

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



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

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



Codigo
Philippino
1763

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Adolfo Borges Filho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

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

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores. As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Histórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro. A composição dos órgãos e das entidades constante nas páginas 5, 6 e 7 é a referente ao último dia do trimestre abrangido por esta revista.

Tiragem: 3000 exemplares | Circulação Nacional
Pede-se permuta | *On demande l'échange* | *We ask for exchange*

Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080
Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371
www.mprj.mp.br | e-mail: 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

1995-2022 (1 - 86)
2023 (87, 88, 89)
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

Marlon Oberst Cordovil
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

Roberto Góes Vieira
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
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
José Antonio Leal Pereira
Alexandre Araripe Marinho
Augusto Dourado
Heloisa Maria Alcofra Miguel
Anderson Albuquerque de Souza Lima
José Roberto Paredes

Membros eleitos

Márcia Alvares Pires Rodrigues
Marcelo Daltro Leite
Rita de Cássia Araújo de Faria
Walberto Fernandes de Lima
Luciana Sapha Silveira
Márcia Maria Tamburini Porto
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Patricia Mothé Glioche Béze
Gianfilippo de Miranda Pianezzola
Carla Rodrigues Araujo de Castro

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Primeira Turma

Sumaya Therezinha Helayel
Luiz Fabião Guasque
Flávia de Araujo Ferrer
Claudio Varela

Segunda Turma

Antonio José Campos Moreira
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Márcio Mothé Fernandes
Conceição Maria Tavares de Oliveira

**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 Antonio Ferreira de Araujo
Diretor-Presidente

Editorial

O ano de 2023 alcança a sua metade, com sinais perturbadores no tocante ao “aquecimento global”. A vigilante atuação do Ministério Público, na área do meio ambiente, se torna cada vez mais relevante, inclusive em termos de conscientização da sociedade que representa. Como bem asseverado pelo neurocientista português António Damásio, na sua obra “O mistério da consciência”: *“Em seu nível mais complexo e elaborado, a consciência ajuda-nos a cultivar um interesse por outras pessoas e a aperfeiçoar a arte de viver”*.

E, voltando nosso pensamento para assunto mais ameno, inaugura-se, nesta edição número 89, o “Observatório Literário”, completando a trilogia Direito, Filosofia e Literatura, áreas do conhecimento que se imbricam, naturalmente, no mundo em que vivemos. Como marco inicial desse novo caderno, contamos com a preciosa colaboração da Professora Gilda Carvalho, Diretora do iiLer (Instituto Interdisciplinar de Leitura) e Coordenadora da Cátedra Unesco da PUC-Rio, com o artigo intitulado “Literatura e Direito: Encontro e Possibilidades”.

Nomes famosos do *Parquet* brasileiro abrilhantaram o mundo literário com as suas obras. Como exemplos, destacamos o Barão do Rio Branco, que foi Promotor de Justiça em Nova Friburgo - RJ; Raimundo Correia, que atuou na Promotoria de São João da Barra - RJ; Monteiro Lobato, que exerceu a Promotoria de Areias - SP, e José Lins do Rego, Promotor de Manhuaçu - MG. Temos a certeza de que contamos com talentosos escritores na nossa Instituição, que poderão utilizar o *Observatório Literário* para divulgação de seus trabalhos, sejam eles em prosa ou em poesia. Deixamos aqui o convite para que enviem suas produções literárias para alimentação do novo observatório. E o convite se estende aos leitores de nossa Revista.

Na seção “Doutrina”, somos brindados com artigos de diferentes áreas do Direito e que abordam temas atuais e relevantes para os tempos em que vivemos: *A guarda compartilhada em casos de violência doméstica no Brasil e a necessária adoção da perspectiva de gênero; Smart Contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional; Direito Constitucional Financeiro: da previsão abstrata ao protagonismo normativo; Improbidade administrativa, processo coletivo e a Lei nº 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria; Transformação, incorporação, cisão ou fusão de ou por Fundações de Direito Privado; A contenção de pessoas idosas em instituições de longa permanência como violação dos direitos humanos fundamentais; O reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial sob a luz do princípio da proporcionalidade na persecução criminal contemporânea; Considerações conceituais sobre a corrupção à luz da segurança pública; Controle da política pública de saúde por intermédio do monitoramento orçamentário: exemplos práticos de atuação coletiva pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e A admissibilidade e a racionalidade da prova: algumas notas a partir de um contexto subjetivista do direito probatório brasileiro.*

No “Observatório Jurídico”, podemos refletir sobre a “linguagem” como mecanismo linguístico que merece “respeito” por parte dos operadores do Direito, “na Era da pós-verdade”. No “Observatório Filosófico”, a reflexão recai sobre “a dúvida filosófica e a dúvida jurídica”, com os seus reflexos no processo penal. Finalmente, no novo “Observatório Literário”, o texto inaugural tem como propósito “apresentar as possibilidades da relação interdisciplinar entre a Literatura e o Direito, explorando as contribuições possíveis para os dois campos do conhecimento e para a sociedade brasileira”.

Na seção de peças processuais, somos contemplados com o parecer da Consultoria Jurídica sobre a “possibilidade de ser estabelecido um valor mínimo para que o Ministério Público promova a execução da pena de multa”. E, também, com a peça processual versando sobre o “controle prévio no âmbito de seu procedimento interno de publicação de conteúdos” referente a medicamentos conhecidos como de “tarja preta”.

Após a jurisprudência do STF e do STJ, finalizamos com o “Noticiário”, pondo-se em destaque a eleição dos novos integrantes do Órgão Especial para o biênio 2023-2025.

Por fim, relembramos a todos que a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro conta com duas versões: uma eletrônica e outra impressa, o que permite maior dinâmica e facilidade de acesso, contribuindo, assim, para a expansão da democratização do saber. Desejamos aos nossos leitores momentos agradáveis de leitura e de reflexão; e aos autores que contribuíram para que esta edição viesse a lume, um muito obrigado pela colaboração e pelo brilhantismo de seus textos.

EMERSON GARCIA

Diretor da Revista

ADOLFO BORGES FILHO

Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

A Guarda Compartilhada em casos de violência doméstica no Brasil e a necessária adoção da perspectiva de gênero

Ana Gabriela Fernandes Blacker Espozel.....19

Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional

Eduardo Talamini

André Guskow Cardoso 45

Direito Constitucional Financeiro: da previsão abstrata ao protagonismo normativo

Fabício Dantas..... 95

Improbidade administrativa, processo coletivo e a Lei nº 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria

Fredie Didier Jr.

Hermes Zaneti Jr. 133

Transformação, incorporação, cisão ou fusão *de* ou *por* Fundações de Direito Privado

José Marinho Paulo Junior..... 147

Considerações conceituais sobre a corrupção à luz da segurança pública

Luis Fernando de França Romão 159

A contenção de pessoas idosas em instituições de longa permanência como violação dos direitos humanos fundamentais

Luiz Cláudio Carvalho de Almeida

Cristiane Branquinho Lucas

Patricia de Fátima Augusto Barros

Romulo Delvalle..... 173

O reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial sob a luz do princípio da proporcionalidade na persecução criminal contemporânea

Luiz Eduardo da Silva Levy de Souza 189

A admissibilidade e a racionalidade da prova: algumas notas a partir de um contexto subjetivista do direito probatório brasileiro
Robson Renault Godinho227

Controle da política pública de saúde por intermédio do monitoramento orçamentário: exemplos práticos de atuação coletiva pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Tháisa Guerreiro de Souza257

Observatório Jurídico

Na Era da pós-verdade, operadores do Direito devem respeito à linguagem
Cláudio Henrique da Cruz Viana
Felipe Ribeiro307

Observatório Filosófico

A dúvida filosófica e a dúvida jurídica. Reflexos da dúvida na esfera do processo penal: o princípio do *in dubio pro reo*
Adolfo Borges Filho 313

Observatório Literário

Literatura e Direito: encontro e possibilidades
Gilda Carvalho325

Peças Processuais

Parecer

Parecer ministerial em processo administrativo. Processo nº 20.22.0001.0086724.2022-81. Parecer ministerial em procedimento administrativo oriundo da Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Objeto: avaliar a possibilidade de ser estabelecido um valor mínimo para que o Ministério Público promova a execução da pena de multa.
Emerson Garcia335

Peças

Peça Processual. Ação Civil Pública. 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital. Ação Civil Pública com pedido de tutela provisória de urgência antecipada. Objetivo: implementação pela ré de ferramentas de controle prévio no âmbito do seu procedimento interno de publicação de conteúdos, sobretudo para detectar a exposição à venda de medicamentos de uso controlado, também conhecidos como medicamentos “tarja preta”, de modo a não autorizar as publicações de tais conteúdos na sua plataforma virtual, bem como a condenação à indenização por danos morais causados aos consumidores.

Rodrigo Terra341

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 226.641/ São Paulo. Agravo Interno em *Habeas Corpus*. Sistema Acusatório. Livre convencimento motivado. Não vinculação do juiz, na sentença de pronúncia, a eventual manifestação do órgão acusatório pela impronúncia ou desclassificação para outro delito. *Habeas Corpus* indeferido. 1. O sistema acusatório deve ser harmonizado com o princípio do livre convencimento motivado, não estando o juiz, na sentença de pronúncia, vinculado a eventual manifestação do Ministério Público, em alegações finais, pela impronúncia ou desclassificação para outro delito. 2. Agravo interno desprovido.

Segunda Turma, Relator Ministro Nunes Marques, Sessão Virtual de 26.5.2023 a 2.6.2023, DJe de 19.06.2023369

Jurisprudência Cível

Recurso Extraordinário nº 1.278.198 / São Paulo. Recurso Extraordinário contra Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido em Ação Direita de Inconstitucionalidade. Lei municipal. Exigência de curso superior completo para a função de Conselheiro Tutelar. Extrapolação da competência legislativa suplementar do Município. Ausência de peculiaridade local. Usurpação da competência legislativa da União. Violação do Princípio da Proporcionalidade. Parecer pelo provimento do Recurso Extraordinário.

Relator Ministro Nunes Marques, Julgado em 20.03.2023, DJe de 22.03.2023.....377

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.283 / Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Incs. V e VI do parágrafo único do art. 185 da Lei Complementar n. 34/1994 de Minas Gerais. Critérios de desempate na promoção e remoção de membro do Ministério Público Estadual por antiguidade. Inobservância dos critérios estabelecidos na Lei Orgânica do Ministério Público. Impossibilidade de reconhecimento do número de filhos ou do tempo de serviço público no estado. Inconstitucionalidade formal: contrariedade à al. *d* do inc. II do § 1º do art. 61, ao § 4º do art. 129 e ao art. 93 da Constituição da República. Inconstitucionalidade material: ofensa ao princípio da isonomia. Precedentes. Ação direta julgada procedente, com eficácia *ex nunc* do julgado.

Plenário, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 03.05.2023, DJe de 10.05.2023 **385**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Recurso Especial nº 1.970.217 / Minas Gerais (2021/0361139-0). Penal. Recurso Especial representativo de controvérsia. Livramento Condicional. Falta grave. Últimos 12 meses. Requisito objetivo. Bom comportamento. Requisito subjetivo. Ausência de limitação temporal. Aferição durante todo o histórico prisional. Tese firmada. Caso concreto. Não preenchimento dos requisitos. Recurso provido.

Terceira Seção, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 24.05.2023, DJe de 01.06.2023 **409**

Revisão Criminal nº 5.620 / São Paulo (2021/0158110-6). Revisão Criminal. Tráfico de drogas. Pleito pelo reconhecimento de *reformatio in pejus* indireta. Insubsistente. Mudança de entendimento jurisprudencial. Impossibilidade. Revisão criminal não conhecida.

Terceira Seção, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 14.06.2023, DJe de 30.06.2023 **425**

Jurisprudência Cível

Recurso Especial nº 1.995.565 / São Paulo (2022/0097974-0). Processual Civil. Recurso Especial. Ação de cobrança. Fase de cumprimento de sentença. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Embargos de Declaração. Omissão, contradição, obscuridade ou erro do acórdão embargado. Ausência. Violação do art. 489, § 1º, do CPC/2015. Não ocorrência. Valor poupado até 40 salários-mínimos. Impenhorabilidade. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. Dispositivo de Lei Federal violado. Ausência de indicação.

Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Proventos de aposentadoria. Impenhorabilidade. Art. 833, IV, do CPC/2015. Exceção se preservado valor suficiente à dignidade do devedor e de sua família. Ausência de comprovação da origem do valor. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Julgamento virtual. Recurso sem previsão de sustentação oral. Oposição tempestiva pela parte. Direito de exigir julgamento em sessão presencial. Inexistência. Demonstração de prejuízo. Ausência. Nulidade. Ausência. Dissídio jurisprudencial. Prejudicado.

*Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigli, julgado em 22.11.2022, DJe de 24.11.2022.....***469**

Noticiário

MPRJ elege novos integrantes para o Órgão Especial**489**

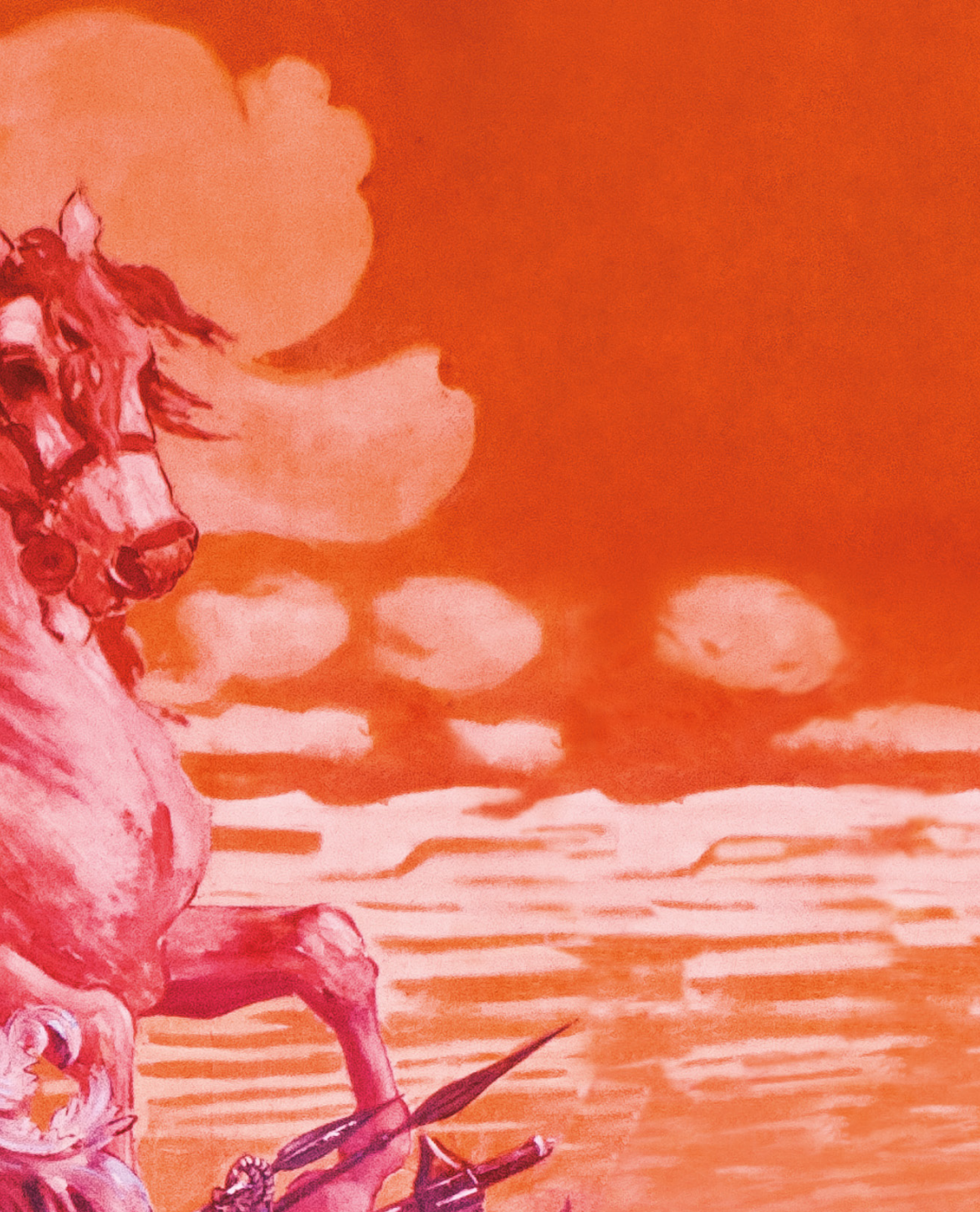
Projeto *Parquet Digital* é destaque em conferência internacional do MP, realizada em Londres.....**491**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....**493**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



A Guarda Compartilhada em casos de violência doméstica no Brasil e a necessária adoção da perspectiva de gênero¹

Joint Custody in child custody cases involving domestic violence and the need to adopt a gender perspective

Ana Gabriela Fernandes Blacker Espozel*

Sumário

1. Introdução. 2. A exposição das crianças à violência doméstica. 3. O momento do divórcio e a dinâmica da violência. 4. A guarda compartilhada e a promoção de contato no contexto brasileiro. 5. A experiência norte-americana – integrando a violência doméstica às disposições relativas à guarda dos filhos: um modelo a ser seguido pela legislação brasileira? 6. A importância das experiências das mulheres. 7. O Papel das Promotorias de Justiça de Família. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar o impacto da violência doméstica nos processos de guarda e convivência de crianças e adolescentes, trazendo algumas reflexões para a melhora da análise dos casos que envolvam violência doméstica nas varas de família. A primeira parte apresentará a importância de se entender o momento do divórcio na dinâmica da violência doméstica. Na segunda parte, será abordado o histórico brasileiro, o marco legal da guarda compartilhada e os desafios enfrentados. Em seguida, o trabalho sugere uma reforma legal da legislação brasileira, dando o exemplo da experiência dos Estados Unidos. Por fim, é ressaltada a importância de se ter um maior conhecimento das experiências concretas das mulheres para que o sistema de justiça possa melhor atender às demandas das vítimas de violência doméstica ao decidir sobre a guarda dos filhos. Para concluir, será salientado o incentivo aos membros do Ministério Público para que assumam um papel ativo em sua atuação no que diz respeito à sensibilização para a violência doméstica, as experiências das mulheres e os seus efeitos nas crianças.

¹ Trabalho submetido durante o curso de LLM em Gênero, Direito Comparado e Direito Internacional para a aula Escritos Avançados em Direito e Gênero.

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

Abstract

The present research aims to analyze the Brazilian Civil Code concerning child custody provisions, precisely the joint custody presumption and the relationship to domestic violence and its lack of analysis in the Brazilian Family Courts. The first part of the study will present divorce as a risk factor for violence. The second part will go through the Brazilian background, the legal framework for joint custody, and the challenges faced. The paper will suggest legal reform of the legislation, giving the example of the United States experience. It will also suggest more knowledge of women's experiences to help bring in domestic violence concerns when deciding cases on child custody. To conclude, encouragement of prosecutors to assume an active role to raise awareness of domestic violence, women's experiences and its effects on children will be highlighted.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Dinâmica da violência doméstica. Segurança de crianças e mulheres. Perspectiva de gênero. Experiência das mulheres.

Keywords: *Joint Custody. Domestic violence dynamic. Divorce. Gender perspective. Women's experience.*

1. Introdução

Seguindo a tendência da maioria dos países ocidentais, o Brasil promulgou a Lei nº 11.698 em 2008, estabelecendo o conceito de guarda compartilhada e em 2014 por meio da Lei nº 13.058 a guarda compartilhada passou a ser o modelo preferencial. Os operadores do sistema jurídico brasileiro têm buscado a igualdade entre homens e mulheres consagrada pelo art. 3º, VI, art. 5º e art. 226, § 5º, da Constituição Federal Brasileira. Tendo como meta o princípio da igualdade, ao menos por ora a igualdade formal, os profissionais de família trabalham com o objetivo de que ambos os pais possam conviver com seus filhos após o divórcio e que possam compartilhar as mesmas responsabilidades e cuidados, sem qualquer discriminação de gênero. Idealmente, ao promover a igualdade formal de gênero, as mães poderiam melhor participar do mercado de trabalho, enquanto os pais poderiam estar mais envolvidos na vida, dividindo a tarefa de cuidado de seus filhos, embora saibamos que em grande maioria dos casos esta divisão equalitária não ocorra na prática, sobretudo, em virtude dos papéis sociais atribuídos a cada gênero.

Do ponto de vista das crianças, seu direito de viver com ambos os pais também é uma questão primordial nas varas de família brasileiras. De acordo com o artigo 227 da Constituição Federal brasileira, as crianças têm o direito de viver em uma família, e o Estado, a sociedade e a família devem protegê-las contra negligência, discriminação, exploração e violência. Além disso, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança e, de acordo com o artigo 9, as crianças têm o direito de ter contato com ambos os pais, exceto se isso for contrário aos seus melhores interesses. Ao promover

a cooperação e o contato com ambos os pais, o sistema de Justiça também estará contribuindo para o bem-estar e o desenvolvimento saudável das crianças.

Desta forma, as varas de família têm incentivado o estabelecimento da guarda compartilhada e há consenso de que o modelo deve ser assegurado para atender aos melhores interesses das crianças. Em muitos casos, o modelo de guarda compartilhada provou trazer inúmeras vantagens, como maior diálogo entre os pais, ausência de sentimento de “vencedor ou perdedor”, divisão dos cuidados físicos e maior participação na tomada de decisões. Entretanto, nem todas as famílias vivem em um ambiente ideal e harmônico e o modelo da guarda compartilhada como único, universal e abstrato, aplicado indistintamente, sem levar em conta o contexto de cada família, deve ser questionado.

Infelizmente, as estatísticas de nosso país demonstram que muitas famílias sofrem com o problema da violência doméstica. Assim, a cooperação e a responsabilidade compartilhada devem ser incentivadas, mas não em todos os casos. Nos casos em que existe um histórico de violência, a promoção do contato, a presunção do benefício da guarda compartilhada e a igualdade formal podem contribuir para fomentar ainda mais a violência, geralmente contra as mulheres, afetando-as de forma desproporcional, mantendo o desequilíbrio histórico de poder e a subordinação das mulheres. A ideia de que devemos esquecer o passado e olhar apenas para o futuro merece ser repensada criticamente. A realidade é complexa, exigindo do Sistema de Justiça uma atuação mais condizente com o que de fato ocorre na prática, sem que isso signifique qualquer desistência na busca pelo ideal previsto no instituto da guarda compartilhada.

A dinâmica da violência doméstica e a decisão de sair do relacionamento abusivo, entre outros fatores, está intimamente relacionada com as decisões sobre os filhos. A preocupação com a família, a subsistência dos filhos, a segurança, a continuidade da convivência familiar e a guarda dos filhos são sopesadas pelas vítimas de violência doméstica, por ocasião da decisão do divórcio e da saída de um relacionamento permeado por violência. Além disso, existe uma concepção errônea de que a violência doméstica termina com o divórcio.² É preciso ter em mente que o sistema de Justiça, por meio de batalhas em torno da guarda de filhos, pode ser usado para manter o controle de pais violentos sobre pais não violentos, geralmente pais sobre mães,³ e que o momento do divórcio representa um momento crítico na dinâmica da violência, constituindo fator de risco à segurança da mulher e da criança e que merece maior atenção.

O impacto da violência doméstica sobre as crianças também está bem documentado, mesmo que as crianças sejam afetadas “indiretamente”. Testemunhar uma violência dentro da família também traz enormes prejuízos para as crianças,

² MEIER, Joan S. *Domestic Violence, Child Custody, and Child Protection: Understanding Judicial Resistance and Imagining the Solutions*. 11 AM. U. J. GENDER Soc. Policy & L. 657, p.700-704 (2002).

³ LOGAN, T. K.; WALKER, Robert. Separation as a Risk Factor for Victims of Intimate Partner Violence: Beyond Lethality and Injury: A Response to Campbell. *Journal of Interpersonal Violence*, 19(12), p. 1478-1486 (2004).

caracterizando violência psicológica,⁴ apesar de a situação ser usualmente inviabilizada nas varas de família, por meio da ideia de que o “agressor pode ser um bom pai” ou de que o relacionamento abusivo constitui um mero conflito conjugal. Além disso, estudos demonstram que as crianças cujo parceiro da mãe tenha abusado da mãe correm maior risco de serem abusadas pelos mesmos homens.⁵ Desta forma, é preciso observar que existe uma relação entre a violência entre os genitores e a violência contra as crianças. A probabilidade de as crianças se tornarem vítimas diretas aumenta quando elas vivem em um ambiente violento.

O UNICEF e o Ministério da Segurança Pública do Brasil coletaram dados entre 2016 e 2020, e os estudos identificaram que 35 mil crianças morreram de forma violenta. Em 2020, 213 crianças de 0 a 9 anos morreram e houve um aumento significativo no número de mortes de crianças de 0 a 4 anos. Na maioria dos casos, essas crianças morreram em casa, vítimas de alguém conhecido. Para crianças de 0 a 9 anos, a violência doméstica é uma preocupação e elas morrem ou são estupradas no lugar onde deveriam estar seguras, por autores conhecidos.⁶ Faltam estatísticas que indiquem quantas crianças ou mulheres foram vítimas de violência doméstica após o divórcio ou durante a convivência com os filhos.

Em um contexto que envolva violência doméstica, qual o peso que os juízes devem dar ao histórico de violência? O que é melhor para uma criança: viver com ambos os pais ainda que em ambiente violento ou ter acesso restrito ao genitor violento? Como avaliar os riscos e a questão da segurança de mulheres e crianças nas determinações de guarda de crianças e adolescentes que envolvem violência doméstica? Seria a vítima capaz de perceber o risco a sua segurança e de seus filhos? Quando proibir o acesso? Quando confiar na melhora do comportamento dos pais abusivos? Como trabalhar a guarda após episódio de violência doméstica contra a mulher? Como avaliar os efeitos da violência doméstica na capacidade de parentalidade do genitor vítima? Estes são alguns dos questionamentos que devemos nos fazer para a melhor análise dos casos de convivência envolvendo violência doméstica.

Embora os dados mostrem que a violência doméstica tenha atingido índices alarmantes no país,⁷ a legislação sobre a guarda dos filhos não tem uma disposição específica sobre violência doméstica no Código Civil Brasileiro. O sistema jurídico brasileiro tem excelentes disposições legais, como o Estatuto da Criança e do

⁴ AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS. *Adverse Childhood Experiences and the Life Long Consequences of the Trauma*. (2014)

⁵ SILVERMAN, Jay G. et al. Child Custody Determinations in Cases Involving Intimate Partner Violence: a Human Rights Analysis. *American Journal of Public Health*, 94, nº 6, p. 951-957 (2004).

⁶ UNICEF. *Panorama of lethal and sexual violence against children and adolescents in Brazil*. <https://www.unicef.org/brazil/media/17341/file/panorama-lethal-sexual-violence-against-children-adolescents-in-brazil.pdf>.

