacao-da-vontade-do-legislador-na-busca-do-sentido-atual-da-norma/#_ftn1). Acesso em 17 de novembro de 2021.

<sup>6</sup> MARQUES, Cláudia Lima apud TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Manual de direito de Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2016. p. 31.

<sup>7</sup> TARTUCE, Flávio; MARTOS, José Antonio de Faria. O Diálogo das Fontes e a Hermenêutica Consumerista no Superior Tribunal de Justiça. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; NETO, Frederico da Costa Carvalho;

Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de “*le retour des sentiments*”, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. *O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (“Zersplietierung”), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o “double coding”, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos “espaços de excelência”.*<sup>8</sup> (Grifos nossos)

A essência do método, conforme magistério de Cláudia Lima Marques, é que as normas jurídicas *não se eliminam, mas se complementam*, propiciando (a tão almejada) visão unitária do Ordenamento Jurídico. Bruno Miragem complementa explicando que o “diálogo das Fontes se constitui em método aplicável em qualquer ramo do direito, com base em razões de duas ordens: como método de interpretação adequado ao caráter sistemático do direito e por ser conduzido pelo sistema de valores constitucionais voltados à concretização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana”.<sup>9</sup>

Flávio Tartuce, citando Cláudia Lima Marques, amestra que há três possíveis formas de diálogos a partir da teoria exposta. A primeira consiste na aplicação simultânea das duas leis, sendo que uma serve de base conceitual para a outra (Diálogo Sistemático de Coerência). A segunda, quando há aplicação coordenada de duas leis e uma completa a outra de forma direta (Diálogo de Complementaridade) ou indireta (Diálogo de Subsidiariedade). Por fim, a terceira ocorre quando os conceitos estruturais

ANDRADE, Ronaldo Alves de (Org.). *XXII Encontro Nacional do CONPEDI/NINOVE*: Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do direito na contemporaneidade. 1ª ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 156-188.

<sup>8</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman apud MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 30.

<sup>9</sup> MIRAGEM apud SAMPAIO, João Carlos Medrado; CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Diálogo das Fontes sob a perspectiva hermenêutica da construção dos sentidos da justiça fiscal*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA\\_n.45.03.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.45.03.pdf). Acesso em 17 de novembro de 2021.

de uma determinada lei sofrem influências da outra (Diálogo de Coordenação e Adaptação Sistemática ou Diálogos de Influências Recíprocas Sistemáticas).<sup>10</sup>

Nessa senda, a reverberação da teoria no âmbito dos microsistemas normativos é inegável, a exemplo do que se vê no microsistema de tutela coletiva, onde várias leis (como a Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular) interagem de modo tal a propiciar maior efetividade à proteção dos direitos que resguardam. Para os adeptos, a admissão da aplicação coordenada de normas implica possibilitar ao intérprete a concretização de postulados diversos de assento constitucional.

Em outras palavras, para os que abraçam a teoria, a compreensão de Ordenamento Jurídico em diálogo supera o método clássico de superação de antinomias porque confere estabilidade e congruência suficientes para harmonizar todo o sistema, *propiciando soluções mais justas e promovendo o caráter humanista ao Direito*.

Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo – no lugar do conflito de leis a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. *Uma coordenação flexível e útil (effet utile) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do “monólogo” de uma só norma (a comunicar a solução justa), à convivência destas normas, ao “diálogo” das normas para alcançar a sua, ratio, a finalidade visada ou narrada em ambas*. Este atual e necessário “diálogo das fontes” permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.<sup>11</sup> (Grifos nossos)

No caso em apreço, cumpre lembrar que, embora com feição primariamente preventiva e punitiva, *a LIA também concentra natureza reparatória*. E é exatamente nesta feição reparatória que se concentra o núcleo do tema tratado no presente tópico. Explica-se.

Valendo-se de invejável didática em seu artigo *Por uma carta dos bens fundamentais*, muito bem aponta Luigi Ferrajoli que, *“se é verdade que os direitos sociais custam, o custo da falta da sua satisfação é muito maior, condenando bilhões de*

<sup>10</sup> TARTUCE, 2016. p. 33.

<sup>11</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Disponível em [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22388/superacao\\_antinomias\\_dialogo\\_fontes.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf). Acesso em 17 de novembro de 2021. p. 30.

*seres humanos a indigência e ao desenvolvimento e sendo fonte inevitável de migrações de massas e de conflito.*<sup>12</sup>

Note-se aqui a importância do respeito a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, eixo basilar da República, previsto no art. 1º, inc. II, da Constituição da República, qual seja, o princípio da *dignidade da pessoa humana*, que impõe o dever de garantia das necessidades vitais de cada indivíduo.

Dito isso, num contexto social em que tantos exemplos de despreparo, má gestão e corrupção corroem a credibilidade do sistema democrático e provocam a descrença no Poder Público, a proteção do patrimônio público como direito fundamental espelha a imprescindibilidade de resguardar os recursos cujo destino é a prestação dos serviços públicos que, por sua vez, têm o fim precípuo de garantir direitos fundamentais das mais diversas ordens.

Afinal, é absolutamente incongruente pretender-se a superação do desafio de assegurar a concretude aos direitos fundamentais, principalmente os direitos fundamentais sociais (que demandam atuação positiva do Estado), sem que se tenha também assegurada, de forma prioritária a defesa do próprio patrimônio público.

*No caso em apreço, as provas produzidas demonstram com segurança que todos os réus/apelantes concorreram dolosamente para a prática da ilegal contratação da ITE – Instituto de Tecnologia e Desenvolvimento Organizacional e Social (ITSB Inst. Técnico e Social de Brasília), com o propósito claro e inequívoco de que fosse ela beneficiada com os vultuosos pagamentos narrados na inicial ministerial.*

Ora, sendo o prejuízo suportado pelo erário decorrente da conduta dolosa de todos os réus, desenvolvida com o inegável propósito de beneficiar indevidamente um deles, qual seja a empresa contratada, não há como deixar de impor a todos eles a responsabilidade de promoverem a reparação total dos danos, portanto, de forma solidária, como muito bem o fez o Nobre Magistrado primevo.

Perceba-se que isso deflui até mesmo do que dispõe o *caput* do art. 942 do Código Civil, em destaque:

*Capítulo I (Da Obrigação de Indenizar) – do Título IX (Da Responsabilidade Civil)*

*Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.*

*Data maxima venia*, sem dificuldade, constata-se que o malfadado dispositivo ora introduzido pela Lei nº 14.230/2021 (artigo 17C, § 2º – na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos,

<sup>12</sup> Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p29/15066>. Acessado em 17.11.2021.

vedada qualquer solidariedade) mostra-se absolutamente incompatível com o microsistema de tutela à probidade administrativa, chegando ao ponto de até mesmo colidir frontalmente com o “imperativo de ressarcimento integral do dano”.

Destarte, também neste aspecto, espera o Ministério Público que seja mantida a condenação, solidária, dos apelantes/réus quanto ao ressarcimento integral do dano, esse decorrente dos atos dolosos praticados por eles.

## 6. DO RECURSO ADESIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em relação à atualização monetária e à incidência de juros de mora sobre o valor da condenação (ressarcimento e multa), o Ministério Público interpôs recurso adesivo, cujas razões encontram-se às fls. 1538/1542.

Conforme já exposto, o Juízo fez constar que o débito seria acrescido de “*correção monetária desde o ajuizamento e juros de 1% ao mês a partir da última citação para o ressarcimento e para a multa “correção monetária a partir do ajuizamento da ação”.*

Constata-se, outrossim, que o valor do dano constante da petição inicial e utilizado pelo Juízo sentenciante como referência na decisão foi atualizado até outubro de 2013, por ocasião da propositura da demanda, porém, nesse cálculo não houve incidência de juros.

Assim sendo, impõe-se corrigir a decisão nesse particular, para adequá-la ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça de que o ressarcimento do dano, decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, insere-se no contexto da responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito, tendo a incidência da correção monetária e dos juros como *dies a quo* a data do evento danoso (do dispêndio pelo erário), nos termos das Súmulas 43<sup>13</sup> e 54<sup>14</sup> do STJ e do art. 398<sup>15</sup> do Código Civil.

Sobre o tema, destacam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MULTA CIVIL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA. SANÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. *DIES A QUO* DA DATA DO EVENTO DANOSO. CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. In casu, trata-se de multa civil fixada na sentença da Ação de Improbidade Administrativa por ofensa aos princípios administrativos.
2. As sanções e o ressarcimento do dano, previstos na Lei da Improbidade

<sup>13</sup> Súmula 43 - Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo. (SÚMULA 43, CORTE ESPECIAL, julgado em 14/05/1992, DJ 20/05/1992, p. 7074)

<sup>14</sup> Súmula 54 - Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. (SÚMULA 54, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/09/1992, DJ 01/10/1992, p. 16801)

<sup>15</sup> Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

*Administrativa, inserem-se no contexto da responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito. 3. Assim, a correção monetária e os juros da multa civil têm, como dies a quo de incidência, a data do evento danoso (o ato ímprobo), nos termos das Súmulas 43 (“Incidência correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”) e 54 (“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”) do STJ e do art. 398 do Código Civil. 4. Recurso Especial provido. (REsp 1645642/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 19/04/2017)*

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMÓVEL DO ESTADO. FALTA PARCIAL DE PREQUESTIONAMENTO. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 1.022, II, DO CPC. 1. Conforme consta dos autos, cuida-se, na origem, de ato de improbidade administrativa cometido por Adalberto Almeida Conde, que, na qualidade de Diretor-Geral do Degase, permitiu, sem prévio procedimento licitatório, o uso de prédio público, Centro Profissionalizante do Degase, pela sociedade empresária Alimenge Comercial de Gêneros Alimentícios Ltda., para nele implantar uma padaria-escola, visando à qualificação profissional de menores infratores. 2. Entretanto, esta, decorrido um ano de utilização do imóvel, jamais atendeu a tal finalidade, utilizando-se do prédio em seu exclusivo interesse comercial. Ademais, a empresa, após ser notificada para desocupar o imóvel, subtraiu aparelho de cortar massa de propriedade do erário, bem como deixou o imóvel público com paredes e portas quebradas. Recurso do Estado do Rio de Janeiro 3. *O ressarcimento do dano, previsto na Lei de Improbidade Administrativa, insere-se no contexto da responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito. Assim, a correção monetária e os juros da multa civil têm, como dies a quo de incidência, a data do evento danoso (o ato ímprobo), nos termos das Súmulas 43 e 54 do STJ e do art. 398 do Código Civil.* Recurso de Adalberto Almeida Conde 4. Não se configurou a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. 5. A indicada afronta aos arts. 927 e 942 do CC não



pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ. 6. É entendimento pacífico no STJ que, com base no convencimento motivado, pode o juiz julgar com amparo nas provas produzidas nos autos, que deem sustentação à sua decisão, podendo indeferir as tidas como inúteis aos esclarecimentos dos fatos, como, na hipótese sub judice, a oitiva das testemunhas. Portanto, a alteração do *decisum* para modificar o entendimento do magistrado quanto à ilicitude dos fatos e os danos por eles ocasionados demandam incursão no acervo fático-probatório dos autos, medida que encontra óbice na Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.” 7. Recurso Especial de Adalberto Conde parcialmente conhecido, apenas em relação à violação ao art. 1.022 do CPC, e, nessa extensão, não provido, e Recurso Especial do Rio de Janeiro provido. (*REsp 1765055/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 23/04/2019*).

Nestes termos e quanto a esse particular, reitera-se a posição *pela revisão da sentença de fls. 1287/1288 pelo Egrégio Tribunal Mineiro pra o fim de fazer constar na decisão que, sobre o valor da condenação (ressarcimento e multa civil) incida atualização monetária e juros de mora desde o evento danoso, ou seja, desde o dispêndio, o que corresponde às datas dos efetivos pagamentos realizados pelo Município de Uberaba à empresa contratada ITE/ITSB*.

## CONCLUSÃO

Isto posto, em atenção ao r. despacho da Douta Relatora, Desembargadora Áurea Brasil, que determinou vistas dos autos às partes para pronunciamento quanto aos impactos da Lei nº 14.230/2021 na presente ação de improbidade administrativa, este órgão de execução conclui pela:

- 1) não consumação da prescrição para propositura da presente ação, seja sob a ótica do texto original da Lei nº 8.429/92 seja daquele introduzido pela Lei nº 14.230/2021;
- 2) não consumação da prescrição intercorrente;
- 3) comprovação de que os réus praticaram ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, inc. VIII, da Lei nº 8.429/92;
- 4) manutenção da sentença *a quo*, para:

Anular o contrato n. 096/2006, *condenar solidariamente* ANDERSON ADAUTO PEREIRA, GABRIEL OVÍDIO RESENDE DE OLIVEIRA, LÚCIO ANTÔNIO SCALON, GONÇALVES PEREIRA ALVES, FÁBIO JOSÉ MACIOTTI COSTA, VALDIR DIAS e ITE – INSTITUTO DE TECNOLOGIA E DESENVOLVIMENTO ORGANIZACIONAL E SOCIAL ressarcirem o patrimônio público do Município de Uberaba no valor de R\$1.227.630,18, com correção monetária desde o ajuizamento e juros de 1% ao mês a partir da última citação e *proibir todos os requeridos por 5 (cinco) anos* de contratarem com o Poder Público e receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

Quanto aos réus ANDERSON ADAUTO PEREIRA, GABRIEL OVÍDIO RESENDE DE OLIVEIRA, LÚCIO ANTÔNIO SCALON, GONÇALVES PEREIRA ALVES, FÁBIO JOSÉ MACCIOTTI COSTA, VALDIR DIAS, *decreto a suspensão dos seus direitos políticos por 5 (cinco) anos* a partir do trânsito em julgado desta sentença e aplico em desfavor deles *multa civil* equivalente ao valor de 5% para os réus ANDERSON e VALDIR e de 2,5% para os demais, sobre o valor da contratação ora anulada, com correção monetária a partir do ajuizamento da ação, valores que deverão ser revertidos em favor do Município de Uberaba. (fls. 1288 e verso)

5) necessidade de registro no *decisium* condenatório de que a proibição imposta aos réus/apelantes para contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, é estendida em relação a todos os órgãos públicos das administrações públicas, direta e indireta, do Estado de Minas Gerais e de todos os 853 municípios mineiros.

6) procedência do recurso adesivo ofertado por este órgão de execução, no sentido de que sobre o valor da condenação (ressarcimento e multa civil) incida atualização monetária e juros de mora desde o evento danoso, ou seja, desde o dispêndio, o que corresponde às datas dos efetivos pagamentos realizados pelo Município de Uberaba à empresa contratada ITE/ITSB.

Uberaba, 17 de novembro de 2021.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

15º Promotor de Justiça



Detalhe da imagem da capa

# Memória Institucional

Personalidades – História em Destaque





## Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.





## Projeto Personalidades

• • •

### Idosos: em Defesa da Vida

Transcrição em 25/01/2022: Nayara Cristina dos Santos

Edição em 11/04/2021: Maristela Santana



*Promotora de Justiça Cristiane Branquinho Lucas (4ª a partir da esquerda), Coordenadora do CAO Idoso e Pessoa com Deficiência, durante evento sobre o Dia Mundial de Conscientização da Violência contra a Pessoa Idosa (15/06), realizado em 18/06/2019, em parceria com a Ouvidoria Itinerante no Largo da Carioca, Centro do Rio de Janeiro/RJ*

#### **Apresentação – A Implementação das Promotorias do Idoso no MPRJ**

**MKlang:** Bom dia a todos. Décima quarta edição do projeto Personalidades do MPRJ. Meu nome é Márcio Klang e este é o projeto do Centro de Memória Procurador de



Justiça João Marcello de Araújo Júnior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro de colheita de História Oral para a formação do nosso acervo no Centro de Memória.

Hoje, nós temos um programa temático sobre a população idosa e contamos com a participação do nosso Procurador-Geral de Justiça, Dr. Luciano Mattos, a quem honrosamente passo a palavra para fazer a abertura dos trabalhos.

**PGJ:** Bom dia a todos e a todas. É um prazer estar com todos vocês aqui neste evento. Parablenizo o Dr. Márcio Klang e toda sua equipe pela idealização e realização deste evento. É realmente muito importante que nós entreguemos uma parte da nossa biografia para fazer parte do acervo da instituição ao mesmo tempo que a instituição enriquece a sua memória. E isso será sempre decisivo para a construção do Ministério Público no Rio de Janeiro. Então, a realização deste evento é extremamente relevante para a instituição e a minha presença aqui é primeiramente para destacar a importância desses eventos do Centro de Memória, fazer esse resgate histórico da instituição para agora e no futuro, fazendo sempre com que a nossa instituição seja cada vez mais fortalecida. E também para prestigiar os homenageados, os colegas que farão parte deste evento temático, como disse Márcio Klang.

Não poderia ter nomes melhores para representar nossa atuação na área do idoso. Colegas que sempre se destacaram nessa área e o MPRJ, por sua vez, sempre se destacou nesse assunto. A história do idoso na instituição, e talvez o Luiz Cláudio que era do interior vá se lembrar, vem junto com o processo de racionalização.

Nós vivíamos uma discussão que de fato, vamos dizer uma expressão não muito bonita, “vulgarizada” com a questão da Carta de Ipojuca, estava sendo feito de forma muito açodada e isso já se arrastava há um tempo.

Eu não fazia parte da Associação [AMPERJ] mas os debates que os colegas fizeram nas redes, à época, redes de e-mail, para discutir melhor onde devíamos atuar, como atuar. O debate que se faz é extremamente atual, inclusive. Naquele momento que fazíamos esse debate José Eduardo Ciotola Gussem era o presidente da Associação, e a Cristiane e eu acabamos coordenando um trabalho de pesquisa na Associação, embora não fizéssemos parte da diretoria nem conselho, mas utilizamos o espaço da Associação para fazer um debate sobre essa questão da racionalização.

O que me recordo bem é que justamente nesse período que os colegas do interior estavam começando a atuar na área do idoso. Recordo bem que foram esses colegas que deram um grande exemplo da importância desse debate na instituição porque eles estavam assumindo naquele momento um feixe de atribuições extremamente relevante.

**MKlang:** E complexo, não é?

**PGJ:** E complexo, que exigia sua presença e evidentemente com os mesmos recursos humanos e materiais que dispunha naquele momento para fazer toda a sua

atuação na área cível. E aí, alguns colegas, salvo engano o próprio Luiz Cláudio, me corrija se eu estiver enganado, começaram a apontar esse fato como uma situação que exigia uma nova reflexão. Uma reflexão “olha, estou atuando na usucapião de bem móvel e estou deixando de atender o idoso que está na minha porta e que precisa muito. E o Estatuto do Idoso nos deu protagonismo, é uma coisa nova, o Ministério Público vai crescer”. Os recursos são finitos, o perfil constitucional foi estabelecido em 1988 e nós temos uma atuação muitas vezes muito anterior à Constituição e isso representou um avanço.

Hoje, vendo como avançou a nossa área de idoso, eu tenho certeza de que isso foi um acerto. Aquele momento histórico permitiu que os colegas do interior se dedicassem mais ao idoso. Os colegas da capital criando promotorias, salvo engano desde 2004/2005. Em 2005 já começamos a ter promotorias especializadas em idoso e deficiente. E hoje temos até promotoria somente na tutela do idoso e esse processo, já que a gente está aqui nesse momento de resgate histórico, foi marcante na reflexão da importância da nossa atuação no idoso. E também da nossa ponderação, interpretação, da nossa reflexão sobre o nosso trabalho diante do novo perfil constitucional. Então, além desse evento representar uma homenagem aos nossos colegas que tanto se destacaram nessa área, também uma homenagem à nossa atuação na promotoria do idoso. E aqui eu estendo essa homenagem aos demais colegas que hoje atuam na área do idoso. E que estão bem representados aqui neste evento aqui hoje pelos colegas Cristiane, Luiz Cláudio, Eliane e Luciana e dizer que isso faz com que a nossa instituição engrandeça cada vez mais.

Por fim, para não me alongar, porque as personalidades são os nossos convidados, queria apenas fazer esse registro. E parabenizar o Centro de Memória pelo evento e os colegas personalidades. Agradecer o empenho em prol da instituição, em prol da sociedade e notadamente dos idosos que tanto necessitam da nossa atuação. Parabéns a todos e tenhamos um bom evento.

### **Bloco 01 – Quem é Cristiane Branquinho Lucas?**

**MKlang:** Este programa tem quatro blocos. No primeiro bloco eu entrevisto dois colegas, no segundo bloco outros dois colegas. No terceiro bloco eu entrevisto todos e no quarto bloco são perguntas que os participantes que estão na plataforma vão formular para vocês. Os primeiros entrevistados são a Cristiane Branquinho e o Luiz Cláudio. Muito bem. *Ladies first* e eu começo com a Cristiane Branquinho. É a pergunta mais difícil, depois vai tudo fácil.

Cristiane, quem é Cristiane Branquinho Lucas? E por que você escolheu o Ministério Público?

**CBL:** Quem é Cristiane Branquinho, não é? Eu já estou no Ministério Público desde o ano de 2000, já completados 21 anos de Ministério Público.

**MKlang:** Você estudou na UFF?

**CBL:** Não, eu fui da Candido Mendes do Centro, assim como minha colega Eliane Belém. Tenho muitas saudades da época da Universidade, tive professores maravilhosos. Mas antes de ingressar no Ministério Público eu fui Defensora Pública durante quatro anos e antes também trabalhei no Tribunal de Justiça como servidora. Eu confesso a vocês que tenho uma grande amiga hoje, que é Clisângier Ferreira Gonçalves, que todos aqui conhecem, não é? E ela já tinha sido servidora do MP e sempre teve o sonho de ser Promotora de Justiça. Na época éramos Defensoras Pública e ela dizia: “Cris, vem para cá. Você vai gostar da instituição. É uma grande instituição também e a gente consegue fazer várias atuações”. Eu sempre tive um carinho enorme pela Defensoria Pública, sempre foi meu sonho ingressar na Defensoria. Eu dizia para ela: “Minha amiga, será que eu vou estudar...”. E acontece que, quem é estudante para concurso sabe disso, quando tiram da gente aquele encargo de “Você tem que passar”, as coisas vão acontecendo. Acabou que eu fiz a prova, passei no Ministério Público, ingressei na carreira. No início fiquei preocupada pensando “Meu Deus, qual a matéria aqui que eu vou me sentir realmente com uma atuação ativa?”, porque na Defensoria Pública a gente ajuíza ações, faz aquele atendimento, *tête-à-tête*, e o Ministério Público tinha muito dessa questão do *custos legis* e eu pensava “meu Deus do céu!”.

O que aconteceu? Eu fui conhecendo a instituição e em 2008 eu tive o prazer de iniciar a Promotoria de Justiça de Tutela e Proteção da Pessoa Idosa e com Deficiência de Duque de Caxias.

**Bloco 02 – Estatuto do Idoso e o MPRJ**

**MKlang:** Antes do Estatuto do Idoso não havia idosos no Brasil, é isso?

**CBL:** Não, não.

**MKlang:** Eu sei, Cristiane. É só uma maneira de colocar a questão porque antes não havia uma legislação para o idoso, não é?

**CBL:** Na verdade, a gente teve um reconhecimento relacionado à vulnerabilidade da pessoa idosa a partir do Estatuto do Idoso. A gente tem legislações anteriores que falam, por exemplo, da política nacional do idoso, mas eu acho que quando vem o Estatuto do Idoso...

**MKlang:** Que entrou em vigor em 2004, não é isso?

**CBL:** Não. Outubro de 2003.

**MKlang:** É, a lei, mas a vigência dela ficou para janeiro de 2004.

**CBL:** Isso. Exatamente. Mas aí é publicado e a gente começa a ter a noção do quanto existe uma demanda. E existe inclusive um capítulo próprio sobre a atuação do Ministério Público na proteção dessa pessoa idosa.



*Dra. Cristiane Branquinho Lucas (1ª à direita) como Coordenadora do CAO Idoso e Pessoas com Deficiência durante reunião institucional com o Procurador-Geral de Justiça, Luciano Oliveira Mattos de Souza, para definição de estratégias e acompanhamento das ações do poder público durante a pandemia de COVID-19 em 21/01/2021*

**MKlang:** Atribuindo essa esfera de competência para a gente, não é isso?

**CBL:** Exatamente. Ela fala “olha, todas as medidas protetivas relacionadas à pessoa idosa devem ser aplicadas pelo Ministério Público”. O MP tem uma legitimação muito importante na tutela dos interesses dessa pessoa idosa. E o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro eu acho que sai na frente na medida em que...

**MKlang:** Como sempre, não é? Mas é verdade...

**CBL:** É. É de fato uma instituição que mora no meu coração e tenho muito orgulho de fazer parte.

E em 2005, como Dr. Luciano enfatizou, foram criadas quatro promotorias: duas na capital, de Tutela do Idoso e da Pessoa com Deficiência, uma Niterói. E a outra...

**PGJ:** Em Nova Iguaçu.

**CBL:** Exatamente, Nova Iguaçu. Nossa querida Rosana que foi uma Promotora exemplar que inclusive participou do Centro de Apoio Operacional.

Ali a gente começa a receber uma demanda, que acho que estava até represada, de várias necessidades que a gente verifica na área do idoso, não só a tutela individual, que vem crescendo a cada dia, mas também em relação à tutela coletiva. Porque dentro desse cenário que é o crescimento da população idosa e o aumento da expectativa de vida, hoje a gente fala inclusive que a maior quantidade de idosos são aqueles acima de 80 anos e, por isso, muitas das vezes, possuem uma fragilidade, uma vulnerabilidade maior. Por mais que a gente venha criando promotorias de justiça especializadas na tutela da pessoa idosa, a gente vê o quanto ainda precisa avançar. Ainda temos uma carência muito grande de políticas públicas.

### **Bloco 03 – Rede de Proteção à Pessoa Idosa**

**MKlang:** Quando um Promotor começa a atuar na área do idoso, quais são os instrumentos, quais são as ferramentas com as quais ele conta para poder exercer suas funções de tutela do idoso, seja essa tutela coletiva ou individual? Quais são os mecanismos que ele tem disponibilidade para exercer suas funções?

Eu, por exemplo, quando comecei a trabalhar como Promotor não tinha mesa, cadeira, sala, telefone, funcionário, não tinha absolutamente nada. Sei que atualmente isso não é assim, então com é que é?

**CBL:** Hoje, o MPRJ, também de uma forma inovadora, para frente, muitas das vezes quando estamos juntos de outros Ministérios Públicos as pessoas ficam muito admiradas, porque a gente tem de fato uma equipe multidisciplinar que é fundamental na nossa atuação. Por que isso? Porque muitas das vezes, e os colegas vão concordar comigo, com certeza, as questões relacionadas à pessoa idosa tem várias complexidades, então há necessidade de múltiplos olhares.

**MKlang:** Mas no que, por exemplo? Uma Assistente Social, um Psicólogo?

**CBL:** Eu também sou Coordenadora do Núcleo de Apoio Técnico, que tem um conjunto de profissionais, e a gente tem assistente social, psicólogo, psiquiatra e contador, que auxiliam e dão apoio técnico ao Promotor de Justiça justamente para que ele consiga pensar, dentro daquele cenário que é apresentado a ele, qual a medida protetiva que vai usar em relação àquele caso.

**MKlang:** Dá uma espécie de diagnóstico, vamos dizer assim?

**CBL:** Exatamente. Então, muita das vezes a gente solicita relatórios e não só isso. Eu acho que o Promotor de Justiça que atua na área do idoso tem uma interlocução muito grande com a rede. A gente tem que ter uma interlocução com a rede de saúde, com a rede de assistência social e os Centro de Referência e Assistência Social (CRAS).

**MKlang:** Quando você fala “rede” são órgãos do poder executivo municipal e estadual?

**CBL:** Exatamente. A gente precisa conhecer aquela realidade e a gente vai solicitar a aplicação de medidas protetivas que muitas vezes terão esses acompanhamentos da rede, de modo que aquela pessoa possa estar em uma situação que não seja mais uma situação de vulnerabilidade e de risco social.

Além de termos a nossa equipe técnica, a gente também tem a interlocução muito grande com a rede. No Ministério Público, quando você ingressa na atuação da pessoa idosa, você vê que sozinho, enquanto MP, você não vai conseguir avançar na proteção daquela pessoa idosa. Há de fato a necessidade dessa multidisciplinaridade e da interlocução com vários atores de proteção. E digo mais, a gente também tem uma atuação na tutela coletiva em uma interlocução muito grande com o poder público. Porque a gente parte do princípio de que o poder público também tem o mesmo interesse que a gente, que é salvaguardar os interesses daquela pessoa idosa. Então a nossa atuação extrajudicial é o que vai permeando toda a nossa trajetória.

**MKlang:** O que eu acho sensacional, porque depender da estrutura e do funcionamento do Poder Judiciário, pelo menos nesse momento, é um pesadelo.

**PGJ:** Se me permitem, aproveitando, acho que é um tema em que não posso me calar porque é muito importante. Cristiane apontou bem. Eu já tinha essa visão e agora como gestor ela é muito maior. O Ministério Público não tem como se substituir ao poder público em todas as áreas de tutela coletiva. É impossível na área ambiental o Promotor ou o Ministério Público substituir o fiscal do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), do Instituto Estadual do Ambiente (INEA), do Município, da ordem pública. Na verdade, o grande papel do Ministério Público nessa área extrajudicial é exatamente esse, lutar para que políticas públicas sejam realizadas e essas pessoas individualmente se quer procurem o Ministério Público, porque você já lutou pela instalação de uma rede que funciona adequadamente, com os abrigos públicos funcionando adequadamente. Acho que esse é um ponto a ser ressaltado porque o trabalho individual do Ministério Público na defesa de direitos individuais tem que ser complementar e não prioritário.

Cristiane falava no início que queria ser Defensora Pública, mas eu acho que a Defensoria está vendo isso. Ao invés de atuar individualmente estão atuando coletivamente e a gente tem que ter esse viés porque isso é mais característico do Ministério Público do que da própria Defensoria.

Então, gostaria de ressaltar que esse trabalho da tutela coletiva na proteção do idoso, na minha visão é prioritário e ele vai permitir que o nosso trabalho, inclusive, em uma situação individual que evidentemente pode ocorrer, mas me parece que a dedicação deve ser prioritária na tutela, buscando que esse atendimento da rede seja o adequado ou mais próximo para que preserve os direitos dos idosos.

**MKlang:** Agora vou dar um pitaco nessa história. A nossa função é muito mais cobrar coisas que tinham de ter sido feitas e na verdade não foram feitas. Ficar cobrando, ficar checando, verificando, não é isso?



*A partir da direita: Dra. Cristiane Branquinho Lucas, Dr. Luiz Cláudio Carvalho de Almeida e Dra. Luciana Braga Martinho integraram o grupo de Promotores de Justiça do CAO Idoso que realizou visita institucional à Secretaria de Saúde do Município de Trieste, na Itália, no período de 21 a 31/03/2017. À época, Trieste era a cidade com maior população idosa da Europa e um modelo internacional de gestão de instituições de longa permanência para idosos (ILPIs).*

**CBL:** Eu acho que a nossa cobrança advém justamente da carência de políticas públicas, como Dr. Luciano falou. A gente não tem ou faltam Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs) públicas. No estado do Rio de Janeiro a gente tem uma quantidade ínfima de Centros-Dias, que é uma política extremamente importante dentro do atual arranjo familiar que são as pessoas trabalhando. Hoje a gente não tem mais a figura da mulher cuidando da pessoa idosa, ela está no mercado de trabalho. Então, muitas vezes esse idoso não tem uma rede familiar que possa exercer esse cuidado. A questão da inclusão social, a carência de Centros de Convivência, a gente tem um número ínfimo de Repúblicas. São muitas políticas públicas que não estão presentes na nossa realidade.

**MKlang:** E o nosso papel é de cobrar.

#### **Bloco 04 – Quem é Luiz Cláudio Carvalho de Almeida?**

**MKlang:** Quem é Luiz Cláudio Carvalho de Almeida e por que escolheu o MPRJ?

**LCCA:** Sou formado pela UFF, sou niteroiense. Muita gente acha que sou de Campos dos Goytacazes porque já moro aqui há muito tempo, mas nasci em Niterói, na verdade e me formei pela UFF. Logo que me formei consegui aprovação no concurso que inicialmente eu queria, que era trabalhar no mercado financeiro.

**MKlang:** Ah é?

**LCCA:** Sim. Eu fui Procurador do Banco Central e essa era exatamente o meu foco. Um concurso que era bem disputado e eu consegui passar tão logo eu me formei.

**MKlang:** Você fez o concurso em que ano?

**LCCA:** Eu fiz o concurso de 1994.

**MKlang:** do Banco Central?

**LCCA:** Banco Central. Trabalhei ali na Avenida Presidente Vargas.

**MKlang:** No prédio grande, bonito.

**LCCA:** Isso. Início de carreira encantado com aquela outra realidade totalmente diferente do Ministério Público.



**MKlang:** Pompa e circunstância.

**LCCA:** Isso. Mas em termos de satisfação pessoal eu achei que não estava acontecendo muito. Quando a gente se forma e está em ritmo de concurso, todo mundo que passou por isso sabe que você tem um *timing* do concurso. Se você se acomodar em um cargo fica mais difícil de trocar.

**MKlang:** A lei muda uma vez por semana e...

**LCCA:** É. E tem aquele ritmo de estudar, aquela coisa toda.

Inicialmente, na verdade eu fiz estágio na área federal, passei para a área federal e queria ficar lá. Mas apareceu a oportunidade do MP do Estado do Rio de Janeiro, que foi o concurso que abriu e, tal qual Cristiane, comecei a buscar informações sobre o MPRJ. À época nossa sede era ainda na Avenida Nilo Peçanha, ali em cima do antigo Banco do Estado do Rio de Janeiro (BANERJ), o que não foi um cartão de visita muito bom.

**MKlang:** Eu sei. Quando fui tomar posse em 29 de setembro de 1977, Luiz Cláudio, para você ter uma ideia, muitos de vocês não eram nascidos, a minha mãe foi comigo, meu pai já havia falecido. Tomei posse no gabinete do Procurador-Geral e, aguardando a posse, minha mãe me olhou e disse assim: “Márcio, você tem certeza de que está no endereço certo?”. Eu disse: “Ué, por que?”. Ela: “Isso aqui é uma pocilga”. Então eu disse: “É, mamãe, eu concordo, mas é isso que eu quero fazer”. Era cortina rasgada, tapete arreventado. Era um horror.

**LCCA:** Tive uma impressão parecida com essa, mas acho que fiz uma aposta correta no fim das contas, porque decidi realmente trocar.

Foi o XIX concurso, de 1996, acho que é um ou dois depois do Dr. Luciano, não é? Porque a gente chegou a se esbarrar em umas situações de substituição, do projeto lá do José Muiños Piñeiro.

**MKlang:** Você passou e não teve dúvidas sobre largar o Banco Central?

**LCCA:** Não, não. Resolvi encarar essa aventura e acho que até fiz o certo, porque em termos de estrutura a gente melhorou muito.

## Bloco 05 – Promotorias Especializadas e CAO Idoso

**MKlang:** Você acompanhou a instauração da cultura da promotoria especializada e a criação do Centro de Apoio ao Idoso, do MPRJ. Você pode contar um pouco sobre isso e algum fato pitoresco, marcante dessa trajetória até a instalação desse sistema de promotorias especializadas? Como isso evoluiu na prática?

**LCCA:** Inicialmente, Dr. Luciano citou um fato que foi realmente marcante nessa trajetória que foram as reuniões da AMPERJ. Tive a oportunidade de participar, acho de todas, fui a todas lá. Um debate muito profícuo que coincidiu com o advento do Estatuto do Idoso. O que aconteceu? Muito embora existisse idoso antes, como o Márcio falou, o foco não era esse. Então houve uma reunião emblemática na sede do MP, já na sede nova, no auditório que está lá até hoje, com a coordenação do CAO Infância e a coordenação do CAO Cível para que a gente definisse quem pegaria essa atribuição. Porque o que acontece, como a atribuição era nova, todo o sistema de proteção do idoso era uma inovação, não existia.



*Dr. Luiz Cláudio Carvalho de Almeida (ao centro), Coordenador do CAO Idoso e Pessoa com Deficiência entre 2013 e 2018, durante o evento “As Políticas para o envelhecimento no Brasil: Perspectivas para o Futuro”, realizado em 28/09/2017 no Auditório do 9º andar do Edifício-Sede do MPRJ*

**MKlang:** Sim. Era uma nova estrutura, uma nova abordagem.

**LCCA:** Exatamente, exigindo um novo trabalho, exigindo preparação. Foi feita uma reunião logo após o Tribunal de Justiça ter decidido incluir a matéria na Vara da Infância em que os colegas da Promotoria de Infância entenderam por bem não pegar essa atribuição, que foi na minha opinião a decisão mais acertada que o Ministério Público teve.

Como não havia órgão específico para tanto, salvo as promotorias que a Cristine citou, que vieram a ser criadas e que eram insuficientes para dar conta da demanda, as promotorias cíveis pegaram esse tema, que é o caso da minha. Então eu participei desde o início, a minha promotoria era cível e pegou essa demanda. A partir daí, outras promotorias foram se especializando, a minha inclusive. Campos dos Goytacazes é um município que acabou sendo contemplado com a criação da Promotoria que ocupo hoje, de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência.

**MKlang:** É a maior cidade do interior, não é?

**LCCA:** É. Isso aconteceu com Volta Redonda, que depois teve uma mudançazinha, teve um ajuste. Aconteceu com Petrópolis, Duque de Caxias, onde Cristiane foi titular, São Gonçalo e temos esses órgãos atualmente. Na capital, expandiu e gerou o que temos hoje, que acho que é o ideal, que é uma especialização mesmo. As promotorias do interior ainda são semiespecializadas, porque tem idoso e pessoa com deficiência. E a gente já entendeu que o nosso caminhar, para o futuro, a gente sabe as dificuldades de criação de um órgão ou de reengenharia, porque hoje criação é até inviável, o negócio é reengenharia, a gente tentar se reorganizar melhor. Mas o ideal é que no futuro a gente tenha a especialização do idoso e só, porque o tema, e eu posso dizer isso com grande segurança, o MPRJ se tornou protagonista na *expertise* da matéria porque tomou decisões acertadas: criar promotorias especializadas e criar o Centro de Apoio Operacional (CAO) especializado. Também teve esse caminho do CAO, porque inicialmente o 3º CAO, que pegava matéria cível, abarcou esse tema. Cristiane assumiu lá uma sub-coordenação, que na prática funcionava como um CAO, até a criação do CAO especializado a Cristiane foi a primeira coordenadora, apesar de ficar poucos meses inicialmente. Depois eu assumi e fiquei cinco anos na coordenação e Cristiane voltou à coordenação agora. Então o MP, ao escolher essa especialidade, saiu do zero, Márcio. É importante salientar aqui.

**MKlang:** Por um lado é uma coisa muito gostosa. Eu gosto de implantar coisas, porque você dá a sua feição. Agora também é muito espinhoso.

**LCCA:** Eu acho. O que aconteceu é que a gente não tinha referência nenhuma. Primeiro que na faculdade esse tema não existe, a gente não estudou Direito do Idoso.

**MKlang:** Você estuda Direito Internacional Privado, mas não estuda o idoso.

**LCCA:** O que começamos a perceber é que na verdade é necessária uma *expertise* multidisciplinar. O Promotor que trabalha na área do idoso não pode se limitar à questão jurídica, ele tem que entender de temas que tangenciam, o que a gente chama em linhas gerais de gerontologia, que não é a geriatria. Geriatria é a especialidade médica, mas a Gerontologia é o conhecimento do envelhecimento que abarca todas as áreas. Então, de certa forma, o Promotor que se especializa, apesar de não fazer o curso para isso, ele precisa ser meio que um Gerontólogo, porque ele tem que entender demências, tem que entender um pouquinho de síndrome geriátrica e tem que entender um pouquinho do contexto social em que o envelhecimento se desenvolve no Brasil. Até porque o nosso trabalho acaba sendo muitas vezes espelho para o gestor. Então não é incomum que ao chegar em uma determinada comarca, especialmente nas menores, o Promotor quando é especializado, se o gestor dá espaço, ele acaba quase que orientando, porque não é uma área em que o gestor público dê prioridade. A prioridade está na lei, mas não na prática.

**MKlang:** Eu sei, está no papel, não é?!

#### **Bloco 06 – Quem é Eliane Almeida de Abreu Belém?**

**MKlang:** Quem é Eliane Almeida de Abreu Belém e por que você escolheu o Ministério Público?

**EAAB:** Eliane Almeida de Abreu Belém nasceu no ano de 1970 na cidade de Itaboraí, no interior do estado do Rio de Janeiro. Tem 50 anos de idade. Cresceu com a família trabalhando na área do Direito, meu pai era Tabelião de cartório, minha mãe Professora. Ingressei no cartório do meu pai trabalhando aos 16 anos de idade, vi meus irmãos se formando na área do Direito também e sendo advogados.

**MKlang:** Isso em Itaboraí? O cartório dele era em Itaboraí?

**EAAB:** Itaboraí, na cidade do interior do Estado do Rio de Janeiro.

**PGJ:** Um dos irmãos dela é meu amigo das antigas.

**EAAB:** Pois é, Luiz Henrique, advogado.

Assim eu comecei a trabalhar em cartório. Na época decidi fazer faculdade de Direito, ingressei na Candido Mendes em 1989.

## **MKlang:** A unidade do Centro?

**EAAB:** Isso. Formei em 1993. Durante esse período da minha faculdade conheci meu marido, Orlando Carlos Neves Belém, que era Promotor na cidade onde eu morava. Eu assistia todos os Júris da cidade, era uma cultura no interior você assistir aos Júris. Então nós nos conhecemos, encantei-me pelo trabalho do Orlando e decidi fazer concurso para o Ministério Público. Passei no ano de 1998, tomei posse em 1999. Atuei dois anos como Promotora Substituta e tive oportunidade de trabalhar na 5ª Vara Cível da comarca de Nova Iguaçu, na época pós-fraude do INSS, atuando e oficiando nos processos falimentares e acidentários. Depois de um certo tempo na 5ª Vara da Cível de Nova Iguaçu, abriu concurso de remoção para a 1ª Promotoria de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência no ano de 2007, e no ano de 2008 ingressei na 2ª Promotoria de Justiça Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência da Capital, onde estou até a presente data. Trabalhando há 13 anos com idosos, por amor mesmo à profissão, por vontade de cuidar, porque sempre cuidei da minha mãe e de todos os familiares. Eu tenho vontade de cuidar das pessoas, de tratar das pessoas, e me dá um incentivo, uma satisfação muito grande. Essa é a Eliane Almeida de Abreu Belém.



*Promotora de Justiça Eliane Almeida de Abreu Belém durante celebração dos 20 anos de ingresso no MPRJ, em maio de 2019, no gabinete com sua equipe de trabalho, como Titular da 2ª PJ de Proteção à Pessoa Idosa da Capital, à Av. Nilo Peçanha 151, 5º andar*

### **Bloco 07 – As maiores dificuldades para a proteção da pessoa idosa**

**MKlang:** Quais são as principais mazelas que você encontra no desempenho da sua atividade ministerial? Mazelas de ordem prática, estrutural, cultural. O que cria mais embaraço, de ordem prática ou não, vamos dizer assim.

**EAAB:** Bom, primeiro é importante frisar que nós temos aqui na capital cinco promotorias de proteção à pessoa idosa. A primeira promotoria, na área de Jacarepaguá; a segunda promotoria Centro e Zona Sul; a terceira promotoria Zona Norte; a quarta Zona Oeste e a quinta promotoria é na área do Méier. A maior dificuldade é exatamente a questão da política pública, faltam políticas públicas. E também o idoso que não tem família, o idoso que viveu a vida inteira e chegou ao final da vida sem família. Como que vai se cuidar? O idoso do Centro e da Zona Sul, quando ele tem uma situação financeira boa – geralmente a diferença é a situação financeira do idoso – ele é abusado, colocado no interior do lar e a família fica dilapidando o patrimônio dele. Já o idoso da Zona Norte, ele é depositado em um abrigo às vezes até clandestino.

**MKlang:** Arquivado lá.

**EAAB:** Arquivado. E a pessoa fica se utilizando do benefício daquele idoso.

### **Bloco 08 – Quem é Luciana Braga Martinho?**

**MKlang:** Quem é Luciana Braga Martinho e por que você escolheu o Ministério Público?

**LBM:** Luciana Braga Martinho é niteroiense, nascida e criada em Niterói. Formei-me pela Faculdade de Direito da UFRJ, no largo do CACO e ingressei no Ministério Público em 2002, no XXV concurso do Ministério Público. Atuei dois anos e meio no interior, na Promotoria de Justiça de Cordeiro.

**MKlang:** Que eu sei que é pesada.

**LBM:** É pesada porque pega uma outra comarca, Macuco, que é emancipada, mas não tem Juízo. Durante dois anos e meio fiquei lá atuando em toda sorte de matérias.

**MKlang:** Lá é “clínica geral”, não é? Juízo único.

**LBM:** Juízo único. Em 2007 foi criada a promotoria especializada em São Gonçalo e eu assumi a titularidade de uma promotoria que não sabia nem como seria a estrutura. Ela nasceu sem estrutura alguma, era uma mesa antiga, um armário antigo, um

funcionário e uma estagiária recém ingressos no MP. Eu recebi uma avalanche de procedimentos e disse: “preciso minimamente me organizar porque senão isso vai me consumir de uma maneira”. E aí fui brigando para que a estrutura fosse criada, brigando entre aspas, não é?

**MKlang:** Sim, lutando por aquilo.

**LBM:** Fui até o Procurador-Geral falar “olha, tem que ter o mínimo de estrutura aqui para poder funcionar, porque senão a gente não consegue avançar”. Era a metade de uma sala que eu dividia com a estrutura do CRAAI São Gonçalo, porque não tinha sala, [a promotoria] foi criada e não tinha sala.

Nossa estrutura atualmente é totalmente diferenciada do que foi em 2007.

**MKlang:** Você vê que não tem tanto tempo assim, não é? Porque eu falo de 1978, 1980. Você está falando de 2006, 2007. Após anos 2000, não é tão longe assim.

### **Bloco 09 – Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs)**

**MKlang:** É da competência do Ministério Público a fiscalização das Instituições de Longa Permanência de Idosos, as ILPIs. Quais são os tipos de ILPIs que existem em São Gonçalo e quais são os principais problemas que costuma encontrar nesse tipo de instituição? Elas são privadas, são públicas, são filantrópicas, são ONGs [Organizações Não Governamentais]? E qual é a principal mazela que você costuma encontrar?

**LBM:** Como estava falando anteriormente Dr. Márcio, a promotoria foi criada com uma atribuição enorme. A gente tinha seis municípios para fiscalizar na parte de tutela coletiva (idoso e pessoa com deficiência) e na parte da tutela individual da pessoa idosa em situação de risco.

Atualmente houve uma reestruturação e a promotoria de São Gonçalo tem atribuição para atualmente três municípios. Eram seis agora são: São Gonçalo, Rio Bonito e Guapimirim. Atualmente tem 41 unidades que a gente fiscaliza nesses municípios. A maior preocupação é assim, a gente tem duas filantrópicas em São Gonçalo. Não temos instituições públicas em São Gonçalo. Conseguimos, quando eu tinha atribuição em Itaboraí, de tanto...

**MKlang:** Deixe-me ver se estou entendendo o que você está dizendo, desculpe interromper. É o seguinte, você está dizendo que na cidade de São Gonçalo, que tem mais de um milhão de habitantes não existe nenhuma instituição pública de longa permanência para idosos.

**LBM:** Não existe.

**MKlang:** Mas existe verba para fazer festa. Para pintar meio fio de praça? Para isso existe verba?

**LBM:** Eles sempre alegam que não tem verba para instalar o abrigo público. Tem termo de parceria firmado com duas unidades, que é o Lar Samaritano e o Abrigo do Cristo Redentor. Os idosos em situação de risco são abrigados lá através do termo de parceria.

**MKlang:** Parceria da Prefeitura com essas instituições?

**LBM:** Sim. Eles pagam uma renda *per capita* por idoso abrigado no local. Nossa maior preocupação atualmente são as instituições clandestinas, que a gente vai, fiscaliza, encerra uma, aparece outra em outro local.

#### **Bloco 10 – ILPIs clandestinas**

**MKlang:** Se existe uma instituição clandestina, é igual cassino clandestino, cigarro falsificado, é alguma coisa lucrativa feita de uma forma ilegal e escondida. Então significa dizer que alguém está auferindo algum tipo de lucro. Explique isso, como é que surgem? Você não vê a criação de hospitais clandestinos. Quando existe clandestinidade, Luciana, é porque existe algum interesse econômico envolvido.

**LBM:** As pessoas que instalam um abrigo clandestino, apresentam uma conotação socioassistencialista, assistencialista, como se estivessem fazendo um favor para aquela pessoa.

**MKlang:** Uma caridade. Eu posso imaginar.

**LBM:** Sempre com essa conotação, não é? “A pessoa estava abandonada”, “a família não estava cuidando direito”. Uma residência vai se acomodando sem equipe, sem estrutura adequada e às vezes até sem alimentação suficiente e equilibrada. Porque uma instituição, para funcionar, tem que ter minimamente condições para que isso aconteça: a equipe tem que estar capacitada, o local.

**MKlang:** Minimamente.



**LBM:** Minimamente. A gente não vai ter a estrutura de um país desenvolvido em um local que é muito carente. São Gonçalo é muito carente, a população é muito carente, mas nem por isso a gente precisa ter uma instituição que seja carente de tudo, isso a gente não pode admitir.

**MKlang:** Claro.

**LBM:** A pessoa tem que estar ali com o mínimo de dignidade. Tem que ter uma equipe funcionando adequadamente, um local apropriado, uma estrutura apropriada, alimentação suficiente. São vários itens que a gente elenca. O Centro de Apoio Operacional (CAO) fez até um manual de fiscalização para que a gente tenha um parâmetro...

**MKlang:** Ah, que interessante.

**LBM:** Sim, para que a gente tenha um parâmetro para fiscalizar, para que seja uma coisa formalizada no estado inteiro que a gente possa se basear.

**MKlang:** Que não seja um puxadinho.

**LBM:** Exatamente. Que a gente tenha uma sequência de itens que a gente precisa fiscalizar e verificar se realmente estão preenchidos: a questão documental, tem que estar regularmente instalada, ter alvará sanitário do Corpo de Bombeiros.

**MKlang:** Mas, olha, vou te dar uma notícia em primeira mão. Não é uma coisa peculiar a São Gonçalo os puxadinhos. Ontem, em Nova York, foi feito um puxadinho na churrascaria Fogo de Chão para que o sr. Presidente da República, que não foi vacinado e não usa máscara, pudesse fazer uma refeição. Então não é privilégio.

Evidentemente a Fogo de Chão é brasileira, só que está em Nova York e fizeram um puxadinho para ele comer senão não poderia comer. Mas toca o bonde, desculpe, eu não resisti a tocar nesse assunto.

**LBM:** Sim. Considero que isso seja um assunto bem relevante que a gente precisa coibir. A gente tem atuado muito em conjunto, tentando firmar parcerias com o município, principalmente com a vigilância sanitária, para que a gente coíba esse tipo de postura, de prática de locais inapropriados.

## **Bloco 11 – Lugar de “velho” é no asilo?**

**MKlang:** Lugar de “velho” é no asilo?

**EAAB:** Não. Não é no asilo. Lugar de velho é em casa, cuidado pela família. É obrigação da família, em primeiro lugar, cuidar do idoso. Em último caso, quando o idoso não tem mais recursos, aí sim vai para o asilo. Essa é a minha opinião.

**LCCA:** Assim, Márcio, posso complementar aqui?

**MKlang:** Claro, a pergunta é para os quatro.

**LCCA:** Isso que a Eliane falou é inclusive um dos princípios do Estatuto do Idoso: a prioridade é na família. Mas o que a gente observa é o seguinte, existem circunstâncias, da vida da pessoa mesmo, em que essa convivência familiar não é possível. Então, nesses casos, em que a única opção...

**MKlang:** Você diz o que, por exemplo, um casal que tem quatro filhos?

**LCCA:** Não. Assim, você tem desde histórico de violência familiar...

**MKlang:** Contra o idoso?

**LCCA:** Contra o idoso. Como situações...

**MKlang:** Você está dizendo que um filho, uma filha, ou um genro, ou uma nora, ou todos eles maltratam o idoso?

**CBL:** Ou ele quem praticou a violência em relação a esses filhos.

**LCCA:** Estatisticamente, a maior incidência de violência contra o idoso é dentro da família. Isso é um dado que os artigos científicos indicam e também os dados da nossa Ouvidoria. O agressor número um, estatisticamente, é um parente, aí tem toda essa turma que você está falando.

Porém, também tem o idoso que é o agressor. Você tem também essas situações em que o idoso teve um passado não tão honorável.

**MKlang:** Não muito feliz com a família.

**LCCA:** Ele acabou construindo uma vida que acaba numa solidão causada por ele mesmo. E a gente tem também a natureza, porque as pessoas também às vezes não têm filhos e a pessoa sobrevive à sua geração e acaba sozinho. Porque a questão do asilo, na verdade, está ligada à situação do envelhecimento sem autonomia e sem independência. A gente não sabe como vai envelhecer, a gente pode envelhecer muito bem como pode perder algumas condições físicas que impedem da gente tomar banho sozinho ou viver sozinho.

**MKlang:** Alimentar-se sozinho, caminhar.

**LCCA:** Se ele não tem família, o asilo, que a gente chama de ILPI, Instituição de Longa Permanência para Idosos, ele se torna um lugar adequado, porque é inclusive um serviço público socioassistencial que é previsto para atender a quem não pode pagar, por exemplo. Então, nesse contexto, a gente tem também que desmistificar o asilo como um lugar ruim. Ele é uma estrutura necessária para esses casos em que a família não dá conta, ou que não tem família, ou que tem histórico de violência. E por isso ele tem que funcionar bem. A nossa fiscalização também zela por isso, para que ele seja um lugar de acolhimento digno.

**LBM:** Às vezes o idoso está melhor no abrigo do que em casa, muitas das vezes, por essas questões todas que Luiz Cláudio falou.

E a gente teve até uma experiência, fomos à uma cidade na Itália, Trieste, em que a gente pôde ver muitos casos em que a estrutura do abrigo estava melhor adaptada para a condição atual do idoso. Às vezes, a pessoa tem uma questão de doença, uma outra situação em que fica até muito caro manter a pessoa em casa com a estrutura que é necessária e o abrigo já tem todo o aparato. A gente não está falando de abrigo clandestino. O abrigo clandestino é uma prática que a gente quer coibir de toda forma.

**MKlang:** Sim, é dramático.

**LBM:** Mas assim, o abrigo bem instalado, com a estrutura adequada, acaba absorvendo casos que na família às vezes não é possível, as pessoas trabalham, ou tem outras questões que para ter uma estrutura adequada é muito custoso. Então, é claro que a gente preza que o idoso permaneça em família, mas não sendo possível, em casos específicos, o abrigo é uma solução. A gente tem que encarar isso, que é uma solução e tem que estar bem aparelhado para receber o idoso e ele envelhecer de forma adequada, com tudo sua autonomia.

**MKlang:** E o mínimo de dignidade.

**LBM:** Exatamente. Eu sempre falo, tem que ter dignidade.

**CBL:** Acho que justamente uma coisa que a gente tem que reconhecer é que esses abrigos clandestinos existem por ausência das instituições que deveriam ser implementadas pelo poder público. Elas deixam de implementar essas políticas públicas de criação dessas instituições, levando à existência desses abrigos clandestinos. Porque a família, muita das vezes, como foi colocado aqui pelos colegas, ela não tem condições de cuidado. Quantas vezes a gente se depara com uma pessoa muito idosa cuidando de outra pessoa idosa? E a gente vê a impossibilidade desse cuidado. E é levado à inserção dentro de um local que na verdade não exerce essa função de cuidado como deveria fazer. A gente entra em uma roda muito ruim de desproteção dessa pessoa idosa a partir do momento em que o poder público não faz o seu papel no sentido de criar esses ambientes de cuidado para a pessoa idosa.

E digo mais, não só essas instituições não, seriam políticas de cuidado, por exemplo, a própria assistência à saúde, acompanhando, como já acontece nos municípios de São Paulo e Belo Horizonte. Onde algumas políticas existem de acompanhamento até para retardar o ingresso deste idoso na instituição.

Isso a gente viu também lá em Trieste, a presença de toda uma rede cuidando daquela pessoa idosa, acompanhando a pessoa idosa. De modo que quando ela for para a ILPI é de fato o momento em que ela vai necessitar daquela instituição.

## **Bloco 12 – Boas políticas públicas de cuidado**

**MKlang:** Eu frequento muito Israel. Sou judeu e temos família em Israel. E isso eu vi ao vivo e em cores. A minha cunhada ficou viúva, os filhos casados, ela morando em uma cidade e os filhos em outra, lá em Israel. E chegou um ponto em que ela teve problemas neurológicos sérios. Pois bem, o plano de saúde dela, junto com a previdência social de lá, providenciou que ela tivesse uma cuidadora durante 3 horas por dia. Então ia uma pessoa na casa dela – ela continuava morando na casa dela, porque ela estava lúcida, tinha problemas apenas de locomoção. A pessoa ia lá, fazia compras, dava banho, fazia comida e ia embora. E ela continuava vivendo a vida dela, na casa dela, vendo os programas, recebendo os amigos na casa dela. Quer dizer, é o que vocês falaram, você só vai para a ILPI quando não há outro jeito.

**EAAB:** Márcio, eu queria acrescentar que acho que é uma questão de cultura da sociedade. A sociedade italiana tem aquela cultura familiar muito unida, um ampara o outro sempre. Aqui no Brasil, infelizmente, não é a cultura familiar o idoso chegar a uma determinada idade com a família reunida. Isso que eu quis falar com relação à hipótese do abrigo como último lugar. Porque eu acho que o idoso deve permanecer com a família e em último lugar sim, ele vai para uma instituição de longa permanência, quando não tem opção.

**LCCA:** Márcio, só para complementar uma coisa que você falou. Na verdade, o que falta no Brasil é uma política de cuidado. Porque não se trata de uma estrutura única para tudo. O asilo está em um contexto geral de cuidado, ou seja, ele é um equipamento que ajuda nisso, mas não é o único. Então é isso que a Eliane está falando.

Muitas famílias colocam o idoso no asilo porque não tem quem fique com ele durante o dia. Porque é assim: “Eu tenho que trabalhar, não tem quem fique com ele durante o dia, porque está com Alzheimer, precisa de uma pessoa para acompanhar”. Aí você tem equipamentos como o Centro Dia, que é o equipamento que a Cristiane citou, tem a previsão, mas não está implementado nem difundido no Brasil. O que para muitas famílias seria a solução para você não precisar abrigar o seu idoso.

### **Bloco 13 – A gerontofobia no Brasil**

**MKlang:** Existe uma coisa chamada gerontofobia, especialmente no Rio de Janeiro. Existe aquela ideia de que você tem que ter a vida inteira 20 anos, 1,80 cm e pesar 50 kg. Se você não seguir esse modelo, você “joga fora no lixo”. Essa cultura, esse ideal de beleza e juventude, como se beleza e juventude fossem os únicos valores palpáveis e consistentes da vida. O que não são, até porque beleza e saúde são coisas efêmeras, vêm e vão embora. Eu queria perguntar a vocês o que acham dessa questão da gerontofobia em um país que foi o país do futuro, agora é o país do presente, porque a população idosa brasileira aumentou exponencialmente e aquele país jovem da década de 1940 envelheceu. O que vocês acham disso?

**CBL:** Eu acho que existe sim todo esse movimento, mas em paralelo a gente tem visto também um avanço de as pessoas falarem mais sobre o envelhecimento. Porque assim, o envelhecimento demanda planejamento. A gente não pode deixar de pensar que vamos envelhecer. E isso também dentro de um contexto familiar. Eliane falou muito bem que a gente precisa, muitas vezes, cuidar dos nossos parentes e a gente não pensa nisso, a verdade é essa. Então quando a situação chega, a gente se depara com aquela realidade e, muitas vezes, existe o que Luiz Cláudio falou também, a questão da negligência familiar dentro desse núcleo familiar.

Pouco se fala sobre o envelhecimento, pouco se fala sobre o cuidado que a gente vai ter com os nossos familiares, inclusive entre irmãos. Porque, muitas vezes, Luiz Cláudio é filho único. Eu, por exemplo, tenho mais três irmãos. E recentemente me vi em uma situação que foi muito mais tranquilo dividir os cuidados entre nós. Mas isso tudo necessitou de uma conversa, de uma mediação, de como a gente faria e o que cada um daria. Então, as pessoas simplesmente não pensam no envelhecimento e eu acho que hoje a gente está em uma cultura onde se fala mais sobre isso. Se chama mais atenção para esse tema e se pensar em planejar melhor o nosso envelhecimento.

Todos que estão aqui nos escutando, e eu acho que a maioria é mais jovem, a gente tem que ter a consciência de que vamos envelhecer, nossos familiares vão envelhecer, a gente vai ter que pensar como será esse cuidado.

**EAAB:** Eu acho mais importante a questão da situação financeira.

**MKlang:** Você diz o que, o planejamento disso?

**EAAB:** O planejamento para o envelhecimento, que seja uma qualidade de vida. Que o idoso construa aquilo para que possa mais tarde, aquela pessoa que viveu o ontem com 20 anos de idade, ele já tem que pensar na finitude, porque vai acontecer. Então é muito importante a situação financeira. Que ele faça um planejamento para que ele possa construir uma qualidade de vida mais tarde, no futuro.

**MKlang:** Mas, Eliane, se você mora em um país em que tem que ter 20 anos para o resto da vida, 1,80 cm e 50 kg, como é que a gente vai conseguir quebrar essa muralha de que você só é bonito e belo e deve ser aplaudido se tiver 20 anos? Isso é mesmo uma questão cultural.

**EAAB:** É uma questão cultural mesmo.

#### **Bloco 14 – Envelhecimento e a educação brasileira**

**LCCA:** Devia trabalhar esse tema, a lei da política nacional já fala disso, na educação. O envelhecimento é algo que é tratado como se não existisse. A gente tem uma atenção muito grande para a primeira infância e tem que ter mesmo. Mas a gente vive como se não envelhecesse. E essa acessibilidade, com os problemas que acontecem no envelhecimento, tem que ser honesta. Porque o que acontece, muitas pessoas também evitam discutir problemas que acontecem no envelhecimento e podem acontecer com a gente. Perda de mobilidade, desde questões que são banais, como a pessoa estar com incontinência urinária, não pode falar disso, mas isso acontece no envelhecimento, então temos que trabalhar isso. Isso pode gerar o meu isolamento social, uma vergonha social, mas é algo que nunca é encarado de frente. Isso não tem problema de ser encarado, porque é um problema que está ligado à síndrome geriátrica e pode acontecer no final da vida, o Alzheimer, são questões que acontecem. A sociedade jovem que você fala parece que foge desse assunto. E aí, quando acontece e a gente vê acontecer diuturnamente nesses procedimentos em que atuamos, há um despreparo, uma surpresa, um medo, um pavor pela situação posta, que é a situação de um familiar que sempre foi autônomo e independente perder a autonomia. Mas isso é previsível? É. Essa que é a questão.

**MKlang:** Não é só previsível, eu diria mais, é provável.

**LCCA:** Estatisticamente isso tem uma chance grande de acontecer. Por que a gente não discute isso?

O contato com o envelhecimento também é muito difícil, porque hoje muitos jovens não convivem com idosos. O idoso é uma figura meio folclórica, o velhinho, a velhinha. Mas quando você convive com o idoso, nas diversas condições como nós convivemos – a atuação na área do idoso é também um aprendizado de vida, é importante salientar isso. A gente acaba se deparando com situações que nunca encarou e se depara por trabalhar na área. E não é incomum quando a gente conversa sobre esses assuntos, a pessoa ficar chocadíssima, perguntando “Gente, isso aconteceu!?”. Pô, acontece toda hora.

### **Bloco 15 – A invisibilidade da política de cuidado**

**MKlang:** Gente, agora é o quarto e último bloco. Há perguntas dos participantes?

**Nataraj:** Vocês acham que no contexto da cidadania as pessoas compreendem que cabe aos entes públicos o cuidado com os idosos? A gente entende que o governante precisa cuidar da segurança, da educação, da saúde, mas eu não sei se existe um pensamento tão certo de que precisa cuidar dos idosos. Como vocês veem?

**EAAB:** Nataraj, a própria Constituição, no artigo nº 230, diz que a família, em primeiro lugar, tem obrigação de cuidar do idoso. Depois vem a sociedade e só em último caso o poder público. Por quê? Porque se a família cuida, você não vai buscar o Ministério Público. Você só vai buscar o MP quando seu direito não é assegurado e não tem uma família que lhe dê um resguardo. Por isso acredito até que, no Japão, eu acho que não tem a figura do Ministério Público, porque os japoneses têm a cultura do respeito à pessoa idosa muito grande. O que não acontece aqui no Brasil.

**MKlang:** Isso eu sei.

**EAAB:** Você não pode comparar o Japão, Trieste [cidade italiana], com o Brasil. Por isso que temos aqui o MP do idoso, porque há a carência com relação à família, que em primeiro lugar deveria cuidar do seu idoso. Não sei se foi essa a sua pergunta.

**MKlang:** Sim. E foi uma ótima citação ao artigo nº 230, porque está claro lá na Constituição.

**LCCA:** Só complementando aqui a Eliane. Acho que Nataraj tocou em um ponto que acho fundamental, porque realmente existe uma invisibilidade dessa área para a população. A política nacional de cuidado, são normalmente estruturas que existem em alguns países com fonte legislativa: Espanha, Noruega, Itália, mas especificamente na região que nós fomos, não é só para idoso não. A política de cuidado é para qualquer situação em que a pessoa perca a autonomia e a independência. O cuidado é algo inerente ao ser humano, só para a gente se situar.

A gente enxerga isso mais na infância. Alguém cogita pegar um neném e soltar na rua e dizer “pode se virar?”. Não, porque ele não tem autonomia nem independência. Não tem condições de se cuidar sozinho. O que a gente às vezes não percebe é que essa condição que a gente vê claramente em um bebê, na primeira infância, pode acontecer ao longo da vida. Quando ela acontece ao longo da vida, qualquer país que adote como princípio a dignidade da pessoa humana, tenha uma solidariedade social, uma Constituição com essa característica, tem que prever uma política pública para atender essa parte da população. Que não é só idoso, mas acontece muito fortemente no envelhecimento. Porque no envelhecimento, com o declínio da condição física da pessoa, proporcionalmente mais pessoas vão perder a autonomia e a independência. No Brasil, a gente não tem uma política pública de cuidado porque não tem nenhuma lei aprovada que fale isso. Têm projetos de lei, mas nenhum foi aprovado. Então, para a gente entender isso como um direito da pessoa, realmente, Nataraj, é difícil. Porque quando você chega, por exemplo, no município para falar com o gestor que o serviço de acolhimento institucional – o asilo – é um serviço público, muitos têm dificuldade de entender. Eles dizem “mas isso não é obrigação minha, é obrigação do asilo”. Cada município tem asilos tradicionais, filantrópicos. Ele não consegue enxergar que isso está dentro do dever dele, dentro de um serviço socioassistencial.

**MKlang:** Primeiro que não é um problema, não é? É um dever.

**LCCA:** Justamente nessas situações em que a Eliane falou em que falta a família. A política pública tem que aparecer porque o idoso não pode ficar lá largado. A gente não pode, mesmo em situações que tentamos recuperar a família – porque às vezes a gente consegue reestabelecer laços, buscar novos laços, novos arranjos que o idoso fique em casa. Mas mesmo nesses laços, até isso acontecer, o idoso não pode ficar morrendo de inanição dentro de casa. Então, as pessoas identificam esse tipo de trabalho com o idoso como filantropia “é um favor que eu faço”, “um projeto de vida”, “entidades religiosas que devem fazer isso”, mas não veem o gestor.

**LBM:** Falei disso na questão dos clandestinos, não é, Luiz Cláudio. Eles sempre têm essa conotação de que estão fazendo um favor. E quando a gente fala de outras experiências, a gente na verdade não pensa em trazer a realidade de outros países, da Itália, para o Brasil.

A gente colocou aqui a questão das boas práticas, questões simples de assistência. Às vezes pintar uma parede, ambientar o espaço de maneira mais adequada, para que a pessoa se sinta...

**MKlang:** Acolhida, não é?



**LBM:** Acolhida. A gente falou um pouco dessa experiência, não para achar que a gente vai ter a realidade da Itália ou de outro país, em condições de implantar muito melhores do que o Brasil. Mas são questões bem simples que consegui visualizar em uma instituição de São Gonçalo, uma melhoria absurda a partir do momento em que a gente começou a pontuar o que poderia melhorar.

Eu voltei lá e foi uma realidade que trouxe uma satisfação pessoal e profissional de perceber o avanço daquele projeto ali, da gente fomentar questões simples. Você chegar e ter uma parede colorida pintada com umas plantas penduradas. Uma música tocando. Livros.

**MKlang:** Às vezes são detalhes, não é?

**LBM:** Detalhes, o que não é custoso. A gente pode melhorar as condições das pessoas com boas práticas, não necessariamente com um custo elevado. Então, é nesse sentido que a gente fala de trazer a experiência, motivações para as pessoas que trabalham nessa área, porque muitas vezes elas não têm muita capacitação. E a gente precisa fomentar também a capacitação, que é fundamental nessa área. Para que, quem lida com idoso esteja capacitado para lidar com idoso, esteja capacitado e saiba lidar. Não o tratar como incapaz. Por que ele é incapaz? Por que ele ficou idoso? Ele não é incapaz por isso, só pela idade. Enfim, são várias questões que a gente precisa provocar em quem lida com o idoso na sociedade e que traga benefícios para nós mesmos, porque vamos envelhecer, chegar na melhor idade, como dizem atualmente.

**MKlang:** Isso é conversa.

## **Bloco 16 – O futuro do MP na proteção do idoso**

**Carolina [plateia]:** Não possuo exatamente uma pergunta, mas um questionamento. Ao longo desse brilhante programa vimos todo o avanço do Ministério Público na sua missão constitucional e legal com os idosos nas últimas décadas. Como os Promotores veem a atuação do Ministério Público na matéria daqui a 10 anos, em 2031?

**EAAB:** Carolina é Assessora da 4ª PJ, uma excelente profissional que colabora muito com a instituição na tutela dos direitos dos idosos.

Acho que a gente tem tido grandes avanços, um desses que quero destacar é a criação da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Pessoa Idosa aqui na Capital. Acho que a gente tem verificado, e foi pontuado no início pelo Luiz Cláudio, que o Ministério Público tem que estar cada vez mais especializado nessa matéria, porque a gente tem um aumento de demanda e precisa trabalhar a questão do orçamento, porque sem orçamento para a implementação dessas políticas a gente não vai

conseguir avançar. Então, acredito que daqui a 10 anos, até porque a gente teve um processo de envelhecimento da população muito rápido, o que não aconteceu com outros países já desenvolvidos e ricos, onde esse processo foi muito mais demorado. Acho que a gente hoje vem trabalhando muito a questão das políticas públicas, vem trabalhando muito esse nosso olhar para a questão orçamentária, então acho que temos evoluído em termos de instituição para que a gente possa, no futuro, estar vivenciando uma situação melhor em termos de políticas públicas.

**MKlang:** Ou seja, você tem uma visão otimista?

**CBL:** Minha natureza já é otimista. Em que pese muitos colegas acharem talvez que seja uma utopia. Mas assim, dentro desse cenário do Ministério Público, acredito que a gente tenha...

Acho que as pessoas estão falando mais sobre o assunto, a gente tem tido mais associações se mobilizando em relação a isso. E aí já há uma conscientização maior, em que pese muito incipiente, da gente ter que avançar em termos de políticas públicas para as pessoas idosas.

**Nataraj:** Ainda temos um comentário da Carolina Moreira chamando atenção para o projeto NATEM, de acompanhamento de regularização das ILPIs em processo de regularização, que é um excelente projeto, por sinal.

**MKlang:** Eu não conheço isso, quem pode falar sobre?

**CBL:** O NATEM é o nosso Núcleo de Apoio Técnico, que temos na capital. Na verdade, os psiquiatras e o contador atuam também no restante do estado, mas os assistentes sociais e os psicólogos estão mais voltados para os colegas aqui da capital. Seja na atuação da tutela individual da pessoa idosa, também na tutela individual da pessoa com deficiência.

**MKlang:** O NATEM é um projeto que busca regularizar, é isso?

**CBL:** Não. A equipe do NATEM, junto com o GATE, fez recentemente um manual de monitoramento da fiscalização dessas instituições. O que permite ao Promotor de Justiça realizar um planejamento de acompanhamento a partir de uma inspeção que é feita. Temos a obrigação de fiscalizar, pelo menos uma vez por ano, as instituições de longa permanência. Aqui no estado temos cerca de 500 instituições. Como os colegas estavam às vezes muito sobrecarregados, pensamos nesse planejamento de modo que eles pudessem, diante das carências e irregularidades que foram verificadas a partir daquela inspeção, pensar em um tempo de curto, médio e longo prazo para

que as instituições possam se adequar e deixar de ter aquelas irregularidades que foram apontadas pelas equipes. Isso não é algo que se limita à capital, isso foi feito pensando no estado todo.

**MKlang:** Muito interessante. Muito produtivo. Proativo.

**LBM:** A gente tem atuado muito proativamente. Justamente isso que queria colocar aqui. A gente tem tentado trazer capacitação para as equipes, através dos Centros de Apoio Operacionais (CAOs) e do NATEM, que é fundamental e essencial para nossa atuação. É um trabalho excelente. A gente consegue trazer informações atualizadas, indicar como a equipe tem que atuar em instituições, o tipo de atendimento que deve ser prestado, como deve funcionar a instituição. Eles trazem quase um passo a passo de uma ILPI e da fiscalização, isso é essencial para quem está fiscalizando e para quem tem que prestar o serviço. O que se espera de uma fiscalização? Em um primeiro momento a gente estende a mão para ajudar, colaborar, trazer informação. Não adequando, não seguindo as orientações, em um segundo momento a gente vai fiscalizar e punir, enfim. Não é a nossa função primordial, a gente quer que a instituição funcione adequadamente, a gente não quer punir, fechar, encerrar, interditar instituição nenhuma. A gente quer que ela esteja minimamente em funcionamento com condições adequadas. Então esse trabalho com a equipe multidisciplinar é fundamental para que todos procurem estar de acordo com suas determinações legais.

### **Bloco 17 – O novo perfil do idoso**

**MKlang:** Veio-me uma questão. Existe no Brasil um organismo chamado “Sistema S”, formado pelo SENAI, SENAC, SESC, [entre outras instituições] que é um sistema riquíssimo. Existe algum projeto desse “Sistema S” envolvido na questão do idoso?

**CBL:** Tem sim. Eles têm uma revista que eu recebo. Há todo um engajamento em relação à pessoa idosa: encontros, debates, estudos. Eu tenho a “Revista Mais 60” [SESC/SP].