⁷ Dados da Organização Mundial da Saúde mostram que o Brasil ocupa o 5º lugar em número de homicídios de mulheres em um grupo de 83 países. Segundo a Comissão Econômica da América Latina e Caribe (CEPAL), 40% dos homicídios contra mulheres na região ocorrem no Brasil. Em 2020, o relatório de Segurança Pública do Brasil mostrou que em 81,5% dos casos de feminicídios os crimes foram cometidos por companheiros ou ex-companheiros. Disponível em: A Violência contra Meninas e Mulheres no ano pandêmico (2021), <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/6-a-violencia-contra-meninas-e-mulheres-no-ano-pandemico.pdf>.

Adolescente ou a Lei Maria da Penha. Recentemente foi sancionada a Lei nº 14322/22, conhecida como Lei Henry Borel, que traz a normativa acerca da violência doméstica contra crianças, reforçando de maneira positiva o arcabouço legislativo. O Protocolo de Julgamento com perspectiva de gênero também constitui excelente ferramenta para integrar a violência de gênero contra as mulheres e crianças à questão da guarda de filhos. No entanto, essas ferramentas são separadas do Código Civil e, embora consagrem disposições civis, não regulamentam como deva ser a guarda de filhos em caso de violência doméstica.

O Código Civil e as regras de guarda compartilhada são as leis fundamentais aplicadas nas varas de família e a falta de previsão específica pode estar contribuindo para a invisibilidade do fenômeno nas varas de família.⁸ Embora haja a previsão de que o Juiz não deva aplicar a guarda compartilhada quando não atender ao melhor interesse da criança ou houver inaptidão para o exercício da guarda, a previsão é vaga e na prática das varas de família a violência doméstica é desconsiderada e minimizada, principalmente, quando a criança é testemunha da violência.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11340/2006) é uma lei federal abrangente sobre violência doméstica contra a mulher com disposições civis e criminais. Não é uma lei neutra em termos de gênero e tem um escopo claro e específico de prevenir e punir a violência de gênero contra a mulher e que ocorre no âmbito familiar. Embora a Lei Maria da Penha trate de violência contra a mulher, ela também traz dispositivos relativos aos filhos, como restrição e suspensão de convivência. O que vemos na prática, no entanto, é que os Juizados de Violência Doméstica se concentram nas questões criminais, transferindo a guarda dos filhos, a convivência e a pensão alimentícia para os juízos de família, cujos operadores não são normalmente treinados para a violência doméstica ou para um julgamento com perspectiva de gênero.

A fragmentação das competências entre Juizado de Violência Doméstica e Juízos de Família também contribui para a invisibilidade do fenômeno da violência doméstica e sua relação com a guarda de filhos. A competência híbrida dos Juizados de Violência Doméstica, idealizada pela Lei Maria da Penha, não se implementou na maioria das localidades até o momento, o que certamente compromete o acesso à Justiça de mulheres e a qualidade das decisões e atuação ministerial. Sem aprofundar este debate, este artigo visa contribuir para o aprimoramento da atuação dos operadores das varas de família, partindo da realidade que se apresenta no momento e partindo da premissa que as varas de família não podem ficar alheias à questão da violência doméstica contra as mulheres e contra as crianças, sendo urgente a integração da questão da violência à análise da convivência.

O presente artigo tem como objetivo analisar o impacto da violência doméstica nos processos de guarda e convivência de crianças e adolescentes, trazendo algumas reflexões para a melhora da análise dos casos que envolvam violência doméstica nas

⁸ DULCIELLY, Nóbrega Almeida. Defensoria Pública em defesa de mulheres em situação de violência. In: *Seminário 12 anos de Lei Maria da Penha*. Brasília: Comissão Mista de Combate à Violência contra a Mulher/ Congresso Nacional. 2019, p. 101-107, <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/564441>.

varas de família. A primeira parte apresentará a importância de se entender o momento do divórcio na dinâmica da violência doméstica. Na segunda parte, será abordado o histórico brasileiro, o marco legal da guarda compartilhada e os desafios enfrentados. Em seguida, o trabalho sugere uma reforma legal da legislação brasileira, dando o exemplo da experiência dos Estados Unidos. Por fim, é ressaltada a importância de se ter um maior conhecimento das experiências concretas das mulheres para que o sistema de justiça possa melhor atender às demandas das vítimas de violência doméstica ao decidir sobre a guarda dos filhos. Para concluir, será salientado o incentivo aos membros do Ministério Público para que assumam um papel ativo em sua atuação no que diz respeito à sensibilização para a violência doméstica, as experiências das mulheres e os seus efeitos nas crianças.

2. A exposição das crianças à violência doméstica

Pesquisa sobre o perfil das mulheres que sofrem violência doméstica no Brasil mostrou que 73% delas têm pelo menos um ou dois filhos, o que comprova que é preciso dar atenção às crianças em situação de violência doméstica.⁹ A conscientização deve ser feita porque a criança é afetada pelo ambiente violento em que vive, mesmo que não seja a vítima direta. Testemunhar a violência doméstica por si só pode causar danos emocionais e comportamentais, configurando violência psicológica.¹⁰ A exposição de uma criança à violência doméstica pode ser exemplificada pelo fato de ver, ouvir, ser informada ou presenciar os efeitos da violência e do controle coercitivo exercido contra um dos pais.¹¹

A Academia Americana de Pediatria documentou que a prática de violência doméstica por um genitor contra o outro na frente da criança é uma forma de violência.¹² Ademais, os maus-tratos emocionais, físicos e sexuais e o tratamento violento contra a mãe são classificados como experiências adversas na infância (ACE). Um estudo de 1998 do Centro de Controle e Prevenção de Doenças e da Kaiser Permanente documentou que as experiências adversas na infância têm impacto na saúde física e mental, afetando mais de 60% dos adultos.¹³ A obesidade, as doenças cardiovasculares, o alcoolismo e o consumo de drogas são problemas de adultos resultantes de experiências adversas na infância. A exposição à violência doméstica também pode causar efeitos psicológicos,

⁹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e invisível: A vitimização de Mulheres no Brasil*. 3ª edição-2021, 36, <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>.

¹⁰ CAHN, Naomi. Child Witnessing of Domestic Violence. In *Handbook of Children, Culture and Violence*. 3, 427 (Nancy E. Dowd, Dorothy G. Singer & Robin Fretwell Wilson. Eds., 2006).

¹¹ CUMMINGHAM, Alison. BAKER, Linda. Little eyes, little ears, how violence against a mother shapes children as they grow. *The Center for Children and Families in the Justice System*, (November 10, 2022), <https://www.canada.ca/en/public-health/services/health-promotion/stop-family-violence/prevention-resource-centre/women/little-eyes-little-ears-violence-against-a-mother-shapes-children-they-grow.html>

¹² AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS. *Adverse Childhood Experiences and the Life Long Consequences of the Trauma*. (December 13, 2022).

¹³ PSYCHOLOGY TODAY. *Alarming Effects of Children's Exposure to Domestic Violence*. (December 13, 2022), <https://www.psychologytoday.com/us/blog/progress-notes/201902/alarming-effects-childrens-exposure-domestic-violence>.

como o medo de sofrer danos, preocupação ou tristeza excessivas, culpa, mentira habitual, baixa tolerância à frustração, distanciamento emocional, mau julgamento, vergonha e ansiedade em relação ao futuro. O relatório ensina ainda que as crianças testemunham 68% a 80% das agressões domésticas, mesmo quando não são agredidas fisicamente. Além disso, o centro informa que, nos lares onde ocorre violência entre parceiros, há 45% a 60% de probabilidade de ocorrerem maus-tratos a crianças (15% acima da média), o que demonstra que as relações marcadas pela violência podem ser um sinal para mais violência.¹⁴ Sabe-se também que aqueles que foram vítimas de violência doméstica tendem a reproduzir padrões, passando a agressores na fase adulta. Em razão disso, é preciso que se invista na prevenção para evitar a exposição contínua à violência doméstica.

3. O momento do divórcio e a dinâmica da violência

Uma melhor compreensão de como a guarda dos filhos está relacionada com a dinâmica da violência constitui ferramenta essencial para sensibilizar os operadores da área de família, uma vez que o divórcio pode representar fator de risco para o incremento da violência. A violência doméstica raramente se limita a um acontecimento único e isolado, sendo um fenômeno e que precisa ser conhecido pelos operadores da área de família. Assim, à medida que a violência se agrava, a probabilidade é que as lesões se tornem mais graves, podendo o agressor em seguida se utilizar de arma de fogo contra a vítima, podendo levar ao homicídio.¹⁵

Existe uma falsa ideia de que a violência termina com o divórcio, como se uma determinação judicial resolvesse todos os problemas num “passe de mágica”. Pelo contrário, os estudos indicam que o divórcio é um momento em que os profissionais do direito devem ser mais cautelosos, pois é quando as mulheres estão em maior risco de perigo.¹⁶ Por exemplo, uma pesquisa realizada no Brasil mostrou que, em 2021, 35% das mulheres vítimas de violência são separadas ou divorciadas, 16,8% são casadas e 30,7% são solteiras. O estudo também destacou que os números demonstram que mulheres separadas e divorciadas são mais vulneráveis a formas mais graves de violência, como ofensas sexuais e ferimentos com faca ou tiros.¹⁷ Além disso, o disque-denúncia 1800, programa que recebia denúncias de violência no Brasil e aplica o formulário de avaliação de risco, mostrou que, em 2019, o divórcio ocupou o terceiro lugar entre os fatores de risco para a violência doméstica.¹⁸

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.* p. 347.

¹⁶ STOEVER, Jane K. *Access to Safety and Justice: Service of Process in Domestic Violence Cases*. 336, 94 Wash. L. REV. 333 (2019).

¹⁷ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e invisível: A vitimização de Mulheres no Brasil*. 3ª edição-2021, 25. <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>.

¹⁸ THEMIS. *Consortio Lei Maria da Penha elabora nota técnica sobre competência híbrida dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar* (April 30, 2022, 15:30 PM). <http://themis.org.br/consorcio-lei-maria-da-penha-elabora-nota-tecnica-sobre-competencia-hibrida-dos-juizados-de-violencia-domestica-e-familiar/>.

Uma pesquisa realizada em Brasília, Brasil, com mulheres de baixa renda e com histórico de violência, revelou que a disputa pela guarda dos filhos é um momento de grande tensão para essas mulheres, pois elas precisam manter contato com os agressores. A pesquisa mostrou que as mulheres têm medo e se sentem ameaçadas e que os aspectos civis, como guarda, pensão alimentícia e divisão patrimonial são os que mais causam angústia.¹⁹ Por isso, consideram que esses aspectos, geralmente resolvidos pelas varas de família, são essenciais para determinar se conseguirão sair efetivamente do relacionamento abusivo. As experiências das mulheres em relação à guarda dos filhos também mostraram que os agressores ameaçam manter o controle, incluindo humilhar e machucar as crianças, raptá-las e retirá-las através do processo judicial de guarda. Nessa pesquisa, 20% das mulheres disseram que desistiram de romper o relacionamento por causa das ameaças.²⁰

Os efeitos da violência sobre a saúde mental das mulheres podem durar anos, para além do impacto da violência contínua, já que é comum o parceiro violento recorrer ao sistema judicial para disputar a guarda e assediar as mulheres.²¹ Um estudo realizado nos Estados Unidos revelou que 95% das mulheres que abandonaram relações violentas continuaram a sofrer maus-tratos psicológicos e 39% continuaram a sofrer violência física após a separação.²² Estudos sugerem que também no sistema americano há a dificuldade em considerar a segurança da mãe e da criança ao determinar a guarda e a convivência de crianças e adolescentes. Por esta razão, é preciso que a literatura sobre separação/divórcio se integre com a prevenção da violência.

Emmaline Campbell explica também que os agressores reagem violentamente quando as vítimas abandonam o relacionamento, escapando do seu controle, ao exercer sua autonomia.²³ Salienta ainda que o controle após ou durante o processo de divórcio pode assumir muitas formas, tais como obrigar as vítimas a regressarem muitas vezes ao tribunal para prolongar o contato, utilizar a convivência como uma oportunidade para ser fisicamente violento com a vítima, intimidar a vítima para que conceda a guarda compartilhada durante a sessão de mediação ou recusar-se a pagar a pensão de alimentos para manter o controle.²⁴ Verifica-se, portanto, que a convivência e a guarda criam oportunidades de contato permanente, permitindo a continuidade da violência.²⁵ Neste caso, o bem-estar das crianças e a segurança das mulheres são igualmente afetados e devem ser objeto de maior cuidado e atenção. Martha Mahoney designou o fenômeno que liga a relação violenta pretérita com

¹⁹ DE OLIVEIRA, André Luiz Pereira. "Se você ficar com nossos filhos, eu te mato." *Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF*. <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18401> (2015).

²⁰ *Ibid.*

²¹ LOGAN, T. K.; WALKER, Robert. Separation as a Risk Factor for Victims of Intimate Partner Violence: Beyond Lethality and Injury: A Response to Campbell. *Journal of Interpersonal Violence*, 19(12), p. 1478-1486 (2004).