**LCCA:** Sim, eles têm grupos para idosos. Eu já fui lá falar em um grupo desses.

**Mklang:** O SESC? Eu queria saber como curiosidade.

**LCCA:** Eles têm trabalho com área de envelhecimento. Tem um detalhe, Márcio, que é importante. Nós falamos aqui sobre a questão de perda de autonomia, mas tem o envelhecimento ativo, outro segmento importante. Ou seja, o idoso que está bem, mas às vezes não encontra ambiente onde ele possa interagir. Esses projetos

são importantes. A PUC-Rio tem um projeto de cinema a partir de 50 anos, com música, umas coisas assim. Porque é o seguinte, trabalhar com envelhecimento, não é trabalhar estereótipo. Para o idoso não é oferecido algo com a multiplicidade que a humanidade tem. Por exemplo, o fato de eu ser idoso, não quer dizer que eu queira ficar batendo palminha e fazendo atividade sem graça. Tem que ter atividades com a multiplicidade que o mundo tem. Ou seja, o idoso não vira uma personagem, ele é um ser humano na sua caminhada. Se ele gostava de navegação, de barco, de *rock in roll*, ele continua gostando. Esses projetos têm de ter em mente a diversidade e não oferecer atividade estereotipada que às vezes o idoso não se identifica.

**Mklang:** Uma certa infantilização.

**LCCA:** Tem de ser variado. Tem gente que gosta do bailinho da 3ª idade, beleza. Tem gente que gosta de discutir cinema, novela... Isso tem que ter também. E sempre, se possível, com um enfoque intergeracional para também não segregar. Minha mãe é uma que fala assim: “pô, vou nesse lugar e só tem idoso”.

**LBM:** Isso é importante, que esteja inserido no contexto social e que se sinta integrado na sociedade, não se sinta isolado.

**LCCA:** Existem laboratórios de pesquisa de produtos, de como a indústria deve oferecer produtos para o envelhecimento. E tudo indica que esse caminho do estereótipo foi o caminho errado: Ah, isso é um produto para quando você ficar idoso”. Ninguém vai querer comprar isso. Ninguém quer o rótulo “idoso” e sim o rótulo “você”: é Luciana, Cristiane, Luiz Cláudio, Eliane, Márcio. Você continua com a sua individualidade, você não vira uma personagem que se encaixa no molde. Então, os produtos que levam em conta o envelhecimento tem que ser acessível, adaptado, mas não de uma maneira que te coloca numa caixinha.

**Mklang:** Você tocou em um ponto importante, Luiz Cláudio. Antigamente, até quarenta anos atrás, eu me lembro que uma senhora de 75 anos, era aquela senhora com vestido de bolinha preto e branco, com um xale na cabeça indo à missa. Era esse o estereótipo. E hoje em dia, uma senhora de 75 anos quer ir à praia, ao cinema, viajar.

**LCCA:** Ela quer fazer intercâmbio.

**EAAB:** Ela quer fazer um rejuvenescimento facial também.

**Mklang:** Aquela velhinha não existe mais.



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 191.464 / SANTA CATARINA**

**RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO**

**AGTE.(S): MARIO CESAR SANDRI**

**ADV.(A/S): NILTON JOÃO DE MACEDO MACHADO E OUTRO(A/S)**

**AGDO.(A/S): PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **EMENTA**

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.

2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.

3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua



confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: *“o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.”*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixar a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Brasília, 30 de outubro a 10 de novembro de 2020.

**MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO**

Relator

11/11/2020  
PRIMEIRA TURMA

**AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 191.464 / SANTA CATARINA**

**RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO**

**AGTE.(S): MARIO CESAR SANDRI**

**ADV.(A/S): NILTON JOÃO DE MACEDO MACHADO E OUTRO(A/S)**

**AGDO.(A/S): PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### RELATÓRIO

#### O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de minha lavra que, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao *habeas corpus*. A decisão foi assim ementada:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

2. Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes previstos no art. 1º, I e II, c/c o art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão. A sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na instância extraordinária, o recurso especial interposto não foi admitido na origem, sucedendo série de recursos perante o Superior Tribunal de Justiça visando ao seu conhecimento e provimento, sem êxito.

3. Neste recurso, a parte agravante aduz que a decisão impugnada não está alinhada com o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, alega que a Sexta Turma do STJ entende que *“a norma em discussão é de natureza mista e mais benéfica ao réu e deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado”*. Sustenta que o HC 191.464, Rel. Min. Gilmar Mendes, que trata da mesma matéria, foi remetido para deliberação do Plenário, o que torna *“justo que o processamento da ação penal na origem seja suspenso”*.

4. Com essas considerações, a defesa requer a nulidade da decisão proferida pelo STJ e a *“suspensão do processamento da Ação Penal n. 0008918-31.2012.8.24.0033 até o julgamento final do HC 185.913/DF pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal”*.

5. É o relatório.

11/11/2020  
PRIMEIRA TURMA

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS Nº 191.464 / SANTA CATARINA**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

1. O recurso não deve ser provido.

2. Inicialmente, indefiro o pedido de suspensão do *habeas corpus* até que haja o julgamento do HC 185.913, Rel. Min. Gilmar Mendes. Não obstante a relevância dos argumentos para que Sua Excelência afete o julgamento daquele caso ao Plenário do Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática de 23.09.2020), não há previsão legal que impeça o andamento de outros processos. Atenho-me à celeridade com que devem ser julgados os *habeas corpus*, como é o presente.

3. Quanto à pretensão recursal, a parte recorrente não trouxe novos argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.

4. Em essência, a decisão monocrática negou seguimento ao *habeas corpus* porque: (i) o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que, em princípio, “é incabível recurso contra decisão que não possui conteúdo decisório nem se reveste de lesividade”; e (ii) as peças que instruem a impetração não evidenciam ilegalidade flagrante ou abuso de poder capaz de justificar o imediato acolhimento da pretensão defensiva.

5. Discute-se a possibilidade de iniciar tratativas sobre o acordo de não persecução penal (ANPP), a pedido da defesa, em processo em curso. No caso, já havia sentença penal condenatória contra o paciente, confirmada em segundo grau e pelo próprio STJ, à época em que entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019. Ao assentar a inadmissibilidade da pretensão defensiva, apoiei-me em entendimento exposto pelos eminentes Min. Marco Aurélio no ARE 1171894 e Min. Cármen Lúcia no HC 186.289.

6. Considerando que a questão ainda não está madura, uma vez que as decisões referidas são monocráticas, aprofundo o enfrentamento.

7. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o ANPP, pode ser considerada lei penal de natureza híbrida: (i) tem natureza processual por estabelecer a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal; e (ii) tem natureza material em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal – CPP<sup>1</sup>).

<sup>1</sup> Art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal: “Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.”

8. Para leis penais materiais, a Constituição prevê a retroatividade penal benéfica nos seguintes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” (art. 5º, XL) A garantia foi também assegurada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.<sup>2</sup> Por outro lado, para leis penais processuais, a regra é a aplicação imediata, ressalvando-se a validade de atos anteriores, conforme art. 2º do CPP (*tempus regit actum*).<sup>3</sup>

9. Em se tratando de leis penais híbridas, possível haver conformação entre os postulados, de forma que, de um lado, a aplicação da lei não necessariamente retroagirá em seu grau máximo (inclusive após o trânsito em julgado); e, de outro lado, não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior. Se a conformação não for realizada expressamente pelo legislador, cabe ao intérprete fazê-la.

10. A hipótese cuida da possibilidade de se instaurar a discussão sobre o ANPP no curso do processo. Argumenta-se, com base na retroatividade penal benéfica, que o acordo deve ser viabilizado mesmo depois de recebida a denúncia, proferida sentença, em fase recursal e até mesmo depois do trânsito em julgado.

11. Entretanto, penso que o procedimento em torno do ANPP o situa em uma fase específica da persecução penal e, diante da sua natureza também processual, deve ser prestigiada a marcha progressiva do processo.

12. A leitura do art. 28-A do CPP evidencia que a composição se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia. Não apenas porque o dispositivo refere *investigado* (e não réu) ou porque aciona o *juiz das garantias* (que não atua na instrução processual),<sup>4</sup> mas sobretudo porque a consequência do descumprimento ou da não homologação é especificamente inaugurar a fase de oferta e de recebimento da denúncia (art. 28-A, §§ 8º e 10º).

13. Dessa forma, o ANPP não se conforma com a instauração da ação penal, devendo ser estabelecido o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da sua viabilidade. Com efeito, a finalidade do acordo é evitar que se inicie processo, razão pela qual, por consequência lógica, não se justifica discutir a composição depois de recebida a denúncia.

14. O instrumento, embora inovador e pioneiro em certa medida, não é o primeiro incluído na legislação processual com o objetivo de revisitar a *obrigatoriedade*

<sup>2</sup> Art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

<sup>3</sup> Art. 2º do Código de Processo Penal: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

<sup>4</sup> Art. 3º-B, XVII, do Código de Processo Penal: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;”

<sup>5</sup> Art. 28-A do Código de Processo Penal: “§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.” e “§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.”

da ação penal. Podem ser citadas a transação penal, a suspensão condicional do processo ou mesmo a colaboração premiada nesse caminho.

15. O STF teve a oportunidade de enfrentar a aplicação intertemporal da suspensão condicional do processo, instituída pela Lei nº 9.099/1995. Em precedente paradigmático, de relatoria do Min. Moreira Alves, ficou assentado que a retroatividade penal benéfica deve se adequar às finalidades para as quais foi editada a lei penal:

*HABEAS CORPUS*. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei nº 9.099/95). *Lex mitior*. Âmbito de aplicação retroativa. – Os limites da aplicação retroativa da “*lex mitior*” vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído. – Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, encontra-se o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. “*Habeas corpus*” indeferido. (HC nº 74.305, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1996)<sup>6</sup>

16. Nesse sentido, para o caso da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), o STF consolidou o entendimento de que a oferta do benefício poderia ocorrer até que fosse proferida sentença penal (seja condenatória ou absolutória, como se vê do HC nº 77.877, Rel. Min. Sydney Sanches). A *ratio decidendi* do precedente acima reproduzido deve ser aplicada ao ANPP, observadas suas peculiaridades em relação à suspensão condicional do processo. É que o ANPP, como dito, esgota-se antes do oferecimento e do recebimento da denúncia e, diferentemente, a suspensão condicional do processo tem como pressuposto o início da ação penal.

17. Dito de outro modo, enquanto o ANPP se situa na fase pré-processual, que ocorre entre a investigação e o recebimento da denúncia, a suspensão condicional do processo se situa na fase processual, notadamente entre o recebimento da denúncia e a sentença penal. Assim, aplica-se a argumentação extraída do HC nº 74.305 (ação

<sup>6</sup> O precedente foi referenciado no HC nº 115247, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.11.2013.

do *tempus regit actum* conforme a finalidade da inovação processual), mas não necessariamente o resultado em termos práticos (de viabilizar a oferta do benefício até que seja proferida a sentença).

18. De fato, o ANPP tem maior semelhança com a transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/1995) e, quanto a esse instrumento, há precedentes do STF no sentido de que, inaugurada a fase processual, há preclusão da oferta de transação:

I. Transação penal (L. 9.099/95): hipótese de conciliação pré-processual, que fica preclusa com o oferecimento da denúncia ou, pelo menos, com o seu recebimento sem protesto, se se admite, na hipótese, a provocação do Juiz ao Ministério Público, de ofício ou a instâncias da defesa. II. Transação penal: inaplicabilidade ao processo por crime de abuso de autoridade, que se sujeita a procedimento especial (L. 4.898/65). (HC 77.216, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.06.1998)<sup>7</sup>

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. TRANSAÇÃO PENAL. ARTS. 89 E 76 DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. APLICAÇÃO NO TEMPO. RETROATIVIDADE.

A lei nova benéfica pode ser aplicada tanto imediatamente, por ser desdobramento dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), como retroativamente, a ponto de alcançar fatos anteriores, desde que se mostre favorável ao agente (CF, art. 5º, LV).

Incabível se mostra a suspensão do processo, a que se refere o art. 89 da Lei nº 9.099/95, por se tratar de fato apreciado por sentença anterior ao advento da mesma.

Incabível, ainda, a transação penal prevista no art. 76 da mesma lei, porquanto pressupõe que seja acordada em momento anterior à formação da relação jurídica processual. Visando evitar o processo, não pode ser tida como vantagem da qual possa valer-se o condenado no momento em que se encontra o processo.

Precedentes da Corte.

Recurso extraordinário não conhecido. (RE 217.626, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24.04.1998)

19. Em resumo, extraio as seguintes conclusões: (i) o ANPP foi instituído por lei penal híbrida, de direito material e processual; (ii) leis penais dessa natureza

<sup>7</sup> O precedente foi referenciado no HC nº 125626, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.06.2017.

subordinam-se à retroatividade penal benéfica e ao *tempus regit actum*; (iii) o ANPP se esgota na etapa pré-processual, portanto o recebimento da denúncia é marco limitador da sua viabilidade; e (iv) na espécie, a retroatividade penal benéfica incide para autorizar a aplicação do ANPP para fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

20. A Primeira Turma do STF se pronunciou, na sessão de 13.10.2020, sobre a aplicação da Lei nº 13.964/2019 no tempo, avaliando a retroatividade da regra prevista no art. 171, § 5º, do Código Penal. Pela inovação legislativa, a ação penal que versa sobre estelionato, ressalvadas algumas hipóteses, tornou-se condicionada à representação do ofendido. Questionava-se se a alteração atingia ações penais em curso, definindo-se que a regra se aplica apenas às denúncias oferecidas após a vigência da nova lei:

*HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI N. 13.964/19 (“PACOTE ANTICRIME”). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUÇÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.*

1. Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria e de sua relevância, bem como da multiplicidade de *habeas corpus* sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição pela PRIMEIRA TURMA, fica superada a Súmula 691 e conhecida a presente impetração.

2. Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no § 5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira “*condição de procedibilidade da ação penal*”.

3. Inaplicável a retroatividade do § 5º do artigo 171 do Código Penal às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19; uma vez que, naquele momento, a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como *pública incondicionada*, não exigindo qualquer

condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.

4. A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como *condição de prossequibilidade* quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público.

5. Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de *Habeas Corpus*. INDEFERIMENTO da ordem. (HC 187.341, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13.10.2020 – pendente de publicação)

21. A despeito da argumentação já desenvolvida, que situa a incidência do ANPP na fase pré-processual, tal como foi concebido no art. 28-A do CPP, e acomoda entendimento já aplicado pelo STF para hipótese semelhante, cabe trazer, em *obter dictum*, argumento de ordem consequencialista. Uma primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena – fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado. Esse contexto não se justifica se considerado o propósito do ANPP, de impedir o início da ação penal, e da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes.

22. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental e proponho a seguinte fixação de tese: *“o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.”*

23. É como voto.

#### PRIMEIRA TURMA EXTRATO DE ATA

**AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 191.464**

**PROCED.: SANTA CATARINA**

**RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO**

**AGTE.(S): MARIO CESAR SANDRI**

**ADV.(A/S): NILTON JOÃO DE MACEDO MACHADO (19360/SC) E OUTRO(A/S)**

**AGDO.(A/S): PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



**Decisão:** A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixou a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Primeira Turma, Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma



## **MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.689 / DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**IMPTE.(S): NIEDJA GORETE DE ALMEIDA ROCHA KASPARY**

**ADV.(A/S): ANDRE FONSECA ROLLER E OUTRO(A/S)**

**IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**INTDO.(A/S): UNIÃO**

**PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

### **EMENTA**

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONFORME SUAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E RESPEITO AO REGIMENTO INTERNO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E PUBLICIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório no decorrer do procedimento administrativo disciplinar supre eventual deficiência no decorrer de procedimento que antecede a instauração do PAD.
2. É pacífico o entendimento no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de que o processado se defende dos fatos que lhe são imputados no ato de instauração do processo administrativo e não de sua capitulação jurídica.
3. É devida a observância do princípio da publicidade nos processos disciplinares instaurados no âmbito do CNMP.
4. O CNMP atuou conforme suas prerrogativas constitucionais e de acordo com o previsto em seu Regimento Interno, não incorrendo em qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

5. Essa atuação está em consonância com as diretrizes lançadas pela jurisprudência desta SUPREMA CORTE, consolidadas no sentido de que, como regra geral, o controle dos atos do CNJ e CNMP pelo STF somente se justifica nas hipóteses de (i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância das competências do Conselho; e (iii) injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado (MS 33.690 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 18/2/2016). Precedentes.

6. Mandado de Segurança em que se denega a ordem.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual da Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a certidão de julgamento, por maioria, indeferiu a segurança, revogou a liminar anteriormente deferida e determinou fosse oficiado, com urgência, o Conselho Nacional do Ministério Público para o devido prosseguimento do Procedimento Administrativo Disciplinar, nos termos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Redator para o acórdão, vencido o Ministro MARCO AURÉLIO, Relator.

Brasília, 12 de maio de 2021.

**MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES**

Relator para o acórdão  
*Documento assinado digitalmente*

**12/05/2021  
PRIMEIRA TURMA**

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.689 / DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**IMPTE.(S): NIEDJA GORETE DE ALMEIDA ROCHA KASPARY**

**ADV.(A/S): ANDRE FONSECA ROLLER E OUTRO(A/S)**

**IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**INTDO.(A/S): UNIÃO**

**PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

### **RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Eduardo Lasmar Prado Lopes:

Niedja Gorete de Almeida Rocha Kaspary insurge-se contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público, formalizado no processo administrativo disciplinar nº 1.00474/2018-33, mediante o qual aplicada a sanção de advertência.

Narra instaurada a reclamação disciplinar nº 1.00147/2018-54, por meio da qual o Ministério Público do Estado de Alagoas buscou a adoção de medidas disciplinares considerada a interferência, como membro do Ministério Público Federal, na esfera de atuação do estadual.

Afirma ter o Órgão requerente alegado o extravasamento das atribuições, tendo em conta a expedição, pela impetrante, de recomendação à Secretaria de Estado de Segurança Pública de Alagoas visando cessar a operacionalização de interceptações telefônicas por intermédio de órgãos estranhos à estrutura da Polícia Judiciária e do Ministério Público. Assinala que, sob a óptica do reclamante, o controle externo da atividade policial incumbe ao Ministério Público estadual.

Diz da apresentação de resposta no sentido de não merecer a imputação tratamento disciplinar, por revelar conflito de atribuição. Sublinha que a Procuradoria-Geral da República, no procedimento de conflito de atribuição nº 1.00.000.000390/2018-08, afirmou

caber à Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, da qual a impetrante é titular, a expedição da recomendação.

Ressalta que o Corregedor Nacional do Ministério Público determinou a instauração de processo administrativo disciplinar. Argumenta que a Portaria CNMP nº 113, de 20 de abril de 2018 – mediante a qual implementado o procedimento –, descreve fatos diversos daquele objeto de apuração na reclamação disciplinar anterior. Aponta alterada, pelo Corregedor, a imputação e desrespeitado o devido processo legal.

Realça versar a Portaria infrações relativas à indevida fiscalização de atos do Ministério Público estadual e à violação de sigilo de dados. Destaca inexistir, na reclamação disciplinar antecedente, referência à inobservância deste. Sustenta contrariado o artigo 97 do Regimento Interno do Conselho.

Noticia a interposição, com fundamento no artigo 153 do Regimento, de recurso administrativo, não examinado antes de referendada, pelo Plenário do Conselho, a decisão do Corregedor Nacional.

Enfatiza ter apresentado defesa prévia, arguindo vícios de procedimento. Esclarece que as testemunhas ouvidas, ao longo da instrução, corroboraram não ter ocorrido falta disciplinar no tocante à alegada quebra de sigilo e indevida divulgação dos fatos relacionados ao procedimento em tramitação no Órgão de atuação do qual é titular. Menciona transgressão, pelo Conselheiro Relator, do direito à realização de diligências complementares previstas nos artigos 98 e 101 do Regimento Interno.

Salienta que o Plenário do Órgão de controle julgou parcialmente procedente o pedido, aplicando a sanção de advertência, considerada conclusão no sentido de ter havido “negligência em cumprir os deveres de obedecer às normas que regem seu ofício, de guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função e de desempenhar com zelo e probidade as suas funções”.

Articula com ofensa ao devido processo legal, observados o contraditório e a ampla defesa. Menciona haver se defendido ante imputação de conduta comissiva dolosa descrita na Portaria de instauração – “requisitar e dar publicidade” –, e não de conduta culposa pela qual condenada – “não ter cuidado com dados sigilosos.”

Aduz ilegal o registro da punição, nos assentamentos funcionais, antes de apreciados embargos de declaração formalizados – artigo 65 do Regimento Interno do Conselho.

Destaca a remessa do pronunciamento do Plenário do Conselho, relativamente à sanção, diretamente à Corregedoria-Geral do Ministério Público Federal, e não à Procuradoria-Geral da República. Menciona a divulgação, na página do Órgão de controle na internet, de notícia quanto ao resultado do procedimento administrativo. Sustenta violados os artigos 240 e 243 da Lei Complementar nº 75/1993, no que versam a aplicação da sanção de advertência por escrito e reservadamente e a atribuição do Procurador-Geral para impô-la.

Requeru, no campo precário e efêmero, a suspensão do curso do procedimento administrativo disciplinar nº 1.00474/2018-33 e dos efeitos da decisão do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo excluída dos registros funcionais a anotação relativa à sanção. No mérito, busca a confirmação da providência, com o deferimento da ordem para reconhecer a nulidade do procedimento.

O Conselho Nacional do Ministério Público prestou as informações.

Vossa Excelência deferiu parcialmente a tutela de urgência, suspendendo os efeitos do pronunciamento do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público no procedimento administrativo disciplinar nº 1.00474/2018-33, mediante o qual imposta a sanção de advertência.

A União requereu o ingresso no processo e interpôs agravo, contraminutado. Vossa Excelência admitiu-a como litisconsorte passiva.

A Procuradoria-Geral da República opina pela revogação da medida acauteladora e indeferimento da ordem.

12/05/2021  
PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.689 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – IMPUTAÇÃO – SANÇÃO – BASE – CORRELAÇÃO – INEXISTÊNCIA. Inexistindo correlação entre a imputação da qual se defendeu servidor e a base da sanção implementada, cumpre o afastamento.

Adoto, como razões de decidir, o teor da decisão interlocutória mediante a qual deferi medida acauteladora para suspender os efeitos do pronunciamento do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, no procedimento administrativo disciplinar nº 1.00474/2018-33, que implicou a sanção de advertência:

2. Não prospera a alegação de inobservância do princípio do devido processo legal, considerados o contraditório e a ampla defesa, em virtude da imputação, por meio da Portaria CNMP nº 113, de 20 de abril de 2018, de condutas diversas daquelas descritas na inicial da reclamação disciplinar nº 1.00474/2018-33. Esta possui escopo meramente investigativo de notícia de falta disciplinar – artigo 74 do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público –, no que tem como objetivo colher indícios de materialidade e autoria da infração. Não dá ensejo a aplicação de penalidade, podendo apenas resultar na instauração do procedimento administrativo disciplinar.

Inexiste vinculação necessária entre as razões motivadoras da deflagração da reclamação e aquelas pelas quais venha a ser instaurado o procedimento administrativo disciplinar, o qual resulta da análise dos elementos coligidos, necessários ao esclarecimento dos fatos retratados no relatório conclusivo a que alude o artigo 84 do Regimento Interno.

Não se vislumbra cerceamento de defesa ante a falta de apreciação dos argumentos expostos na resposta formalizada no âmbito da reclamação disciplinar, tendo em vista o caráter inquisitorial. A manifestação do reclamado mostra-se, a teor do artigo 76 do Regimento Interno do Conselho, faculdade do Corregedor, embora útil à elucidação dos acontecimentos.

A ausência de exame do recurso interposto, no que pretendida oportunidade para manifestação quanto aos fatos narrados na decisão do Corregedor Nacional de Justiça, mediante a qual instaurado o procedimento administrativo disciplinar, não constitui violação ao Texto Maior. Os efeitos decorrentes do ato individual surgem somente após referendo do Plenário – artigo 77, cabeça e parágrafos 2º e 3º, do mencionado Regimento Interno –, órgão ao qual dirigido o inconformismo, reiterado nos embargos de declaração, desprovidos.

No tocante aos artigos 98 e 101 do Regimento Interno, não se verifica ofensa. Segundo informou o Órgão impetrado, não houve pedido, no interrogatório, de diligências complementares, motivo pelo qual deixou de ser instaurada essa fase.

Mostra-se relevante a causa de pedir concernente à violação da congruência entre os fatos descritos na Portaria CNMP nº 113, de 20 de abril de 2018, na parte em que referendada pelo Plenário do Conselho, e a condenação imposta. Do voto condutor do pronunciamento colhe-se o seguinte:

[...] Por todo o exposto, pedindo vênia ao Eminentíssimo Corregedor Nacional, voto no sentido de referendar parcialmente a decisão de instauração do presente processo administrativo disciplinar, para:

(i) reconhecer a atipicidade da conduta da processada no que respeita à imputação da prática de infração disciplinar por suposta usurpação de atribuições do Ministério Público do Estado de Alagoas, consignando-se que, nesse aspecto, os atos imputados à agente ministerial processada não se inserem no contexto da responsabilidade disciplinar;

(ii) reconhecer a existência de indícios de autoria e materialidade quanto à prática, em tese, de infração disciplinar relativa à quebra indevida de sigilo de informações relativas a interceptações telefônicas determinadas pelo Poder Judiciário do Estado de Alagoas, determinando-se o prosseguimento da persecução disciplinar quanto a esses fatos;

(iii) determinar seja retificada a Portaria CNMP-CN n. 113, de 20.04.2018, consignando-se, apenas, a exposição circunstanciada do segundo contexto fático.

É como voto, eminentes Conselheiros.



Por maioria, o Colegiado julgou parcialmente procedente o requerido no procedimento administrativo, condenando a impetrante em virtude da “prática de infração disciplinar consistente na negligência em cumprir os deveres de obedecer às normas que regem seu ofício, de guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função e de desempenhar com zelo e probidade as suas funções, aplicando-lhe a sanção de advertência”. Eis a síntese da decisão quanto ao ponto:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. NEGLIGÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE DEVERES FUNCIONAIS. RESPONSABILIDADE PELO USO ADEQUADO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PAD. APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE ADVERTÊNCIA.

[...]

15. Das provas coligidas aos autos, infere-se que a Procuradora da República requerida não teve a mínima cautela de decretar o sigilo dos autos do inquérito civil nº 1.11.000.000543/2017-44, como também não teve a cautela de determinar o desentranhamento e a autuação, em autos apenso, das informações sigilosas recebidas, inobservando, assim, as normas que regem o exercício de suas funções ministeriais relativas ao uso de informações sigilosas, especialmente a regra prevista no art. 7º, § 5º, da Resolução CNMP nº 23/2007.

16. Embora a conduta da requerida não tenha resultado dano concreto às investigações criminais relativas às interceptações telefônicas das quais obteve informações, sobressai inequívoca a configuração de sua culpa, na modalidade negligência, porquanto deixou de apresentar conduta que dela era esperada no cumprimento dos deveres de observar as normas que regem o exercício de suas funções ministeriais relativas ao uso de informações sigilosas.

17. O simples comportamento da requerida de colocar em risco o sigilo tutelado pela Lei de Interceptação Telefônica já é suficiente para a consumação do ilícito administrativo em apreço, constituindo-se esse em típico exemplo de infração disciplinar formal, de perigo abstrato.

18. Na espécie, há elementos probatórios suficientes para concluir que a Procuradora da República requerida, ao não adotar as medidas necessárias para resguardar as informações sigilosas que requisitou e recebeu para instruir inquérito civil sob sua presidência, negligenciou o dever funcional de observar as normas que regem o exercício de suas funções ministeriais, notadamente aquelas relativas ao uso de informações relacionadas a intercepções telefônicas, como também negligenciou os deveres de guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função e de desempenhar com zelo e probidade as suas funções.

19. Procedência parcial do processo administrativo disciplinar para condenar a agente ministerial requerida pela prática de infração disciplinar consistente na negligência em cumprir os deveres de obedecer às normas que regem seu ofício, de guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função e de desempenhar com zelo e probidade as suas funções, aplicando-lhe a sanção de advertência.

Sob a roupagem de procedência parcial, operou o Órgão tido como coator verdadeira modificação da imputação formalizada, a contrariar o contraditório e a ampla defesa.

A representada, ao defender-se da acusação de violação de sigilo – conduta comissiva e dolosa –, não teve chance de, adequadamente, infirmar eventual negligência em relação ao cumprimento do dever funcional de guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso – de cunho omissivo culposo.

A condenação pela infração disciplinar atinente à conduta omissiva revela transgressão ao princípio da correlação, a exigir, no âmbito do direito administrativo sancionador, a exemplo do processo penal, a realização da mudança da imputação por meio de aditamento – artigo 97 do citado Regimento Interno –, abrindo-se nova oportunidade para manifestação da defesa.

Torno definitiva a tutela de urgência, concedendo a ordem para, ante a inexistência de correlação entre a acusação e a conclusão que levou à advertência, afastá-la.

12/05/2021  
PRIMEIRA TURMA

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.689 / DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**IMPTE.(S): NIEDJA GORETE DE ALMEIDA ROCHA KASPARY**

**ADV.(A/S): ANDRE FONSECA ROLLER E OUTRO(A/S)**

**IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**INTDO.(A/S): UNIÃO**

**PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

#### **EMENTA**

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONFORME SUAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E RESPEITO AO REGIMENTO INTERNO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E PUBLICIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório no decorrer do procedimento administrativo disciplinar supre eventual deficiência no decorrer de procedimento que antecede a instauração do PAD.
2. É pacífico o entendimento no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de que o processado se defende dos fatos que lhe são imputados no ato de instauração do processo administrativo e não de sua capitulação jurídica.
3. É devida a observância do princípio da publicidade nos processos disciplinares instaurados no âmbito do CNMP.
4. O CNMP atuou conforme suas prerrogativas constitucionais e de acordo com o previsto em seu Regimento Interno, não incorrendo em qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
5. Essa atuação está em consonância com as diretrizes lançadas pela jurisprudência desta SUPREMA CORTE, consolidadas no sentido de que como regra geral, o controle dos atos do CNJ e CNMP pelo STF

somente se justifica nas hipóteses de (i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância das competências do Conselho; e (iii) injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado (MS 33.690 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 18/2/2016). Precedentes.

6. Mandado de Segurança em que se denega a ordem.

## VOTO

**O Senhor Ministro ALEXANDRE DE MORAES:** Trata-se de mandado de segurança impetrado por Niedja Gorete de Almeida Rocha Kaspary, contra ato do CNMP proferido nos autos do PAD 1.00474/2018-33, que teria aplicado à impetrante a penalidade de advertência.

A presente ação foi assim relatada pelo Ministro MARCO AURÉLIO:

Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Eduardo Lasmar Prado Lopes:

Niedja Gorete de Almeida Rocha Kaspary insurge-se contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público, formalizado no processo administrativo disciplinar nº 1.00474/2018-33, mediante o qual aplicada a sanção de advertência.

Narra instaurada a reclamação disciplinar nº 1.00147/2018-54, por meio da qual o Ministério Público do Estado de Alagoas buscou a adoção de medidas disciplinares considerada a interferência, como membro do Ministério Público Federal, na esfera de atuação do estadual.

Afirma ter o Órgão requerente alegado o extravasamento das atribuições, tendo em conta a expedição, pela impetrante, de recomendação à Secretaria de Estado de Segurança Pública de Alagoas visando cessar a operacionalização de interceptações telefônicas por intermédio de órgãos estranhos à estrutura da Polícia Judiciária e do Ministério Público. Assinala que, sob a óptica do reclamante, o controle externo da atividade policial incumbe ao Ministério Público estadual.

Diz da apresentação de resposta no sentido de não merecer a imputação tratamento disciplinar, por revelar conflito de atribuição. Sublinha que a Procuradoria-Geral da República, no procedimento de conflito de atribuição nº 1.00.000.000390/2018-08, afirmou caber à Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, da qual a impetrante é titular, a expedição da recomendação.

Ressalta que o Corregedor Nacional do Ministério Público determinou a instauração de processo administrativo disciplinar. Argumenta que a Portaria CNMP nº 113, de 20 de abril de 2018 – mediante a qual implementado o procedimento –, descreve fatos diversos daquele objeto de apuração na reclamação disciplinar anterior. Aponta

alterada, pelo Corregedor, a imputação e desrespeitado o devido processo legal.

Realça versar a Portaria infrações relativas à indevida fiscalização de atos do Ministério Público estadual e à violação de sigilo de dados. Destaca inexistir, na reclamação disciplinar antecedente, referência à inobservância deste. Sustenta contrariado o artigo 97 do Regimento Interno do Conselho.

Noticia a interposição, com fundamento no artigo 153 do Regimento, de recurso administrativo, não examinado antes de referendada, pelo Plenário do Conselho, a decisão do Corregedor Nacional.

Enfatiza ter apresentado defesa prévia, arguindo vícios de procedimento. Esclarece que as testemunhas ouvidas, ao longo da instrução, corroboraram não ter ocorrido falta disciplinar no tocante à alegada quebra de sigilo e indevida divulgação dos fatos relacionados ao procedimento em tramitação no Órgão de atuação do qual é titular. Menciona transgressão, pelo Conselheiro Relator, do direito à realização de diligências complementares previstas nos artigos 98 e 101 do Regimento Interno.

Salienta que o Plenário do Órgão de controle julgou parcialmente procedente o pedido, aplicando a sanção de advertência, considerada conclusão no sentido de ter havido “negligência em cumprir os deveres de obedecer às normas que regem seu ofício, de guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função e de desempenhar com zelo e probidade as suas funções”.

Articula com ofensa ao devido processo legal, observados o contraditório e a ampla defesa. Menciona haver se defendido ante imputação de conduta comissiva dolosa descrita na Portaria de instauração – “requisitar e dar publicidade” –, e não de conduta culposa pela qual condenada – “não ter cuidado com dados sigilosos.”

Aduz ilegal o registro da punição, nos assentamentos funcionais, antes de apreciados embargos de declaração formalizados – artigo 65 do Regimento Interno do Conselho.

Destaca a remessa do pronunciamento do Plenário do Conselho, relativamente à sanção, diretamente à

Corregedoria-Geral do Ministério Público Federal, e não à Procuradoria-Geral da República. Menciona a divulgação, na página do Órgão de controle na internet, de notícia quanto ao resultado do procedimento administrativo. Sustenta violados os artigos 240 e 243 da Lei Complementar nº 75/1993, no que versam a aplicação da sanção de advertência por escrito e reservadamente e a atribuição do Procurador-Geral para impô-la.

Requeru, no campo precário e efêmero, a suspensão do curso do procedimento administrativo disciplinar nº 1.00474/2018-33 e dos efeitos da decisão do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo excluída dos registros funcionais a anotação relativa à sanção. No mérito, busca a confirmação da providência, com o deferimento da ordem para reconhecer a nulidade do procedimento.

O Conselho Nacional do Ministério Público prestou as informações.

Vossa Excelência deferiu parcialmente a tutela de urgência, suspendendo os efeitos do pronunciamento do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público no procedimento administrativo disciplinar nº 1.00474/2018-33, mediante o qual imposta a sanção de advertência.

A União requereu o ingresso no processo e interpôs agravo, contraminutado. Vossa Excelência admitiu-a como litisconsorte passiva.

A Procuradoria-Geral da República opina pela revogação da medida acauteladora e indeferimento da ordem.

É o breve relatório.

De início, já antecipo, com todas as vênias, que vou divergir do resultado apresentado pelo Relator, Ministro MARCO AURÉLIO, para DENEGAR A ORDEM.

No que concerne à alegação de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, acompanho o Relator no ponto em que afirma que:

2. Não prospera a alegação de inobservância do princípio do devido processo legal, considerados o contraditório e a ampla defesa, em virtude da imputação, por meio da Portaria CNMP nº 113, de 20 de abril de 2018, de condutas diversas daquelas descritas na inicial da reclamação disciplinar nº 1.00474/2018-33. Esta possui escopo

meramente investigativo de notícia de falta disciplinar – artigo 74 do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público –, no que tem como objetivo colher indícios de materialidade e autoria da infração. Não dá ensejo a aplicação de penalidade, podendo apenas resultar na instauração do procedimento administrativo disciplinar.

Inexiste vinculação necessária entre as razões motivadoras da deflagração da reclamação e aquelas pelas quais venha a ser instaurado o procedimento administrativo disciplinar, o qual resulta da análise dos elementos coligidos, necessários ao esclarecimento dos fatos retratados no relatório conclusivo a que alude o artigo 84 do Regimento Interno.

Não se vislumbra cerceamento de defesa ante a falta de apreciação dos argumentos expostos na resposta formalizada no âmbito da reclamação disciplinar, tendo em vista o caráter inquisitorial. A manifestação do reclamado mostra-se, a teor do artigo 76 do Regimento Interno do Conselho, faculdade do Corregedor, embora útil à elucidação dos acontecimentos.

A ausência de exame do recurso interposto, no que pretendida oportunidade para manifestação quanto aos fatos narrados na decisão do Corregedor Nacional de Justiça, mediante a qual instaurado o procedimento administrativo disciplinar, não constitui violação ao Texto Maior. Os efeitos decorrentes do ato individual surgem somente após referendo do Plenário – artigo 77, cabeça e parágrafos 2º e 3º, do mencionado Regimento Interno –, órgão ao qual dirigido o inconformismo, reiterado nos embargos de declaração, desprovidos.

No tocante aos artigos 98 e 101 do Regimento Interno, não se verifica ofensa. Segundo informou o Órgão impetrado, não houve pedido, no interrogatório, de diligências complementares, motivo pelo qual deixou de ser instaurada essa fase.

Veja que esse entendimento encontra guarida na jurisprudência da CORTE, a qual se firmou no sentido de ser dispensada a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no decorrer da sindicância, procedimento que antecede a instauração do processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, cito: RE 715.790-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 6/8/2015; e MS 23.410, Rel. Min. GILMAR MENDES, Plenário, DJ de 10/9/2004; que possui a seguinte ementa:



Mandado de Segurança. 2. Pretendida anulação de ato de demissão com retorno ao cargo antes ocupado. Alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. A pena de demissão não resultou da sindicância, mas, sim, de posterior processo administrativo disciplinar, no qual foi assegurado o exercício de ampla defesa. 4. Hipótese em que a sindicância é mero procedimento preparatório do processo administrativo disciplinar. 5. Mandado de Segurança indeferido.