²² *Ibid.*

²³ CAMPBELL, Emmaline. How domestic violence batterers use custody proceedings in family courts to abuse victims and how courts can put a stop to it. *UCLA Women's Law Journal*, 24 (1), 42 (2017).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ STOEVEY, Jane K. *Access to Safety and Justice: Service of Process in Domestic Violence Cases*. 94 Wash. L. REV. 333 (2019).

os litígios judiciais como *separation assault*. Tal fenômeno consiste em ataques que visam impedir ou inibir a autonomia das mulheres, através do assédio processual.²⁶ Os parceiros violentos têm mais probabilidades do que os homens não abusivos de pedir a guarda dos filhos, utilizando os processos judiciais para manter o controle.²⁷

Tendo em conta que o processo de divórcio pode configurar um fator de risco, Juízes e Promotores de Justiça devem atuar com maior cautela quando o caso evidencia um histórico de violência, refletindo criticamente sobre os acordos, as visitas e a prevalência da guarda compartilhada. Nos casos em que a violência doméstica existiu, as varas de família devem ponderar os reais benefícios da promoção do contato e convivência, certificar-se do fim de violência e considerar limitações ou suspensão da convivência, se necessário. A violência doméstica deve ser encarada como situação grave, evitando que sejam encaradas como um mero conflito conjugal. Para tanto, os profissionais das varas de família devem integrar a questão da violência na análise da convivência com os filhos, seja determinando medidas de intervenção junto ao agressor, seja empoderando a vítima ou mesmo restringindo ou limitando a convivência dos filhos aos agressores em casos mais graves.

4. A guarda compartilhada e a promoção de contato no contexto brasileiro

A legislação brasileira sobre guarda de filhos privilegiou a guarda unilateral por muitos anos e a discussão sobre quem era o culpado pelo divórcio também era uma questão importante nos casos de família. O “genitor culpado” não podia obter a guarda da criança, demonstrando que existia de uma forte ligação entre parentalidade e conjugalidade. Gradualmente, estes dois conceitos passaram a ser vistos como preocupações distintas, embora inter-relacionadas. O casamento pode ser desfeito sem que seja atribuída culpa a um dos cônjuges e a parentalidade pode ser exercida fora do casamento. Embora seja importante este avanço entre a distinção entre a conjugalidade e parentalidade, é preciso revisitar posicionamentos simplistas que acabam por ocasionar a exposição de crianças e mulheres a risco.

Com a adoção do princípio da igualdade entre cônjuges na Constituição Federal de 1988 e a eliminação da discussão de culpa nos processos de divórcio, o bem-estar dos filhos passou a ser considerado prioritário. Por isso, independentemente do estado civil dos pais, os filhos têm o direito de conviver com seus pais, e mais atenção é dada ao seu bem-estar. Mas, ainda assim, a guarda unilateral era a regra. Segundo Fabiane Simioni, um estudo realizado no Rio Grande do Sul mostrou que a guarda compartilhada era desconhecida antes de 2000 no Brasil, sendo que até 2007 a guarda compartilhada era discutida apenas em termos teóricos.²⁸

²⁶ *Ibid.*, p. 349.

²⁷ BAILEY, Allen M. *Prioritizing Child Safety as the Prime Best-Interest Factor*. 47 FAM. L. Q. 35 (2013).

²⁸ SIMIONI, Fabiane. 15 anos do Novo Código Civil de 2002 e a Garantia dos Direitos das Mulheres: famílias, guarda compartilhada e síndrome da alienação parental. In *Tecendo fios das críticas feministas do Brasil*, https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/tecendo_fios_criticas_feministas_direito_brasil.pdf (2017).

A lei brasileira de família e guarda de filhos é regida pelo Código Civil de 2002 e é válida para todo o país, sendo uma lei federal. A jurisprudência constitui fonte jurídica que orienta a compreensão do tema, exercendo grande impacto. No Código Civil Brasileiro, o poder familiar é regulado pelo artigo 1634, incisos I e II, que prevê que os pais devem dirigir e educar os filhos e têm direito à guarda exclusiva ou compartilhada dos filhos, nos termos do artigo 1584 do Código Civil.

A guarda unilateral é caracterizada no Direito Brasileiro quando um dos genitores é responsável pelas decisões relativas ao filho, detendo normalmente a guarda física, enquanto o outro genitor tem o direito à convivência. A guarda compartilhada foi introduzida pela Lei nº 11.698 em 2008 (artigo 1583 §1º do Código Civil) e passou a ser o modelo preferencial com a Lei nº 13.058/2014, que alterou o Código Civil e introduziu o artigo 1584, §2º. O artigo prevê que a guarda compartilhada será aplicada na ausência de acordo se ambos os pais puderem exercer a guarda. O modelo se tornou a primeira alternativa e é incentivado por profissionais do Direito. Quando é determinada a guarda compartilhada, ambos os genitores são responsáveis por decidir as questões importantes para os seus filhos. A legislação não faz distinção entre guarda jurídica partilhada e guarda física partilhada, mas a diferença é feita na doutrina e na literatura. Mesmo nos casos em que não há diálogo entre os pais, a determinação da guarda compartilhada funciona como uma forma de “forçar a cooperação entre os pais”, em um padrão uniformizado.²⁹

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostra que a guarda unilateral atribuídas às mulheres correspondia a 85,5% em 2014, sendo reduzida para 69,39% em 2017, enquanto 5,49% e 4,76% são atribuídas aos pais, respectivamente. A determinação da guarda compartilhada aumentou de 7,52% em 2014 para 20,88% em 2017.³⁰ Não existe uma regra que regule o tempo atribuído a cada genitor e os Juízes decidem de acordo com o seu critério e as particularidades do caso. O número de casos em que a guarda compartilhada foi estabelecida aumentou significativamente, correspondendo ao objetivo da lei, pelo menos na teoria. No entanto, na maioria dos casos, é atribuída a guarda compartilhada jurídica, mas não a guarda física compartilhada. Assim, os cuidados físicos continuam a ser atribuídos às mães, devido à divisão cultural de papéis de gênero que ainda persiste no Brasil.³¹

Em casos mais conflituosos, é comum ser feito um estudo psicológico e social para auxiliar a decisão do Juiz. O princípio do “melhor interesse da criança” baseia as decisões das varas de família no Brasil, mas não há qualquer tentativa de dar concretude ao princípio, estabelecendo critérios que devem reger a aferição do que vem a ser o melhor interesse da criança. Pelo contrário, o princípio tem sido interpretado de acordo com a discricionariedade do Juiz, levando ao subjetivismo.

²⁹ Ver decisão STJ nº 2011/0084897-5.

³⁰ TOLEDO, Roselaine Lopes *et al.* Social Representations of Gender and its Reflections on Family Law with focus on Child's Custody. *International Journal of Latest Research in Humanities and Social Science (IJLRHSS)*. Volume 02 – Issue 07, p. 34-45 (2019).

³¹ *Ibid.*, p. 44.

Não há dúvidas de que promover o contato dos filhos com ambos os pais é extremamente importante. No entanto, a presunção da guarda compartilhada como modelo preferencial não pode impedir a análise do histórico de violência. A legislação brasileira prevê instrumentos para proteger as crianças da violência, levando em conta a segurança. No entanto, a previsão é genérica e não menciona explicitamente a violência doméstica no Código Civil. O artigo 1586 do Código Civil Brasileiro estabelece que, em caso de fatos graves, o Juiz pode, no interesse dos filhos, regulamentar de forma diferente dos artigos anteriores, como o artigo 1584, §2º, que resume a guarda compartilhada. O problema é que o dispositivo é genérico e, na prática, a violência doméstica muitas vezes não é considerada como “fato grave” nas varas de família, principalmente se a criança não for diretamente afetada.

Pesquisas realizadas no Estado do Rio Grande do Sul confirmam que a violência doméstica é negligenciada.³² Além disso, a segurança da mulher não é uma preocupação nas varas de família, não sendo considerada na ponderação do interesse dos filhos. O foco está nas crianças, como se o contato com ambos os pais fosse o único fator para atender ao seu melhor interesse. Os efeitos diretos e indiretos da violência contra a mulher também devem ser considerados. Além disso, é preciso estar atento que existe uma relação entre os maus-tratos às crianças e a violência entre os pais, razão pela qual também se deve promover a prevenção à violência.

A violência doméstica contra a mulher não parece ter impacto na tomada de decisões sobre a guarda dos filhos no Brasil, em contraste com a elevada taxa de casos de violência doméstica no país e o número de crianças afetadas pela violência. Os Juízes de família tendem a respeitar as medidas protetivas dos juizados de violência doméstica, mas as medidas protetivas eram até bem recentemente, em regra, expedidas por prazo determinado. Somente com a edição da Lei nº 14550 de abril de 2023 é que a questão parece ter sido sanada, já que a medida protetiva somente poderá ser revogada após a oitiva da mulher. Ainda assim, durante o processo, normalmente não são feitas intervenções ou referências à rede de assistência, a fim de trabalhar o impacto da violência na família, seja com relação à mulher e sua parentalidade, seja com relação aos efeitos indiretos nas crianças e adolescentes. Os processos tendem a tramitar como se o histórico de violência nunca tivesse existido ou como se a violência doméstica fosse apenas um mero conflito entre os pais.

Em 2019, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) publicaram um relatório sobre o Poder Judiciário brasileiro e o tratamento da violência da mulher nos tribunais.³³ A pesquisa concluiu que os Juízes são muito cautelosos em suspender o contato com as crianças porque não querem afetar a relação entre filhos e pais. Além disso, mostra que os Juízes dão

³² SIMIONI, Fabiane. 15 anos do Novo Código Civil de 2002 e a Garantia dos Direitos das Mulheres: famílias, guarda compartilhada e síndrome da alienação parental. In *Tecendo fios das críticas feministas do Brasil*, https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/tecendo_fios_criticas_feministas_direito_brasil.pdf (2017).

³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. *O Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres*. 12, https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquiv_o/2019/08/7918e2dc8e59bde2bba84449e36d3374.pdf.

mais importância ao contato e não consideram os efeitos da violência doméstica nas crianças, o que pode estar afetando a qualidade dos cuidados que as crianças recebem, bem como sua segurança. A pesquisa também demonstrou o que as mulheres esperam quando denunciam a violência. Os resultados apontaram que elas querem acabar com a escalada da violência, punir os agressores, receber assistência psicológica e resolver problemas civis.³⁴ Como podemos notar, as mulheres querem resolver questões cíveis, como guarda, convivência e pensão alimentícia. Além disso, querem romper a dinâmica da violência e o foco na guarda dos filhos é uma ferramenta para ajudar as mães a saírem do relacionamento abusivo.

Promover o contato da criança com pais agressores geralmente configura um enorme desafio para as mulheres. Segundo Fabiane Simioni, as mães têm o ônus de superar o trauma da violência doméstica para possibilitar a paternidade, configurando uma tarefa árdua para as vítimas.³⁵ A autora destaca que persiste a obrigação das mães em promover o contato quando estão sobrecarregadas com os cuidados físicos e estão sofrendo os efeitos psicológicos da relação abusiva. Ressalta a autora também que os Juizes brasileiros tratam os casos como se só existissem famílias ideais e as crianças não pudessem estar em risco, incentivando os Juizes de família a prestarem mais atenção ao histórico de violência e ao que acontece na realidade.

Outro aspecto que influencia a guarda e a violência doméstica no Brasil é a Lei de Alienação Parental. O Brasil possui uma Lei de Alienação Parental específica (Lei nº 12.318/10) e segundo o seu artigo 2º, o ato de alienação parental é descrito como a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida pelo genitor guardião que cause repúdio ao genitor não guardião. Os atos de alienação também podem causar prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com um dos genitores. Além disso, a Lei nº 13.431/2017 também considera um ato de alienação como uma forma de violência psicológica.³⁶

A Lei proíbe atos como promover campanha para desqualificar a conduta do genitor no exercício da paternidade, dificultar o contato com o outro genitor, descumprir os acordos de convivência, omitir intencionalmente informações pessoais dos filhos, apresentar falsas denúncias contra genitor ou outros familiares e mudar de domicílio para dificultar o contato, sendo estes exemplos de atos de alienação parental. Quando comprovado o ato de alienação, a lei brasileira prevê algumas sanções que podem variar de advertência até a reversão da guarda. Segundo Ana Liési Thurler, a Lei de Alienação Parental brasileira cria um ambiente desfavorável à denúncia da violência, já que as mulheres querem denunciar a violência com mais frequência, mas sofrem com a ameaça da alegação de alienação parental, havendo sempre a suspeita de que as alegações de violência são falsas.³⁷

³⁴ *Ibid.*, p. 15.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Artigo 4, II, b, Lei nº 13.431/2017.

³⁷ THURLER, Ana Liési. 15 anos do Novo Código Civil de 2002 e a Garantia dos Direitos das Mulheres: famílias, guarda compartilhada e síndrome da alienação parental. In *Tecendo fios das críticas feministas do Brasil*, https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/tecendo_fios_criticas_feministas_direito_brasil.pdf (2017).

A constitucionalidade da Lei brasileira de Alienação Parental foi contestada perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil sob o argumento de que afeta as mulheres de forma desproporcional, sendo discriminatória contra as mulheres, provocando uma subnotificação dos casos de violência doméstica, principalmente porque as mães receiam perder a guarda dos filhos.³⁸ Por causa da previsão de reversão da guarda e da dificuldade de provar a violência, e da possibilidade de caracterização de alienação parental, as mães preferem não denunciar a violência. Além disso, as mães não querem correr o risco de perder a guarda dos filhos. A referida ação sustentou que a Lei de Alienação Parental contribui para um sistema adversarial, desqualificando e estigmatizando a mulher como doente, vingativa e histérica.³⁹ Se as mulheres não promovem o contato, podem ser vistas como alienantes e, por isso, preferem não denunciar a violência contra a criança.

A promoção da igualdade formal entre os pais, a idealização da guarda compartilhada, o estereótipo de gênero, a influência da teoria da alienação parental, a falta de capacitação dos operadores em gênero e violência podem dificultar a análise da violência doméstica nas varas de família brasileiras. A reforma da legislação para acrescentar disposições explícitas relativas à violência doméstica, embora já exista esta possibilidade em tese, daria mais visibilidade ao problema, como será exposto em seguida.

5. A experiência norte-americana – integrando a violência doméstica às disposições relativas à guarda dos filhos: um modelo a ser seguido pela legislação brasileira?