Entretanto, no que concerne à afirmação de *"inexistência de correlação entre a acusação e a conclusão que levou à advertência"*, vou divergir do Relator. Explico.

Relembro, que se trata de Mandado de Segurança no qual o impetrante aponta, em síntese, que: a) o Ministério Público do Estado de Alagoas pleiteou providências disciplinares em seu desfavor; b) que *"a Corregedoria Nacional, ao pugnar pela instauração do PAD, opinou pela existência de 'fundados indícios de cometimento de infração disciplinar por parte da reclamada e, possivelmente, a prática de crime do art. 10 da Lei nº 9.296/1996' sem que os fatos que amparam essa conclusão tenham sido objeto da representação originária e, por conseguinte, tenham sido submetidos ao conhecimento da ora requerente, para que fossem enfrentados, esclarecidos submetidos a contraprova oportunamente, em respeito às constitucionalmente consagradas garantias do contraditório e da ampla defesa"*; c) que na hipótese de *"verificado que durante a instrução da Reclamação Disciplinar tivessem sido apurados novos fatos que em tese poderiam configurar indícios de outras infrações disciplinares, caberia ao Corregedor Nacional, ainda no âmbito do procedimento originário, notificar a impetrante para se manifestar sobre esses novos acontecimentos, justamente porque a súmula acusatória e, portanto, todo o procedimento em si, teriam sido alterados"*; d) que *"o registro nos assentamentos funcionais não foi aplicado reservadamente, tal como exigido em lei, dando, contra legem, publicidade exagerada à penalidade."*

Instado, o Conselho Nacional do Ministério Público apresentou informações, afirmando, no que interessa, que:

O Processo Administrativo Disciplinar nº 1.00474/2018-33 foi instaurado em desfavor da Procuradora da República NIEDJA GORETE DE ALMEIDA ROCHA KASPARY, a partir de decisão proferida pela Corregedoria Nacional do Ministério Público nos autos da Reclamação Disciplinar nº I.00147/2018-54, procedimento investigativo instaurado para apurar notícia de falta disciplinar atribuída à referida representante do *Parquet* federal.

Na decisão monocrática de instauração do presente feito, proferida nos autos da Reclamação Disciplinar n. I.00147/2018-54, a eminente Corregedoria Nacional imputou à requerida a prática, em tese,

de infração disciplinar por possível usurpação de atribuições do Ministério Público do Estado de Alagoas relativas ao controle externo da atividade policial, assim como por suposta quebra indevida de sigilo legal referente a interceptações telefônicas determinadas pelo Poder Judiciário de Alagoas.

De acordo com a Corregedoria Nacional, os fatos atribuídos à requerida caracterizariam, em tese, infração disciplinar por violação ao dever de obedecer às normas que regem seu ofício, notadamente regras de atribuição (artigo 236, *caput*, parte final, II e IX, c/c artigos 15, § 1º, 38, IV, e 39, todos da Lei Complementar nº 75/1993), violação ao art. 3º da Resolução CNMP de nº 20/2007, dos artigos 8º e 10 da Lei nº 9.296/1996, além dos princípios da dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, III), legalidade e eficiência (CR, artigos 5º e 37, *caput*).

Em relação à sanção disciplinar aplicável ao caso, sugeriu a penalidade de suspensão por 60 (sessenta) dias, em substituição à pena de demissão, tendo em vista a primariedade da processada, a insuficiência de prova e dano concreto às investigações criminais cujo sigilo foi revelado e o princípio da proporcionalidade.

[...]

*Intimada da inclusão do processo em pauta para, querendo, realizar sustentação oral, a processada peticionou nos autos, arguindo questões de três ordens.*

*Alegou, de início, que não lhe foi assegurado o direito de contradizer os fatos descritos no ato inaugural deste processo. Na sequência, sustentou que os fatos que lhe são imputados inserem-se em matéria de conflito de atribuição, suscitado, nos autos do procedimento n. 1.00.000.000390/2018-08, à Procuradoria-Geral da República. Sustentou, por fim, a necessidade de se decretar o sigilo do presente feito, devido à juntada, nestes autos, de cópia integral inquérito civil n. I.II.000.000543/2017-44, no qual estão encartados documentos e informações que reclamam a proteção de sigilo, na forma da legislação aplicável, bem como pelo fato de que a exposição do conteúdo das graves imputações que lhe são dirigidas representaria séria ameaça a sua dignidade pessoal e funcional e sério risco para a credibilidade do *Parquet*.*

Diante do sustentado, requereu o seguinte: a) a retirada do feito da pauta da Sessão designada para o dia 12.06.2018; b) a abertura de prazo para se manifestar sobre as questões objetos de atuação de ofício pela Corregedoria; c) a suspensão do trâmite do presente até o julgamento do conflito de atribuições tombado sob o n.º

1.00.000.000390/2018-08, na esfera de atribuição do Procurador-Geral da República; d) a retomada da tramitação deste processo somente após a oferta de resposta prévia da requerente, objeto do pedido da alínea “b”, bem como, após a resolução do pedido da alínea “c”; d) a decretação do sigilo do feito, desde logo.

*Deferi o pedido de sigilo em relação aos autos deste processo, com o objetivo de proteger os documentos de uso reservado aqui existentes e que dizem respeito também a outras autoridades públicas que não a processada, consignando-se, com relação a estes, o acesso tão somente às partes. Na mesma oportunidade, refutei a alegação de violação ao devido processo legal, esclarecendo que a processada seria devidamente citada para apresentar defesa prévia em momento oportuno. No que respeita à preliminar de conflito de atribuições, comprometi-me a suscitar tal questão ao Plenário deste CNMP por ocasião do julgamento do referendo da decisão de instauração deste feito. Com essas considerações, mantive o presente feito na pauta de julgamento e intimei a processada desta decisão.*

*Em 26.06.2018, durante a 11ª Sessão Ordinária de 2018, o Plenário deste Conselho, por maioria, não referendou a decisão monocrática de instauração deste feito no tocante à imputação à requerida da prática, em tese, de infração disciplinar por suposta usurpação de atribuições, reconhecendo a atipicidade da conduta, nos termos do voto deste Relator. Na mesma ocasião, o Plenário deste Conselho, por unanimidade, referendou a decisão monocrática de instauração deste processo administrativo disciplinar quanto à imputação à requerida da prática, em tese, de infração disciplinar por suposta quebra indevida de sigilo de informações, consoante se infere da ementa a seguir transcrita:*

[...]

*Contra esse acórdão, a processada opôs embargos de declaração, alegando a ocorrência de omissão no acórdão vergastado, sob o argumento de não enfrentamento das seguintes questões: (i) inclusão de fatos novos acusatórios na portaria inaugural do PAD, sobre os quais a acusada não teria tido a oportunidade de se manifestar previamente à decisão de instauração deste feito; e (ii) pendência de recurso interno interposto contra decisão monocrática do Corregedoria Nacional, que decidiu pela instauração do presente PAD, proferida nos autos da Reclamação Disciplinar 1.00147/2018-54. Alegou, também, a existência de contradição, ao argumento de que o acórdão teria adotado a tese do “contraditório diferido” para se furta de enfrentar a tese de violação ao devido processo legal sustentada*

pela embargante em relação à ausência de contraditório sobre os fatos novos acusatórios incluídos na portaria inaugural do PAD.

Em 11.09.2018, o Plenário deste CNMP, por unanimidade, conheceu dos embargos e, no mérito, rejeitou-os, nos termos do voto deste Relator.

[...]

Na sequência, a requerida apresentou defesa prévia.

*Em suas razões de defesa, alegou, preliminarmente, a nulidade do presente processo administrativo disciplinar em razão da inclusão de fatos novos acusatórios na portaria inaugural, sobre os quais não teria tido a oportunidade de se manifestar previamente à decisão de instauração deste feito.*

No mérito, sustentou a ausência de dano às investigações criminais cujo sigilo foi quebrado, ressaltando-se, para tanto, que o processo no qual supostamente houve a quebra de sigilo tramita unicamente de forma física, sem disponibilização de suas informações na rede mundial de computadores, não tendo sido objeto de vista por nenhum cidadão ou veículo de imprensa. Ainda em relação ao mérito, sustentou que não teria solicitado nenhum dado que pudesse identificar quaisquer pessoas, alvos ou números interceptados nos procedimentos citados, de sorte que se houve a alegada quebra de sigilo das investigações, essa foi promovida pelo servidor que anexou ao processo dados não solicitados e que não deveriam ser por ele revelados.

[...]

Em decisão monocrática, julguei prejudicada a preliminar de nulidade arguida pela requerida em sua defesa prévia e designei para os dias 24 e 25 de outubro de 2018 as oitivas das testemunhas arroladas nos autos e o interrogatório da requerida.

[...]

Naquela oportunidade, certificada a ausência justificada da testemunha PAULO DOMINGOS DE ARAÚJO LIMA JÚNIOR, a Comissão Processante sugeriu a oitiva de RICARDO NAZÁRIO, Presidente da Sindpol, CARLOS PEREIRA DOS SANTOS, Vice-Diretor de Planejamento do Sindpol, de HAMILTON CARNEIRO e ANTÔNIO LUIZ, ambos Promotores de Justiça do GECOC do MP/AL, antes das testemunhas de defesa. Sugeriu a comissão, ainda, a juntada de cópia dos seguintes documentos nestes autos: i) inquérito civil público n. 1.1l.000.000543/2017-44; ii) livro de carga e descarga de

processos; iii) livro de vistas de procedimentos administrativos; e iv) livro de atendimento em relação ao período compreendido pelos fatos reportados neste feito, o que foi acolhido por este Relator.

*Na ocasião, suspendi os atos instrutórios até então designados e determinei a designação de nova data para a oitiva de todas as testemunhas necessárias à elucidação dos fatos reportados neste feito, assim como determinei a solicitação e juntada dos documentos acima elencados nestes autos.*

[...]

Em 14.02.2019, foi encerrada a fase de oitivas das testemunhas arroladas neste feito e, em 13.03.2019, foi realizado o interrogatório da processada.

[...]

Intimada para alegações finais, a requerida requereu, mais uma vez, a degravação de todos os depoimentos colhidos nos autos deste feito, na forma do art. 47, § 1º, do RICNMP, a fim de que pudesse “exercer em amplitude o consagrado direito de defesa”.

Por se tratar de matéria já aventada pela requerida, apreciada e enfrentada por este Relator em decisão anterior não recorrida, não conheci do pedido.

Em 05.04.2019, a requerida apresentou alegações finais.

Em suas razões finais, a requerida aduziu, em caráter preliminar, a ocorrência de cerceamento de defesa por i) violação à regra inserta nos arts. 98 e 101, do RICNMP; ii) ampliação do rol de testemunhas de acusação, sem que pudesse arrolar novos nomes em sua defesa; iii) *inclusão, de ofício, de fatos novos acusatórios na decisão de instauração deste processo disciplinar, sobre os quais não teria tido a oportunidade de se manifestar previamente*; e iv) instauração do processo administrativo disciplinar na pendência de recurso interno interposto contra decisão monocrática do Corregedoria Nacional proferida nos autos da Reclamação Disciplinar n. 1.00147/2018-54.

No mérito, sustentou, inicialmente, a ausência de qualquer prejuízo concreto aos procedimentos criminais relativos às interceptações telefônicas das quais obteve informações para instruir o inquérito civil nº. I.II.000.000543/2017-44.

Alegou que essa ausência de prejuízo foi, inclusive, reconhecida pela Corregedoria Nacional na portaria de instauração deste processo disciplinar.

Em reforço, sustentou que o inquérito civil em referência, sob a responsabilidade da requerida, é físico e não foi acessado ou manuseado por qualquer pessoa estranha ao seu gabinete.

[...]

Em 14.05.2019, o Plenário deste Conselho, *por unanimidade, rejeitou a preliminar de cerceamento de defesa, nos termos do voto do Relator. No mérito, o Conselho, por maioria, julgou o feito parcialmente procedente para aplicar ao membro processado a sanção de advertência, nos termos do voto do Relator.* Vencidos o Conselheiro SILVIO AMORIM e o Presidente, em exercício, LUCIANO MARIZ MAIA, que julgavam improcedente o pedido. Vencido, ainda, parcialmente, o Conselheiro GUSTAVO ROCHA, que aplicava a penalidade de suspensão por 30 (trinta) dias.

[...]

Contra esse acórdão, a requerida opôs embargos de declaração, com pedido de efeito modificativo. Alegou, inicialmente, haver omissão no acórdão recorrido por ausência de manifestação sobre o pedido de adiamento do julgamento, formulado por seu advogado constituído nos autos.

Nos embargos, sustentou, ainda, que o acórdão questionado incorreu em omissão e contradição ao reconhecer que os dados sigilosos encartados aos autos do inquérito civil nº 1.11.000.000543/2017-44 foram acondicionados e lacrados, não foram divulgados a terceiros, e que não houve dano às investigações criminais realizadas e, ainda assim, concluir pela condenação da requerida.

Firme nessas razões, requereu o provimento dos presentes embargos de declaração, com efeito modificativo, para sanar a omissão relativa à ausência de manifestação sobre o pedido de adiamento formulado e, por consequência, anular o acórdão embargado, designando-se nova data para julgamento do feito, desta feita com a participação da defesa constituída pela embargante.

Alternativamente, requereu o acolhimento dos presentes embargos, com efeito modificativo, a fim de sanar as omissões e contradições relativas ao mérito do acórdão recorrido e, por consequência, absolver a embargante.

Em 06.06.2019, solicitei a inclusão dos referidos embargos na pauta de julgamento do Plenário deste CNMP. Desde então, o recurso aguarda julgamento pelo órgão colegiado deste Conselho.

Por tudo até aqui exposto, constata-se que as mesmas alegações suscitadas pela requerida, no bojo do Mandado de Segurança nº 36.689/DF, ao Colendo Supremo Tribunal Federal, foram objeto de análise e deliberação por parte deste Conselho Nacional, que, por intermédio do Plenário (instância máxima do CNMP), motivadamente as refutou.

Excetuam-se, apenas, as alegações de ilegalidade do registro da pena aplicada por este CNMP nos seus assentamentos funcionais, antes de apreciados os embargos de declaração contra o acórdão condenatório proferido por este órgão de controle, e de que a divulgação, no sítio eletrônico deste CNMP, da notícia quanto ao resultado do indigitado processo administrativo disciplinar viola os artigos 240 e 243 da Lei Complementar nº 75/1993, no que preveem a aplicação da pena de advertência por escrito e reservadamente, bem como a atribuição do Procurador-Geral para a imposição da sanção, tendo em vista que tais alegações foram suscitadas, apenas, no bojo do mencionado *writ*. (grifo nosso)

Como visto, o próprio CNMP cuidou de enfrentar todas as razões que ora são reiteradas no presente *mandamus*. Da análise dos autos, verifica-se que a decisão monocrática de instauração do PAD (Portaria 113/2018), descreveu os fatos nos seguintes termos:

Não bastasse a usurpação de atribuições, a imputada requisitou e fez juntar aos autos, sem decretar sigilo, inúmeras informações administrativas (modo de execução, responsáveis, instalações, recursos etc.) e processuais relativas a interceptações telefônicas determinadas pela Justiça Estadual, inclusive relação de processos, objetos das investigações e até mesmo nomes de suspeitos. Como o inquérito civil era público e a imputada fez dar ampla publicidade à sua existência, foi quebrado o sigilo sobre informações em que este é determinado por lei, em tese configurando crime previsto na Lei de Interceptações.

[...]

Note-se que a imputada não decretou o sigilo dos autos, permitindo que, diante do princípio da publicidade que rege o inquérito civil cujo sigilo não foi decretado, qualquer do povo pudesse ter dele

acesso, inclusive criminosos, que poderiam ver irrestritamente os documentos requisitados pela imputada, conhecendo todo o procedimento interno dos órgãos de segurança pública no desenvolvimento de interceptações telefônicas, bem como equipamentos adquiridos para investigação, conforme se vê, por exemplo, às f. 36 à 51 do apuratório.

O Plenário do CNMP, por sua vez, ao referendar a decisão monocrática de instauração do PAD, consignou que:

Por outro lado, todavia, em juízo de cognição sumária, vislumbra-se a existência de indícios da prática de infração disciplinar consubstanciada na violação ao dever de “guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função” (art. 236, inc. II, LC nº 75/93), diante de fortes elementos no sentido de que a agente ministerial teria requisitado e juntado aos autos de inquérito público, sem decretar sigilo, inúmeras informações administrativas (modo de execução, responsáveis, instalações, recursos etc.) e processuais, relativas a interceptações telefônicas determinadas pela Justiça Estadual (matéria sigilosa nos termos do art. 8º da Lei nº 9.296/1996 – “Lei da Interceptação Telefônica”), inclusive relação de processos, objetos das investigações até mesmo nomes de suspeitos. Em relação a esse segundo contexto fático, há necessidade de prosseguimento da persecução disciplinar, a fim de que, na busca da verdade real, possa-se analisar eventual má-fé da acusada frente à imputação que lhe é atribuída.

Ao final do julgamento, o Colegiado do CNMP, por maioria, julgou parcialmente procedente o requerido no procedimento administrativo, condenando a impetrante em virtude da *“prática de infração disciplinar consistente na negligência em cumprir os deveres de obedecer às normas que regem seu ofício, de guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função e de desempenhar com zelo e probidade as suas funções, aplicando-lhe a sanção de advertência”*.

Assim, no âmbito do controle da legalidade da atuação do CNMP, no desempenho de sua atividade correicional, constata-se precisa narrativa dos fatos imputados à impetrante na decisão monocrática que instaurou o PAD (indevida divulgação de dados obtidos com interceptações telefônicas de investigados em inquérito), neste ponto devidamente referendada pelo Plenário do CNMP, como acima destacado. Destes fatos teve a impetrante plena oportunidade de se defender, exercendo as faculdades inerentes ao processo administrativo. Inclusive, ainda que em tese, houve, na oportunidade, a devida capitulação dos fatos à falta disciplinar



prevista no artigo 236, II, da LC nº 75/93 (“guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função”).

Não bastasse isso, é pacífico o entendimento no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de que o processado se defende dos fatos que lhe são imputados no ato de instauração do processo administrativo e não de sua capitulação jurídica. Importante destacar que a tese de falta de congruência adotada pelo relator só seria passível de levar à nulidade se, ao final do processo administrativo, não se fizesse a adequada tipificação dos fatos à falta disciplinar legitimadora da sanção, o que, como demonstrado, não ocorreu. Importante destacar que a tese de falta de congruência adotada pelo relator só seria passível de levar à nulidade se, ao final do processo administrativo, não se fizesse a adequada tipificação dos fatos à falta disciplinar legitimadora da sanção, o que, como demonstrado, não ocorreu. No entanto, como já assentado, a falta disciplinar imputada à impetrante, prevista no artigo 236, II, da LC nº 75/1993, se amoldou perfeitamente à conduta por ela praticada e devidamente descrita no início do processo administrativo. Nesse sentido, cito:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ART. 116, I, II, III e X, e ART. 117, X, XV, XVI e XVIII, DA LEI Nº 8.112/1990. SEGURANÇA DENEGADA.

O suposto vício na sindicância não contamina o processo administrativo disciplinar, desde que seja garantida oportunidade de apresentação de defesa com relação aos fatos descritos no relatório final da comissão. Precedentes: MS 22.122; RMS 24.526.

Em processo administrativo disciplinar, o servidor defende-se dos fatos que cercam a conduta faltosa identificada e não da sua capitulação. Precedentes: MS 21.635; MS 22.791; RMS 24.536; RMS 25.105.

O mandado de segurança não serve para avaliar a oportunidade e a conveniência da demissão, pois requer a comprovação de plano do direito alegado. Precedentes: MS 22.827; RMS 24.533.

Inexistência de *bis in idem*. Não existe vício decorrente da aplicação, a um mesmo fato capaz de levar à demissão, de dispositivos normativos que preveem sanções de outro tipo, ainda que menos graves. Precedente: MS 21.297.

Segurança denegada com a cassação da liminar. (MS 25.910, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 25/05/2012)

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO. TÉCNICO DA RECEITA FEDERAL. OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRAZO PARA O EXERCÍCIO DA PRETENSÃO DISCIPLINAR PUNITIVA. RESGUARDO. CONTROVÉRSIA SOBRE A ROBUSTEZ DAS PROVAS QUE ALICERÇARAM A IMPOSIÇÃO DA SANÇÃO.

1. O indiciado em processo administrativo disciplinar se defende dos fatos apontados no ato de indiciamento e não da sua capitulação jurídica. Precedentes.

2. Na espécie, o agravante teve regular ciência dos fatos descritos no ato de indiciamento, o que lhe possibilitou o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa.

3. O prazo quinquenal para o exercício da pretensão punitiva, interrompido pela instauração do processo administrativo disciplinar, nos termos do art. 142, § 3º, da Lei nº 8.112/1990, voltou a fluir, por inteiro, após o decurso de 140 dias. Precedentes.

4. O acolhimento de pretensão deduzida na via estreita do mandado de segurança pressupõe base fática inequívoca. Inviável, assim, em sede mandamental, resolver polêmica no tocante à sustentada fragilidade dos elementos probatórios invocados pela autoridade impetrada para caracterizar as faltas funcionais e justificar a imposição da pena de demissão. Precedentes.

5. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, por se tratar de recurso interposto em mandado de segurança (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

6. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação, no caso de votação unânime, da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa. (RMS 35868-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 9/3/2020)

No que tange a divulgação do resultado do processo administrativo disciplinar no sítio do CNMP, como bem destacado no parecer da Procuradoria-Geral da República, o Plenário desta SUPREMA CORTE no julgamento da ADI 4638-MC-Ref, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB em face da Resolução 135 do CNJ, entendeu pela constitucionalidade da regra que dispunha sobre a publicidade do julgamento do processo administrativo disciplinar. Naquela oportunidade, o Relator, Min. MARCO AURÉLIO, consignou que:

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o constituinte derivado modificou o artigo 93 da Carta Federal, assegurando, nos incisos IX e X, a observância do princípio da publicidade no exercício da atividade judiciária, inclusive nos processos disciplinares instaurados contra juízes.

Destaco que esse também foi o entendimento firmado pela Procuradoria-Geral da República, conforme se infere da ementa do parecer apresentado:

Mandado de Segurança. Advertência aplicada pelo Conselho Nacional do Ministério Público à Procuradora da República. Respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

1. Os fatos apreciados pelo plenário do Conselho Nacional do Ministério Público no processo administrativo disciplinar constaram da reclamação disciplinar e da portaria que instaurou o referido processo.
2. O processado se defende dos fatos apontados e não da sua capitulação jurídica. Precedentes.
3. Não há óbice legal ou regimental à execução de penalidade disciplinar antes de serem apreciados os embargos declaratórios.
4. As sessões públicas do Conselho Nacional do Ministério Público e a divulgação de notícias sobre a aplicação de penalidades disciplinares atendem ao princípio da publicidade e ao dever de transparência da Administração Pública.

Parecer pela cassação da liminar concedida e pela denegação da segurança.

Nessa linha de consideração, não há desproporcionalidade nas medidas determinadas. Ao contrário, o CNMP atuou conforme suas prerrogativas constitucionais, de acordo com o previsto nas normas de regência e pautado em elementos substanciais de prova, não incorrendo, pois, em qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Assim, o presente Mandado de Segurança trata de hipótese em que a situação fática não fez surgir direito inquestionável, como necessário para a concessão da ordem (STF 2ª T. MS 21.865-7/RJ Rel. Min. CELSO DE MELLO, Diário da Justiça, Seção I, 1º/12/2006, p. 66), não sendo, portanto, cabível a concessão da ordem, pois, em lição do saudoso Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, o mandado de segurança é instrumento adequado à proteção do direito, desde que presentes os seus pressupostos, notadamente o direito líquido e certo, que ocorre quando a regra jurídica incidente

sobre fatos incontestáveis configurar um direito da parte (STJ 4ª T. ROMS 10.208/SP, Diário da Justiça, Seção I, 12 abr. 1999, p. 152).

Sendo inexistente o direito líquido e certo alegado pelo impetrante e, conseqüentemente, não havendo qualquer comprovação de ilegalidade flagrante, é, portanto, inviável o presente Mandado de Segurança, pois, como ressaltado pelo Ministro CELSO DE MELLO, a noção de direito líquido e certo, para efeito de impetração de mandado de segurança, ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato incontestável, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca (MS 21.865-7, DJ de 1º/12/2006).

Diante do exposto, com a devida vênia, DIVIRJO do Relator para DENEGAR A ORDEM, ficando cassada a liminar concedida. Oficie-se, com urgência, o Conselho Nacional do Ministério Público para o devido prosseguimento do Procedimento Administrativo Disciplinar.

É o voto.

**PRIMEIRA TURMA  
EXTRATO DE ATA**

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.689**

**PROCED.: DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**IMPTE.(S): NIEDJA GORETE DE ALMEIDA ROCHA KASPARY**

**ADV.(A/S): ANDRE FONSECA ROLLER (20742/DF) E OUTRO(A/S)**

**IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**INTDO.(A/S): UNIÃO**

**PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**Decisão:** A Turma, por maioria, indeferiu a segurança, revogou a liminar anteriormente deferida e determinou fosse oficiado, com urgência, o Conselho Nacional do Ministério Público para o devido prosseguimento do Procedimento Administrativo Disciplinar, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 30.4.2021 a 11.5.2021.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma



# ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 975 / CEARÁ

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): CÂMARA MUNICIPAL DE CAUCAIA

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA

AM. CURIAE: MUNICÍPIO DE CAUCAIA/CE

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA/CE

## EMENTA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI N. 405, DE 30.11.1984, E LEI N. 486, DE 20.3.1989, DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA/CE. CONCESSÃO DE PENSÕES ESPECIAIS A VIÚVAS DE EX-PREFEITOS DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA/CE. PRINCÍPIO REPUBLICANO, DEMOCRÁTICO, DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. OFENSA AO INC. XIII DO ART. 37 E AO § 13 DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE.

1. É cabível arguição de descumprimento de preceito fundamental para definir a recepção de norma anterior à Constituição de 1988, atendido o princípio da subsidiariedade: ausência de outro meio para fazer cessar, de forma eficaz e definitiva, a inconstitucionalidade apontada. Precedentes.

2. Os cargos políticos de chefia do Poder Executivo são de ocupação transitória pelo mandato de seus ocupantes.

3. Precedentes do Supremo Tribunal sobre inexistência de direito ao recebimento de pensão vitalícia por ex-chefe do Poder Executivo estadual e municipal e respectivos dependentes: ofensa aos princípios republicano, democrático, da moralidade, da impessoalidade, da igualdade.

4. Ofendem preceitos fundamentais da Constituição da República, normas municipais pelas quais se concedem pensões e benefícios

*análogos a viúvas de ex-prefeitos, pelo mero exercício de cargo eletivo e à margem do Regime Geral de Previdência Social.*

*5. Princípio da segurança jurídica e de excepcional interesse social (art. 27 da Lei n. 9.868/1999): modulação de efeitos para se dotar de eficácia à decisão a partir da publicação da ata de julgamento, afastando-se o dever de devolução dos valores recebidos pelos beneficiários até essa data.*

6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar não recepcionada a Lei n. 405, de 30.11.1984, e a Lei n. 486, de 20.3.1989, do Município de Caucaia/CE, modulados os efeitos da decisão com atribuição de eficácia à decisão a partir da data da publicação da ata de julgamento.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade, *julgar procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar não recepcionada a Lei n. 405, de 30.11.1984, e a Lei n. 486, de 20.3.1989, do Município de Caucaia/CE, modulados os efeitos da decisão com atribuição de eficácia a partir da data da publicação da ata de julgamento, nos termos do voto da Relatora. Sessão Virtual de 30.9.2022 a 7.10.2022.*

Brasília, 10 de outubro de 2022.

**MINISTRA CÁRMEN LÚCIA**

Relatora

**10/10/2022**

**PLENÁRIO**

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 975 / CEARÁ**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**INTDO.(A/S): CÂMARA MUNICIPAL DE CAUCAIA**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**INTDO.(A/S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA**

**ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA**

**AM. CURIAE: MUNICÍPIO DE CAUCAIA/CE**

**ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA/CE**

## **RELATÓRIO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Procurador-Geral da República, sem requerimento de medida cautelar, contra a Lei n. 405, de 30.11.1984, e a Lei n. 486, de 20.3.1989, do Município de Caucaia/CE, que dispõem sobre a concessão de pensão mensal vitalícia a viúvas de ex-prefeitos. Alega-se contrariedade ao art. 1º, *caput* do art. 5º, *caput* do art. 37 e § 13 do art. 40 da Constituição da República.

2. Nas normas impugnadas se estabelecem:

*Lei nº 405/1984 de Caucaia/CE*

*Art. 1º Fica concedida a pensão vitalícia na quantia de Cr\$ 200.000 (DUZENTOS MIL CRUZEIROS), às viúvas de ex-Prefeitos no Município de Caucaia.*

*Art. 2º A pensão será devida, independentemente de requerimento à sucessão legítima, na forma que dispuser o Código Civil Brasileiro e, será reajustada sempre que aumentos sejam concedidos aos Inativos e Pensionistas da Prefeitura, e em igual percentual.*

*Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.*

*Lei nº 486/1989 de Caucaia/CE*

*Art. 1º O valor mensal da pensão vitalícia, concedida às viúvas de ex-prefeitos, de que trata a Lei nº 405, de 30 de novembro de 1984,*



*passa a ser a correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) da Representação a que faz jus o Prefeito em exercício.*

*Art. 2º As despesas decorrentes desta Lei correrão por conta de dotações próprias consignadas no orçamento do Município.*

*Art. 3º Revogadas as disposições em contrário, esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

3. O autor alega que *“as normas impugnadas, ao concederem pensão mensal vitalícia a viúvas de ex-prefeitos do Município de Caucaia, contrariam o princípio republicano (art. 1º da Constituição Federal) e os princípios da igualdade (art. 5º, caput, da CF), da moralidade e da impessoalidade (art. 37, caput, da CF); e, ainda, o art. 40, § 13, da CF, que submete ao regime geral de previdência social todos os ocupantes de cargos temporários ou em comissão”.*

Defende o cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental ao argumento de que *“a Lei nº 405/1984 do Município de Caucaia/CE, a despeito de ser anterior à Constituição de 1988, continua válida e produzindo efeitos após a edição da Carta da República, tendo em vista a posterior edição da Lei nº 786/1989, que atualizou o valor da pensão concedida pelo primeiro diploma”.*

Assevera que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido *“de que é incompatível com a Constituição Federal lei municipal que verse sobre o recebimento, mensal e vitalício, de parcela pecuniária por ex-vereador e a consequente pensão em caso de morte, por revelar-se contrária ao princípio da igualdade, consectário lógico e necessário da adoção do regime republicano”.*

Acrescenta que *“as Leis nºs 405/1984 e 486/1986 do Município de Caucaia/CE, ao disciplinarem a concessão de pensão vitalícia a viúvas de ex-prefeitos, direcionam-se à concretização de interesses privados e particulares de determinadas pessoas, instituindo privilégio incompatível com o interesse público, tampouco com os princípios da moralidade e da impessoalidade”.*

Assinala *“a incompatibilidade da Lei nº 405/1984 do Município de Manaus/AM também com o art. 40, § 13, da Constituição Federal, por conceder a familiares de ex-ocupantes de cargos eletivos benefício previdenciário estranho ao RGPS”.*

Pede *“seja julgado procedente o pedido, a fim de que o Supremo Tribunal Federal (i) declare a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, das Leis nºs 405/1984 e 486/1989 do Município de Caucaia/CE e (ii) fixe, em definitivo, conforme autoriza o art. 10, caput, da Lei nº 9.882/1999, tese no sentido de que é incompatível com preceitos fundamentais da Constituição Federal a concessão e, principalmente, a continuidade do pagamento, de pensões mensais vitalícias não decorrentes do RGPS a dependentes de ex-prefeitos, em razão do mero exercício do mandato eletivo”.*

4. Adotei o rito do art. 10 da Lei n. 9.868/1999. (e-doc. 9)

5. O Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência da ação:

*Administrativo. Leis nº 405/1984 e nº 486/1989 do Município de Caucaia/CE. Previsão de pagamento de pensão mensal e vitalícia às viúvas de ex-Prefeitos. Violação ao artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988. Ausência de embasamento constitucional para o deferimento da referida pensão. Inobservância dos princípios republicanos, da igualdade, da impessoalidade e da moralidade. Desconformidade com os artigos 40, § 13; e 201, § 1º, da Carta Política, diante do estabelecimento de critérios diferenciados para a concessão de pensão por morte a beneficiários vinculados ao regime geral de previdência social. Precedentes dessa Suprema Corte. Manifestação pela procedência do pedido formulado pelo requerente.*

(e-doc. 21)

6. O Procurador-Geral da República reiterou as razões apresentadas na petição inicial, manifestando-se que *“(i) se declare a não recepção, pela CF de 1988, da Lei nº 405/1984 e a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 486/1989, ambas do Município de Caucaia/CE e (ii) fixe, em definitivo, tese de que é incompatível com preceitos fundamentais da Constituição Federal a concessão e, principalmente, a continuidade de pagamento, de pensões mensais vitalícias não decorrentes do RGPS a dependentes de ex-prefeitos, em razão do mero exercício de mandato eletivo”*. (e-doc. 24)

7. O Presidente da Câmara Municipal de Caucaia/CE e o Prefeito do Município, intimados a se pronunciar, não apresentaram manifestação nos autos. (e-doc. 19)

8. O Município de Caucaia/CE foi admitido na condição de *amicus curiae*. (e-doc. 15)

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 c/c inc. I do art. 87 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

10/10/2022

PLENÁRIO

## ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 975 / CEARÁ

### VOTO

#### A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Na questão posta nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, objetiva-se seja declarada não recepcionada pela Constituição da República a Lei n. 405, de 30.11.1984, e a Lei n. 486, de 20.3.1989, do Município de Caucaia/CE. Nelas se dispõe sobre a concessão de pensão mensal vitalícia a viúvas de ex-prefeitos daquela municipalidade.

#### **Do cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental**

2. Nos termos do *caput* do art. 1º da Lei n. 9.882/1999, o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental é “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, quando inexistente outros meios processuais aptos e eficazes para evitar que ato do Poder Público produza efeitos lesivos a preceito fundamental suscitado, conforme disposto no § 1º do art. 4º da Lei n. 9.882/1999.

Cabe ainda arguição, “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.” (inc. I do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.882/1999)

A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente pelo cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar a recepção ou não de norma anterior à Constituição de 1988:

*Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES. OBRIGAÇÃO DE POLICIAL RESIDIR NA SEDE DA UNIDADE EM QUE ATUA. COMPATIBILIDADE COM A CARTA DE 1988. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA COMO REGRA PREVISTA EM ESTATUTO JURÍDICO DE SERVIDOR PÚBLICO. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ARTIGO 5º, XV E LIV, DA CRFB. ADPF JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível para definir a recepção de norma anterior à Constituição de 1988, ex vi do artigo 1º, I, da Lei nº 9.882/99, restando atendido o requisito da subsidiariedade quando não existir outro meio para sanar a controvérsia com caráter*

*abrangente e imediato. Precedentes: ADPF 190, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/9/2016; ADPF 33, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 7/12/2005. (...) 6. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a que se julga parcialmente procedente para declarar não recepcionada a expressão “não podendo afastar-se sem prévia autorização superior, salvo para atos e diligências de seus encargos” constante do artigo 244 da Lei Complementar estadual nº 3.400/1981 do Espírito Santo. (ADPF n. 90, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 13.5.2020)*

*EMENTA: (...) A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. (...) 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (ADPF n. 130, Relator o Ministro Carlos, Britto, Plenário, DJ 6.11.2009)*

Sobre o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental contra normas editadas antes da Constituição da República de 1988, Ingo Wolfgang Sarlet anota:

*Pressuposto da manutenção em vigor e da geração de efeitos das normas infraconstitucionais anteriores é a sua compatibilidade com a nova constituição, o que significa que a existência de vício anteriores, ou seja, eventual inconformidade em sentido formal e material com a constituição anterior, não é relevante para a recepção, pela nova ordem constitucional, do direito anterior, mas apenas a conformidade com a nova constituição. Com efeito, o controle de constitucionalidade se verifica apenas e sempre em relação aos parâmetros materiais e formais postos pela constituição em vigor, de tal sorte que o que importa, ao fim e ao cabo, é que a norma anterior guarde sintonia com a constituição vigente, não com a revogada. (SARLET, Ingo Wolfgang. A norma constitucional no “tempo”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015)*

4. *Conheço da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental* pela lesividade e potencialidade danosa a preceitos fundamentais decorrentes das normas municipais impugnadas e pela observância do requisito de procedibilidade da arguição, consistente na ausência de outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente e de forma eficaz e definitiva, a inconstitucionalidade apontada.

#### Do mérito

5. Este Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que, por consistirem nos cargos políticos de chefia do Poder Executivo mandatos temporários e seus ocupantes serem transitórios, inexistente direito ao recebimento de pensão vitalícia por ex-ocupantes do cargo e/ou dependentes, configurando-se ofensa aos princípios republicano, democrático, da moralidade, da impessoalidade e da igualdade a sua previsão normativa e a sua aplicação. Assim, por exemplo:

*EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI N. 201/1982 DO MUNICÍPIO DE PIMENTEIRAS/PI. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988. CABIMENTO. CONCESSÃO DE PENSÃO MENSAL E VITALÍCIA A FAMILIARES DE PREFEITO, VICE-PREFEITO E VEREADOR FALECIDO NO EXERCÍCIO DO MANDATO. NÃO RECEPÇÃO. PRINCÍPIOS REPUBLICANOS, DA IGUALDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. NATUREZA ALIMENTAR DA PARCELA. INEXIGIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DOS VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ ATÉ A PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. 1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental é instrumento adequado para impugnar, em sede de controle concentrado, ato normativo municipal anterior à Constituição Federal. Precedentes. 2. A instituição de pensão mensal vitalícia a familiares de prefeito, vice-prefeito e vereador falecido no exercício do mandato constitui benesse ou privilégio que não se compatibiliza com os princípios constitucionais republicano, da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, por configurar tratamento diferenciado e privilegiado, sem fundamento jurídico ou fato de discrimen razoável, em favor de quem não exerce função pública ou presta serviço público. Precedentes. 3. Com o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998 – voltada a disciplinar os regimes próprios de previdência social aos titulares de cargo efetivo –, ocupantes de cargos temporários, inclusive os de mandatos eletivos, na redação dada pela Emenda de n. 103/2019, passaram a submeter-se ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). 4. Pedido julgado procedente. 5. Razões de segurança jurídica impõem a modulação dos efeitos da decisão (Lei n. 9.882/1998) para afastar-se o dever*

*de devolução das verbas pagas até a publicação da ata de julgamento, com cessação da continuidade dos pagamentos a partir do mesmo marco temporal, independentemente da data do deferimento das vantagens – se antes ou depois da promulgação da Constituição Federal. Precedentes. (ADPF n. 833, Relator o Ministro Nunes Marques, Plenário, DJe 26.8.2022)*

**EMENTA:** ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI Nº 4.191/1980 DO ESTADO DA PARAÍBA. INSTITUIÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL, COMPLEMENTAR OU AUTÔNOMA, A DEPENDENTES DE EX-GOVERNADORES, EX-DEPUTADOS ESTADUAIS E EX-MAGISTRADOS. CONHECIMENTO DA AÇÃO DIANTE DA NÃO DEMONSTRAÇÃO DE REVOGAÇÃO DA NORMA E EM RAZÃO DA PERMANÊNCIA DA LESÃO. PRECEDENTE DO STF. NÃO RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE NORMAS QUE INSTITUEM PENSÃO ESPECIAL A DEPENDENTES DE AGENTES PÚBLICOS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS E DA IGUALDADE. PRECEDENTES DO STF QUANTO A AGENTES POLÍTICOS. AMPLIAÇÃO DO PRECEDENTE PARA ABRANGER A HIPÓTESE RELATIVA A EX-MAGISTRADOS, POR IGUAL FALTA DE AMPARO CONSTITUCIONAL. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. MODULAÇÃO DE EFEITOS PARA NÃO DEVOLUÇÃO DAS VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR RECEBIDAS DE BOA-FÉ, COM CESSAÇÃO DA CONTINUIDADE DOS PAGAMENTOS, INDEPENDENTEMENTE DA DATA DE CONCESSÃO DA VANTAGEM. PRECEDENTES DO STF. 1. A Lei nº 4.191/1980, na redação original e nas alterações promovidas pelas Leis nº 4.627/1984 e nº 4.650/1984, todas do Estado da Paraíba, autoriza a concessão de pensão especial a dependentes de ex-governadores, ex-magistrados e ex-deputados estaduais, seja de maneira complementar à pensão previdenciária (todas as redações), seja de maneira autônoma (redação originária). 2. Ação conhecida, diante do preenchimento dos pressupostos formais e da não demonstração de que a norma impugnada já tenha sido retirada do sistema. Ainda permanece a lesão a preceito fundamental alegada em razão da continuidade dos pagamentos, a ser sanada na presente via, o que permite o conhecimento da ação, mesmo que a lei tenha sido revogada, conforme precedente formado na ADPF 33/PA. 3. Este Supremo Tribunal Federal definiu interpretação jurídica no sentido de que a instituição de prestação pecuniária mensal e vitalícia a ex-ocupantes de cargos eletivos ou seus dependentes corresponde a concessão de benesse que não se compatibiliza com a Constituição Federal (notadamente com o princípio republicano e o princípio da igualdade, consectário

*daquele), por configurar tratamento diferenciado e privilegiado sem fundamento jurídico razoável, em favor de quem não exerce função pública ou presta qualquer serviço à administração. Assim, sob a minha relatoria, ADI 4555/PI (Pleno, j. 14/08/2019, DJe 30/08/2019) e ADI 4545/PR (Pleno, j. 05/12/2019, DJe 07/04/2020). No mesmo sentido: ADI 3.853/MS (Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. 12/09/2007, DJe 26/10/2007); ADPF 413/SP (Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. 06/06/2018, DJe 21/06/2018); ADI 4544/SE (Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 13/06/2018, DJe 11/09/2018); ADI 4609/RJ (Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 13/06/2018, DJe 11/09/2018); ADI 3418/MA (Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. 20/09/2018, DJe 04/12/2018); ADI 4601/MT (Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 25/10/2018, DJe 07/11/2018); ADI 4169/RR (Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 25/10/2018, DJe 07/11/2018); ADI 4552/PA (Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. 01/08/2018, DJe 14/02/2019); ADI 4562/PB (Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 17/10/2018, DJe 07/03/2019); ADI 5473/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 19/12/2018, DJe 18/02/2019); RE 638307/MS (Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 19/12/2019, DJe 13/03/2020); ADPF 590/PA (Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 08/09/2020, DJe 24/09/2020). 4. No caso, a mesma ratio se aplica em relação à vantagem conferida aos dependentes de ex-desembargadores e ex-juizes de direito, por ser igual privilégio injustificado em favor dessa classe de pessoas, à margem do regime previdenciário. Ampliação do precedente para abranger também essa hipótese. 5. O fato de a pensão especial estipulada pela lei impugnada ser conferida como complementação a pensão previdenciária devida à dependente, ainda, não é razão suficiente para afastar a aplicação dos precedentes citados. É igual benesse que não se compatibiliza com a Constituição Federal. 6. Pedido julgado procedente, para declarar a não recepção da Lei Estadual nº 4.191/1980, na redação originária e alterações. 7. Modulação de efeitos da decisão operada em parte, para afastar o dever de devolução das parcelas já pagas até a publicação da ata de julgamento, com cessação da continuidade dos pagamentos a partir do mesmo marco temporal, independentemente da data da concessão das vantagens, se antes ou depois da promulgação da Constituição Federal. Precedentes: ADI 4545/PR (sob a minha relatoria, Pleno, j. 05/12/2019, DJe 07/04/2020); ADI 4601/MT (Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 25/10/2018, DJe 07/11/2018); ADPF 590/PA (Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 08/09/2020, DJe 24/09/2020); RE 140499/GO (Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, j. 12/04/1994, DJ 09/09/1994). (ADPF n. 793, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 17.11.2021)*



*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 305 DA CONSTITUIÇÃO DO PARÁ. INCONSTITUCIONALIDADE DE PENSÃO VITALÍCIA PARA EX-GOVERNADORES. PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados “em caráter permanente”, por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 2. Inexiste direito ao recebimento de pensão vitalícia por ex-governador. 3. Ausência de parâmetro constitucional nacional e inauguração de padrão normativo estadual em desacordo com os princípios da Constituição da República, especialmente aqueles referentes às regras orçamentárias e aos princípios constitucionais da Administração Pública: Precedentes. 4. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional o art. 305, caput e § 1º, da Constituição do Pará. (ADI n. 4.552, de minha relatoria, Plenário, DJe 14.2.2019)*

*EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PENSÃO VITALÍCIA PARA EXGOVERNADORES DO ESTADO DE SERGIPE (ART. 263 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL). DESEQUIPARAÇÃO SEM FUNDAMENTO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, REPUBLICANO E DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. O benefício instituído pela norma impugnada – subsídio mensal e vitalício para ex-governadores, igual aos vencimentos do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça – é pago sem qualquer justificativa constitucionalmente legítima, representando inequívoca violação aos princípios da igualdade, republicano e democrático, consoante firme jurisprudência desta Corte. Precedentes: ADI-MC 4.552, Rel. Min. Cármen Lúcia; ADI 3.853, Rel. Min. Cármen Lúcia; SS 3.242, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 252.352, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI 1.461, Rel. Min. Maurício Corrêa. 2. A continuidade do pagamento inconstitucional desse subsídio mensal e vitalício a ex-detentor de cargo eletivo traduz-se também em grave lesão à economia pública, já que não há qualquer contraprestação de serviço público por parte do beneficiado. 3. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (ADI n. 4.544, Relator o Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJe 11.9.2018)*

*Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARTIGO 1º DA LEI Nº 4.586/1983. DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1º, PARTE FINAL, DA EMENDA CONSTITUCIONAL 22/2003*



DO ESTADO DO MATO GROSSO. MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO DE PENÇÃO VITALÍCIA A EX-GOVERNADORES, EX-VICE-GOVERNADORES E SUBSTITUTOS CONSTITUCIONAIS QUE PERCEBIAM O BENEFÍCIO À ÉPOCA DE SUA EXTINÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FEDERATIVO, REPUBLICANO, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. 1. O artigo 1º da Emenda Constitucional 22/2003 do Estado do Mato Grosso, ao prever que deve ser “respeitado o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal”, permitiu a continuidade do pagamento de subsídio mensal e vitalício a ex-governadores, ex-vice-governadores e substitutos que percebiam o benefício à época de sua extinção. 2. O direito adquirido é inoponível à Constituição quando nela se encontra interdito, posto eclipsado em alegado regime jurídico imutável, mormente quando o regime jurídico que se pretende ver preservado não encontra guarida na Constituição Federal. 3. A manutenção do pagamento de prestação pecuniária mensal e vitalícia a ex-governadores extrapola o poder constituinte derivado, violando o princípio federativo, além de não se compatibilizar com os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. 4. O princípio republicano apresenta conteúdo contrário à prática do patrimonialismo na relação entre os agentes do Estado e a coisa pública, o que se verifica no caso sub examine. 5. O princípio da igualdade veda a instituição de tratamento privilegiado sem motivo razoável, tal qual o estabelecido em proveito de quem não mais exerce função pública ou presta qualquer serviço à Administração Pública. Precedentes: ADI 4.552-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 9/6/2015; ADI 3853, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 26/10/2007; e ADI 3.418, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, julgamento em 20/09/2018. 6. O artigo 1º da Lei nº 4.586/1983 do Estado do Mato Grosso é direito pré-constitucional, insuscetível de figurar como objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADI 2, Rel. Min. Paulo Brossard, Plenário, DJ de 21/11/1997; ADI 74, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 25/9/1992; e ADI 129, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 4/9/1992. 7. Ação direta parcialmente conhecida, para, nessa parte, julgar procedente o pedido, para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1º, parte final, da Emenda Constitucional 22/2003 do Estado do Mato Grosso e declarar que o trecho “respeitado o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal” não autoriza a continuidade do pagamento de pensão mensal e vitalícia aos ex-governadores,

*ex-vice-governadores e substitutos constitucionais.* (ADI n. 4.601, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 7.11.2018)

*EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Maranhão e Lei estadual nº 6.245/1994. “Subsídio” mensal e vitalício a ex-governador que tenha exercido o cargo em caráter permanente. Pensão ao cônjuge supérstite. Inconstitucionalidade. Jurisprudência do STF. Ação direta julgada procedente. 1. O Supremo Tribunal tem afirmado que a instituição de prestação pecuniária mensal e vitalícia a ex-governadores, comumente designada sob o nomen juris “subsídio”, corresponde à concessão de benesse que não se compatibiliza com a Constituição Federal (notadamente com o princípio republicano e o princípio da igualdade, consectário daquele), por desvelar tratamento diferenciado e privilegiado sem fundamento jurídico razoável, com ônus aos cofres públicos, em favor de quem não exerce função pública ou presta qualquer serviço à administração, sendo também inconstitucionais prestações de mesma natureza concedidas aos cônjuges supérstites dos ex-mandatários. Precedentes: ADI nº 4.552-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 9/6/15; ADI nº 3.853, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 26/10/07. 2. Ação julgada procedente para se declarar a inconstitucionalidade do art. 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Maranhão e da Lei estadual nº 6.245/1994. (ADI n. 3.418, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 4.12.2018)*

*EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 85, § 5º, da Constituição do Estado do Paraná. “Subsídio” mensal e vitalício a ex-governador que tenha exercido o cargo em caráter permanente. Aditamento à inicial. Dispositivos da legislação estadual (artigos 1º e 2º da Lei n. 13.426/2002, artigo 1º da Lei nº 16.656/2010). Inconstitucionalidade por arrastamento. Previsão de transferência do benefício ao cônjuge supérstite. Pensão. Precedentes do STF. Não devolução das verbas de caráter alimentar recebidas de boa-fé, tutela da confiança justificada dos cidadãos. Precedentes do STF. Ação direta julgada parcialmente procedente. 1. Revogação de ato normativo objeto de contestação de ação constitucional com o objetivo de fraudar o exercício da jurisdição constitucional ou cujo processo já tenha sido liberado para pauta de julgamento do Plenário não implica a necessária situação de perda superveniente de objeto. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. O Supremo Tribunal*

*Federal definiu interpretação jurídica, na formação de precedentes, no sentido de que a instituição de prestação pecuniária mensal e vitalícia a ex-governadores, designada “subsídio”, corresponde à concessão de benesse que não se compatibiliza com a Constituição Federal (notadamente com o princípio republicano e o princípio da igualdade, consectário daquele), por configurar tratamento diferenciado e privilegiado sem fundamento jurídico razoável, em favor de quem não exerce função pública ou presta qualquer serviço à administração. 2. Precedentes: ADI nº 4.544, Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 13/06/2018, ADI nº 3.418, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 20/09/2018, ADI nº 4.601, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 25/10/2018, ADI nº 4.169, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 25/10/2018, ADI nº 4.552-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 9/6/15; ADI nº 3.853, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 26/10/07, ADI nº 1.461, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJe de 22/08/1997. 3. Inconstitucionalidade por arrastamento: art. 1º da Lei Estadual nº 13.426/2002 e art. 1º da Lei Estadual nº 16.656/2010 quanto à pensão das viúvas de ex-governadores, com vinculação de valor. Exclusão do art. 2º da Lei nº 13.426/2002, por impertinente. 4. O caráter alimentar das verbas recebidas de boa-fé, por significativo lapso temporal, assim como a confiança justificada e segurança jurídica dos atos praticados pelo poder público estadual, impõe restrição aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, assentando a inexigibilidade de devolução dos valores recebidos até a publicação do acórdão do presente julgado. Precedentes desta Suprema Corte. 5. Ação julgada parcialmente procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade do art. 85, § 5º, da Constituição do Estado do Paraná e, por arrastamento, declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 16.656/2010 e do art. 1º da Lei n. 13.246/2002, ambas do Estado do Paraná. (ADI n. 4.545, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 7.4.2020)*

6. No mesmo sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.853/MS, da minha relatoria, julgada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, CAPUT e §§ 1º, 2º E 3º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO**

*SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM VIDA PELO TITULAR. 1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em “caráter permanente”, receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados “em caráter permanente”, por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo “benefício”, não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. 4. afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. (DJ 26.10.2007)*

Nesse julgado, acentuou-se serem os mandatos temporários e os seus ocupantes, transitórios, pelo que não se pode ter benefício para governador que tenha deixado de ocupar o cargo.

No voto proferido também na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.853/MS, o Ministro Cezar Peluso assentou:

*Parece-me que tal instituto – subsídio a título de representação – não subsiste perante nenhum dos modelos análogos da Constituição Federal. Não é subsídio. Até os votos discrepantes concordaram em que não corresponde à figura do subsídio – que se liga ao exercício temporário e enquanto dure o mandato ou à remuneração do exercício de cargo público. Poderia pensar-se em aposentadoria, e também não corresponde a nenhuma das modalidades de aposentadoria, nem se*

*ajusta aos critérios constitucionais de concessão de aposentadoria, sequer no Regime Geral de Previdência Social. E não encontro outro modelo que servisse de parâmetro para aferição da constitucionalidade desse instituto, de modo que teria de o analisar como categoria própria, introduzida pelo constituinte estadual, a título de inovação na ordem jurídica constitucional.*

*Mas aqui (...) encontro algumas dificuldades. (...)*

*Teríamos aqui, como princípio, generalização de um ato do Estado que, a meu ver, está gravado por arbitrariedade, já que não corresponde a nenhum modelo federal: cria, no plano estadual, para o ex-Chefe do Poder Executivo, benefício que não têm os ex-Chefes do Poder Executivo nacional e que não tem justificação concreta, pois apanha qualquer pessoa que se encontre na mesma situação descrita pela norma, sem levar em consideração mérito ou situação de necessidade dessas pessoas. (...)*

*Não se pode permitir que o legislador estadual ou o legislador municipal, à custa do erário e sem nenhum compromisso com o art. 195, § 5º, que, em tema de seguridade social, exige indicação da fonte de custeio, contemple todos os ex-detentores de mandato eletivo com benefício que não tem outra justificação senão o fato de o terem sido. Se o constituinte federal, na sua alta discricionariedade, o tivesse feito, tollitur quaestio, mas, não o tendo feito o constituinte federal, entendo que, sob pena de se ter de emprestar, sob o meu ponto de vista, legitimação à norma destituída de racionalidade jurídica e, portanto, impregnada de arbitrariedade e de abuso legislativo, não posso, com o devido respeito aos votos dissidentes, deixar de acompanhar a eminente Relatora, para julgar procedente a ação.*

Pela maioria dos votos que prevaleceram neste último precedente, vencido o Ministro Eros Grau, teve-se como inválida a norma constitucional do Estado, porque destituída de fundamento na Constituição, criando-se, no plano estadual, modelo não adotado no plano federal, em ofensa ao princípio da igualdade, atingindo-se, portanto, o cerne do sistema republicano.

7. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.461/AP, Relator o Ministro Maurício Corrêa, decidiu-se:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. EXGOVERNADOR DE ESTADO. SUBSÍDIO MENSAL E**

*VITALÍCIO A TÍTULO DE REPRESENTAÇÃO. EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 003, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1995, DO ESTADO DO AMAPÁ. 1. Normas estaduais que instituíram subsídio mensal e vitalício a título de representação para Governador de Estado e Prefeito Municipal, após cessada a investidura no respectivo cargo, apenas foram acolhidas pelo Judiciário quando vigente a norma-padrão no âmbito federal. 2. Não é, contudo, o que se verifica no momento, em face de inexistir parâmetro federal correspondente, suscetível de ser reproduzido em Constituição de Estado-Membro. 3. O Constituinte de 88 não alçou esse tema a nível constitucional. 4. Medida liminar deferida. (Plenário, DJ 22.8.1997)*

8. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 638.307, este Supremo Tribunal, ao examinar benefício instituído de forma graciosa a ex-vereadores, fixou a seguinte tese: *“Lei municipal a versar a percepção, mensal e vitalícia, de ‘subsídio’ por ex-vereador e a consequente pensão em caso de morte não é harmônica com a Constituição Federal de 1988.”* (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 13.3.2020)

14. No sentido dos fundamentos adotados neste voto, em recente julgado, a Ministra Rosa Weber deferiu a medida liminar na Suspensão de Segurança n. 5.528, em decisão na qual proferida a seguinte ementa:

*SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. EX-GOVERNADOR. BENEFÍCIO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. CONTROLE CONCENTRADO. EFEITO VINCULANTE. PAGAMENTO DO BENEFÍCIO RESTABELECIDO. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA E AO ERÁRIO. CONFIGURAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA.*

9. O sistema constitucional vigente não comporta pagamento de remuneração a não ocupante de cargo ou emprego público, pois se teria de cogitar daquele pagamento como categoria que tivesse outra correspondência que não a remuneração.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.552, da minha relatoria, afirmei, em situação análoga à dos autos, que, *“mesmo na atividade privada e não apenas no setor público, trabalho sem pagamento é escravidão e pagamento sem trabalho é doação. E, nesse caso, seria doação com dinheiro público.”* (DJe 14.2.2019)

10. Sobre a questão, José Afonso da Silva se manifestou, em parecer juntado aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.552:

*(...) a despeito do nome diverso que o dispositivo atribui à vantagem pecuniária, ele constitui uma espécie de gratificação que se outorga a*

*agentes políticos de escalão superior da administração, especialmente aos Chefes de Poder Executivo e a seus auxiliares diretos. (...)*

*Essa gratificação, dita de representação de gabinete, se apresenta sob duas modalidades: a) uma, que é prevista no orçamento da entidade, destinada a fazer face a despesas eventuais no exercício do cargo e em razão disso; por isso, as despesas têm que ser comprovadas e ficam sujeitas à apreciação do Tribunal de Contas pertinente; b) a outra, é conferida como um adendo ou anexo aos vencimentos da autoridade, destinada a ocorrer despesas em razão de sua situação pessoal que não têm como ser comprovadas, por isso pode a autoridade fazer dela o que bem entender porque integra a sua remuneração enquanto no exercício do cargo representativo. Logo se vê que, no primeiro caso, temos espécie de gratificação, mas não é uma vantagem pecuniária do titular do cargo, pois é uma verba do Gabinete. No segundo caso, sim, temos uma vantagem pecuniária do titular do cargo, porque constitui um acréscimo ao seu vencimento, como uma espécie de gratificação propter personam, ou seja, uma gratificação em razão de condições pessoais do agente político. É evidente, portanto, que, ao perder essa condição pessoal, cessa o pagamento da vantagem. Demais, essa vantagem é uma percentagem do vencimento do titular, não a sua remuneração. Logo, o Governador de Estado que a percebia, perde-a quando cessa a condição pessoal que a fundamentava. (...)*

*A vantagem conferida pela Constituição estadual “– nesse caso ele fazia uma referência à Constituição do Estado do Sergipe, mas os termos são exatamente, rigorosamente os mesmos –” não tem natureza de representação. É, na verdade, um estipêndio que não se fundamenta em um título legítimo, porque não se trata de proventos de aposentadoria, estipendiada pelos cofres públicos ou pelo INSS, para os agentes políticos providos em cargos, funções ou mandatos por via de eleição política, tanto que não se lhes descontam contribuição previdenciária.*

Aquele constitucionalista finaliza o estudo nestes termos:

*A conclusão é a de que não há um título jurídico que sustente a vantagem outorgada naquele art. (...); não há fundamento na Constituição Federal que a ampare. Ao contrário, todos os princípios constitucionais a repelem, o primeiro deles é que não pode haver dispêndio público sem causa. Ninguém pode receber pagamento sem uma contraprestação de serviço atual, salvo a título previdenciário*



*nos casos constitucionalmente previstos. São ilegítimas as despesas com pessoas que não sejam a título de vencimentos ou de proventos de aposentadoria. Um Governador de Estado, enquanto no exercício do cargo, recebe estímulos remuneratórios em paga do serviço que está prestando à comunidade, mas, uma vez cessado o seu mandato, desliga-se de uma vez dessa função pública, sem direito a qualquer estímulos, visto como não tem direito à aposentadoria.*

11. Tem-se, assim, inexistente parâmetro constitucional correspondente para embasar a concessão do benefício municipal e a inegável quebra do princípio do tratamento igual a ser conferido para pessoas em condições jurídico-funcionais iguais e, aplicando-se ainda aquele princípio, não se podendo dar tratamento igual a quem em condição jurídico-funcional desigual esteja.

Aquele que não seja titular de cargo eletivo de prefeito municipal, ou se tendo extinto o mandato, não pode receber do povo pagamento por trabalho que não presta, em condição diferente de qualquer outro agente público que, ressalvada a aposentação nas condições constitucionais e legais estatuídas, não dispõe desse privilégio.

12. Os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade vedam a concessão de privilégios e favoritismos em razão de condição pessoal do beneficiado. Assegurar a percepção de verba mensal a viúvas de ex-prefeitos, configura condição privilegiada e injustificada em relação aos demais beneficiários do regime previdenciário, que atenderam aos requisitos constitucionais e legais para a concessão dos benefícios.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que *“exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”*. (Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 71)

Quanto ao princípio da moralidade, o Ministro Gilmar Mendes leciona em obra doutrinária: *“a reverência que o direito positivo presta ao princípio da moralidade decorre da necessidade de pôr em destaque que, em determinados setores da vida social, não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável. Sendo o direito o mínimo ético indispensável à convivência humana, a obediência ao princípio da moralidade, em relação a determinados atos, significa que eles só serão considerados válidos se forem duplamente conformes à eticidade, ou seja, se forem adequados não apenas às exigências jurídicas, mas também às de natureza moral.”* (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 787)



13. Ressalte-se que, nos termos do § 13 do art. 40 da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional n. 103/2019, ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo temporário, no qual se inserem os agentes políticos, detentores de mandato eletivo, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social:

*Art. 40. (...)*

*§ 13. Aplica-se ao agente público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, de outro cargo temporário, inclusive mandato eletivo, ou de emprego público, o Regime Geral de Previdência Social.*

Agentes políticos, na definição de José dos Santos Carvalho Filho, são “aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins. (...) Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores)”. (Manual de Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 458)

Os prefeitos são submetidos, portanto, ao Regime Geral da Previdência Social, com parâmetros constitucionais específicos para a concessão dos benefícios aos seus contribuintes, nos termos dos arts. 195 a 201 da Constituição da República.

A criação de pensão, de natureza graciosa, que se aproxima dos institutos da aposentadoria e da pensão por morte, como remuneração independente da contraprestação que é o trabalho do agente político, nos casos em que o mandato eletivo tenha terminado, e sem previsão semelhante na Constituição da República e na legislação nacional, ofende o princípio federativo inserido no sistema de repartição de competências. Nele se prevê competir à União legislar sobre normas gerais de previdência social, nos termos do inc. XII do art. 24 da Constituição, e aos Estados legislar de forma supletiva ou complementar, observadas as normas constitucionais e nacionais sobre a matéria, como disposto nos §§ 2º a 4º do art. 24 c/c o § 1º do art. 25 da Constituição.

15. Configura inconstitucionalidade, nos termos da reiterada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a instituição de prestação pecuniária mensal e

vitalícia a viúvas de ex-prefeitos, correspondente à concessão de benesse que não se compatibiliza com a Constituição da República, por revelar tratamento diferenciado e privilegiado sem fundamento jurídico razoável, com ônus aos cofres públicos, em favor de quem não exerce função pública ou presta qualquer serviço à administração.

A continuidade do pagamento de gratificação a título de pensão a viúvas de ex-prefeitos do Município de Caucaia/CE, apesar da jurisprudência pacificada deste Supremo Tribunal Federal e, em desacordo com os princípios constitucionais, especialmente aqueles referentes às normas orçamentárias e aos princípios da Administração Pública, evidencia a relevância jurídica da questão posta e os gravames jurídicos e sociais que a preservação dos efeitos desses atos poderia acarretar.

Assento, portanto, a inconstitucionalidade das normas impugnadas, concessivas de pensões a viúvas de ex-chefes do Poder Executivo do Município de Caucaia/CE, como decorrência do exercício de cargo eletivo, distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social.

### Da modulação dos efeitos da decisão

16. Com base no princípio da segurança jurídica e de excepcional interesse social, com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, propõe-se a modulação dos efeitos da decisão para atribuir-se eficácia a partir da data da publicação da ata de julgamento, afastando-se o dever de devolução dos valores recebidos pelos beneficiários até essa data.

No mesmo sentido o decidido nos seguintes julgados, em situações análogas a dos autos:

*EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI N. 201/1982 DO MUNICÍPIO DE PIMENTEIRAS/PI. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988. CABIMENTO. CONCESSÃO DE PENSÃO MENSAL E VITALÍCIA A FAMILIARES DE PREFEITO, VICE-PREFEITO E VEREADOR FALECIDO NO EXERCÍCIO DO MANDATO. NÃO RECEPÇÃO. PRINCÍPIOS REPUBLICANO, DA IGUALDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. NATUREZA ALIMENTAR DA PARCELA. INEXIGIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DOS VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ ATÉ A PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. (...) 5. Razões de segurança jurídica impõem a modulação dos efeitos da decisão (Lei n. 9.882/1998) para afastar-se o dever de devolução das verbas pagas até a publicação da ata de julgamento, com cessação da continuidade dos pagamentos a partir do mesmo marco temporal, independentemente da data do deferimento das vantagens – se antes ou depois da promulgação da Constituição Federal. Precedentes. (ADPF n. 833, Relator o Ministro Nunes Marques, Plenário, DJe 26.8.2022)*

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI Nº 4.191/1980 DO ESTADO DA PARAÍBA. INSTITUIÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL, COMPLEMENTAR OU AUTÔNOMA, A DEPENDENTES DE EX-GOVERNADORES, EX-DEPUTADOS ESTADUAIS E EX-MAGISTRADOS. CONHECIMENTO DA AÇÃO DIANTE DA NÃO DEMONSTRAÇÃO DE REVOGAÇÃO DA NORMA E EM RAZÃO DA PERMANÊNCIA DA LESÃO. PRECEDENTE DO STF. NÃO RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE NORMAS QUE INSTITUEM PENSÃO ESPECIAL A DEPENDENTES DE AGENTES PÚBLICOS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANO E DA IGUALDADE. PRECEDENTES DO STF QUANTO A AGENTES POLÍTICOS. AMPLIAÇÃO DO PRECEDENTE PARA ABRANGER A HIPÓTESE RELATIVA A EX-MAGISTRADOS, POR IGUAL FALTA DE AMPARO CONSTITUCIONAL. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. MODULAÇÃO DE EFEITOS PARA NÃO DEVOLUÇÃO DAS VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR RECEBIDAS DE BOA-FÉ, COM CESSAÇÃO DA CONTINUIDADE DOS PAGAMENTOS, INDEPENDENTEMENTE DA DATA DE CONCESSÃO DA VANTAGEM. PRECEDENTES DO STF. (...) 7. Modulação de efeitos da decisão operada em parte, para afastar o dever de devolução das parcelas já pagas até a publicação da ata de julgamento, com cessação da continuidade dos pagamentos a partir do mesmo marco temporal, independentemente da data da concessão das vantagens, se antes ou depois da promulgação da Constituição Federal. Precedentes: ADI 4545/PR (sob a minha relatoria, Pleno, j. 05/12/2019, DJe 07/04/2020); ADI 4601/MT (Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 25/10/2018, DJe 07/11/2018); ADPF 590/PA (Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 08/09/2020, DJe 24/09/2020); RE 140499/GO (Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, j. 12/04/1994, DJ 09/09/1994). (ADPF n. 793, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 17.11.2021)

17. Pelo exposto, *julgo procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar não recepcionada a Lei n. 405, de 30.11.1984, e a Lei n. 486, de 20.3.1989, do Município de Caucaia/CE, modulados os efeitos da decisão com atribuição de eficácia a partir da data da publicação da ata de julgamento.*

**PLENÁRIO  
EXTRATO DE ATA**

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 975**

**PROCED.: CEARÁ**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**INTDO.(A/S): CÂMARA MUNICIPAL DE CAUCAIA**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**INTDO.(A/S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA**

**ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA**

**AM. CURIAE: MUNICÍPIO DE CAUCAIA/CE**

**ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CAUCAIA/CE**

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar não recepcionada a Lei n. 405, de 30.11.1984, e a Lei n. 486, de 20.3.1989, do Município de Caucaia/CE, modulados os efeitos da decisão com atribuição de eficácia a partir da data da publicação da ata de julgamento, nos termos do voto da Relatora. Plenário, Sessão Virtual de 30.9.2022 a 7.10.2022.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário



Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO  
ESPECIAL Nº 2.101.536 / RIO DE JANEIRO  
(2022/0099824-2)**

**RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ**

**AGRAVANTE: RONY RODRIGO BARCELOS DOS SANTOS**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. PRAZO: 5 (CINCO) DIAS CORRIDOS. ART. 39 DA LEI N. 8.038/1990. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. *In casu*, não há falar de intimação tácita (art. 5.º, § 3.º, da Lei n. 11.343/2006), pois a efetiva consulta aos autos se deu no dia 01/06/2022, data essa que deve considerada a de realização da intimação quanto à decisão agravada (§§ 1.º e 2.º do art. 5.º da Lei n. 11.419/2006), conforme o Termo de Ciência e a Certidão de Trânsito em Julgado e Termo de Baixa acostados aos autos.

2. A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil não alterou o prazo para a interposição de agravo contra decisão monocrática de relator em matéria penal, o qual, nos termos do art. 39 da Lei n. 8.038/1990, é de 5 (cinco) dias corridos.

3. Na hipótese, em 01/06/2022, houve a efetiva intimação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro quanto à decisão agravada (consulta eletrônica aos autos); o prazo para

recurso – contado em dobro – teve início no primeiro dia útil seguinte, 02/06/2022, sendo o *dies ad quem* 11/06/2022 (sábado), prorrogado para 13/06/2022, mas o agravo regimental só foi apresentado em 20/06/2022, quando já havia escoado o prazo para a sua interposição.

4. Agravo regimental não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schiatti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2022 (Data do Julgamento).

**MINISTRA LAURITA VAZ**

Relatora

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.101.536 / RIO DE JANEIRO (2022/0099824-2)**

**RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ**

**AGRAVANTE: RONY RODRIGO BARCELOS DOS SANTOS**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RELATÓRIO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Trata-se de agravo regimental interposto por RONY RODRIGO BARCELOS DOS SANTOS contra decisão proferida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual o respectivo agravo em recurso especial foi conhecido para não conhecer do apelo nobre (fls. 298-302).

Certidão de trânsito em julgado juntada à fl. 308.

Sustenta a Defesa, nas razões do regimental (fls. 2-14 do expediente avulso), preliminarmente, que, conforme consta do termo juntado à fl. 304, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro teve ciência quanto à decisão agravada em 01/06/2022 e, a partir dessa data, passou a fluir o prazo de 10 dias previstos no § 3.º do art. 5.º da Lei n. 11.419/2006 para a intimação ficta/automática.

Assim, alega que o termo inicial do prazo para a interposição de recurso contra a decisão agravada é 11/06/2006 (sábado), tendo sido prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, ou seja, 13/06/2022, sendo certo que tal interstício – contado em dobro, conforme dispõe o art. 186 do CPC –, teve como *dies ad quem* 23/06/2022.

Por via de consequência, aduz ser de rigor anular a certidão de trânsito em julgado de fl. 308, bem como considerar tempestivo o presente agravo regimental apresentado em 20/06/2022 (fl. 02 do expediente avulso).

No mais, afirma que:

a) a solução da lide não demanda nova incursão no acervo fático-probatório acostado aos autos e, nesse panorama, não há falar na incidência do óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

b) não é aplicável à espécie a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo conhecimento do agravo regimental, a fim de que não seja conhecido o recurso especial (fls. 27-31 do expediente avulso).

É o relatório.



**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.101.536 / RIO DE JANEIRO (2022/0099824-2)**

**EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. PRAZO: 5 (CINCO) DIAS CORRIDOS. ART. 39 DA LEI N. 8.038/1990. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. *In casu*, não há falar de intimação tácita (art. 5.º, § 3.º, da Lei n. 11.343/2006), pois a efetiva consulta aos autos se deu no dia 01/06/2022, data essa que deve considerada a de realização da intimação quanto à decisão agravada (§§ 1.º e 2.º do art. 5.º da Lei n. 11.419/2006), conforme o Termo de Ciência e a Certidão de Trânsito em Julgado e Termo de Baixa acostados aos autos.

2. A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil não alterou o prazo para a interposição de agravo contra decisão monocrática de relator em matéria penal, o qual, nos termos do art. 39 da Lei n. 8.038/1990, é de 5 (cinco) dias corridos.

3. Na hipótese, em 01/06/2022, houve a efetiva intimação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro quanto à decisão agravada (consulta eletrônica aos autos); o prazo para recurso – contado em dobro – teve início no primeiro dia útil seguinte, 02/06/2022, sendo o *dies ad quem* 11/06/2022 (sábado), prorrogado para 13/06/2022, mas o agravo regimental só foi apresentado em 20/06/2022, quando já havia escoado o prazo para a sua interposição.

4. Agravo regimental não conhecido.

**VOTO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):**

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau absolveu o Agravante quanto aos delitos preconizados nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c./c. o art. 40, inciso IV, todos da Lei n. 11.343/2006 (fls. 155-159).

Irresignada, a Acusação interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu provimento para condenar o Réu a 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (*apreensão de 224,5g de*

*maconha e 40,4g de cocaína*). A sanção corporal foi substituída por 2 (duas) restritivas de direitos (fls. 206-219).

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, contrariedade aos arts. 28, *caput* e § 2.º, e 33, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Aduz que não foram apresentadas provas concretas e idôneas a amparar o édito condenatório com a certeza necessária a tal desiderato, e, não tendo sido comprovada a destinação das drogas apreendidas para o comércio espúrio, é de rigor desclassificar a conduta imputada a Réu para a de uso de entorpecentes para consumo próprio.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 251-257). O recurso especial não foi admitido (fls. 259-263). Foi interposto agravo (fls. 272-281).

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, por meio da decisão de fls. 298-302, conheceu do agravo em recurso especial, a fim de não conhecer do apelo nobre.

Daí a interposição do presente agravo regimental (fls. 02-14 do expediente avulso).

Feito esse breve escorço histórico, passo ao exame da controvérsia.

Inicialmente, examino a preliminar suscitada pela Defesa quanto à tempestividade do regimental.

Destaco que, por intermédio do despacho de fl. 16 do apenso 1, determinei à Coordenadoria de Processamento de Feitos de Direito Penal desta Corte que esclarecesse se, conforme os ditames preconizados no art. 5.º da Lei n. 11.419/2006, o Termo de Ciência de fls. 304 decorrera de *efetiva consulta* levada a efeito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (§§ 1.º e 2.º) ou de *intimação automática/tácita* (§ 3.º), ambas quanto à decisão de fls. 298-302.