A lei brasileira sobre a guarda dos filhos deve ser reformada de modo a incluir explicitamente a hipótese de violência doméstica, sugerindo que seja estipulada uma presunção relativa de que os pais agressores não devem receber a guarda unilateral ou compartilhada de seus filhos. Adotando a reforma da lei para acrescentar esse aspecto, os profissionais poderiam ver mais claramente a relação entre a guarda dos filhos e eventual violência doméstica. Além disso, estariam mais conscientes de que o momento do divórcio exige cautela, pois pode ser o momento de escalada da violência. Ruth Halperin chama a atenção para que a violência doméstica seja considerada nas decisões judiciais de guarda e de convivência para não colocar as crianças em risco.⁴⁰

No que diz respeito à reforma legislativa nesse aspecto, os Estados Unidos são um excelente exemplo a ser mencionado. Ao contrário do Brasil, o direito de família nos Estados Unidos é amplamente regulado por leis estaduais e a lei federal tem apenas efeitos limitados sobre a lei estadual que regulamenta a guarda de

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6273*. Associação de Advogadas pela igualdade de gênero v. Presidente da República e Congresso Nacional.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ KADDARI, Ruth Halperin; FREEMAN, Marsha A. Backlash Goes Global: Men's Groups, Patriarchal Family Policy, and the False Promise of Gender-Neutral Laws. *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 28 n.º. 1, p. 182-210. Project MUSE. muse.jhu.edu/article/614554 (2016).

crianças. As disposições legais relativas à guarda variam consoante o Estado, sendo a guarda e convivência codificadas de forma diferente em cada Estado. Neste aspecto, a legislação dos EUA difere do Brasil, que tem um Código Civil e a Lei Federal sobre violência doméstica (Lei Maria da Penha) e a Lei Henry Borel. Até mesmo o conceito de violência doméstica pode variar de acordo com o estado americano. A maioria dos estados americanos tem listas de fatores que os Juízes devem considerar para aferir o melhor interesse da criança e decidir sobre a guarda dos filhos.

Assim como o Brasil, os Estados Unidos também seguiram um caminho semelhante, partindo da guarda unilateral, passando a adotar a guarda compartilhada como modelo preferencial. No entanto, ciente do problema da violência doméstica, o Congresso Americano aprovou uma resolução que determina que as crianças não devem ser colocadas com o genitor que cometeu violência doméstica.⁴¹ Além disso, todos os 50 Estados norte-americanos reformaram a sua legislação de modo a incluir a violência doméstica como um fator que os Juízes devem levar em conta ou estabeleceram uma presunção relativa de que a guarda não deve ser atribuída ao genitor que tenha cometido violência doméstica. A Câmara dos Estados Unidos aprovou uma Resolução em que insta os tribunais estaduais a analisarem as questões de violência doméstica e os riscos para as crianças antes de analisarem os demais fatores relativos à guarda.⁴² Como podemos ver, os estados dos EUA adotaram o modelo preferencial da guarda partilhada, mas ao mesmo tempo introduziram a violência doméstica como um requisito a ser balanceado por ocasião da análise de guarda de filhos.

Quarenta e sete Estados e o Distrito de Colúmbia têm disposições legais que autorizam os tribunais a atribuírem a guarda compartilhada de uma forma ou de outra (legal ou física). Os restantes três Estados permitem estas decisões através de jurisprudência e precedentes. Ademais, vários estados têm a guarda compartilhada como modelo preferencial, estipulando ainda a presunção relativa de que em caso de violência doméstica a guarda não deve ser conferida ao genitor agressor, podendo haver limitação da convivência. Neste caso, cabe ao genitor agressor refutar esta presunção e comprovar que a guarda ou convivência não representam risco à segurança dos filhos ou do outro genitor, sendo o ônus atribuído ao genitor violento.⁴³

O Conselho Nacional de Juízes das Varas de Infância e Família dos Estados Unidos criou um Código Modelo que trata de Família e Violência.⁴⁴ No Capítulo 4, existe uma disposição que estabelece uma presunção relativa segundo a qual é prejudicial para as crianças serem colocadas sob a guarda unilateral ou compartilhada do genitor violento.⁴⁵ O Código Modelo também elevou a segurança como um requisito primordial

⁴¹ H.R. Res. 172, 101st Cong. (1990).

⁴² H.R. Con. Res. 72, 115th Cong. (Sept. 25, 2018).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ NATIONAL COUNCIL OF JUVENILE AND FAMILY COURT JUDGES. *Model Code on Domestic and Family Violence*. Chapter 4, <https://www.ncjfcj.org/publications/model-code-on-domestic-and-family-violence>.

⁴⁵ *Ibid.*, sec. 401.

para determinar o interesse superior das crianças.⁴⁶ O referido código consagrou ainda medidas para o caso de mudança de endereço de genitores, condições para as visitas, previsão de espaços específicos para a entrega de crianças, visitas supervisionadas, programas para os agressores frequentarem, além da proibição de pernoite.⁴⁷ A *American Bar Association (ABA)*, a organização dos advogados americanos, também optou pela presunção relativa e recomendou que “quando houver provas de violência doméstica, os agressores devem ser presumidos por lei como guardiões inaptos para cuidar dos seus filhos”.⁴⁸

Alguns estados americanos também consideram o requisito conhecido como “genitor amigável”, que avalia a capacidade de cada genitor facilitar e promover o contato com o outro genitor. O objetivo principal é estimular a cooperação. No entanto, em casos de violência doméstica, a figura do “genitor amigável” pode dificultar a denúncia de mulheres porque as mães que denunciam a violência são vistas como “genitores não amigáveis”. Nos Estados Unidos, as alegações de alienação parental são apresentadas através do requisito do “genitor amigável”. Em caso de violência doméstica, alguns Estados proíbem a utilização do conceito de “genitor amigável.”

O *American Legal Institute (ALI)*, uma organização independente e respeitada nos Estados Unidos que produz trabalhos acadêmicos para melhorar a legislação e recomendar as melhores práticas, adotou os “Princípios da Dissolução Familiar”.⁴⁹ Entre os princípios estão a exigência de que os tribunais identifiquem corretamente a violência doméstica e considerem os riscos para a criança ou para o genitor que foi vítima de violência. O instituto também salienta a necessidade de medidas especiais para a construção de acordos de convivência, limitando o acesso da criança ao genitor, se necessário. Por último, a referida organização também estipula que os tribunais devem evitar exigir que os pais participem em reuniões presenciais ou se envolvam em mediação obrigatória em casos de violência doméstica.⁵⁰ Os princípios do ALI incluem uma presunção relativa quanto à questão da segurança, estipulando que se verificar a existência de violência doméstica, o tribunal não pode atribuir a esse genitor a responsabilidade pela guarda ou a tomada de decisões, podendo, no entanto, haver prova em sentido contrário.⁵¹

O Estatuto do Louisiana, por exemplo, é bem abrangente e constitui uma boa referência para ser analisada e partilhada. O Estado adotou a presunção relativa em 1992 e tem atualmente uma vasta experiência na aplicação da presunção. No Estado da Louisiana, por exemplo, a presunção relativa aplica-se a todos os tipos de guarda (unilateral ou compartilhada) e a visitação supervisionada é obrigatória nos casos

⁴⁶ *Ibid.*, sec. 402.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ DAVIDSON, Howard. *The Impact of Domestic Violence on Children: a Report to the President of the American Bar Association*. 13 (1994).

⁴⁹ Capítulo 2 do *American Law Institute Principles of Family Dissolution*.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.* § 2.13(3).

de violência doméstica, não deixando qualquer discricionariedade ao Juiz.⁵² Curioso notar ainda que há previsão expressa que a vítima de violência doméstica que estiver sofrendo os efeitos adversos da violência não pode vir a ser prejudicada em processo de guarda.⁵³ Ademais, o Estatuto da Louisiana estabelece alguns requisitos para que a presunção seja ilidida, tais como a participação em programas para agressores, a conclusão de programas de intervenção monitorada, o fato de o genitor não consumir drogas ou álcool, entre outros.⁵⁴ Ao promover a necessidade de cumprimento de alguns programas, a lei está simultaneamente restringindo contato atual, mas ao mesmo tempo oferecendo programas de forma a possibilitar um contato futuro responsável e seguro, trabalhando a questão da violência na família.

Desde que a violência doméstica foi introduzida na lei pelos estados americanos como um requisito a se considerar ao decidir sobre a guarda dos filhos e, em alguns estados, como uma presunção relativa, os acadêmicos americanos, profissionais do direito, de uma forma interdisciplinar com a sociologia e psicologia, têm enfrentado os desafios de colocar os princípios em prática. Não tem sido uma tarefa fácil. Ao discriminar os casos de violência doméstica, os tribunais procuram ser mais efetivos ao responder às necessidades das crianças e das mulheres, equilibrando melhor o contato e a segurança, satisfazendo o princípio do “melhor interesse das crianças”. As ciências sociais têm contribuído com a análise dos variados tipos de casos de violência doméstica, documentando a sua gravidade, frequência, motivação, dinâmica, causas e consequências, chegando a algumas tipologias.⁵⁵ Foram desenvolvidos alguns métodos para os casos de guarda de crianças envolvendo violência doméstica, nos EUA, sendo utilizadas ferramentas como visitas supervisionadas, suspensão de visitas, programas educacionais, mediação, assistência e intervenção na família.⁵⁶

Na esfera federal, a Lei da Violência contra a Mulher (VAWA), aprovada em 1994, fornece proteção legal e serviços para violência doméstica e violência sexual, já tendo sido reeditada três vezes (2000, 2005 e 2013). Em março de 2022, a lei foi novamente reeditada estando em vigor até 2027, concedendo e apoiando fundos para melhorar os programas de violência doméstica. Além disso, a lei conhecida como *Kayden’s Law* foi incluída nesta lei federal (VAWA). Ao incluir esta nova lei, a lei federal visa reforçar a lei de proteção das crianças, expandir os esforços de prevenção e proteção para as vítimas, aumentar os recursos, bem como a formação para as autoridades policiais e o sistema judicial. Por meio da *Kayden’s Law*, serão disponibilizadas subvenções federais aos estados que modernizem e reformem a

⁵² LEMON, Nancy K. D. *Statutes Creating Rebuttable Presumptions against Custody to Batterers: How Effective Are They*. 28 WM. MITCHELL L. REV. 601,630 (2001).

⁵³ LA C.C. Art. 134(A)(9).

⁵⁴ Artigo 134 of *Louisiana Civil Code*. Informação pode ser obtida no site: <https://www.womenslaw.org/laws/la/custody>.

⁵⁵ JAFFE, Peter G. et al. Custody disputes involving allegations of domestic violence: Toward a differentiated approach to parenting plans. *Family Court Review*. 46.3, 500-522 (2008).

⁵⁶ HARDESTY, Jennifer L. et al. Intimate Partner Violence, Parental Divorce, and Child Custody: Directions for Intervention and Future Research Source: *Family Relations*. Vol. 55, nº. 2, National Council on Family Relations, p. 200-210, (2006).

sua lei sobre a guarda de crianças. Para serem elegíveis os estados devem tomar as seguintes medidas: 1) restringir o testemunho de peritos apenas àqueles que estão devidamente qualificados para o prestar; 2) o testemunho de peritos externos ou nomeados pelo tribunal relativamente a alegados abusos só pode ser admitido se o profissional possuir conhecimentos especializados e experiência comprovada no trabalho com vítimas de violência doméstica ou de abuso de crianças, incluindo abuso sexual de crianças; 3) limitar a utilização de técnicas de reunificação e terapias familiares sem provas cientificamente válidas e geralmente aceitas acerca da segurança, da eficácia e do valor terapêutico desse tratamento específico; 4) fornecer formação contínua baseada em ciência aos Juizes e aos servidores sobre temas relacionados com a violência familiar, incluindo: (i) abuso sexual de crianças; (ii) abuso físico; (iii) abuso emocional; (iv) controle coercitivo; (v) preconceitos implícitos e explícitos; (vi) trauma; (vii) impactos a longo e a curto prazo da violência doméstica e do abuso de crianças nas crianças; e (viii) comportamentos da vítima e do agressor.

A reforma da lei brasileira para introduzir disposições explícitas sobre violência doméstica nos dispositivos relativos à guarda de crianças e adolescentes, seguida de treinamento e de programas para trabalhar a violência na família, seriam passos importantes para dar visibilidade à questão da violência doméstica, trazendo as experiências das mulheres para o cotidiano das varas de família brasileiras. Os profissionais das varas de família brasileiras devem ser treinados para fazer a triagem dos casos de violência e reconhecer em quais processos a suspensão ou guarda supervisionada dos filhos serão necessários. Protocolos e diretrizes para a realização desta triagem devem ser construídos, como uma ferramenta adicional para que a questão seja abordada de forma qualificada pelos profissionais do Direito.

6. A importância das experiências das mulheres

Seguindo um ponto de vista feminista e adotando uma perspectiva de gênero, as experiências das mulheres devem ganhar relevância e serem conhecidas pelos profissionais do Direito para que estes possam compreender o impacto da lei nas famílias brasileiras.⁵⁷ Métodos como a conscientização ou a narração de histórias são utilizados para trazer as experiências das mulheres, integrando prática e teoria, formando a base dos argumentos das feministas.

Jane Stoeber, por exemplo, propõe um modelo de trabalho que identifica as necessidades das sobreviventes e que descreve quais seriam as respostas desejadas para a questão da violência.⁵⁸ Segundo este modelo, as medidas devem ser tomadas de acordo com a necessidade da vítima, devendo os profissionais do direito compreender

⁵⁷ MCINTYRE, Lisa J. *Feminism and the Power of Law* by Carol Smart: Child Custody and the Politics of Gender by Carol Smart and Selma Sevenhuijsen: The Legal Relevance of Gender: Some Aspects of Sex-Biased Discrimination by Sheila McLean and Noreen Burrows. *Gender, and Society*. Sep., 1991, vol. 5, nº. 3, Special Issue: Marxist Feminist Theory, p. 428-431, (1991).

⁵⁸ STOEVER, Jane. *Transforming Domestic Violence Representation*. 101 KY, L.J., 483-542 (2013), <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/126>.

como a vítima deseja acabar com a violência, as suas escolhas e comportamentos.⁵⁹ O processo para alcançar a segurança e a autonomia deve ser encorajado, incorporando a sua própria percepção do risco.⁶⁰ As medidas devem também ser adaptadas ao contexto e às circunstâncias de cada caso, reconhecendo que as respostas criminais não serão suficientes para satisfazer as necessidades da vítima.

Martha Chamallas nos ensina que, na temática da violência doméstica, o primeiro momento foi o de compreender o fenômeno da violência doméstica, sua natureza e a sua extensão.⁶¹ As feministas também quiseram aprofundar o estudo para reconhecer as narrativas das mulheres agredidas para revelar a dinâmica da violência doméstica, o padrão de abuso, o isolamento da mulher, a falta de apoio familiar e a destruição de sua autoestima. O estudo foi seguido por uma segunda fase, em que os acadêmicos tentaram demonstrar como a omissão da polícia e dos Promotores contribuiu para o aumento da violência doméstica, defendendo mudanças no sistema jurídico. De acordo com Martha Chamallas, atualmente é preciso enfatizar as experiências das mulheres como uma ferramenta eficaz para identificar exclusões que existem nas legislações e quais são as suas demandas.

As experiências das mulheres mostram que a guarda dos filhos e o divórcio são momentos críticos na dinâmica da violência doméstica e esse entendimento deve ser refletido na lei. Por exemplo, na pesquisa realizada em Brasília, Brasil, as mulheres revelaram que os operadores do direito nas varas de família não perguntam sobre a violência doméstica e seus efeitos. Pelo contrário, o problema é visto como um conflito normal entre o casal, sendo minimizados. As mulheres afirmam também que não acreditam na guarda compartilhada dos filhos porque o diálogo é impossível quando a relação é permeada pela violência.⁶² Essas experiências devem ser refletidas na lei com dispositivos específicos que obriguem a análise da violência doméstica, bem como as dificuldades encontradas pelas mulheres. Mudanças na prática como a triagem de casos com narrativas de violência doméstica para evitar o encontro entre abusados e agressores, eventualmente limitando a mediação e revisitando a questão da imposição da guarda compartilhada com impossibilidade de diálogo também são bem-vindas.

Juízes e Promotores brasileiros também devem balancear o peso dado às alegações de alienação parental ou às falsas alegações de abuso no Brasil. As experiências das mulheres e as pesquisas confirmam que elas se sentem discriminadas e estigmatizadas como superprotetoras e vingativas.⁶³ Suas experiências também mostram que elas têm medo de denunciar a violência e se sentem discriminadas, pois

⁵⁹ *Ibid.*, p. 492.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 498.

⁶¹ CHAMALLAS, Martha *et al.* *Introduction to Feminism Legal Theory*. 3rd ed., Thinking like a feminist. (2012)

⁶² DE OLIVEIRA, André Luiz Pereira. "Se você ficar com nossos filhos, eu te mato." *Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF*. <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18401> (2015).

⁶³ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6273, Associação de Advogadas pela igualdade de gênero v. Presidente da República e Congresso Nacional.

a mesma atitude não acontece quando um homem é acusado de alienação.⁶⁴ Dá-se mais importância à alienação parental do que às denúncias de violência. Ao ignorar as vozes das mulheres, o sistema de justiça acaba contribuindo para reforçar a violência, fazendo com que as mulheres não se sintam encorajadas a denunciar, se sintam revitimizadas, perpetuando e tolerando a violência. Além disso, é preciso entender o dilema enfrentado pelas mulheres: se denunciam, são vistas como alienadoras, mas se não denunciam, podem também ser consideradas como não protetoras de seus filhos.⁶⁵

No que diz respeito à Lei de Alienação Parental e seus efeitos sobre a guarda dos filhos, especialmente nos casos de violência doméstica, o Brasil deveria investir em pesquisas para mostrar melhor as experiências das mulheres e o impacto do gênero na decisão do Juiz. Diagnóstico realizado pelo Conselho Nacional de Justiça demonstrou as diferentes opiniões dos profissionais do Direito e a necessidade de se investigar melhor a aplicabilidade da Lei de Alienação Parental.⁶⁶ Apesar de os Estados Unidos não possuírem uma Lei de Alienação Parental como no Brasil, a alegação de alienação ocorre por meio do conceito de “pai amigável” como já exposto acima, sendo o problema da credibilidade das denúncias das mulheres e o impacto de gênero sido amplamente discutido.

Por exemplo, nos Estados Unidos, a pesquisadora Joan Meier em seu núcleo de violência na universidade de George Washington, por mais de dez anos analisou o impacto das denúncias de violência doméstica e de alienação parental.⁶⁷ O estudo também avaliou a forma como o gênero interfere nos resultados dos processos nas varas de família. A hipótese era que os tribunais acolhem menos as denúncias de abuso físico ou sexual das mães do que as alegações de alienação parental formulada normalmente pelos homens. O estudo concluiu que menos de 41% das denúncias de maus-tratos são aceitas e as denúncias de maus-tratos infantis formuladas pelas mães são menos aceitas ainda (27%). Os dados mostram que as mulheres que alegam violência doméstica correm grande risco de perder a guarda de seus filhos para o alegado agressor. Quando os pais alegam alienação parental, os tribunais têm o dobro da probabilidade de não acreditar nas alegações de violência formulada pelas mães.

Comparando as alegações de alienação parental com as de violência, as alegações de alienação parental têm mais acolhida nos Estados Unidos. Ao adicionar o gênero como fator, o resultado foi de que as mães têm o dobro da chance de perder a guarda de seus filhos se comparado com os homens, corroborando com as críticas dos estudiosos especializados em violência doméstica. O estudo também demonstrou que existe preconceito contra as mulheres nos casos de alienação parental, tendo em vista os estereótipos de gênero, que estigmatizam as mães como falsas acusadoras.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*, p. 34.

⁶⁶ Diagnóstico Nacional da Primeira Infância. Proteção da Criança na dissolução da sociedade conjugal. p. 114, (2022), <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/eixo2-primeira-infancia-relatorio-final.pdf>.

⁶⁷ MEIER, Joan S. U.S. child custody outcomes in cases involving parental alienation and abuse allegations: what do the data show? *Journal of Social Welfare & Family Law*, 42(1), p. 92-105 (2020).

Neste sentido, a alienação acaba sendo uma ferramenta poderosa para a continuidade da violência contra a criança, podendo significar impunidade e violação do bem-estar das crianças. É importante frisar ainda que de acordo com a pesquisa, nos casos em que não há alegação de violência, a alegação de alienação parental não foi afetada pela questão do gênero.⁶⁸

No Brasil, pesquisas detalhadas como a descrita acima ainda não foram realizadas. Existe nota técnica da Defensoria Pública de São Paulo que faz referência a um estudo realizado nos estados da Bahia, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul entre 2010 e 2016.⁶⁹ O estudo descreveu que os pais que não detêm a guarda de seus filhos propõem 63% das alegações de alienação parental, enquanto as mães que não detêm a guarda de seus filhos propõem em 19% dos casos. Decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também foram analisadas entre 2010 e 2019 e puderam concluir que as mulheres são a maioria condenadas como alienadoras e que a disputa da guarda envolveu crianças do sexo feminino.⁷⁰ Maiores detalhes ainda faltam, como o impacto do gênero, a quantidade dos casos em que houve a reversão da guarda e como a convivência é estabelecida, nos casos de alegação de violência e de alienação parental. Urge que os profissionais do direito deem mais atenção e credibilidade às vozes e experiências das mulheres, para que possamos compreender as reivindicações dos movimentos sociais no sentido da revogação da Lei de Alienação Parental.

7. O Papel das Promotorias de Justiça de Família

A Constituição Federal Brasileira consagrou em seu artigo 127 que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe zelar pela efetivação da lei, da democracia e dos interesses sociais e indivisíveis.

Nos termos do artigo 698 do Código de Processo Civil brasileiro, o Ministério Público brasileiro deve atuar em todos os processos em que estejam envolvidas crianças, de modo a assegurar o seu melhor interesse. O Ministério Público exerce grande influência em todos os processos de guarda de crianças, requerendo provas e oferecendo seus pareceres. Os Promotores de Justiça se utilizam normalmente de estudos psicológicos e sociais para fundamentar os seus pareceres, devendo elevar a análise da questão da violência doméstica, segurança das vítimas e seus filhos, não devendo ficar adstrito a um único parâmetro de bem-estar das crianças como o contato e convivência com ambos os pais.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 98.

⁶⁹ Nota Técnica Nudem n° 1/2019, Análise da Lei Federal n° 12.318/10 que dispõe sobre alienação parental, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, p. 33, (2019), https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2020/01/NUDEMIDPSP_NotaTecnicaAlienacaoParentalJSetembro2019.pdf.

⁷⁰ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6273, Associação de Advogadas pela igualdade de gênero v. Presidente da República e Congresso Nacional.

É preciso observar ainda que a Lei nº 13.814/2019 modificou o artigo 698 acima mencionado, estipulando que o Promotor deve atuar quando uma das partes for vítima de violência doméstica descrita na Lei Maria da Penha, mesmo que não haja crianças envolvidas. A legislação tem como objetivo proteger as vítimas de violência, defender seus interesses, empoderando pessoas vulneráveis. Foi o primeiro passo para introduzir uma perspectiva de gênero e orientada para a questão da segurança nas varas de família. Desta forma, Promotores de Justiça também precisam estar atentos à questão da segurança da vítima adulto, mesmo que as crianças não estejam correndo risco. A promoção do contato e o incentivo à guarda compartilhada não podem invisibilizar a questão da violência doméstica. Promotores devem também considerar a segurança e o bem-estar das crianças ao decidirem sobre a guarda dos filhos. É preciso ainda mudança de atitude para que as vítimas de violência, normalmente mulheres, também sejam protegidas.

Os Promotores de Justiça devem tomar a iniciativa de sensibilizar os Juízes para o problema dos efeitos da violência doméstica sobre as crianças, trabalhando junto com a rede a questão da violência na família. Ademais, os Promotores de Justiça devem ter em mente que a segurança das mulheres também promove o bem-estar e regular desenvolvimento das crianças, não devendo ser vistos como apartados um do outro. Ao cuidar dos seus cuidadores, as crianças também se beneficiarão. A violência afeta a qualidade da parentalidade, bem como o ambiente familiar, razão pela qual a proteção das mulheres também beneficiará as crianças. O bem-estar das crianças também fica comprometido quando vive em um ambiente de violência, sendo certo que o momento do divórcio é um momento crítico na dinâmica da violência, desafiando um olhar mais atento por parte dos Promotores de Justiça. A promoção do contato não pode ser o único parâmetro, mas igualmente a proteção e prevenção à violência.

8. Conclusão

O presente trabalho teve como objetivo descrever o problema da falta ou inadequada abordagem da questão da violência doméstica no Brasil por ocasião das decisões dos casos de guarda e convivência de crianças e adolescentes, o que pode estar prejudicando o bem-estar e segurança das crianças brasileiras. O Brasil adotou a guarda compartilhada como modelo preferencial desde 2018 e há um consenso de que promover o contato com ambos os pais atende ao melhor interesse das crianças. No entanto, apesar do grande valor em se promover a cooperação entre os pais e o direito das crianças de viver com ambos os pais, o conceito não pode acarretar a falta de análise de eventual histórico da violência.

A relação entre a violência doméstica e o divórcio foi destacada para mostrar que a separação é um momento em que os profissionais devem estar atentos para o risco da escalada da violência, sendo fator determinante para que mulheres possam sair de relacionamentos abusivos. As experiências das mulheres revelaram que a violência doméstica é insuficientemente tratada nas varas de família brasileiras e

que aspectos civis, como a guarda dos filhos, também devem ganhar relevância nas postostas do Sistema de Justiça à violência doméstica.

Para tanto, a reforma legislativa foi sugerida para que sejam acrescentados dispositivos relativos à violência doméstica nas regras sobre guarda compartilhada, trazendo visibilidade ao tema nas varas de família. O exemplo dos Estados Unidos foi citado como uma sugestão de modelo com a adoção de presunção relativa de que a guarda não deve ser concedida aos genitores violentos. A experiência dos EUA também demonstra que a lei para ter eficácia e possa ser posta em prática deve vir acompanhada de treinamento dos operadores do direito em violência doméstica, bem como de políticas públicas de intervenção e integração com a rede de assistência, exigindo recursos públicos.

O Ministério Público tem uma importante função nos processos cíveis no Brasil. Desta forma, os Promotores de Justiça devem ser mais ativos e suscitar as questões de segurança, seja das crianças, seja das mulheres, trazendo uma abordagem com perspectiva de gênero para os casos de guarda de crianças, o que, sem dúvida, estará em maior conformidade com as experiências vividas pelas mulheres e reivindicações deste grupo tão vulnerável.

Referências bibliográficas

AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS. *Adverse Childhood Experiences and the Life Long Consequences of the Trauma*. (December 13, 2022).

_____. *Adverse Childhood Experiences and the Life Long Consequences of the Trauma*. https://cdn.ymaws.com/www.ncpceds.org/resource/collection/69DEAA33-A258-493B-A63F-E0BFAB6BD2CB/ttb_aces_consequences.pdf. (2014).