A propósito, a citada Coordenadoria do Superior Tribunal de Justiça prestou as seguintes informações (fl. 38 do expediente avulso, sem grifos no original):

*Peço vênica para informar Vossa Excelência os procedimentos adotados pela Coordenadoria de Processamento de Feitos de Direito Penal – CPPE, em cumprimento aos termos do r. despacho de e-STJ fl. 33 proferido no Expediente Avulso formado na petição de Agravo Regimental n. 00527796/2022 (e-STJ fls. 2/14 do Expediente avulso):*

*1. Em 02/08/2022, a CPPE instaurou processo SEI 022068/2022 (Memorando CPPE 305624 (e-STJ fls. 1/2 do Apenso 1), para solicitar à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação que realizasse auditoria nas peças processuais destes autos com o objetivo de informar “(...) a data da efetiva ciência da intimação, bem como do acesso aos autos do ARESP 2101536/RJ pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, referente à decisão de e-STJ fls. 298/302 (3056665), publicada em 01/06/2022 e certificado à e-STJ. fl. 303 (3056669), bem como a data de acesso aos autos pelo Ente acima mencionado.”*

2. Em 10/08/2021, a STJ, através de análise técnica realizada pela Seção de Sustentação de Sistemas Judiciais – SESAJ, apresentou os relatórios gerados a partir da base de dados do Sistema que foram reportados a esta Coordenadoria por meio dos Documentos: 3070438 (Relatório Acesso ao Sistema de Intimação Eletrônica em 01/06) (e-STJ fl. 30 do Apenso 1), 3070443 (Relatório Ciências no processo 202200998242) (e-STJ fl. 31 do Apenso 1) e 3070449 (Relatório no processo 202200998242) (e-STJ fls. 32/34 do Apenso 1) e, complementarmente, também esclareceu que "(...) a partir das informações supracitadas, é possível depreender que a ciência da referida intimação ocorreu no dia 01/06/2022 às 11:16:40, por meio de acesso à aplicação e consulta realizada pelo Sr. CARLOS PEREIRA NETO, conforme consta no relatório 3070443. Cabe informar ainda que o processo de número 202200998242 foi consultado no dia 01/06/2022 às 11:06, pelo mesmo usuário, qual seja, o Sr. CARLOS PEREIRA NETO, conforme consta no documento 3070449. Portanto, a ciência da intimação foi realizada de acordo com os registros de acesso constantes nesta data. Neste caso, não houve ciência por decurso de prazo."

Como se vê, ao contrário do que alega a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, houve efetiva consulta aos autos em 01/06/2022 e, portanto, não é o caso de "intimação tácita/automática" prevista no § 3.º do art. 5.º da Lei n. 11.419/2006, devendo ser considerada a data antes mencionada como aquela em que foi realizada a intimação quanto à decisão agravada, exatamente conforme consta do Termo de Ciência de fl. 304 e da Certidão de Trânsito em Julgado e Termo de Baixa de fl. 308.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

[...]

1. Nos termos da Lei nº 11.419/2006, a intimação eletrônica considera-se realizada no dia em que o intimado efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, a qual pode ser realizada em até 10 dias.

[...] (RHC n. 37.616/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 11/03/2016.)

No mais, conforme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil não alterou o prazo para a interposição de agravo contra decisão monocrática de relator em matéria penal. Portanto, nessa hipótese, está vigente o comando normativo contido no art. 39 da Lei n. 8.038/1990, ou seja, o prazo para a apresentação do citado apelo é de 5 (cinco) dias corridos.

Nesse sentido:

[...]

1. *É intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo de 5 dias corridos, nos termos dos arts. 39 da Lei nº 8.038/90 e 258, caput, do RISTJ.*

2. *A Terceira Seção desta Corte Superior firmou orientação no sentido de que “O agravo contra decisão monocrática de Relator, em controvérsias que versam sobre matéria penal ou processual penal, nos tribunais superiores, não obedece às regras no novo CPC, referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219, Lei nº 13.105/2015) e ao estabelecimento de prazo de 15 (quinze) dias para todos os recursos, com exceção dos embargos de declaração (art. 1.003, § 5.º, Lei nº 13.105/2015)” (AgRg na Rcl 30.714/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 27/04/2016, DJe de 04/05/2016).*

3. *No âmbito penal, não se aplica o prazo em dobro previsto no art. 183 do CPC/2015, cuja prerrogativa é conferida apenas à Defensoria Pública.*

4. *Agravo regimental não conhecido. (AgRg no REsp 1.523.182/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018.)*

[...]

1. *É intempestivo o agravo regimental interposto após o decurso do prazo de cinco dias previsto no art. 258 do Regimento Interno do STJ.*

2. *A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil não modificou o prazo para interposição de agravo das decisões do Relator em matéria penal, estando mantida a disposição contida no art. 39 da Lei n.º 8.038/90.*

3. *Na espécie, a Defensoria Pública foi pessoalmente intimada da decisão agravada em 15.03.2017, tendo o período recursal – 5 dias, contados em dobro – se exaurido aos 27.03.2017, ao passo que o presente regimental foi interposto apenas em 28.03.2017, ou seja, após o decurso do prazo regimental.*

4. *Insurgência não conhecida. (AgRg no REsp 1.643.107/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, REPDJe 28/05/2018, DJe 23/05/2018.)*

No caso, em 01/06/2022 (fl. 304), houve a efetiva intimação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro quanto à decisão por intermédio da qual foi conhecido o agravo em recurso especial para não conhecer do apelo nobre (consulta eletrônica aos autos). O prazo para recurso – contado em dobro – teve como termo inicial o primeiro dia útil seguinte, ou seja, 02/06/2022 e como *dies ad quem* 11/06/2022

(sábado), prorrogado para 13/06/2022. O presente agravo regimental, no entanto, só veio a ser apresentado nesta Corte em 20/06/2022 (fl. 02 do expediente avulso), quando já havia escoado o prazo para a sua interposição.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do agravo regimental.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEXTA TURMA**

**AgRg no AREsp 2.101.536 / RJ**

**Número Registro: 2022/0099824-2**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 02299388720198190001 202224700212 2299388720198190001**

**EM MESA**

**JULGADO: 27/09/2022**

**Relatora**

**Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ**

**Presidente da Sessão**

**Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ**

**Subprocuradora-Geral da República**

**Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN**

**Secretária**

**Bela. GISLAYNE LUSTOSA RODRIGUES**

**AUTUAÇÃO**

**AGRAVANTE: RONY RODRIGO BARCELOS DOS SANTOS**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas – Tráfico de Drogas e Condutas Afins**

## **AGRAVO REGIMENTAL**

**AGRAVANTE: RONY RODRIGO BARCELOS DOS SANTOS**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ra volorem adi cum quiandunt ute non natiatem latur aut adit quatemodi debis moleceri comnia simagni endici omni solorec tatur?

Et hilicae stionet laccatem hit et peruntis ditis consequi dolo quibusci cus cum eatem nosanimus viduci to et iustum est, quatiur aut ium venet lam simus iur aligenimust ut que perio officii utem es am ius aciaepro omnissi dolorru ntotature magnis el mo et aut et vendigenit, consequo quost acias mos eatquas dereped igenihicat aut quundelest as que modis de dolorei uscium lam aut invelest, quasperum volum unt la vel ipsam, solorem alicaerempor ab imolupturit, culpari stinus eos as esed



# **AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 758948 / RIO GRANDE DO SUL (2022/0231090-0)**

**RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**AGRAVADO: MATEUS SILVA DE ABREU (PRESO)**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

## **EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: “a) Na hipótese de



suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de *standard* probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.”

4. Sobre a gravação audiovisual, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 (“ADPF das Favelas”), reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros, que “o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos”.

5. Segundo a jurisprudência desta Corte, a mera apreensão de drogas com o réu fora da residência (no caso, em um bar) não configura justa causa para o ingresso em domicílio.

6. As regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança

à afirmação dos policiais de que o acusado, depois de ser encontrado com apenas cinco pinos de cocaína em um bar, haveria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu domicílio, franqueando àqueles a apreensão de objetos ilícitos e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

7. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão das referidas substâncias.

8. Agravo regimental não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2022.

**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Relator

**AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 758948 / RIO GRANDE DO SUL (2022/0231090-0)**

**RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**AGRAVADO: MATEUS SILVA DE ABREU (PRESO)**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

### **EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: “a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de *standard*

probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.”

4. Sobre a gravação audiovisual, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 (“ADPF das Favelas”), reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros, que “o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos”.

5. Segundo a jurisprudência desta Corte, a mera apreensão de drogas com o réu fora da residência (no caso, em um bar) não configura justa causa para o ingresso em domicílio.

6. As regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos policiais de que o acusado, depois de ser

encontrado com apenas cinco pinos de cocaína em um bar, haveria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu domicílio, franqueando àqueles a apreensão de objetos ilícitos e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

7. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão das referidas substâncias.

8. Agravo regimental não provido.

## RELATÓRIO

### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que concedi parcialmente a ordem em *habeas corpus*, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio da invasão do domicílio do agravado.

O agravante alega, em síntese, que “tendo sido afirmadas tanto a presença tanto as fundadas razões da prática de crime permanente como o consentimento do morador para o ingresso na residência, é inviável desconstituir, no bojo de *habeas corpus*, tais conclusões, pois tal providência exige incursão aprofundada no conjunto fático-probatório”. (fl. 393)

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* anteriormente proferido ou a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado.

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Em que pesem os argumentos despendidos pelo Ministério Público, entendo que não lhe assiste razão.

#### I. Inviolabilidade de domicílio – direito fundamental

O caso traz a lume antiga discussão sobre a legitimidade do procedimento policial que, após o ingresso no interior da residência de determinado indivíduo, *sem autorização judicial*, logra encontrar e apreender drogas – de sorte a configurar a suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 –, cujo caráter permanente autorizaria, segundo ultrapassada linha de pensamento, o ingresso domiciliar.

Faço lembrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *RE n. 603.616/RO*, com *repercussão geral previamente reconhecida*, assentou que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, *devidamente justificadas a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”. (Rel. Ministro *Gilmar Mendes*, DJe 8/10/2010)

A Corte Suprema, em síntese, definiu que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em *fundadas razões* – na dicção do art. 240, § 1º, do CPP –, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

Embora a jurisprudência haja caminhado no sentido de que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem o consentimento do morador, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente – de que é exemplo o tráfico de drogas –, propus, ao julgar o *REsp n. 1.574.681/RS* (DJe 30/5/2017), que o entendimento fosse aperfeiçoado, dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se pudesse perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável.

Na ocasião, esta colenda Sexta Turma decidiu, *à unanimidade*, que não se há de admitir que *a mera constatação* de situação de flagrância, *posterior ao ingresso*, justifique a medida. Ora, se o próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, *não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de mera capacidade intuitiva*, entrar de maneira forçada na residência de alguém e, então, verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente. A ausência de justificativas e de elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial

na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental.

No referido julgamento, concluiu-se, portanto, que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, é necessário tenha a autoridade policial *fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas*, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida, e não mera desconfiância fulcrada, *v.g.*, na fuga de indivíduo de uma ronda policial, comportamento que pode ser atribuído a várias causas que *não, necessariamente, a de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente ou mesmo carregando consigo ilegalmente arma de fogo*.

## II. O caso dos autos

Feitas essas considerações introdutórias, passo a analisar a situação concreta ora em julgamento.

Consta do auto de prisão em flagrante a seguinte dinâmica fática (fl. 18):

[...] após reiteradas denúncias de que em um bar localizado na Djalma Sassi nº 70 teria um indivíduo de nome Mateus traficando drogas, foram verificar tal situação. Chegando no local, já avistaram Mateus, que já era conhecido da GU, sentado na frente do bar, o abordando. Que em revista pessoal, foi encontrado com o mesmo 5 pinos de cocaína, dois aparelhos de celular e R\$200,00 em espécie. Questionado acerca estava da denúncia de que estaria vendendo drogas Mateus casa e que armazenando cocaína em sua casa, acabou confessando e franqueando a entrada em sua residência – Rua Amazonas, 250. No interior da residência foram encontrados um colete balístico em uma cadeira da cozinha, uma balança de precisão e uma caixinha com 95 pinos de cocaína, além de uma pedra, também de cocaína, de aproximadamente 11 g. A balança e as drogas estavam em cima de um fogão a lenha, local indicado e mostrado pelo próprio Mateus. Que em relação ao colete Mateus afirmou que recebeu como pagamento de dívida de um homem que o devia.

A Corte estadual, *por maioria*, afastou a apontada ocorrência de invasão de domicílio com base nos argumentos abaixo expostos (fls. 304-306, destaquei.):

Para melhor contextualizar o caso penal, transcrevo o voto minoritário:



(...) Com a vênua do eminente Relator, divirjo para reconhecer a ilicitude da prova obtida no interior da residência, por violação de domicílio, desclassificando a conduta para a prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, em relação ao entorpecente apreendido na via pública. Segundo narrativa dos policiais, eles receberam denúncia anônima de que um indivíduo, de nome Matheus, estaria traficando em um bar. Dirigiram-se até o local, onde realizaram a abordagem do réu. Em revista pessoal, apreenderam 05 pinos de cocaína. O acusado teria informado possuir maior quantidade de entorpecentes em sua residência, levando os policiais até lá. Na casa foram apreendidos os demais entorpecentes. No que tange à apreensão feita na residência do acusado, é de ser declarada ilícita a prova da materialidade, por violação de domicílio, pois não demonstrada situação de flagrante dentro da residência a legitimar o ingresso, nem a voluntariedade do alegado consentimento para o ingresso. Sobre a abordagem, não há referência à prévia investigação ou monitoramento. Os policiais não mencionaram terem visualizado troca de objetos ou qualquer ato de mercancia. Ainda, com o réu foi apreendida pequena quantidade de entorpecentes. O cenário flagrado não revela fundadas razões de flagrante dentro da residência a legitimar o ingresso sem autorização. Destaco que é preciso haver percepção “*ex ante*” da situação de flagrância. Este é o núcleo da minha posição. Significa dizer que não é a apreensão de drogas [posterior] que convalidará a abusiva entrada[anterior] na casa alheia.

Neste sentido, na orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 603616, apreciando o tema 280 da sistemática da repercussão geral, a Corte Suprema consignou expressamente que “não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida”. Assentado que a melhor interpretação é sempre a sistemática, parece inviável, na linha da fundamentação do STF, aventar que a simples natureza de crime permanente (de algumas modalidades de tráfico) autoriza, sem qualquer outra consideração, o ingresso dos policiais no domicílio. Ainda, não há elementos a demonstrar a voluntariedade do consentimento para o ingresso – os policiais afirmam

que o réu, após abordado, os levou até a sua residência e franqueou o acesso.

A crer nas declarações dos policiais, o acusado, abordado na via pública, após revista pessoal em que localizada uma pequena quantidade de entorpecente, de modo espontâneo, informou o endereço e acompanhou os agentes públicos até sua residência, permitindo que os policiais ingressassem na residência mesmo sem mandado para tanto; mais que isso, sabia da existência de drogas e facilitou as buscas, as quais resultaram exitosas. Trata-se de inusitada figura criminológica: o traficante altruísta, que se imola em prol da persecução penal. Se por um lado, a praxe é afirmar a legitimidade e eficácia das palavras dos policiais, por outro, não se pode negar que, do panorama narrado, séria dúvida resulta acerca da permissão para ingresso na casa. Expostos tais parâmetros e fundamentada a análise do caso em exame, concluo que, demonstrado que os policiais ingressaram na residência do réu, sem mandado judicial e não evidenciada por meio hígido permissão para tanto – não perceptível situação de flagrante –, maculada está a legalidade do ato, o que vicia as apreensões e, por consequência, afeta, no contexto dos autos, o reconhecimento da materialidade da prova daí obtida. Permanece, assim, a prova da materialidade decorrente da abordagem realizada na via pública: 05 pinos de cocaína.

A tese acusatória vem amparada na narrativa dos policiais que, em juízo, afirmam que a motivação da diligência foi denúncias anônimas sobre o comércio de entorpecentes. Contudo, não foram visualizados quaisquer atos que indicassem mercancia. Levando em conta a quantidade de entorpecente que não pode ser descartada como de uso próprio, dúvida resulta sobre a destinação comercial, devendo, portanto, ser aplicado, no ponto, o princípio do *in dubio pro reo*. Inexistente prova segura do tráfico, opera-se a desclassificação, uma vez que o acusado enquadra-se nas condutas de “trazer consigo, para consumo pessoal”, previstas no artigo 28 da Lei de Drogas. Admitindo-se o porte para uso próprio, incide a regra processual do artigo 383, § 2º, do Código de Processo Penal, e os autos devem ser remetidos ao juízo competente. Contudo, o prazo prescricional para o delito descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 é de 02 anos,

conforme artigo 30 da Lei de Drogas. A denúncia foi recebida em 05 de novembro de 2018. Os autos chegaram conclusos em 25 de novembro de 2021. Inexistente marco interruptivo do prazo prescricional entre a data do recebimento da denúncia e a data da sessão de julgamento, transcorridos mais de dois anos, deve ser declarada extinta a punibilidade.

Diante do exposto, voto por prover parcialmente o recurso defensivo para desclassificar a conduta para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e, de ofício, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com base no artigo 30 da Lei nº 11.343/06 e artigo 107, IV, do Código Penal.

Nada obstante o entendimento lançado no voto vencido, não identifique nulidade das provas produzidas. *De acordo com a ocorrência policial, a prisão em flagrante se deu após os policiais terem recebido uma informação anônima de que um indivíduo, de nome Matheus, estaria traficando em determinado bar, local para onde foram e realizaram a abordagem do réu, com o qual, em revista pessoal, foram apreendidos 05 pinos de cocaína. O acusado, na referida ocasião, teria informado possuir maior quantidade de entorpecentes no interior da sua residência, e levado os policiais até lá, onde então foram apreendidas mais drogas.*

*Assim, conforme afirmado no voto majoritário, o ingresso dos policiais na casa se deu após a abordagem do acusado no bar que teria sido indicado como sendo o local em que ele estaria traficando, onde foram apreendidas drogas, tendo o réu afirmado que na residência dele teriam mais drogas. As circunstâncias fáticas que antecederam a atuação dos policiais na residência evidenciaram as fundadas razões que justificaram o ingresso domiciliar, possibilitando, destarte, a mitigação do princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio. (Art. 5º, XI, da Constituição Federal)*

Por tais razões, não vejo necessidade de prévio mandado de busca à residência e adiro ao voto majoritário.

*No caso dos autos, ao contrário do que concluiu a instância de origem, compreendo que foi ilícito o ingresso no domicílio do acusado, conforme asserti no julgamento monocrático.*

Depreende-se dos excertos acima que a entrada na residência do réu foi considerada válida com base em três fundamentos: *a) a existência de denúncia anônima*

*com o relato de que o réu traficava; b) a apreensão de drogas com ele em um bar e c) a suposta autorização dada pelo réu para ingresso no imóvel.*

Não houve, entretanto, referência a prévia investigação, monitoramento ou campanas no local, *a afastar a hipótese de que se tratava de averiguação de informações robustas e atuais acerca da existência de drogas naquele local.* Da mesma forma, não se fez menção a nenhuma atitude suspeita, externalizada em atos concretos, tampouco movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. Destaco, ainda, que, ao que tudo indica, *não foi realizada nenhuma diligência prévia para apurar a veracidade e a plausibilidade da denúncia (anônima) recebida pela Polícia.*

Relembro que, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, a *notícia anônima de crime*, por si só, não é apta para instaurar inquérito policial; ela pode servir de base válida à investigação e à persecução criminal, desde que haja prévia verificação de sua credibilidade em apurações preliminares, ou seja, desde que haja investigações prévias para aferir a verossimilhança da *notitia criminis* anônima. (v.g., *Inq. n. 4.633/DF*, Rel. Ministro Edson Fachin, 2ª T., DJe 8/6/2018) Assim, com muito mais razão, não há como se admitir que denúncia anônima seja elemento válido para violar franquias constitucionais (à liberdade, ao domicílio, à intimidade).

Não por outro motivo, esta Corte tem reiteradamente decidido que “a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida”. (*HC n. 512.418/RJ*, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 3/12/2019)

Ademais, o fato de haverem sido apreendidas drogas com o acusado em um bar não configura fundadas razões sobre a existência de drogas no interior da sua residência. Em sentido análogo:

[...]

3. Extrai-se do contexto fático delineado no aresto a inexistência de elementos concretos que apontem para a situação de flagrante delito, de modo que a *mera denúncia anônima, aliada à mera apreensão de “uma bucha de maconha e R\$ 17,00 (dezessete) reais” na porta da residência, não autorizam presumir armazenamento de substância ilícita no domicílio e assim legitimar o ingresso de policiais, inexistindo justa causa para a medida.*

4. *Habeas corpus* concedido para anular as provas obtidas mediante busca e apreensão domiciliar, bem como as dela decorrentes a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes.

(*HC n. 629.938/RS*, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 26/2/2021, destaquei.)

[...]

4. Extrai-se do contexto fático delineado no aresto a inexistência de elementos concretos que apontem para a situação de flagrante delito, de modo que *a mera denúncia anônima, aliada à venda de drogas na porta da residência, não autorizam presumir armazenamento de substância ilícita no domicílio e assim legitimar o ingresso de policiais, inexistindo justa causa para a medida.*

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá provimento para conhecer e prover o recurso especial, restabelecendo a sentença absolutória.

(*AgRg no REsp n. 1.886.985/RS*, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 10/12/2020, grifei.)

Quanto ao consentimento do morador, por sua vez, faço lembrar que, no julgamento do *HC n. 598.051/SP* (Rel. Ministro Rogério Schietti), ocorrido em 2/3/2021, a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais.

Naquela oportunidade, a Turma decidiu, entre outros pontos, que o consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados a crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação. Ainda, adotou-se a compreensão de que a prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito.

Confirmam-se, a propósito, as *conclusões* apresentadas por ocasião do referido julgamento:

1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de *standard* probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.
3. O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.
4. A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.
5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Em sessão extraordinária realizada em 30/3/2021, a Quinta Turma desta Corte, ao julgar o *HC n. 616.584/RS* (Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, DJe 6/4/2021), alinhou-se à jurisprudência da Sexta Turma em relação a essa matéria – seguindo, portanto, a compreensão adotada no referido *HC n. 598.051/SP* – e, assim, concedeu *habeas corpus* em favor de acusado da prática de crime de tráfico de drogas, por reconhecer a nulidade das provas obtidas por meio de violação domiciliar. Confira-se a ementa redigida para o julgado:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. CONSENTIMENTO DO MORADOR. VERSÃO NEGADA PELA DEFESA. *IN DUBIO PRO REO*. PROVA ILÍCITA. NOVO ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA *HC 598.051/SP*. VALIDADE DA AUTORIZAÇÃO DO MORADOR DEPENDE DE PROVA ESCRITA E GRAVAÇÃO AMBIENTAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte – HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 – e o Supremo Tribunal Federal – AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 –, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XI, estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

3. Em recente julgamento no HC 598.051/SP, a Sexta Turma, em voto de relatoria do Ministro Rogério Schietti – amparado em julgados estrangeiros –, decidiu que o consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel será válido apenas se documentado por escrito e, ainda, for registrado em gravação audiovisual.

4. O eminente Relator entendeu ser imprescindível ao Judiciário, na falta de norma específica sobre o tema, proteger, contra o possível arbítrio de agentes estatais, o cidadão, sobretudo aquele morador das periferias dos grandes centros urbanos, onde rotineiramente há notícias de violação a direitos fundamentais.

5. Na hipótese em apreço, consta que o paciente e a corré, em razão de uma denúncia anônima de tráfico de drogas, foram abordados em via pública e submetidos a revista pessoal, não tendo sido nada encontrado com eles. Na sequência, foram conduzidos à residência do paciente, que teria franqueado a entrada dos policiais no imóvel. Todavia, a defesa afirma que não houve consentimento do morador e, na verdade, ele e sua namorada foram levados à força, algemados e sob coação, para dentro da casa, onde foram recolhidos os entorpecentes (110 g de cocaína e 43 g de maconha).

6. Como destacado no acórdão paradigma, “essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas – avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos – ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular do direito atingido (*in dubio libertas*). Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma

clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento do morador.”

7. Na falta de comprovação de que o consentimento do morador foi voluntário e livre de qualquer coação e intimidação, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade na busca domiciliar e consequentemente de toda a prova dela decorrente (*fruits of the poisonous tree*).

8. Vale anotar que a Sexta Turma estabeleceu o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações.

9. Fixou, ainda, as seguintes diretrizes para o ingresso regular e válido no domicílio alheio, que transcrevo a seguir: “1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de *standard* probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

10. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.

11. O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

12. A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.

13. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas



que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.”

14. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para declarar a invalidade das provas obtidas mediante violação domiciliar e todas as dela decorrentes, na AP n. 132/2.20.0001682-3. Expeçam-se, também, alvará de soltura em benefício do paciente e, nos termos do art. 580 do CPP, da corrê.

Entretanto, não há, *no caso dos autos*, comprovação do consentimento para o ingresso em domicílio nem da existência da referida confissão informal do paciente.

Com efeito, *soa inverossímil a versão policial*, ao narrar que o réu, após ser encontrado com apenas cinco pinos de cocaína em um bar, *haveria confessado ter mais drogas em casa, levado os policiais voluntariamente até lá e franqueado a entrada em seu domicílio*. Ora, um mínimo de vivência e de bom senso sugerem a *falta de credibilidade* de tal versão. Pelas circunstâncias em que ocorreram os fatos – quantidade de policiais, todos armados etc. –, *não se mostra crível a voluntariedade e a liberdade para consentir no ingresso*.

Se, de um lado, deve-se, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que *o senso comum e as regras de experiência merecem ser consideradas* quando tudo indica não ser crível a versão oficial apresentada, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota indisfarçável desejo de se criar narrativa amparadora de uma versão que confira plena legalidade à ação estatal.

Essa *relevante dúvida não pode*, dadas as circunstâncias concretas – avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos –, *ser dirimida a favor do Estado*, mas a favor do titular do direito atingido (*in dubio libertas*). Em verdade, *caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado*, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento válido do morador.

Não houve, no entanto, preocupação em documentar esse consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

Sobre a gravação audiovisual, aliás, é pertinente destacar o *recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635* (“ADPF das Favelas”, finalizado em 3/2/2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso – *em sua composição plena e em consonância* com o decidido por este Superior Tribunal no HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 15/3/2021) – reconheceu a *imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou*, entre outros, que “o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo

de 180 (cento e oitenta) dias, *instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos*".

É preciso, neste ponto, enfatizar que, ao contrário do que se dá em relação a outros direitos fundamentais, *o direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo de uma atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência*. Ao adentrar uma residência à procura de drogas – pense-se na cena de agentes do Estado fortemente armados ingressando em imóveis onde habitam famílias numerosas – são eventualmente violados em sua intimidade também os pais, os filhos, os irmãos, parentes em geral do suspeito, o que potencializa a gravidade da situação e, por conseguinte, demanda mais rigor e limite para a legitimação da diligência.

Certamente, a dinâmica, a capilaridade e a sofisticação do crime organizado e da criminalidade violenta exigem postura mais efetiva do Estado. No entanto, *a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa, a seu turno, sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes estatais*.

Não se desconhece que *a busca e apreensão domiciliar pode ser de grande valia à cessação de crimes e à apuração de sua autoria*. No entanto, é de particular importância consolidar o entendimento de que o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de drogas em determinadas circunstâncias representa legítima intervenção restritiva apenas se devidamente amparada em *justificativas e elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, sem o que os direitos à privacidade e à inviolabilidade do lar serão vilipendiados*.

A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam nesta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

De nenhum modo se pode argumentar que, por serem os crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas legalmente equiparados aos hediondos, as forças estatais estariam autorizadas, em relação de meio e fim, a ilegalmente afrontar direitos individuais para a obtenção de resultados satisfatórios no combate ao crime. Em outras palavras, *conquanto seja legítimo que os órgãos de persecução penal se empenhem, com prioridade, em investigar, apurar e punir autores de crimes mais graves, os meios empregados devem, inevitavelmente, vincular-se aos limites e ao regramento das leis e da Constituição da República*.

Diante de tais considerações, concluo que a descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do acusado, em violação a norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade

do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes.

A propósito, faço lembrar que a essência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (melhor seria dizer venenosa, tradução da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, repudia as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra contaminada por ilicitude original.

Por consequência, inadmissíveis também as provas derivadas da conduta ilícita, pois *nítido o nexo causal entre uma e outra conduta*, ou seja, a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão dos objetos ilícitos. Não se pode, evidentemente, admitir que o aleatório subsequente, fruto do ilícito, conduza à licitude das provas produzidas pela invasão ilegítima.

*É preciso pontuar, contudo, que, a despeito do reconhecimento da ilegalidade de tudo que ocorreu a partir do ingresso em domicílio, tal circunstância não conduz à necessária e imediata absolvição integral do paciente*, porquanto, segundo afirmaram as instâncias ordinárias, também houve apreensão de drogas em busca pessoal antes da entrada no imóvel, fato não questionado pela defesa nesta impetração.

Dessa forma, *o reconhecimento da ilicitude da prova colhida dentro do domicílio não tem o condão de macular todo o processo em relação ao paciente*, uma vez que, segundo a denúncia, nem todos os fatos criminosos imputados a ele foram praticados no interior da casa.

Nesse sentido, aliás, foi o parecer *favorável* do Ministério Público Federal (fl. 362, grifei.):

[...] voltando ao caso concreto, *forçoso reconhecer a irregularidade da prova obtida a partir de busca e apreensão desacompanhada de mandado judicial, diante da ausência de fundadas razões prévias que permitissem antever que, no interior da residência, houvesse substância entorpecente, ou que estivesse sendo praticado algum dos outros núcleos contidos no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Assim, manifesta-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, de ofício, para determinar o desentranhamento da prova ilícita dos autos – relativa aos entorpecentes apreendidos no interior da residência do paciente – da ação penal referente ao delito de tráfico de drogas, com a consequente anulação da sentença*, ressalvada a possibilidade de obtenção de outras provas por meio de fonte independente, preservando-se, contudo, a droga apreendida na abordagem pessoal do paciente, pois deve ser considerada como prova lícita.

### III. Dispositivo

À vista do exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEXTA TURMA**

**AgRg no HC 758.948 / RS**

**Número Registro: 2022/0231090-0**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 0012334722018821003503521800051816123347220188210035  
3521800051816 50024997220188210035**

**EM MESA**

**JULGADO: 11/10/2022**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**Presidente da Sessão**

**Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ**

**Subprocurador-Geral da República**

**Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA**

**Secretário**

**Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

**AUTUAÇÃO**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**PACIENTE: MATEUS SILVA DE ABREU (PRESO)**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante  
– Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas – Tráfico de Drogas e  
Condutas Afins**

**AGRAVO REGIMENTAL**

**AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**AGRAVADO: MATEUS SILVA DE ABREU (PRESO)**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO  
ESPECIAL Nº 1690572 / RIO DE JANEIRO  
(2020/0086859-9)**

**RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**

**AGRAVANTE: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**

**PROCURADOR: GUSTAVO MOTA GUEDES E OUTRO(S) - RJ095346**

**AGRAVADO: UNIÃO**

**EMENTA**

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE RECURSOS PÚBLICOS TRANSFERIDOS POR CONVÊNIO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DA UNIÃO RECONHECIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/2015.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que julgara improcedente o pedido em ação ajuizada pelo Município do Rio de Janeiro, ora agravante, na qual busca seja reconhecida a prescrição da pretensão da União, ora agravada, em cobrar e impugnar a “prestação final de contas realizada pelo Município em razão da rede SAC – Serviço de Ação Continuada, decorrente da celebração com a União do Termo de Responsabilidade sob o nº 1269 MPAS/SEAS/99, processo nº 44.000.491/99-50, para execução de Plano de Trabalho de Serviços de Ações Continuadas de Assistência Social no exercício de 1999, cujo valor alcançava R\$ 852.259,18 (oitocentos e cinquenta e dois mil, duzentos e cinquenta e nove reais e dezoito centavos), em agosto de 2012”.

III. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, I e II, do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

V. Na forma da jurisprudência do STJ, “a contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte.” (STJ, EDcl no REsp 218.528/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, DJe de 22/04/2002) Nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 383.927/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/05/2014; EDcl na AR 4.884/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 14/03/2014.

VI. No caso, não há contradição interna no acórdão recorrido, a ser reparada em Embargos de Declaração. Existe apenas o inconformismo da parte agravante, que entende que o Tribunal de origem deu interpretação equivocada à tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 897 da Repercussão Geral (RE 852.475/SP).

VII. Quanto à matéria de fundo, o Tribunal de origem decidiu a questão da alegada imprescritibilidade do ressarcimento ao erário com base em fundamento exclusivamente constitucional, ou seja, na interpretação dada ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Assim, é inviável a apreciação da matéria, no particular, em Recurso Especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.323.250/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/03/2015; AgRg no AREsp 30.329/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2012; AgRg no REsp 1.211.989/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/08/2011.

VIII. Justamente por ter sido a causa decidida, no particular, com fundamento exclusivamente constitucional, o Recurso Especial é manifestamente inadmissível, por falta de prequestionamento, no que tange à tese recursal vinculada à alegada ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910/32, pois não foi ela objeto de discussão, nas instâncias ordinárias, motivo pelo qual é o caso de incidência do óbice previsto na Súmula 211/STJ.

IX. Agravo interno improvido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/09/2022 a 03/10/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 03 de outubro de 2022.

**MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES**

Relatora



**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1690572 / RIO DE JANEIRO (2020/0086859-9)**

**RELATÓRIO**

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES:** Trata-se de Agravo interno, interposto pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, em 26/01/2022, contra decisão de minha lavra, publicada em 29/11/2021, assim fundamentada, *in verbis*:

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, em 27/01/2020, contra decisão do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE RECURSOS PÚBLICOS TRANSFERIDOS POR CONVÊNIO. IMPRESCRITIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. RE 636.886/AL. NEGADO PROVIMENTO À REMESSA E AO RECURSO DO AUTOR.

1. O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, ORA APELANTE, AJUIZOU AÇÃO OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA COBRANÇA E DA IMPUGNAÇÃO DA PRESTAÇÃO FINAL DE CONTAS REALIZADA PELO MUNICÍPIO EM RAZÃO DA REDE SAC – SERVIÇO DE AÇÃO CONTINUADA, DECORRENTE DA CELEBRAÇÃO COM A UNIÃO DO TERMO DE RESPONSABILIDADE SOB O Nº 1269 MPAS/SEAS/99, PROCESSO Nº 44.000.491/99-50, PARA EXECUÇÃO DE PLANO DE TRABALHO DE SERVIÇOS DE AÇÕES CONTINUADAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO EXERCÍCIO DE 1999.

2. O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO RE 669.069/MG, EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 666), FIXOU TESE NO SENTIDO DE QUE “É PRESCRITÍVEL A AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS À FAZENDA PÚBLICA DECORRENTE DE ILÍCITO CIVIL” (STF, PLENO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 669.069/MG, RELATOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI, PUBLICADO EM 28/04/2016). SOBRE O TEMA, CABE RESSALTAR QUE, QUANDO DO JULGAMENTO DOS

RESPECTIVOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, PRIMOU-SE POR ESCLARECER A ABRANGÊNCIA DO TERMO “ILÍCITO CIVIL”, OPORTUNIDADE EM QUE RESTOU EXPRESSAMENTE CONSIGNADO QUE A TESE FIRMADA NÃO SE APLICARIA ÀS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO QUE DIGAM RESPEITO A TODO E QUALQUER ILÍCITO CIVIL, MAS APENAS AO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTENDEU QUE AS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO QUE DIGAM RESPEITO A ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OU A ATOS COMETIDOS NO ÂMBITO DE RELAÇÕES JURÍDICAS DE CARÁTER ADMINISTRATIVO NÃO ESTÃO ABRANGIDAS PELA TESE DA REPERCUSSÃO GERAL, SENDO ESTA ÚLTIMA EXATAMENTE A HIPÓTESE DOS PRESENTES AUTOS (TRF2 - AC 2015.51.01.026208-9. RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES. ÓRGÃO JULGADOR: 5ª TURMA ESPECIALIZADA. E-DJF2R: 12/02/2019; TRF2 - AI 2018.00.00.005566-5. RELATOR: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VIGDOR TEITEL. ÓRGÃO JULGADOR: 5ª TURMA ESPECIALIZADA. E-DJF2R: 14/08/2018).

4. PORTANTO, REVELA-SE ESCORREITA A R. SENTENÇA QUE DECIDIU PELA IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DA UNIÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

5. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM R\$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS) MAJORADA PARA R\$ 26.000,00 (VINTE E SEIS MIL REAIS), NA FORMA DO DISPOSTO NO ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 (ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).

6. NEGADO PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA E À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. (fls. 238/239e)

No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que julgara improcedente o pedido em ação ajuizada pelo recorrente, na qual busca seja reconhecida a prescrição da pretensão da UNIÃO, ora agravada, em cobrar e impugnar a “prestação final de contas realizada pelo Município em razão da rede SAC – Serviço de Ação Continuada, decorrente da celebração com a União do Termo de Responsabilidade sob o nº 1269 MPAS/SEAS/99, processo nº 44.000.491/99-50, para execução de Plano de

Trabalho de Serviços de Ações Continuadas de Assistência Social no exercício de 1999, cujo valor alcançava R\$ 852.259,18 (oitocentos e cinquenta e dois mil, duzentos e cinquenta e nove reais e dezoito centavos), em agosto de 2012". (fl. 227e)

Opostos Embargos de Declaração, foram eles rejeitados, em acórdão assim ementado:

PROCESSIONAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COBRANÇA DE RECURSOS PÚBLICOS TRANSFERIDOS POR CONVÊNIO. IMPRESCRITIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. MATÉRIA DEVIDAMENTE APRECIADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. O ARTIGO 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 ELENCA, COMO HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, A OMISSÃO, A OBSCURIDADE, A CONTRADIÇÃO E O ERRO MATERIAL.

2. NO CASO EM QUESTÃO, INEXISTE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL, UMA VEZ QUE, PELA LEITURA DO INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO EMBARGADO, DEPREENDE-SE QUE ESTE APRECIOU DEVIDAMENTE A QUESTÃO ACERCA DA IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DA UNIÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO RELATIVA À COBRANÇA DE RECURSOS PÚBLICOS TRANSFERIDOS POR CONVÊNIO.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO DO JULGAMENTO DO RE Nº 852.475/SP, DISCUTIU APENAS A PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, MAS NÃO ADENTROU ESPECIFICAMENTE NOS CASOS ENVOLVENDO RESSARCIMENTO DE ATOS COMETIDOS NO ÂMBITO DE RELAÇÕES JURÍDICAS DE CARÁTER ADMINISTRATIVO, REFERENTE À COBRANÇA DE RECURSOS PÚBLICOS TRANSFERIDOS POR CONVÊNIO, QUE É A HIPÓTESE DOS AUTOS, RAZÃO PELA QUAL, *IN CASU*, DEVE PREVALECER O ENTENDIMENTO DE QUE OS MESMOS PERMANECEM IMPRESCRITÍVEIS (TRF2 - AC 2015.51.01.026208-9. RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES. ÓRGÃO JULGADOR:

5ª TURMA ESPECIALIZADA. E-DJF2R: 12/02/2019; TRF2 - AI 2018.00.00.005566-5. RELATOR: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VIGDOR TEITEL. ÓRGÃO JULGADOR: 5ª TURMA ESPECIALIZADA. E-DJF2R: 14/08/2018).

4. DEPREENDE-SE, POIS, QUE A PARTE EMBARGANTE PRETENDE, NA VERDADE, MODIFICAR O JULGADO, COM A REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA, E NÃO SANAR QUALQUER DOS MENCIONADOS VÍCIOS. NOTE-SE QUE SOMENTE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS PODE-SE EMPRESTAR EFEITOS INFRINGENTES AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NÃO SENDO ESTE O CASO DOS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

5. NEGADO PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. (fls. 282/283e)

Nas razões de seu Recurso Especial, o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO aponta ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022, II, do CPC/2015 e 1º do Decreto 20.910/32. Para tanto, alega, em síntese, que:

VIOLAÇÃO DO ART. 489, § 1º, I A III, CPC E ART. 1.022, CPC

O v. acórdão ignorou os fundamentos apresentados pelo Município após a interposição de embargos de declaração.

As teses apontadas pelo Município foram (i) distinção da tese firmada no Tema 897 no RE 852.475; (ii) violação do art. 1º do Decreto 20.910/32, que prevê prazo quinquenal prescricional aplicável à pretensão de ressarcimento.

Ocorre que o v. acórdão se limitou a reafirmar as questões, sem demonstrar fundamentação para os argumentos apresentados e julgou o mérito em apenas um parágrafo:

(...)

Omitiu-se, portanto, quanto aos questionamentos referentes à abrangência do julgado do STF, precisamente a distinção existente entre o caso aqui versado e o tratado no Tema 897 de repercussão geral, bem como a regra da prescribibilidade, sendo considerados imprescritíveis apenas as ações de improbidade por ato doloso, o que não é a hipótese dos autos.

Portanto, restam evidentemente violados os arts. 489, § 1º e 1.022, ambos do CPC.

#### VIOLAÇÃO DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32.

O v. Acórdão equivocou-se ao considerar como regra do ordenamento jurídico a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

Isto porque a prescrição é um instituto que visa garantir a estabilização das relações sociais, sendo, portanto, uma expressão do princípio da segurança jurídica.

Tem-se que a regra no ordenamento jurídico é a prescritibilidade, de modo que para que uma pretensão seja imprescritível, é indispensável previsão expressa neste sentido.

Especialmente no que toca às ações de ressarcimento ao erário (art. 37, § 5º), a Constituição excepciona a regra, atrelando a imprescritibilidade aos casos de improbidade administrativa, o que se observa da leitura em conjunto do § 5º com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal.

Trata-se de leitura estrita adotada pelo STF no RE 852.475.

No referido RE 852.474 prevaleceu o entendimento do Ministro Edson Fachin no sentido de que a imprescritibilidade se restringe às hipóteses de atos de improbidade dolosa, uma vez que, segundo o voto do Ministro, a ressalva contida no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal teve por objetivo decotar do comando contido na primeira parte as ações cíveis de ressarcimento, distinguindo os regramentos relacionados à prescrição para os ilícitos praticados por agentes, sejam servidores ou não, daqueles relativos às ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade dotadas de uma especialidade ainda maior.

Mais ainda, o STF fixou a tese de que até mesmo os atos de improbidade praticados com culpa estão sujeitos à prescrição, de modo que a leitura do dispositivo em questão direciona-se apenas aos atos de improbidade praticados com dolo.

Veja-se que a exceção constitucional é, deveras, estrita, já que confere a imprescritibilidade apenas a uma única hipótese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao

erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

Verifica-se, pois, tratar-se de erro de compreensão material da questão jurídica versada, já que, contrariamente ao que firmado no Tema 897 de repercussão geral do STF, o v. acórdão recorrido, no presente caso, não reconheceu a prescrição da pretensão da União, ignorando as nuances e deslindes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, observa-se que o v. acórdão violou não só o dispositivo constitucional e a abrangência do julgado do STF em sede de repercussão geral, o que será objeto do respectivo recurso extraordinário; como também violou o art. 1º do Decreto 20.910/32.

Isso porque, repita-se, na questão referente ao Tema 897 julgado em sede do RE 852.475 prevaleceu o entendimento no sentido de que a imprescritibilidade da ação de ressarcimento se restringe às hipóteses de atos de improbidade dolosa, ou seja, que impliquem enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou dano intencional à Administração Pública.

Para tanto, deve-se analisar, no caso concreto, se ficou comprovado o ato de improbidade, na modalidade dolosa, para, só e apenas, decidir sobre o pedido de ressarcimento.

Em outras palavras, somente o ato de improbidade dolosa, que implique enriquecimento ilícito, é imprescritível, o que não é o caso desta causa, valendo salientar, a propósito, que sequer a União Federal cogitou da ocorrência de improbidade no presente caso.

Portanto, fica evidente que o objeto desta ação não se amolda à regra da imprescritibilidade, devendo ser aplicado o disposto no artigo 1º do Decreto 20.910/32, que prevê o prazo prescricional quinquenal para as ações ajuizadas contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza. *In verbis*:

(...)

Portanto, sendo caso de ação de ressarcimento ao erário e não se tratando de ato de improbidade administrativa praticado dolosamente, evidente a violação ao disposto no art. 1º, do Decreto 20.910/32, perpetrada pelo acórdão

recorrido, a respaldar o cabimento do presente recurso especial. (fls. 308/312e)

Por fim, requer o “conhecimento do Recurso Especial e no seu provimento, tendo em vista a violação dos arts. 489, § 1º c/c 1.022, ambos do CPC e ao art. 1º do Decreto 20.910/32, com a consequente declaração da prescrição”. (fl. 312e)

A UNIÃO apresentou contrarrazões ao Recurso Especial. (fls. 361/367e)

O Recurso Especial não foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 385/388e), tendo sido interposto o presente Agravo. (fls. 404/414e) A parte agravada apresentou contrarrazões ao Agravo em Recurso Especial. (fls. 433/438e)

Na petição de fls. 461/480e, o agravante requer a “concessão incidental da tutela recursal, conferindo efeito suspensivo ao recurso de Agravo em Recurso Especial, na forma dos Artigos 932, II e 995, do CPC, de modo que seja suspensa a inscrição do Município do Rio de Janeiro no CADIN ou em qualquer outro cadastro de devedores da União, por força do Termo de Responsabilidade nº 1269/MPA/SEAS/99” (fl. 465e). Para tanto, alega que:

3. Em primeiro lugar, conforme documentação ora adunada, houve a inscrição do Município do Rio de Janeiro no CADIN, em 09/04/2021, pelo Ministério da Economia (código 05526783) em razão do Termo de Responsabilidade nº 1269/MPA/SEAS/99, discutido nos presentes autos.

(...)

Conforme relatado na correspondência eletrônica anexa, da lavra da i. Superintendente da Fazenda municipal, o Município do Rio de Janeiro está em tratativas com o Banco Mundial, com vistas à contratação de operação de crédito no valor de R\$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de reais), na modalidade Política de Desenvolvimento, com espeque no Artigo 3º da Lei Complementar nº 178, de 13/01/2021.

(...)

É de amplo conhecimento a crise financeira pela qual vem passando a Edilidade carioca, vide a recente publicação da Lei Complementar Municipal nº 235, de 03 de novembro de 2021, que institui novo regime fiscal, de modo que o projeto sobredito é essencial para o rearranjo das contas públicas da Municipalidade.

4. Outrossim, há outro fato novo que impõe risco à Municipalidade, qual seja, o ajuizamento de execução por título extrajudicial pela União, através do processo nº 5026422-20.2021.4.02.5101, objeto de embargos à execução pelo ente municipal (processo nº 5052715-27.2021.4.02.5101).

Na referida execução, pretende a União que o Município pague as importâncias discutidas nos autos do processo em que interposto o presente Agravo em Recurso Especial.

5. Essencial, ainda, registrar que, uma vez provido este agravo e, após, o recurso especial respectivo, a consequência imediata será o reconhecimento da prescrição dos créditos cobrados pela União em razão do Termo de Responsabilidade nº 1269/MPAS/SEAS/99, com a consequente exclusão da indevida inscrição do Município no CADIN. (fls. 463/464e)

A pretensão não merece acolhida.

Na origem, o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, ora agravante, ajuizou, em 27/02/2018, ação contra a UNIÃO, postulando fosse declarada “prescrita a cobrança e impugnação da prestação final de contas realizada pelo Município em razão da rede SAC - Serviço de Ação Continuada, em 2000”. (fl. 5e)

A sentença, após concluir que “segundo o art. 37, § 5º, da CF/88, a pretensão de ressarcimento de prejuízo causado ao Erário é imprescritível” (fl. 172e), julgou improcedente o pedido.

Interpostas Apelação e Remessa Necessária, foram elas improvidas, pelo Tribunal de origem, em acórdão assim fundamentado:

Cinge-se a controvérsia em perquirir se há prescrição para a pretensão de ressarcimento ao erário relativa à cobrança de recursos públicos transferidos por convênio.

Como é cediço, assevera o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal que: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 669.069/MG, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (Tema 666), fixou tese no sentido de que “é prescritível a ação de reparação de danos



à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil". (STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 669.069/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, publicado em 28/04/2016)

Sobre o tema, cabe ressaltar que, quando do julgamento dos respectivos embargos de declaração, primou-se por esclarecer a abrangência do termo "ilícito civil", oportunidade em que restou expressamente consignado que a tese firmada não se aplicaria às ações de ressarcimento ao erário que digam respeito a todo e qualquer ilícito civil, mas apenas ao decorrente de acidente de trânsito envolvendo a Administração Pública.

Para melhor esclarecer a questão, cumpre transcrever trechos do voto da lavra do eminente Ministro Teori Zavascki:

(...)

Com efeito, da leitura dos trechos do acórdão acima transcritos depreende-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de ressarcimento ao erário que digam respeito a atos de improbidade administrativa ou a atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo não estão abrangidas pela tese da repercussão geral, sendo esta última exatamente a hipótese dos presentes autos, que se refere a cobrança de recursos públicos transferidos por convênio. (...) Cabe frisar que o precedente suscitado pelo apelante (RE nº 852.475/SP) discute tão somente a questão da prescrição da pretensão de reparação civil por ilícitos tipificados como atos de improbidade administrativa, o que, como visto, não é caso dos autos.

Portanto, revela-se escorregia a r. sentença que decidiu pela imprescritibilidade da pretensão da União de ressarcimento ao erário.

Ademais, conforme destacou o Juiz Federal Dr. MÁRIO VICTOR BRAGA PEREIRA FRANCISCO DE SOUZA "se a pretensão de ressarcimento, *in casu*, é imprescritível, e não foi satisfeita, e sendo este o único fundamento da ação, não há que se falar em suspensão da inscrição do Município-autor dos cadastros de inadimplentes, na forma da Instrução Normativa STN 1/1997, impondo-se a improcedência do pedido". (fls. 240/244e)

O agravante opôs Embargos de Declaração, apontando a existência de omissão e contradição no acórdão recorrido. Para tanto, alegou que:

A questão referente ao Tema 897 foi recentemente julgada em sede do RE 852.4751 (RE 852475/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 8.8.2018). O referido julgamento esteve em pauta no Informativo 9102 do STF. Na referida decisão, consignou-se que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa [Lei nº 8.429/1992, artigos 9 a 11]”.

(...)

Ademais, estabeleceu que há dois regramentos distintos relacionados à prescrição. Um para os ilícitos praticados por agentes, sejam eles servidores ou não, e outro para as ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade, dotadas de uma especialidade ainda maior.

Na visão do ministro, a segurança jurídica não autoriza a proteção pelo decurso do lapso temporal de quem (...).

Assim, o ressarcimento ora pleiteado pela União Federal não possui real enquadramento com o disposto na decisão do RE 852.475, visto que não está adstrita à hipótese de “atos de improbidade dolosa, ou seja, que impliquem enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou dano intencional à Administração Pública”, o que, evidentemente, não ocorreu no caso, não tendo sido sequer alegado (e muito menos provado) o dolo dos agentes municipais pela União.

Assim, não há respaldo legal ou jurisprudencial que permita a concessão de mesmo tratamento às hipóteses de mero ressarcimento de valores ao erário, eis que a regra estabelecida baseia-se na imprescritibilidade derivada do DOLO, tão somente.

Com isso, tendo em vista que o prazo prescricional aplicável à eventual pretensão de ressarcimento movida pela Administração é o quinquenal, aplicando-se o art. 1º do Decreto 20.910/32, por isonomia, como já decidiu o STJ, e observado que a União restou silente desde a apresentação pelo Município, em agosto de 2000 de ofício relativo à prestação de contas, apenas voltando a produzir nova análise e notificação em 31 de agosto de 2012, deve prevalecer não outro entendimento que a prescrição do ressarcimento em tela. (fls. 255/257e)

Os Embargos de Declaração foram rejeitados, em acórdão assim fundamentado:

No caso em questão, inexistiu omissão, contradição, obscuridade ou erro material, uma vez que, pela leitura do inteiro teor do acórdão embargado, depreende-se que este apreciou devidamente a questão acerca da imprescritibilidade da pretensão da União de ressarcimento ao erário relativa à cobrança de recursos públicos transferidos por convênio.

Nesse sentido, verifica-se que o acórdão embargado expressamente informa que:

(...)

Oportuno registrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 852.475/SP, discutiu apenas a prescritibilidade da ação de ressarcimento por atos de improbidade administrativa.

Na ocasião, o STF registrou que a imprescritibilidade da ação de ressarcimento por improbidade se restringe às hipóteses de atos dolosos e não culposos. Em outras palavras, as ações de ressarcimento ao erário decorrentes da prática de ato culposos de improbidade administrativa prescrevem.

Tanto que o voto vencedor do Ministro Edson Fachin destacou que “deve-se analisar, no caso concreto, se ficou comprovado o ato de improbidade, na modalidade dolosa, para, só então e apenas, decidir sobre o pedido de ressarcimento”, tendo o STF, ao final, fixado a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

Portanto, constata-se que o referido julgado discutiu tão somente a questão da prescrição da pretensão de reparação civil por ilícitos tipificados como atos de improbidade administrativa, mas não adentrou especificamente nos casos envolvendo ressarcimento de atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo, referente à cobrança de recursos públicos transferidos por convênio, que é a hipótese dos autos, razão pela qual, *in casu*, deve prevalecer o entendimento de que os mesmos permanecem imprescritíveis.

Depreende-se, pois, que a parte embargante pretende, na verdade, modificar o julgado, com a rediscussão da matéria, e não sanar qualquer dos mencionados vícios. Note-se que somente em hipóteses excepcionais pode-se emprestar efeitos infringentes aos embargos de declaração, não sendo este o caso dos autos. (fls. 285/288e)

Nesse contexto, à luz do que decidido pelo acórdão recorrido, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação aos arts. 489, § 1º, I a III, e 1.022 do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Como visto, o acórdão ressaltou que (a) “o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de ressarcimento ao erário que digam respeito a atos de improbidade administrativa ou a atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo não estão abrangidas pela tese da repercussão geral, sendo esta última exatamente a hipótese dos presentes autos, que se refere a cobrança de recursos públicos transferidos por convênio (...). Portanto, revela-se escorreita a r. sentença que decidiu pela imprescritibilidade da pretensão da União de ressarcimento ao erário”; e (b) no julgamento do RE 852.475/SP, o Supremo Tribunal Federal “discutiu tão somente a questão da prescrição da pretensão de reparação civil por ilícitos tipificados como atos de improbidade administrativa, mas não adentrou especificamente nos casos envolvendo ressarcimento de atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo, referente à cobrança de recursos públicos transferidos por convênio, que é a hipótese dos autos, razão pela qual, *in casu*, deve prevalecer o entendimento de que os mesmos permanecem imprescritíveis”.

Assim, o acórdão de 2º Grau conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar em descumprimento aos arts. 489, § 1º, I a III, e 1.022 do CPC/2015.

Nesse contexto, “a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015.” (STJ, REsp 1.829.231/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA

TURMA, DJe de 01/12/2020) Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.736.385/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 02/12/2020; REsp 1.707.574/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017; REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

Além disso, a contradição que rende ensejo à oposição de Embargos de Declaração é aquela interna do julgado, cumprindo trazer à luz o entendimento de PONTES DE MIRANDA acerca do tema, *in verbis*:

A contradição há de ser entre enunciados do acórdão, mesmo se o enunciado é de fundamento e outro é de conclusão, ou entre a ementa e o acórdão, ou entre o que vitoriosamente se decidira na votação e o teor do acórdão, discordância cuja existência se pode provar com os votos vencedores, ou a ata, ou outros dados. (In *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII, 3ª edição, Forense, 1999, p. 322)

Com base em tal orientação, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que “a contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte”. (STJ, EDcl no REsp 218.528/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, DJe de 22/04/2002) Nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 383.927/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/05/2014; EDcl na AR 4.884/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 14/03/2014; EDcl no REsp 1.060.210/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/04/2014.

No caso, conforme transcrições supra, não há contradição interna no acórdão recorrido, a ser reparada em Embargos de Declaração. Existe apenas o inconformismo da parte agravante, que entende que o Tribunal de origem deu interpretação equivocada à tese

fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 897 da Repercussão Geral (RE 852.475/SP).

Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a parte agravante, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

Quanto à matéria de fundo, o agravante sustenta, nas razões de seu Recurso Especial, ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910/32, por entender que “o objeto desta ação não se amolda à regra da imprescritibilidade, devendo ser aplicado o disposto no artigo 1º do Decreto 20.910/32 que prevê o prazo prescricional quinquenal para as ações ajuizadas contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza”. (fl. 311e)

Ocorre que, conforme transcrições supra, o Tribunal de origem decidiu a questão da alegada imprescritibilidade do ressarcimento ao erário com base em fundamento exclusivamente constitucional, ou seja, na interpretação dada ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Assim, é inviável a apreciação da matéria, no particular, em Recurso Especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.323.250/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/03/2015; AgRg no AREsp 30.329/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2012; AgRg no REsp 1.211.989/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/08/2011.

Ressalte-se que, no caso, é inaplicável a regra prevista no art. 1.032 do CPC/2015. Isso porque, nada obstante o acórdão recorrido tenha decidido a controvérsia à luz do texto constitucional, o Recurso Especial versa acerca de matéria infraconstitucional, hipótese diversa daquela prevista no referido dispositivo legal. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 869.418/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/05/2018; AgInt no AREsp 1.008.763/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 27/10/2017; AgRg no REsp 1.665.154/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 30/08/2017.

Além disso, a regra do art. 1.032 do CPC/2015 também não é aplicável ao caso diante do fato de que o agravante interpôs Recurso Extraordinário (fls. 313/325e), que, embora não tenha sido admitido (fls. 383/384e), ensejou a interposição do Agravo de fls. 415/427e. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.813.796/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/10/2021.

Por fim, cumpre registrar que, justamente por ter sido a causa decidida, no particular, com fundamento exclusivamente constitucional, o Recurso Especial é manifestamente inadmissível, por falta de prequestionamento, no que tange à tese recursal vinculada à alegada ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910/32, pois não foi ela objeto de discussão, nas instâncias ordinárias, razão pela qual é o caso de incidência do óbice previsto na Súmula 211/STJ.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, b, conheço do Agravo para conhecer em parte do Recurso Especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento. Consequentemente, julgo prejudicado o pedido de Tutela Provisória formulado na petição de fls. 461/480e. (fls. 481/491e)

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

A decisão agravada se mostra equivocada, uma vez que v. acórdão ignorou os fundamentos apresentados pelo Município após a interposição de embargos de declaração.

Com efeito, as teses apontadas pelo Município foram (i) distinção da tese firmada no Tema 897 no RE 852.475; (ii) violação do art. 1º do Decreto 20.910/32, que prevê prazo quinquenal prescricional aplicável à pretensão de ressarcimento.

Ocorre que o v. acórdão se limitou a reafirmar as questões, sem demonstrar fundamentação para os argumentos apresentados nos embargos declaratórios e julgou o mérito do recurso em apenas um parágrafo:

(...)

Omitiu-se, portanto, o acórdão, quanto aos questionamentos referentes à abrangência do julgado do STF, precisamente a distinção existente entre o caso aqui versado e o tratado no Tema 897 de repercussão geral, bem como a regra da prescribibilidade, sendo considerados imprescritíveis apenas as ações de improbidade por ato doloso, o que não é a hipótese dos autos.

O mesmo se diga em relação à omissão quanto à alegada violação ao Decreto 20.910/32, notadamente porque o acórdão recorrido considerou como regra do ordenamento jurídico a imprescribibilidade das ações de ressarcimento ao Erário, entendimento que vai de encontro à regra da prescribibilidade existente no ordenamento jurídico, salvo na hipótese de previsão legal em contrário.

Ao contrário do entendimento lançado na decisão agravada, o acórdão embargado não enfrentou o ponto nodal da questão consistente na exegese dada ao Decreto 20.910/32 que define a prescrição quinquenal das ações movidas contra a Fazenda Pública, mormente porque a hipótese dos autos não se insere no campo de abrangência do julgado do STF que considera imprescritíveis as ações de improbidade por ato doloso, repita-se.

Por outro lado, a decisão agravada também se mostra equivocada ao negar provimento ao recurso especial sob o argumento de usurpação de competência do Eg. STF, uma vez que o acórdão recorrido teria enfrentado a questão com enfoque constitucional especialmente na interpretação dada ao artigo 37, § 5º. da Constituição Federal.

Vale dizer que o Município interpôs embargos declaratórios contra o acórdão recorrido justamente para evidenciar a explicitação do entendimento dado ao Decreto 20.910/32, matéria que, ao contrário do que afirma a decisão agravada, foi tratada desde a inicial como também no curso do todo processo e, portanto, se afigura manifestamente possível de ser examinada pelo E. Superior Tribunal de Justiça pela via do recurso especial intentado pelo Município.

Não há o que falar, portanto, em inexistência de prequestionamento da matéria federal tratada no recurso especial – Decreto 20.910/32 – seja porque a normativa serviu de fundamento legal desde a inicial da ação, seja porque, ainda que assim não fosse, o Município opôs embargos declaratórios, que foram rejeitados pela Câmara, o que por si só já configura o prequestionamento ficto, nos termos do disposto no artigo 1025 do CPC.

A propósito, vale dizer que o recurso extraordinário interposto pelo Município não foi admitido pela Terceira Vice-Presidência do TJ/RJ, ao argumento de que a ofensa à Constituição Federal seria reflexa e que o julgado não debate o dispositivo constitucional, entendimento que reforça a necessidade de se propiciar o exame da matéria infraconstitucional pelo E. STJ, tal como veiculada no recurso especial do Município.

Vale dizer que o V. acórdão recorrido equivocou-se ao considerar como regra do ordenamento jurídico a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário ao arrepio do que prevê o Decreto 20.910/32.

Especialmente no que toca às ações de ressarcimento ao erário (art. 37, § 5º), a Constituição excepciona a regra da prescritibilidade, atrelando a imprescritibilidade aos casos de improbidade



administrativa, o que se observa da leitura em conjunto do § 5º com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal.

Trata-se de leitura estrita adotada pelo STF no RE 852.475. No referido RE 852.474 prevaleceu o entendimento do Ministro Edson Fachin no sentido de que a imprescritibilidade se restringe às hipóteses de atos de improbidade dolosa, uma vez que, segundo o voto do Ministro, a ressalva contida no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal teve por objetivo decotar do comando contido na primeira parte as ações cíveis de ressarcimento, distinguindo os regramentos relacionados à prescrição para os ilícitos praticados por agentes, sejam servidores ou não, daqueles relativos às ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade dotados de uma especialidade ainda maior.

Mais ainda, o STF fixou a tese de que até mesmo os atos de improbidade praticados com culpa estão sujeitos à prescrição, de modo que a leitura do dispositivo em questão direciona-se apenas aos atos de improbidade praticados com dolo.

Verifica-se, pois, tratar-se de erro de compreensão material da questão jurídica versada, já que, contrariamente ao que firmado no Tema 897 de repercussão geral do STF, o v. acórdão recorrido, no presente caso, não reconheceu a prescrição da pretensão da União, ignorando as nuances e deslindes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, observa-se que o v. acórdão violou não só o dispositivo constitucional e a abrangência do julgado do STF em sede de repercussão geral, como também violou o art. 1º do Decreto 20.910/32.

Em outras palavras, somente o ato de improbidade dolosa, que implique enriquecimento ilícito, é imprescritível, o que não é o caso desta causa, valendo salientar, a propósito, que sequer a União Federal cogitou da ocorrência de improbidade no presente caso.

Evidente que o objeto da ação não se amolda à regra da imprescritibilidade, devendo ser aplicado o disposto no artigo 1º do Decreto 20.910/32 que prevê o prazo prescricional quinquenal para as ações ajuizadas contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza.

Sendo caso de ação de ressarcimento ao erário e não se tratando de ato de improbidade administrativa praticado dolosamente, evidente a violação ao disposto no art. 1º, do Decreto 20.910/32, perpetrada pelo acórdão recorrido, a respaldar o exame da matéria pelo Colendo

**Superior Tribunal de Justiça pela via do recurso especial interposto pelo Município. (fls. 501/504e)**

Por fim, requer “o exercício do juízo de retratação ou, que se remeta este recurso ao colegiado para que seja conhecido e admitido, dando-se provimento ao presente agravo interno, com a reforma da r. decisão agravada e o conhecimento e provimento integral do recurso especial interposto pelo Município”. (fl. 505e)

Impugnação da parte agravada, a fls. 510/511e, pelo improvimento do recurso. É o relatório.

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1690572 / RIO DE JANEIRO (2020/0086859-9)**

**RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**

**AGRAVANTE: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**

**PROCURADOR: GUSTAVO MOTA GUEDES E OUTRO(S) - RJ095346**

**AGRAVADO: UNIÃO**

#### **EMENTA**

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE RECURSOS PÚBLICOS TRANSFERIDOS POR CONVÊNIO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DA UNIÃO RECONHECIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/2015.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que julgara improcedente o pedido em ação ajuizada pelo Município do Rio de Janeiro, ora agravante, na qual busca seja reconhecida a prescrição da pretensão da União, ora agravada, em cobrar e impugnar a “prestação final de contas realizada pelo Município em razão da rede SAC – Serviço de Ação Continuada, decorrente da celebração com a União do Termo de Responsabilidade sob o nº 1269 MPAS/SEAS/99, processo nº 44.000.491/99-50, para execução de Plano de Trabalho de Serviços de Ações Continuadas de Assistência Social no exercício de 1999, cujo valor alcançava R\$ 852.259,18 (oitocentos e cinquenta e dois mil, duzentos e cinquenta e nove reais e dezoito centavos), em agosto de 2012”.

III. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, I e II, do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

V. Na forma da jurisprudência do STJ, “a contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte.” (STJ, EDcl no REsp 218.528/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, DJe de 22/04/2002) Nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 383.927/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/05/2014; EDcl na AR 4.884/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 14/03/2014.

VI. No caso, não há contradição interna no acórdão recorrido, a ser reparada em Embargos de Declaração. Existe apenas o inconformismo da parte agravante, que entende que o Tribunal de origem deu interpretação equivocada à tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 897 da Repercussão Geral (RE 852.475/SP).

VII. Quanto à matéria de fundo, o Tribunal de origem decidiu a questão da alegada imprescritibilidade do ressarcimento ao erário com base em fundamento exclusivamente constitucional, ou seja, na interpretação dada ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Assim, é inviável a apreciação da matéria, no particular, em Recurso Especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.323.250/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/03/2015; AgRg no AREsp 30.329/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2012; AgRg no REsp 1.211.989/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/08/2011.

VIII. Justamente por ter sido a causa decidida, no particular, com fundamento exclusivamente constitucional, o Recurso Especial é manifestamente inadmissível, por falta de prequestionamento, no que tange à tese recursal vinculada à alegada ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910/32, pois não foi ela objeto de discussão, nas instâncias ordinárias, motivo pelo qual é o caso de incidência do óbice previsto na Súmula 211/STJ.

IX. Agravo interno improvido.

## VOTO

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora):** Não obstante os combativos argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na origem, o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, ora agravante, ajuizou, em 27/02/2018, ação contra a UNIÃO, postulando fosse declarada “prescrita a cobrança e impugnação da prestação final de contas realizada pelo Município em razão da rede SAC - Serviço de Ação Continuada, em 2000”. (fl. 5e)

A sentença, após concluir que, “segundo o art. 37, § 5º, da CF/88, a pretensão de ressarcimento de prejuízo causado ao Erário é imprescritível” (fl. 172e), julgou improcedente o pedido.

Interpostas Apelação e Remessa Necessária, foram elas improvidas, pelo Tribunal de origem, em acórdão assim fundamentado:

Cinge-se a controvérsia em perquirir se há prescrição para a pretensão de ressarcimento ao erário relativa à cobrança de recursos públicos transferidos por convênio.

Como é cediço, assevera o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal que: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 669.069/MG, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (Tema 666), fixou tese no sentido de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. (STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 669.069/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, publicado em 28/04/2016)

Sobre o tema, cabe ressaltar que, quando do julgamento dos respectivos embargos de declaração, primou-se por esclarecer a abrangência do termo “ilícito civil”, oportunidade em que restou expressamente consignado que a tese firmada não se aplicaria às ações de ressarcimento ao erário que digam respeito a todo e qualquer ilícito civil, mas apenas ao decorrente de acidente de trânsito envolvendo a Administração Pública.

Para melhor esclarecer a questão, cumpre transcrever trechos do voto da lavra do eminente Ministro Teori Zavascki:

(...)

Com efeito, da leitura dos trechos do acórdão acima transcritos depreende-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de ressarcimento ao erário que digam respeito a atos de improbidade administrativa ou a atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo não estão abrangidas pela tese da repercussão geral, sendo esta última exatamente a hipótese dos presentes autos, que se refere a cobrança de recursos públicos transferidos por convênio.

(...)

Cabe frisar que o precedente suscitado pelo apelante (RE nº 852.475/SP) discute tão somente a questão da prescrição da pretensão de reparação civil por ilícitos tipificados como atos de improbidade administrativa, o que, como visto, não é caso dos autos.

Portanto, revela-se escorreita a r. sentença que decidiu pela imprescritibilidade da pretensão da União de ressarcimento ao erário.

Ademais, conforme destacou o Juiz Federal Dr. MÁRIO VICTOR BRAGA PEREIRA FRANCISCO DE SOUZA “se a pretensão de ressarcimento, *in casu*, é imprescritível, e não foi satisfeita, e sendo este o único fundamento da ação, não há que se falar em suspensão da inscrição do Município-autor dos cadastros de inadimplentes, na forma da Instrução Normativa STN 1/1997, impondo-se a improcedência do pedido”. (fls. 240/244e)

O agravante opôs Embargos de Declaração, apontando a existência de omissão e contradição no acórdão recorrido. Para tanto, alegou que:

A questão referente ao Tema 897 foi recentemente julgada em sede do RE 852.4751 (RE 852475/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 8.8.2018). O referido julgamento esteve em pauta no Informativo 9102 do STF. Na referida decisão, consignou-se que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa [Lei nº 8.429/1992, artigos 9 a 11]”.

(...)

Ademais, estabeleceu que há dois regramentos distintos relacionados à prescrição. Um para os ilícitos praticados por agentes, sejam eles servidores ou não, e outro para as ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade, dotadas de uma especialidade ainda maior.

Na visão do ministro, a segurança jurídica não autoriza a proteção pelo decurso do lapso temporal de quem (...).

Assim, o ressarcimento ora pleiteado pela União Federal não possui real enquadramento com o disposto na decisão do RE 852.475, visto que não está adstrita à hipótese de “atos de improbidade dolosa, ou seja, que impliquem enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou dano intencional à Administração Pública”, o que, evidentemente, não ocorreu no caso, não tendo sido sequer alegado (e muito menos provado) o dolo dos agentes municipais pela União.

Assim, não há respaldo legal ou jurisprudencial que permita a concessão de mesmo tratamento às hipóteses de mero ressarcimento de valores ao erário, eis que a regra estabelecida baseia-se na imprescritibilidade derivada do DOLO, tão somente.

Com isso, tendo em vista que o prazo prescricional aplicável à eventual pretensão de ressarcimento movida pela Administração é o quinquenal, aplicando-se o art. 1º do Decreto 20.910/32, por isonomia, como já decidiu o STJ, e observado que a União restou silente desde a apresentação pelo Município, em agosto de 2000 de ofício relativo à prestação de contas, apenas voltando a produzir nova análise e notificação em 31 de agosto de 2012, deve prevalecer não outro entendimento que a prescrição do ressarcimento em tela. (fls. 255/257e)

Os Embargos de Declaração foram rejeitados, em acórdão assim fundamentado:

No caso em questão, inexistente omissão, contradição, obscuridade ou erro material, uma vez que, pela leitura do inteiro teor do acórdão embargado, depreende-se que este apreciou devidamente a questão acerca da imprescritibilidade da pretensão da União de ressarcimento ao erário relativa à cobrança de recursos públicos transferidos por convênio.

Nesse sentido, verifica-se que o acórdão embargado expressamente informa que:

(...)

Oportuno registrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 852.475/SP, discutiu apenas a prescritibilidade da ação de ressarcimento por atos de improbidade administrativa.

Na ocasião, o STF registrou que a imprescritibilidade da ação de ressarcimento por improbidade se restringe às hipóteses de

atos dolosos e não culposos. Em outras palavras, as ações de ressarcimento ao erário decorrentes da prática de ato culposo de improbidade administrativa prescrevem.

Tanto que o voto vencedor do Ministro Edson Fachin destacou que “deve-se analisar, no caso concreto, se ficou comprovado o ato de improbidade, na modalidade dolosa, para, só então e apenas, decidir sobre o pedido de ressarcimento”, tendo o STF, ao final, fixado a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

Portanto, constata-se que o referido julgado discutiu tão somente a questão da prescrição da pretensão de reparação civil por ilícitos tipificados como atos de improbidade administrativa, mas não adentrou especificamente nos casos envolvendo ressarcimento de atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo, referente à cobrança de recursos públicos transferidos por convênio, que é a hipótese dos autos, razão pela qual, *in casu*, deve prevalecer o entendimento de que os mesmos permanecem imprescritíveis.

Depreende-se, pois, que a parte embargante pretende, na verdade, modificar o julgado, com a rediscussão da matéria, e não sanar qualquer dos mencionados vícios. Note-se que somente em hipóteses excepcionais pode-se emprestar efeitos infringentes aos embargos de declaração, não sendo este o caso dos autos. (fls. 285/288e)

De plano, à luz do que decidido pelo acórdão recorrido, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022 do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Como visto, o acórdão ressaltou que (a) “o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de ressarcimento ao erário que digam respeito a atos de improbidade administrativa ou a atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo não estão abrangidas pela tese da repercussão geral, sendo esta última exatamente a hipótese dos presentes autos, que se refere a cobrança de recursos públicos transferidos por convênio. (...) Portanto, revela-se escorreita a r. sentença que decidiu pela imprescritibilidade da pretensão da União de ressarcimento ao erário”; e (b) no julgamento do RE 852.475/SP, o Supremo Tribunal Federal “discutiu tão somente



a questão da prescrição da pretensão de reparação civil por ilícitos tipificados como atos de improbidade administrativa, mas não adentrou especificamente nos casos envolvendo ressarcimento de atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo, referente à cobrança de recursos públicos transferidos por convênio, que é a hipótese dos autos, razão pela qual, *in casu*, deve prevalecer o entendimento de que os mesmos permanecem imprescritíveis”.

Assim, o acórdão de 2º Grau conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar em descumprimento aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015.

Nesse contexto, “a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015.” (STJ, REsp 1.829.231/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/12/2020)

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

A propósito, ainda:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. HASTA PÚBLICA. SUBAVALIÇÃO DO BEM. DESNECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. REEXAME. SUMULA 7/STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. REEXAME. SÚMULA 7/STJ.

1. *No que tange à admissibilidade do presente recurso por violação aos arts. 489 e 1.022, ambos do CPC, verifica-se que, no ponto, não houve negativa de prestação jurisdicional, máxime porque a Corte de origem analisou de maneira adequada e suficiente as questões deduzidas pelos recorrentes.*

2. Derruir a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* no sentido de que não houve a suficiência do suporte fático previsto no art. 873 do CPC, notadamente porque inexistente comprovação de eventual subavaliação do bem, demandaria o revolvimento do arcabouço fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7 do STJ.