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of Family Dissolution*.

BAILEY, Allen M. *Prioritizing Child Safety as the Prime Best-Interest Factor*. 47 FAM.L.Q. 35 (2013).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6273*. Associação de Advogadas pela igualdade de gênero v. Presidente da República e Congresso Nacional.

CAHN, Naomi. *Child Witnessing of Domestic Violence in Handbook of Children, Culture and Violence*. 3, 427 (Nancy E. Dowd, Dorothy G. Singer & Robin Fretwell Wilson Eds.), 2006.

CAMPBELL, Emmaline. How domestic violence batterers use custody proceedings in family courts to abuse victims and how courts can put a stop to it. *UCLA Women's Law Journal*, 24 (1), 42 (2017).

CHAMALLAS, Martha et al. *Introduction to Feminism Legal Theory*. 3rd ed., Thinking like a feminist. (2012).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico Nacional da Primeira Infância, Proteção da Criança na dissolução da sociedade conjugal*. p. 114, (2022), <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/eixo2-primeira-infancia-relatorio-final.pdf>.

_____. *Sumário Executivo, o Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres*. 12, <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/7918e2dc8e59bde2bba84449e36d3374.pdf>.

CONGRESSO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. H.R. Res. 172, 101st Cong. (1990).

_____. H.R. Con. Res. 72, 115th Cong. (Sept. 25, 2018).

CUMMINGHAM, Alison; BAKER, Linda. Little eyes, little ears, how violence against a mother shapes children as they grow. *The Center for Children and Families in the Justice System*, (November 10, 2022), <https://www.canada.ca/en/public-health/services/health-promotion/stop-family-violence/prevention-resource-centre/women/little-eyes-little-ears-violence-against-a-mother-shapes-children-they-grow.html>.

DAVIDSON, Howard. *The Impact of Domestic Violence on Children, a Report to the President of the American Bar Association*. 13 (1994).

DE OLIVEIRA, André Luiz Pereira. “Se você ficar com nossos filhos, eu te mato.” *Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF*. <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18401> (2015).

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Nota técnica Nudem nº 1/2019*. Análise da Lei Federal 12.318/10 que dispõe sobre alienação parental, p. 33, (2019), https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2020/01/NUDEMDPSP_NotaTecnicaAlienacaoParentalJSetembro2019.pdf.

DULCIELLY, Nóbrega Almeida. Defensoria Pública em defesa de mulheres em situação de violência. In: *Seminário 12 anos de Lei Maria da Penha*. Brasília: Comissão Mista de Combate à Violência contra a Mulher/Congresso Nacional. 2019, p. 101-107, <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/564441>.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *A Violência contra Meninas e Mulheres no ano pandêmico* (2021). <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/6-a-violencia-contra-meninas-e-mulheres-no-ano-pandemico.pdf>.

_____. Visível e invisível: A vitimização de Jane K. Stoeber, *Access to Safety and Justice: Service of Process in Domestic Violence Cases*, 336, 94 Wash. L. REV. 333 (2019). *Mulheres no Brasil*, 3ª edição-2021, 25, <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>

HARDESTY, Jennifer L. *et al.* Intimate Partner Violence, Parental Divorce, and Child Custody: Directions for Intervention and Future Research Source: *Family Relations*, vol. 55, nº. 2, National Council on Family Relations, p. 200-210, (2006).

JAFFE, Peter G. *et al.* Custody disputes involving allegations of domestic violence: Toward a differentiated approach to parenting plans. *Family Court Review*, 46.3, 500-522 (2008).

KADDARI, Ruth Halperin; FREEMAN, Marsha A. Backlash Goes Global: Men's Groups, Patriarchal Family Policy, and the False Promise of Gender-Neutral Laws. *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 28, nº. 1, p. 182-210. Project MUSE. muse.jhu.edu/article/614554 (2016).

LA C.C. Art. 134(A)(9).

LEMON, Nancy K. D. *Statutes Creating Rebuttable Presumptions against Custody to Batterers: How Effective Are They*. 28 WM. MITCHELL L. REV. 601,630 (2001).

LOGAN, T. K.; WALKER, Robert. Separation as a Risk Factor for Victims of Intimate Partner Violence: Beyond Lethality and Injury: A Response to Campbell. *Journal of Interpersonal Violence*, 19(12), p. 1478-1486 (2004).

MCINTYRE, Lisa J. Feminism and the Power of Law by Carol Smart: Child Custody and the Politics of Gender by Carol Smart and Selma Sevenhuijsen: *The Legal Relevance of Gender: Some Aspects of Sex-Biased Discrimination* by Sheila McLean and Noreen Burrows, *Gender, and Society*, Sep., 1991, Vol. 5, n. 3, Special Issue: Marxist Feminist Theory, p. 428-431, (1991).

MEIER, Joan S. U.S. child custody outcomes in cases involving parental alienation and abuse allegations: what do the data show? *Journal of Social Welfare & Family Law*, 42(1), p. 92-105 (2020).

_____. *Domestic Violence, Child Custody, and Child Protection: Understanding Judicial Resistance and Imagining the Solutions*. 11 AM. U. J. GENDER Soc. Policy & L. 657, p. 700-704 (2002).

NATIONAL COUNCIL OF JUVENILE AND FAMILY COURT JUDGES. *Model Code on Domestic and Family Violence*. Chapter 4, <https://www.ncjfcj.org/publications/model-code-on-domestic-and-family-violence>.

PSYCHOLOGY TODAY. *Alarming Effects of Children's Exposure to Domestic Violence*. (December 13, 2022), <https://www.psychologytoday.com/us/blog/progress-notes/201902/alarming-effects-childrens-exposure-domestic-violence>.

SILVERMAN, Jay G.; MESH, Cynthia M.; CUTHBERT, Carrie V.; SLOTE, Kim; BANCROFT, Lundy. Child Custody Determinations in Cases Involving Intimate Partner Violence: A Human Rights Analysis. *American Journal of Public Health*, 94, nº 6, p. 951-57. <https://doi.org/10.2105/AJPH.94.6.951>.

SIMIONI, Fabiane. 15 anos do Novo Código Civil de 2002 e a Garantia dos Direitos das Mulheres: famílias, guarda compartilhada e síndrome da alienação parental. In *Tecendo fios das críticas feministas do Brasil*, https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/tecendo_fios_criticas_feministas_direito_brasil.pdf (2017).

STOEVER, Jane. *Transforming Domestic Violence Representation*. 101 KY, L.J., 483-542 (2013), <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/126>.

_____. *Access to Safety and Justice: Service of Process in Domestic Violence Cases*. 94 Wash. L. REV. 333 (2019).

THEMIS. *Consortio Lei Maria da Penha elabora nota técnica sobre competência híbrida dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar* (April 30, 2022, 15:30 PM). <http://themis.org.br/consorcio-lei-maria-da-penha-elabora-nota-tecnica-sobre-competencia-hibrida-dos-juizados-de-violencia-domestica-e-familiar/>.

THURLER, Ana Liési. 15 anos do Novo Código Civil de 2002 e a Garantia dos Direitos das Mulheres: famílias, guarda compartilhada e síndrome da alienação parental. In *Tecendo fios das críticas feministas do Brasil*, https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/tecendo_fios_criticas_feministas_direito_brasil.pdf (2017).

TOLEDO, Roselaine Lopes *et al.* Social Representations of Gender and its Reflections on Family Law with focus on Child's Custody. *International Journal of Latest Research in Humanities and Social Science (IJLRHSS)*. Volume 02 – Issue 07, p. 34-45 (2019).

UNICEF. *Panorama de violência letal e sexual contra crianças e adolescentes no Brasil*. <https://www.unicef.org/brazil/media/16421/file/panorama-violencia-letal-sexual-contracriancas-adolescentes-no-brasil.pdf>.

Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional

Eduardo Talamini*
André Guskow Cardoso**

Sumário

1. Introdução. 2. Os *smart contracts*. 2.1. Origem. 2.2. Conceito e fundamentos. 2.3. Não tão inteligentes assim. 2.4. *Smart contracts* e tecnologia *blockchain*. 2.5. Os atributos da tecnologia *blockchain* a serviço dos *smart contracts*. 2.5.1. Transparência. 2.5.2. Imutabilidade. 2.5.3. Descentralização. 2.5.4. Resiliência. 2.6. Principais características dos *smart contracts*. 2.6.1. Definição em código computacional. 2.6.2. Comandos lógicos e restrições derivadas. 2.6.3. Autoexecutoriedade. 2.6.4. Impossibilidade de interrupção dos comandos. 2.6.5. Registro permanente das obrigações e comandos executados. 2.6.6. A necessidade de coleta de informações externas ao contrato: *oracles*. 2.7. Principais plataformas. 2.8. Principais usos. 3. As relações obrigacionais e os *smart contracts*. 3.1. A natureza das obrigações. 3.2. Impactos da tecnologia sobre as relações obrigacionais. 3.2.1. Automação da execução das obrigações. 3.2.2. A formação da obrigação e as dificuldades derivadas da dicotomia de instrumentos (linguagem natural *versus* linguagem computacional). 3.2.3. Cumprimento e descumprimento das obrigações no contexto dos *smart contracts*: os possíveis motivos de conflito. 3.3. A imprescindível interface com a realidade: mundo real *vs.* mundo virtual. 4. *Smart contracts* e prevenção (impedimento prévio) e solução de conflitos. 5. Autocumprimento e autotutela. 5.1. Extensão útil do conceito de autotutela. 5.2. Cotejo com a dinâmica dos *smart contracts*. 5.3. A natureza obrigacional do *smart contract* – Estado de sujeição (direito potestativo). 5.4. Manifestação tecnológica de arranjos antigos? 5.4.1. *Smart contract* e procuração em causa própria: o procurador automatizado. 5.4.2. *Smart contract* como contrato *escrow*: o agente fiduciário automatizado. 5.5. Mecanismos tecnológicos de autotutela (que não são *smart contracts*). 5.6. O *blockchain* a serviço da autotutela. 5.7. Um teste: pacto comissório e pacto marciano submetidos ao *blockchain*. 5.8. A contribuição do *smart contract* para as relações não digitais: agentes heterônimos. 6. A prevalência prática do *solve et repete*. 7. A tutela jurisdicional e os *smart contracts*. 7.1. Jurisdição estatal ou arbitral. 7.2. Tutela restitutória ou reparatória (desfazimento ou ressarcimento do cumprimento indevido). 7.3. Há espaço para tutela específica *ex ante*? 7.4. A tutela do credor. 7.4.1. Possível força executiva. 7.4.2. Provas, em processo de conhecimento comum ou monitorio. 7.5. Limites jurídicos e práticos da jurisdição. 8. Conclusão.

* Doutor pela USP. Mestre pela USP. Professor Associado (UFPR). Livre-docente. Advogado. Sócio de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini – Soc. de Advogados.

** Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Membro da Comissão de Inovação e Gestão da OAB/PR. Advogado. Sócio de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini – Soc. de Advogados.

1. Introdução

A evolução tecnológica propicia novas formas de relacionamento entre as pessoas, organizações e entidades. O uso difundido de meios de comunicação instantâneos, de intercâmbio de dados e o amplo acesso à infraestrutura de internet acarreta mudanças nos paradigmas tradicionais das relações obrigacionais. Basta verificar a realidade das compras e contratações *online*. Antes relegadas à negociação de produtos e serviços mais simples, essas contratações atualmente abarcam as mais diversas categorias de produtos e serviços, independentemente de seu valor ou localização.¹

Não há dúvida de que a tecnologia propicia alteração significativa nos modos tradicionais de contratação e estabelecimento de obrigações. No atual estágio de evolução tecnológica, que se costuma denominar de *Quarta Revolução Industrial*, o papel da tecnologia nas relações obrigacionais se amplia.² Além da ampliação da *virtualização* das contratações, que passam a ser feitas com recurso a plataformas tecnológicas, tem-se também a possibilidade de *automação* da execução contratual.

A automação das relações negociais e obrigacionais relaciona-se à temática dos contratos inteligentes ou *smart contracts*. Os *smart contracts* envolvem a utilização de código de programação que permite que um determinado arranjo obrigacional seja executado de forma automatizada e sem intervenção humana. A utilização da tecnologia *blockchain* possibilita que esses contratos “traduzidos em código computacional” agreguem, além da automatização da sua execução, as características de imutabilidade e impossibilidade de impedir a execução do comando contido no código obrigacional.

Esse novo panorama, ainda incipiente, tem o potencial de gerar vários questionamentos relativamente à estrutura jurídica das obrigações, bem como à tutela dos direitos das partes envolvidas em tais arranjos automatizados.

O presente texto busca examinar e esclarecer algumas dessas questões. Serão examinadas as principais características dos *smart contracts* e seu impacto sobre o direito das obrigações estabelecidas nesses arranjos automatizados e sobre a respectiva tutela material e jurisdicional.

¹ A pandemia da COVID-19 foi um catalisador dessa tendência. As medidas de afastamento social e de restrições ao funcionamento físico e presencial da economia propiciou a ampliação do uso das compras *online* e do trabalho remoto em geral. As relações e contatos comerciais e profissionais passam a ser feitas de modo virtual, valendo-se de recursos tecnológicos que antes eram usados apenas para outras finalidades.