3. Esta Corte Superior perfilha o entendimento de que a reavaliação de bem penhorado depende da existência de elementos capazes de demonstrar a sua efetiva necessidade.

4. Alterar a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* no sentido de que não houve a comprovação da necessidade de reavaliação do bem, demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado ante o enunciado da Súmula 7 do STJ.

5. Derruir a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* no sentido de que os agravantes não lograram êxito em comprovar a alegada ofensa ao princípio da menor onerosidade, demandaria o revolvimento do arcabouço fático-probatório colacionado aos autos, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7 do STJ.

6. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp 1.736.385/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE de 02/12/2020)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIDOR PÚBLICO. DOENÇA OCUPACIONAL. PENSÃO MENSAL AFASTADA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. DANO MATERIAL. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. *Não há violação dos arts. 489, § 1º, VI, e 1.022, parágrafo único, II, do CPC de 2015, pois há fundamentação suficiente para amparar o acórdão recorrido.*

2. Firmado o acórdão recorrido em fundamentos constitucional e infraconstitucional, cada um suficiente, por si só, para manter inalterada a decisão, é ônus da parte recorrente a interposição tanto do Recurso Especial quanto do Recurso Extraordinário, ocasionando a preclusão de uma das questões e o consequente não conhecimento do recurso. Aplicação da Súmula 126 do STJ.

3. O Tribunal de origem, com base nas provas existentes, entendeu não haver comprovação do dano material. A inversão do julgado nos moldes pretendidos pela recorrente demanda revolvimento das provas, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (STJ, REsp 1.707.574/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA DO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. EXCLUSÃO. INADMISSIBILIDADE OU IMPROCEDÊNCIA DO AGRAVO INTERNO INTERPOSTO NA ORIGEM. NÃO VERIFICAÇÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXCLUSÃO. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

*1. O acórdão recorrido apreciou fundamentadamente a controvérsia dos autos, decidindo, apenas, de forma contrária à pretensão do recorrente, não havendo, portanto, omissão ensejadora de oposição de embargos de declaração, pelo que, deve ser rejeitada a alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015.*

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido. (STJ, REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDE COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. EMBARGOS PROTETELATÓRIOS. VIOLAÇÃO AO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. MULTA AFASTADA.

*1. Inicialmente, quanto à alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015, cumpre asseverar que o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma*

*eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em Embargos de Declaração apenas pelo fato de a Corte ter decidido de forma contrária à pretensão do recorrente.*

2. Quanto à questão de fundo, isto é, a revisão do benefício previdenciário observando os valores dos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, o recurso não merece que dela se conheça. Com efeito, verifica-se que o acórdão recorrido negou provimento à apelação com fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, dada a natureza estritamente constitucional do decidido pelo Tribunal de origem, refoge à competência desta Corte Superior de Justiça a análise da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. A irrisignação merece acolhida em relação à alegada ofensa ao art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 nos termos da Súmula 98 do STJ, *in verbis*: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.” No caso dos autos, os Embargos de Declaração ofertados na origem tiveram tal propósito, de maneira que deve ser excluída a multa fixada com base no supracitado dispositivo legal.

4. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017)

Além disso, a contradição que rende ensejo à oposição de Embargos de Declaração é aquela interna do julgado, cumprindo trazer à luz o entendimento de PONTES DE MIRANDA acerca do tema, *in verbis*:

A contradição há de ser entre enunciados do acórdão, mesmo se o enunciado é de fundamento e outro é de conclusão, ou entre a ementa e o acórdão ou entre o que vitoriosamente se decidira na votação e o teor do acórdão, discordância cuja existência se pode provar com os votos vencedores, ou a ata ou outros dados. (*In Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII, 3ª edição, Forense, 1999, p. 322)

Com base em tal orientação, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que “a contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte”. (STJ, EDcl no REsp 218.528/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, DJe de 22/04/2002) Nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 383.927/DF, Rel.

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/05/2014; EDcl na AR 4.884/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 14/03/2014; EDcl no REsp 1.060.210/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/04/2014.

No caso, conforme transcrições supra, não há contradição interna no acórdão recorrido, a ser reparada em Embargos de Declaração. Existe apenas o inconformismo da parte agravante, que entende que o Tribunal de origem deu interpretação equivocada à tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 897 da Repercussão Geral (RE 852.475/SP).

Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a parte agravante, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

Quanto à matéria de fundo, o agravante sustenta, nas razões de seu Recurso Especial, ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910/32, por entender que “o objeto desta ação não se amolda à regra da imprescritibilidade, devendo ser aplicado o disposto no artigo 1º do Decreto 20.910/32 que prevê o prazo prescricional quinquenal para as ações ajuizadas contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza”. (fl. 311e)

Ocorre que, conforme transcrições supra, o Tribunal de origem decidiu a questão da alegada imprescritibilidade do ressarcimento ao erário com base em fundamento exclusivamente constitucional, ou seja, na interpretação dada ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Assim, é inviável a apreciação da matéria, no particular, em Recurso Especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

**AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESOS QUE EXCEDAM O LIMITE DE LOTAÇÃO DE CADEIA PÚBLICA E DESTINAÇÃO EXCLUSIVA À CUSTÓDIA DE PRESOS PROVISÓRIOS. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DE ESPECIAL POR ESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. DECISÃO MANTIDA.**

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo o objetivando compelir a Fazenda Pública do mesmo estado a proceder à remoção de todos os presos excedentes à lotação máxima considerada para a Cadeia Pública de Serra Negra e a destinar tal cadeia exclusivamente à custódia de presos provisórios.
3. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.

4. Ademais, o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* denegou o pedido sob o fundamento de que não seria possível a intervenção judicial na implementação de políticas públicas especificamente para a questão carcerária, em razão: i) da separação dos poderes; ii) da natureza dos direitos sociais, apesar do princípio da dignidade da pessoa humana; iii) do princípio da reserva do possível. *Tendo o Tribunal de origem decidido a controvérsia com base em fundamentos eminentemente constitucionais, não cabe a esta Corte examinar a matéria em Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal.*

5. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1.323.250/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/03/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IDOSO. MORADIA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPUGNAÇÃO PELA VIA DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.

*- Decidida a questão pelo Tribunal de origem sob fundamento exclusivamente constitucional, é incabível a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Federal, pertence ao STF.*

Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 30.329/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2012)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECUPERAÇÃO DE BARRAGEM PROVIDORA DE ÁGUA. ART. 2º DA LEI N. 4.229/1963, QUE ESTABELECE A COMPETÊNCIA DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, PONDERANDO A RESPEITO DA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DO DIREITO À VIDA, DETERMINOU A RECUPERAÇÃO DA BARRAGEM. FUNDAMENTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA REVISÃO DO ACÓRDÃO A QUO. ART. 105, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

1. Trata-se de agravo regimental em que se discute o conhecimento de recurso especial interposto contra acórdão do TRF da 5ª Região, proferido em sede de ação civil pública, o qual determinou ao

Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS a recuperação de barragem provedora de água.

2. No caso, o Tribunal de origem externou seu entendimento apoiado em fundamentação constitucional, consignando que: "O controle de políticas públicas pelo Judiciário é de caráter excepcional e não poderá ser levado a cabo quanto se estiver diante de possível ofensa à separação de poderes. O maltrato ao princípio da separação de poderes se dá ao instante no qual é desprestigiada a discricionariedade da Administração, existente quando esta possui possibilidade de escolher entre o atuar e o não atuar. No caso, não vislumbro essa liberdade de agir por dois motivos. O primeiro deles está na Lei nº 4.229/63, com alteração da Lei nº 10.204/2001, cujo art. 2º, III, dispõe: 'Elaborar projetos de engenharia e executar obras públicas de captação, acumulação, condução, distribuição, proteção e utilização de recursos hídricos, em conformidade com a Política e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, de que trata a Lei nº 9.433, de 1997.'" Trata-se, então, de lei que, no que concerne, objeto da causa, impõe ao demandado competência de atuar. Em segundo lugar, a hipótese versa sobre mínimo existencial, porquanto água é substância imprescindível à subsistência da humanidade, sendo de importância inexcusável no semiárido nordestino. Está-se aqui diante do mínimo vital, a gravitar em torno do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF), a justificar a intervenção do Judiciário na seara das políticas públicas.

3. Percebe-se do acórdão recorrido que a determinação judicial de recuperação da "Barragem de Poço Branco" foi necessária em razão de omissão da autarquia estadual em exercer sua competência, o que poderia resultar em violação ao direito à vida assegurado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. O aparente conflito entre as normas constitucionais analisadas pelo Tribunal de origem (separação de poderes e direito à vida) foi, claramente, resolvida com a ponderação dos interesses e princípios pertinentes ao caso concreto. *Essa fundamentação não pode ser revisada em sede de recurso especial sem que haja interpretação do alcance das normas constitucionais aplicáveis à solução da controvérsia, daí porque o recurso especial não deve ser conhecido.*

4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1.211.989/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/08/2011)

Ressalte-se que, no caso, é inaplicável a regra prevista no art. 1.032 do CPC/2015. Isso porque, nada obstante o acórdão recorrido tenha decidido a controvérsia à luz do texto constitucional, o Recurso Especial versa acerca de matéria infraconstitucional, hipótese diversa daquela prevista no referido dispositivo legal. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 869.418/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/05/2018; AgInt no AREsp 1.008.763/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 27/10/2017; AgRg no REsp 1.665.154/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 30/08/2017.

Além disso, a regra do art. 1.032 do CPC/2015 também não é aplicável ao caso diante do fato de que o agravante interpôs Recurso Extraordinário (fls. 313/325e), que, embora não tenha sido admitido (fls. 383/384e), ensejou a interposição do Agravo de fls. 415/427e. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.813.796/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/10/2021.

Por fim, cumpre registrar que, justamente por ter sido a causa decidida, no particular, com fundamento exclusivamente constitucional, o Recurso Especial é manifestamente inadmissível, por falta de prequestionamento, no que tange à tese recursal vinculada à alegada ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910/32, pois não foi ela objeto de discussão, nas instâncias ordinárias, razão pela qual é o caso de incidência do óbice previsto na Súmula 211/STJ.

Ante o exposto, *nego provimento* ao Agravo interno.

É o voto.

#### **TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA**

**AgInt no AREsp 1.690.572 / RJ**

**Número Registro: 2020/0086859-9**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**Número de Origem:**

**0022436-51.2018.4.02.5101 00224365120184025101 224365120184025101**

**Sessão Virtual de 27/09/2022 a 03/10/2022**

**Relator do AgInt**

**Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES**



### **AUTUAÇÃO**

**AGRAVANTE: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**

**PROCURADOR: GUSTAVO MOTA GUEDES E OUTRO(S) - RJ095346**

**AGRAVADO: UNIÃO**

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO  
- AGENTES POLÍTICOS - PREFEITO - PRESTAÇÃO DE CONTAS**

### **AGRAVO INTERNO**

**AGRAVANTE: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**

**PROCURADOR: GUSTAVO MOTA GUEDES E OUTRO(S) - RJ095346**

**AGRAVADO: UNIÃO**

### **TERMO**

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/09/2022 a 03/10/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 04 de outubro de 2022.





*Detalhe da imagem da capa*

# Noticiário









## **Antonio José Campos Moreira assume o cargo de Procurador-Geral de Justiça**

Em respeito às regras da eleição para Procurador-Geral de Justiça, destinada ao provimento referente ao biênio 2023/2025, o Procurador de Justiça Antonio José Campos Moreira assumiu interinamente, em 13/10, o cargo até então ocupado por Luciano Mattos, o atual PGJ, que se desincompatibilizou da função para concorrer à recondução. Antonio José conduzirá a instituição pelos próximos dois meses até a votação que será realizada no dia 12 de dezembro.

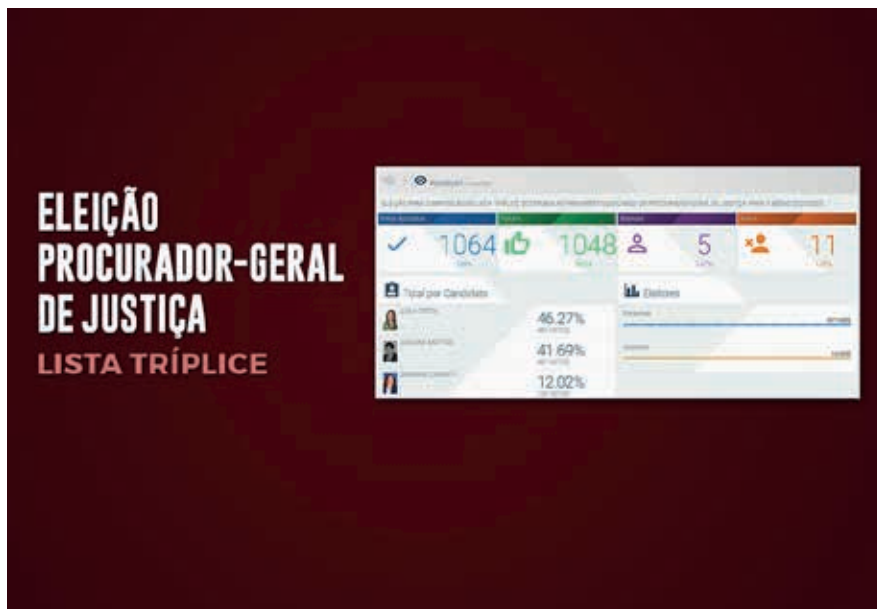
“Estou assumindo a chefia institucional hoje, como decano do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), em virtude do afastamento do Procurador-Geral, Luciano Mattos, que concorrerá à recondução ao cargo. Eu pretendo, nesse curto período, exercer a chefia do Ministério Público com serenidade, equilíbrio e firmeza, dando prosseguimento aos projetos já em curso, sem prejuízo de outras iniciativas que eventualmente se façam necessárias durante esses dois meses”, pontuou Antonio José.

O Procurador-Geral de Justiça, nomeado pelo governador do Estado, é indicado a partir de uma lista tríptica, formada pelos três concorrentes que obtiverem a maior votação na eleição, para cumprir mandato de dois anos. Elaborada a lista, ela será remetida ao governador do Estado pelo Presidente do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, no dia 1º de janeiro de 2023. É permitida uma recondução ao

cargo. O novo PGJ tomará posse, em sessão solene do Órgão Especial, para mandato de dois anos, a ser exercido entre 17 de janeiro de 2023 e 16 de janeiro de 2025.

### **Currículo**

Antonio José ingressou no MPRJ em 1987, por meio do VI Concurso Público para ingresso na classe inicial da carreira. Atualmente, é titular da 1ª Procuradoria de Justiça junto à 2ª Câmara Criminal do TJRJ. Antonio José já foi Subprocurador-Geral de Justiça (2009/2012), assessor-chefe da Assessoria de Assuntos Institucionais (2003/2009), assessor-chefe da Assessoria de Atribuição Originária Criminal (2007/2009) e coordenador da primeira formação do grupo das Centrais de Inquérito (1995/1996), além de chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça em 1994 e 1995, quando foi responsável pela operação do MPRJ que estourou a fortaleza do maior bicheiro da época, Castor de Andrade, em Bangu.



## MPRJ forma lista tríplice para o cargo de Procurador-Geral de Justiça

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) realizou, em 12/12, a eleição destinada à formação da lista tríplice para provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro para o biênio 2023/2025. A Procuradora de Justiça Leila Machado Costa foi a candidata mais votada da lista tríplice. Em segundo, ficou o Promotor de Justiça Luciano Mattos e, em terceiro lugar, a Promotora de Justiça Somaine Cerruti.

A lista tríplice é remetida ao governador do Estado pelo presidente do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça no primeiro dia útil de janeiro de 2023. O nome escolhido tomará posse em sessão solene do Órgão Especial para mandato de dois anos, a ser exercido entre 17 de janeiro de 2023 e 16 de janeiro de 2025. No total, exerceram o direito ao voto 877 Promotores e Procuradores de Justiça, entre os 892 integrantes do quadro ativo da carreira do Ministério Público.

O pleito foi realizado via Sistema Eletrônico de Votação (SEV), de forma remota, e presencial, entre 10h e 17h, na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados, localizada no edifício das Procuradorias de Justiça. A eleição teve a supervisão da Mesa Receptora e Apuradora, composta pela Procuradora de Justiça Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, presidente da Mesa; pelo Procurador de Justiça Alexandre Araripe Marinho



e pelos Promotores de Justiça Alexandre Murilo Graça e Ana Carolina Sarmiento Siqueira. Os Procuradores de Justiça Adolfo Borges Filho e Márcio José Nobre de Almeida e os Promotores de Justiça Fabíola Lovisi e Douglas Mussi foram designados para atuar como suplentes.

Tellechea agradeceu aos candidatos pela generosidade de colocarem seus nomes a serviço da instituição. “Desejo a todos uma profícua jornada de trabalho, este ano com o privilégio da convivência presencial, na certeza de que usufruiremos desse momento inspirado por todos aqueles ideais que nos trouxeram até aqui. A convivência solidária, democrática, que são os pilares do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro”, disse.



## MPRJ elege integrantes do Conselho Superior para o biênio 2023/25

Oito novos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) para o biênio 2023/2025 foram eleitos, no dia 07/11, pelos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ). Pelo Colégio de Procuradores de Justiça foram eleitos os Procuradores Sumaya Helayel; Katia Aguiar Marques Selles Porto; Luiz Fabião Guasque e Márcio Mothé Fernandes. Pelo voto dos Promotores de Justiça foram eleitos os Procuradores de Justiça Conceição Maria Tavares de Oliveira; Antonio José Campos Moreira; Flávia de Araújo Ferrer e Claudio Varela. Os membros eleitos tomarão posse em sessão solene do CSMP para mandato de dois anos, a ser exercido entre 06 de fevereiro de 2023 e 05 de fevereiro de 2025.

Com início às 10h, a votação se deu de forma online e presencial, encerrando-se às 18h19, em razão de intercorrência técnica. A Procuradora de Justiça Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, presidente da Mesa Receptora e Apuradora, agradeceu aos integrantes da mesa, os Procuradores de Justiça Alexandre Araripe Marinho e Marcelo Dalto Leite; à diretoria de suporte dos Órgãos Colegiados, Secretaria de Tecnologia da Informação e de Comunicação (STIC/MPRJ), Gerência de Telecomunicações (GETEL) e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC Rio), responsável pela auditoria. “Quero fazer um agradecimento especial aos candidatos pela disponibilidade em oferecer seus nomes para o aprimoramento e engrandecimento institucional. E

dizer que, independente do resultado, estamos todos de parabéns porque a eleição significa o exercício democrático da cidadania”, destacou Tellechea.

O Procurador-Geral de Justiça em exercício, Antonio José Campos Moreira, votou no fim da manhã e ressaltou a importância do pleito. “A votação expressiva dos candidatos eleitos revela a importância do Conselho Superior como órgão da administração superior do Ministério Público e órgão de execução”, disse o PGJ, que aproveitou a oportunidade para desejar sucesso aos eleitos na nova missão.

Serão considerados suplentes os postulantes que seguiram os eleitos na ordem de número de votos, pela respectiva classe, para substituir os titulares em seus impedimentos e faltas ou suceder-lhes em caso de vacância. Deste modo, os suplentes eleitos pelo voto dos Procuradores de Justiça foram João Carlos Brasil de Barros; Angela Maria Silveira dos Santos e Luiz Antônio Corrêa Ayres. Pelo voto dos Promotores de Justiça foi eleito como suplente Marcelo Pereira Marques.

O Conselho Superior é responsável por fiscalizar a atuação do Ministério Público e zelar pelos princípios da Instituição. Entre as competências listadas pelo Regimento Interno está a de decidir sobre o afastamento de membros, sobre o desarquivamento de inquéritos, e aprovar o regulamento do concurso para ingresso na carreira, entre outras.



## **MPRJ entrega Colar do Mérito, Medalha Annibal Frederico de Souza e Prêmio Ideias Inovadoras**

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) realizou, em 16/12, a sessão solene de entrega do Colar do Mérito do MPRJ, maior honraria concedida pela instituição, da Medalha Annibal Frederico de Souza, em homenagem ao Dia Nacional do MP, comemorado em 14/12, e da premiação Ideias Inovadoras.

Os agraciados com o Colar do Mérito foram Otavio Luiz Rodrigues Júnior e Paulo Cezar dos Passos, Conselheiros do CNMP; Ricardo Couto de Castro, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ); o Procurador de Justiça Marcus Leal, Secretário-Geral de Planejamento Institucional; a Procuradora de Justiça Patrícia Carvão, Coordenadora-Geral de Promoção da Dignidade da Pessoa Humana (COGEPDPH/MPRJ); a Promotora de Justiça Mônica Rodrigues Cuneo, coordenadora do CRAAI Cabo Frio; e Eduardo Della Valle Prezzi, médico assistente da Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CAMPERJ).

O Colar do Mérito também foi entregue a agraciados do ano de 2021, os quais, na ocasião, não puderam receber a comenda: o Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira, Presidente do TJRJ; o Corregedor Nacional do CNMP Osvaldo D’Albuquerque Lima Neto e Marcelo Weitzel Rabello de Souza, Procurador de Justiça Militar. Também foram agraciados, mas não puderam comparecer à cerimônia, Norma Angélica Reis Cardoso Cavalcanti, Procuradora-Geral de Justiça do Estado da Bahia

(MPBA) e Presidente do CNPG; a Promotora de Justiça Tatiana Costa Torres; e Antônio Pereira Duarte, Procurador-Geral de Justiça Militar.

A mesa da solenidade foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, e também composta pela Procuradora de Justiça Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea; pelo Corregedor-Geral do MPRJ, Ricardo Ribeiro Martins; pelo Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Cláudio Henrique da Cruz Viana; pela Secretária do Órgão Especial, Carla Araújo; pela Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça (Ceprojus), Maria do Carmo dos Santos Casa Nova; pelo Procurador-Chefe da Procuradoria da República no RJ, Theophilo Antonio Filho; pelo Presidente da Fundação Escola Superior do MPRJ (FEMPERJ), Sávio Renato Bittencourt; e pelo Vice-Procurador Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, Fabio Goulart Villela.

“Neste dia de festa, não podemos esquecer o fato de que, apesar dos avanços, das conquistas e dos caminhos trilhados pelo Ministério Público, a Instituição está em movimento constante. Nossa maior vitória não está no descanso, mas na nossa reinvenção diária, visando ao cumprimento dos nossos deveres funcionais. Nós, membros e servidores do Ministério Público, festejamos e agradecemos. A grandeza do MP reside, justamente, nos esforços e na dedicação das pessoas que dão forma a sua identidade e que atuam em prol dos princípios que apontam para um único norte, a ideia de que estamos a serviço da sociedade”, destacou Luciano Mattos.

O conselheiro do CNMP Otavio Luiz Rodrigues Júnior discursou em nome dos homenageados. “Nós recebemos um comando do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e, através da simbologia desta homenagem, levar em nossas vidas funcionais, profissionais e em nossas vidas acadêmicas esses valores que foram encartados na resolução 427 do dia 01 de março de 1991, que instituiu o Colar do Mérito do MPRJ, com o objetivo de homenagear as pessoas que têm prestado relevantes serviços. Com esta homenagem, estão valorizando também as Instituições às quais pertencemos”, afirmou.

A medalha Annibal Frederico de Souza também foi entregue durante a cerimônia aos servidores Ana Paula Aires Pinho de Lima; Anna Paula Lyrio Rocha; Guilherme Silva Rosa; Leticia Vieira da Silva; Maria Fernanda Caffé Gonçalves de Lucena e Suely Aparecida Nardi. Por fim, foram anunciados os vencedores do prêmio MPRJ Ideias Inovadoras, que objetiva estimular novas práticas administrativas apresentadas por servidores para aprimorar as atividades institucionais. Cecília Marques de Pina e Gustavo Fernandes Monteiro ficaram com o primeiro lugar pela ideia *Robôs em Ação – Estudos de Caso de Automação*; Felipe Nadaes Chagas Brum, em segundo, com a ideia *Aplicativo da Ouvidoria da Mulher do MPRJ*; e, em terceiro, Gabriel Paz Soares Ribeiro, pela ideia *Marco Polo, Assistente Pessoal do MPRJ*.

Estiveram presentes o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas do MPRJ, Marfan Martins Vieira; o Procurador de Justiça aposentado e ex-PGJ Eduardo Gussem; o Desembargador do TJRJ e ex-PGJ José Muiños Piñeiro Filho, entre outros membros e autoridades.

## Discurso do Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos

A data de hoje, na qual celebramos o Dia Nacional do Ministério Público, é não apenas um dia de comemorações, como, principalmente, um momento, que se renova a cada ano, no qual aferimos o aprendizado do caminho já percorrido e antecipamos os desafios a serem enfrentados. Desafio, aliás, é um significante bem conhecido pelos nossos homenageados de hoje, personagens de destaque no âmbito social e institucional, bem como em outras estruturas estatais de poder. Destacar-se em qualquer aspecto da vida relacional nada mais é que enfrentar e vencer desafios.

O Ministério Público brasileiro, a exemplo dos nossos homenageados, tem sido forjado nos desafios. Não é exagero afirmar que se trata de uma instituição singular. Suas atribuições, aliás, de estatura constitucional, não deixam margem a dúvidas. Incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais e disponíveis. E para que sua atuação se concretize e efetivamente transforme a realidade, é necessário, acima de tudo, a observância da normatividade constitucional, sem a qual as instituições se esvaziam e desmoronam, sem a qual as leis não materializam a vontade coletiva e perecem, sem a qual não há garantias, não há cidadania.

Nosso dever, na pureza de sua essência, é o de tudo fazer em prol de sua Constituição. Eis a grande responsabilidade atribuída ao Ministério Público e, conseqüentemente, a todos os seus membros.

Não se tem a ingenuidade, por um momento sequer, de achar que se trate de tarefa fácil, que um mero bosquejo de voluntarismo seja suficiente para superar. Muitos são os percalços e dificuldades pelos quais todos nós, membros desta digna Instituição, temos que ultrapassar no cumprimento de nossos deveres funcionais. Pela magnitude dos interesses envolvidos, não é incomum que nos coloquemos em posição de contraposição com instituições e agentes de indiscutível envergadura no ambiente sociopolítico. Dificuldades à parte, temos lutado o bom combate.

E neste dia de festa, chega a ser um imperativo moral declinarmos o nosso reconhecimento pelos esforços diuturnamente realizados pelos dignos membros do Ministério Público. Por outro lado, não podemos descurar do fato de que, apesar dos avanços, das conquistas e dos caminhos trilhados pelo Ministério Público, a Instituição está em movimento constante.

Nossa maior vitória não está no descanso, mas na nossa reinvenção diária em prol do cumprimento dos nossos deveres funcionais.

Nossa vitória é alcançada quando nos renovamos em cada nova batalha que devemos enfrentar, na reconstrução, no desassossego cotidiano, no trabalho inacabado que deve ser reiniciado nos desafios diários.

Nossa vitória está em olhar para trás, na reavaliação de um longo processo de maturação histórica, no qual a imperfeição das ações do passado é o estímulo para o aperfeiçoamento do futuro.

O Ministério Público não é um fim em si mesmo, mas mero meio no processo de materialização dos mais lídimos anseios da coletividade.

A história institucional ainda está sendo escrita por aqueles que aqui estiveram e festejaram, por nós, hoje, agradecidos e em comemoração, e por todos aqueles que virão.

Mudanças fazem parte do cotidiano do Ministério Público, alcançando todos aqueles que agregam, que acreditam no dever social, que fomentam esperanças, que sabem o que são compromissos intransigíveis, que se fortalecem e são fiéis à ética, à probidade e à solidariedade social.

Nosso compromisso é com a vida, com a soberania popular, com a verdade, com a Justiça, com as Leis, com a igualdade e com a solidariedade social.

Por isso festejamos e agradecemos.

Apenas quem tem paixão é capaz de se compadecer com o sofrimento alheio e reconhecer injustiças extremas. Apenas quem tem algo é capaz de transmiti-lo. Apenas quem acredita na vida é capaz de protegê-la. O componente sentimental, que transcende a letra fria da lei, também é um ideal institucional a ser preservado, defendido e fomentado. Sentimentos expressos em alto brado materializam-se e fundem-se com o cotidiano, sendo essenciais para a compreensão das mazelas e dos anseios de nossa sociedade.

Mas não apenas dos membros da carreira o Ministério Público é composto. Outros elementos importantes complementam e são indissociáveis do aprimoramento da trajetória institucional. Valorizar e festejar aqueles que apoiam a atuação ministerial, oferecendo-lhe suporte técnico e administrativo, é valorizar e festejar o Ministério Público.

Nesse dia de festa, celebramos nossos caros servidores, reconhecendo seu trabalho e premiando sua dedicação incansável à nossa Instituição.

A grandeza desta Instituição reside justamente nos esforços e na dedicação das pessoas que dão forma à sua identidade, que atuam em prol de princípios que apontam para um único norte: a ideia de que o Ministério Público está a serviço da sociedade.

Meus mais sinceros votos de reconhecimento ao valoroso trabalho do corpo auxiliar do Ministério Público, na pessoa dos servidores aqui presentes, sem os quais a realização dos nossos objetivos institucionais estaria seriamente comprometida.

Antes de terminar, gostaria de prestar uma especial homenagem a todos os colaboradores que me acompanharam de forma abnegada no último biênio. Todos nós sabemos as dificuldades pelas quais passamos nestes últimos dois anos, tudo permeado por relevantes modificações em nossa realidade política, social e econômica. Para superá-las, tivemos que nos reinventar diariamente. Apesar de tudo, continuamos, nos apoiamos, confiamos e alcançamos os nossos objetivos. Meu reconhecimento a todos pelo excepcional trabalho realizado e pelo comprometimento com os serviços prestados.

Obrigado a todos e, mais uma vez, parabéns aos homenageados!



## **MPRJ realiza sessão solene de recepção dos novos Procuradores de Justiça**

Em Sessão Solene de Recepção realizada no dia 03/10, o Órgão Especial do Colégio de Procuradores recepcionou os novos Procuradores e Procuradoras de Justiça Maria Elisabete Cardoso Antunes da Costa; Joel Cesar Dantas de Sampaio; João Carlos Brasil de Barros; Augusto Vianna Lopes; Fátima Lucia Alves Ferreira Nunes; Ana Carolina Mendes Nogueira Gomes; Renato Lisboa Teixeira Pinto; Maria da Glória Guarino de Oliveira Lucas; Taciana Dantas Carpilovsky; Eliane de Lima Pereira; Luiz Antonio Corrêa Ayres; Liana Barros Cardozo de Sant'Ana; Guilherme Magalhães Martins; Mônica Soares Santos Correa; Marcus Cavalcante Pereira Leal; Marcos Moraes Fagundes; Gustavo Adolfo Vieira Dutra de Almeida; Celso de Andrade Loureiro; Anabelle Macedo Silva; Albino José da Silva Filho e Nizete de Azevedo Oliveira.

Compuseram a mesa de abertura da solenidade o Procurador-Geral de Justiça; o Corregedor-Geral do MPRJ, Ricardo Ribeiro Martins; o Presidente da Associação do MPRJ (AMPERJ), Cláudio Henrique da Cruz Viana; a Procuradora de Justiça Maria do Carmo dos Santos Casa Nova; o Diretor-Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Femperj), Sávio Renato Bittencourt, e o Diretor-Presidente da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Integrantes do Ministério Público e da Defensoria Pública no Estado do Rio (SICOOB Coomperj), Luiz Antonio Ferreira de Araújo.



Taciana Dantas Carpilovsky discursou em nome dos novos Procuradores. “Chegamos ao topo da nossa carreira no Ministério Público. Apesar de sermos de seis diferentes concursos, somos da mesma geração e carregamos os mesmos sonhos, ideais de quando ingressamos nessa Instituição. Tivemos a oportunidade de crescer junto com a Instituição, honrando o juramento que fizemos ao ingressar. Ao chegar nessa fase que celebramos hoje é impossível não lembrar do passado, que ainda presente, é de combatividade, independência, coragem, justiça e probidade”, afirmou a Procuradora de Justiça.

O Procurador de Justiça José Maria Leoni Lopes de Oliveira procedeu à saudação aos novos Procuradores. José Maria convidou os colegas a fazerem uma viagem ao passado, desde as provas e títulos para ingresso na carreira do Ministério Público até a “peregrinação” por diversas Comarcas e órgão de execução. “Reconhecamos, temos muito orgulho de sermos do nosso Ministério Público. Exercemos nosso ônus sem pompa, sem carro oficial nem motorista. Vamos para o nosso trabalho como os demais cidadãos desse país. Nossos gabinetes são dignos na medida exata para o exercício das nossas funções e, verdade seja dita, todas as administrações têm feito todo o esforço para nos proporcionar meios eficazes para trabalhar, tanto material como órgãos auxiliares. Mantemos nosso site com transparência nas informações sobre membros e administração, e, por isso, somos felizes e solidários, independentemente de opções políticas internas”, ressaltou o Procurador de Justiça José Maria Leoni Lopes de Oliveira em nome dos demais membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça.

Participaram da cerimônia os membros natos do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça; a decana do MPRJ, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea; Hugo Jerke; Adolfo Borges Filho (por videoconferência); Luiza Thereza Baptista de Mattos; Márcio Klang; Marfan Martins Vieira; José Roberto Paredes (por videoconferência); Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves e Fátima Maria Ferreira Melo. Também fizeram parte da cerimônia os membros eleitos como Antonio Carlos da Graça de Mesquita (por videoconferência); Elizabeth Carneiro de Lima (por videoconferência); Carlos Roberto de Castro Jatahy; Marcelo Daltro Leite; Angela Maria Silveira dos Santos; Marcia Maria Tamburini Porto; Márcio José Nobre de Almeida e Carla Rodrigues Araújo de Castro.

## ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

### **2ª GUERRA MUNDIAL**

42-43;

### **ABUSO DO DIREITO**

54-55, 61;

### **ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA**

165, 167;

### **ACORDO DE LENIÊNCIA**

167;

### **ANTICORRUPÇÃO**

153, 155-156, 161, 253;

### **ANTROPOCENTRISMO**

152;

### **ÁREA JURÍDICA *AD HOC***

93-94, 100-102;

### **ARTICULAÇÃO ADMINISTRATIVA**

33-34, 37, 39;

### **ATO NORMATIVO INFRALEGAL**

102;

### **CONFLITO “VIRTUAL” DE COMPETÊNCIA**

133, 136;

### **CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

178, 181, 184, 187, 190, 202;

### **CRIMES CIBERNÉTICOS**

110, 113, 116, 127, 129;

### **CRISE DA JUSTIÇA**

150, 159, 162, 170;

### **CYBERSTALKING**

110-111, 116, 124-125, 127;

### **DECÁLOGO DO ADVOGADO**

45-46;

### **DECISÃO ADMINISTRATIVA COORDENADA**

20-22, 24, 26, 28-31, 37-39;

### **DESJUDICALIZAR**

212;

### **DESTINATÁRIO DE BENS REMANESCENTES**

81-82, 89;

### **DIREITO AO SILÊNCIO**

51-58, 60-62;

### **DIREITO DIGITAL**

109;

### **DISSOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA**

68, 79;

### **ESTOICISMO**

217, 222;

### **EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

181, 202;

### **EXERCÍCIO DA CIDADANIA**

42;

### **EXERCÍCIO DO DIREITO AO SILÊNCIO**

51, 53, 57-58, 60-62;

### **EXTINÇÃO FUNDACIONAL JUDICIAL**

81, 85-86;

### **FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA**

133, 139;

### **FORMA DE GOVERNO**

68-72, 74;

### **FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

82;

### **GOVERNANÇA PÚBLICA**

150;

### **GRUPO PARLAMENTAR**

68;

### **INSTITUTO JURÍDICO DO SILÊNCIO**

61;

### **INVIOABILIDADE DO ADVOGADO**

41;

### **JUDICALIZAR**

112;

**JUS PERSEQUENDI**

144;

**JUS PUNIENDI**

144, 252;

**LEADING CASE**

94, 102;

**LEGISLADOR NEGATIVO**

42;

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

35, 71-72;

**LIBERDADE DE VOTAR**

217;

**LIMITES TEMPORAIS**

77, 79;

**LIVRE-ARBÍTRIO**

218-219, 221, 223;

**MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO**

161;

**MICROSSISTEMA DE TUTELA**

154-155, 161, 167, 170, 252, 273, 276,  
278;

**NEOCONSTITUCIONALISMO**

43;

**NOMEAÇÃO DE LIQUIDANTE**

81, 86;

**PERFIL CONSTITUCIONAL**

177, 289;

**PODER DE AGENDA**

178, 190, 192, 194-203;

**PODER MODERADOR**

75-76;

**POLÍTICAS PÚBLICAS SETORIAIS**

212;

**PORNOGRAFIA DE VINGANÇA**

110, 117, 119-121;

**POSICIONAMENTO SPINOZIANO**

221;

**PROMOTOR NATURAL**

94-103, 107, 188;

**RENÚNCIA AO MANDATO**

67-68;

**SEXTORSÃO**

110-111, 116, 121-122;

**SISTEMA DE GOVERNO**

68-69, 73-74;

**SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS**

22, 34;

**TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA  
COMUM**

154;

**VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

110-111, 114, 119, 128.

# Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**Luiza Helena Torezani**

Coordenação-Geral

**Agnaldo Alves**

Controle Administrativo

**Rebeca Aismini**

Coordenação de Editoração

**Rodrigo Silva França**

Estagiário

**Cristina Siqueira**

Coordenação de Revisão  
Coordenação de Produção

**Anderson da Rocha**

Revisão

**Ana Carla Pereira**

**Charles Luiz**

**Vitória Barboza**

Estagiários

**Davi Kaptzki**

Projeto Gráfico

**Jonas Cruz**

Design Gráfico

Foto da capa

## Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

[rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@mprj.mp.br)

## Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

[www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp](http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp)

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

[rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@mprj.mp.br)

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

[rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@mprj.mp.br)