² Segundo Klaus Schwab, as novas tecnologias têm o potencial de transformar os modos atualmente utilizados para medir, calcular, organizar, agir e entregar. Constituem novos meios de criar valor para organizações e cidadãos. Segundo o autor, “*These emerging technologies are not merely incremental advances on today’s digital technologies. Fourth Industrial Revolution Technologies are truly disruptive – they upend existing ways of sensing, calculation, organizing, acting and delivering. They represent entirely new ways of creating value for organizations and citizens. They will, over time, transform all the systems we take for granted today – from the way we produce and transport goods and services, to the way we communicate, the way we collaborate, and the way we experience the world around us.*” (SCHWAB, Klaus. *Shaping the Fourth Industrial Revolution*. Geneva: World Economic Forum, 2018. p. 106)

2. Os smart contracts

2.1. Origem

O conceito de *smart contracts* tem sua origem ainda na década de 1990. A noção de que arranjos obrigacionais poderiam ser definidos (escritos) em código computacional, com a possibilidade de execução automática do previsto nesse código, precede até mesmo o uso e desenvolvimento da tecnologia *blockchain*.

Nick Szabo é um dos precursores do estudo dos *smart contracts*. Para o autor a ideia básica por trás dos *smart contracts* é a de que vários tipos de cláusula contratual (como garantias, títulos, delimitação de direitos de propriedade etc.) podem ser embutidas no *hardware* e *software* com os quais lidamos, de modo tal que o descumprimento do contrato se torne muito custoso (às vezes de forma proibitiva) para a parte que o descumprir. Szabo dá o exemplo de uma máquina automática de vendas como uma espécie primitiva de *smart contract*.³

2.2. Conceito e fundamentos

O conceito de *smart contract* relaciona-se à utilização de código computacional, registrado em determinada plataforma tecnológica, para a definição de hipóteses que, uma vez verificadas, acarretam a execução automática de determinadas consequências previamente estabelecidas no código.

Isso permite que sejam utilizados para o estabelecimento de relações obrigacionais simples ou complexas (embora, com relação a essas últimas, a utilização de *smart contracts* possa ser mais problemática, como será examinado mais adiante).

Conforme Shermin Voshmgir, *smart contract* é um ajuste autoexecutável previsto em código computacional e gerenciado por uma rede de *blockchain*. O código contém um conjunto de regras sob as quais as partes daquele *smart contract* ajustaram interagir entre si. Se e quando as regras predefinidas são atingidas, o ajuste é automaticamente executado.⁴

³ "The basic idea behind smart contracts is that many kinds of contractual clauses (such as collateral, bonding, delineation of property rights etc.) can be embedded in the hardware and software we deal with, in such a way as to make breach of contract expensive (if desired, sometimes prohibitively so) for the breacher. A canonical real-life example, which we might consider to be the primitive ancestor of smart contracts, is the humble vending machine. Within a limited amount of potential loss (the amount in the till should be less than the cost of breaching the mechanism), the machine takes in coins, and via a simple mechanism, which makes a freshman computer science problem in design with finite automata, dispense change and product according to the displayed price. The vending machine is a contract with bearer: anybody with coins can participate in an exchange with the vendor. The lockbox and other security mechanisms protect the stored coins and contents from attackers, sufficiently to allow profitable deployment of vending machines in a wide variety of areas." (SZABO, Nick. Formalizing and Securing Relationships on Public Networks. *First Monday*, Chicago, v. 2, n. 9, 1997, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>, acesso em: 29.04.2021)

⁴ "A smart contract is a self-enforcing agreement embedded in computer code managed by a blockchain. The code contains a set of rules under which the parties of that smart contract agree to interact with each other. If and when the predefined rules are met, the agreement is automatically enforced." (VOSHMGIR, Shermin. *Token Economy: how Blockchains and smart contracts revolutionize the economy*. Berlim: Amazon Media, 2019, p. 88)

Como reconhecido pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.613/2020, “contratos inteligentes, ou *smart contracts*, são código-fonte em linguagem de programação (*scripts*), que podem ser definidos e autoexecutados em uma infraestrutura de *blockchain* ou DLT. A definição e execução de um contrato inteligente nestes ambientes se dá sem a necessidade de intermediários”.⁵

2.3. Não tão inteligentes assim

A automação e autoexecutoriedade propiciada pelos *smart contracts* não significa que se esteja diante de contratos verdadeiramente inteligentes. Pelo contrário, as condições e comandos estabelecidos em código envolvem lógica relativamente simples e direta (“se verificada essa condição, então executar este comando”). Os comandos são executados de forma automática, uma vez verificadas as condições estabelecidas para tanto pelo código computacional.

Não se pretende afirmar, com isso, que a utilização de algoritmos e códigos complexos não seja possível no âmbito dos *smart contracts*. É viável, sob o ponto de vista técnico, definir *smart contracts* estruturados em códigos, algoritmos e definições complexos.

A velocidade de execução dos comandos e a automação que são possíveis pelo uso da tecnologia não se comparam com o ritmo humano de verificação das condições e execução de comandos obrigacionais.⁶ Mas seu funcionamento sempre remeterá a uma lógica própria dos sistemas informatizados, baseados na verificação da existência de determinada condição predefinida para a execução de um comando também predefinido.

Ademais, é possível associar à tecnologia dos *smart contracts* sistemas de inteligência artificial (*machine learning* e *deep learning*, por exemplo). A associação dessas tecnologias pode fazer com que os *smart contracts* tornem-se mais “inteligentes”. Amplia-se a possibilidade de automação dos próprios comandos ou mesmo da verificação de condições que podem ser estabelecidas por meio de *smart contracts*.

Mas ainda assim, pelo menos num horizonte temporal mais próximo, tais contratos associados a sistemas de inteligência artificial não serão utilizados em larga escala – até por conta das próprias limitações inerentes a essas tecnologias.

Por isso, a despeito de sua denominação, os *smart contracts* devem ser considerados *arranjos obrigacionais automatizados*. A possibilidade de automatização

⁵ TCU. Acórdão nº 1613/2020. Plenário, TC 031.044/2019-0, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 24.6.2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1613%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ce034160-bbc6-11ea-ad32-519ab286dea0>. Acesso em: 16.01.2021.

⁶ Por isso mesmo, a utilização dos *smart contracts* em determinados setores e atividades como no caso de negociação de ações e valores mobiliários, no mercado financeiro, instrumento e meios de pagamento e no âmbito da chamada DeFi – *Decentralized Finance* é uma das mais promissoras – e já vem sendo adotada há algum tempo.

de determinados aspectos das definições obrigacionais é o que caracteriza os *smart contracts*, não a sua suposta "inteligência".

Isso não significa que a automatização de arranjos obrigacionais não seja relevante. Trata-se de verdadeira revolução no campo das obrigações, que faz surgir inúmeras novas questões sobre o direito das obrigações e sua tutela material e jurisdicional.

2.4. *Smart contracts* e tecnologia *blockchain*

Em sua origem, os *smart contracts* não se relacionam e nem dependem do uso da tecnologia *blockchain*. Aliás, quando surgiu a noção de *smart contract* (no início dos anos 1990), a tecnologia *blockchain* nem mesmo havia sido desenvolvida (surgindo por volta de 2008).

No entanto, atualmente, a noção de *smart contract* está intrinsecamente relacionada ao uso das tecnologias e plataformas *blockchain*. Pode-se afirmar que a difusão da utilidade e a ampliação do uso dos *smart contracts* se deu justamente com a evolução da tecnologia *blockchain*.⁷ E isso não foi por acaso. Há vários aspectos inerentes às tecnologias *blockchain* que ampliaram as funcionalidades (e a utilidade) dos *smart contracts*.

Uma funcionalidade que foi permitida com o desenvolvimento da tecnologia *blockchain* consiste na possibilidade de se estabelecer contratos inteligentes *autoexecutáveis*. Tais contratos consistem em um código de programação que estabelece comandos que são executados, uma vez verificadas determinadas condições. Esses *smart contracts* ficam registrados nos blocos de uma rede de *blockchain*. Sua posterior execução também fica registrada nos blocos da rede.

Isso permite que os comandos previstos em determinado contrato inteligente sejam executados no futuro independentemente de nova intervenção das partes ou mesmo do concurso de um terceiro.

Para Michèle Finck, os *smart contracts* são uma das várias aplicações descentralizadas que podem ser executadas numa infraestrutura de *blockchain*.⁸ Para a autora, o que distingue os *smart contracts* de contratos digitais anteriormente existentes é a execução automatizada. Nas redes de *blockchain*, diante da impossibilidade de modificação do código e das regras previstas pelo *smart contract* registradas nos blocos de uma rede *blockchain*, essa execução não pode ser impedida, a não ser que a possibilidade de interrupção esteja especificamente prevista no próprio código do contrato inteligente.

⁷ Shermin Voshmgir menciona que "Although the concept of smart contracts is not new, blockchain technologies seem to be the catalyst for smart contract implementation". (*Token Economy (...)*). Cit., p. 87)

⁸ *Blockchain Regulation and Governance in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 24.

2.5. Os atributos da tecnologia *blockchain* a serviço dos *smart contracts*

O uso da tecnologia *blockchain* para a elaboração e execução de *smart contracts* produziu uma verdadeira revolução no conceito dos *smart contracts*. Embora, como dito, a noção já existisse antes mesmo do desenvolvimento da tecnologia *blockchain*, foi apenas com a evolução desta última que a implantação e utilização dos *smart contracts* passou a ser factível e mais difundida.

Isso se deu principalmente em razão das peculiaridades e dos atributos da tecnologia *blockchain*. As características peculiares da tecnologia *blockchain* são comuns a todas as redes, em maior ou menor grau. A arquitetura peculiar da tecnologia *blockchain* apresenta algumas decorrências específicas.

2.5.1. Transparência

A primeira delas é a transparência. Em princípio, as informações registradas em determinada rede *blockchain* são visíveis a todos que dela participam (e mesmo a terceiros, no caso das redes públicas). No caso das redes privadas, esse acesso é mais restrito, mas ainda assim as operações e registros realizados na rede *blockchain* podem ser disponibilizados de forma transparente aos seus participantes, ficando registrados nos diversos nós da rede.

2.5.2. Imutabilidade

Outra característica é a imutabilidade das informações registradas em cada bloco de uma rede *blockchain*. A utilização de mecanismos criptográficos de registro e as limitações impostas pelos protocolos de consenso impedem que se altere determinada informação de modo unilateral. Qualquer alteração de uma informação é percebida de imediato em todos os demais nós da rede *blockchain*.

2.5.3. Descentralização

A descentralização (existência de uma rede distribuída) também é uma decorrência da arquitetura peculiar das redes *blockchain*. As informações não estão registradas em determinado banco de dados ou servidor centralizado, mas sim *distribuídas* em todos os nós da rede, independentes entre si e que se relacionam com todos os demais nós.

2.5.4. Resiliência

Disso deriva a resiliência da rede e das informações nela registradas. Ainda que haja algum tipo de ataque a algum dos nós da rede, as informações permanecem registradas nos demais. Não é possível suprimir as informações pela supressão de um determinado nó da rede. Tampouco é viável alterar as informações registradas em blocos acessando apenas um desses nós da rede. Qualquer alteração nesse sentido é detectada pelo sistema e pelos demais nós da rede de *blockchain*.

2.6. Principais características dos *smart contracts*

Esses atributos vêm a refletir-se nas características fundamentais dos *smart contracts*.

2.6.1. Definição em código computacional

Ao contrário dos contratos tradicionais, que são estruturados em linguagem natural, geralmente escrita, os *smart contracts* são definidos em linguagens e códigos computacionais, que são lidos por computadores e plataformas computacionais específicas.

Os *smart contracts* podem ser codificados em diversas linguagens. As mais utilizadas atualmente são *solidity*, *javascript*, *python*, *vyper* e *plutus*. Cada uma dessas linguagens apresenta comandos e sintaxe específicos, inerentes e compatíveis com as plataformas computacionais em que são utilizadas. O registro de tais arranjos obrigacionais em código computacional envolve verdadeira "tradução" do estabelecido pelas partes de uma determinada relação obrigacional para o código.

Nesse sentido, note-se que a própria linguagem natural consiste em código específico, inerente à determinada língua e influenciado pela cultura existente no local. Já o código computacional geralmente apresenta comandos e sintaxe baseados na língua inglesa e que integram a lógica de funcionamento de determinado sistema ou plataforma.

Isso não significa que não possa existir – e normalmente existirá – um instrumento contratual em linguagem natural que preestabeleça os termos, condições e demais regras que serão vertidos para a linguagem computacional. Dificilmente se terá uma avença meramente verbal em linguagem natural diretamente instrumentalizada em linguagem computacional. No mais das vezes, as partes elaborarão instrumento escrito tradicional que será traduzido para o código computacional ou, quando menos, existirão condições gerais escritas predefinidas por uma parte (e que deverão refletir fielmente o objeto e funcionamento do *smart contract*), à qual a outra aderirá. Alude-se, quanto a isso, a *code-and-contract hybrids*.⁹

Essa dicotomia é relevante sob vários aspectos processuais. Primeiro porque eventual divergência entre o instrumento em linguagem natural e o código computacional poderá ser a causa de litígios entre as partes. Caberá identificar critérios de superação dessa "antinomia". Por outro lado, colocam-se relevantes questões sobre a eficácia executiva e a força probatória desses instrumentos. Esses temas são retomados adiante.

⁹ "No atual *status quo* de desenvolvimento tecnológico, uma das soluções que tem sido avançada perante estes contratos de maior complexidade é a de verter o conteúdo do acordo negocial em dois suportes distintos: um assente em linguagem natural, no qual se incluem cláusulas dotadas de maior abertura e flexibilidade, como *boa-fé*, *best efforts*, *hardship*, entre outras; e um segundo, correspondente ao *decentralized smart contract*, onde são incluídas as cláusulas de executoriedade mais rígidas. A este modo de celebração dos *smart contracts* é dado o nome de *code-and-contract hybrids*." (COSTA, Mariana Fontes da. *Decentralized smart contracts: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva*. In: *Direito, tecnologia e empreendedorismo: uma visão luso-brasileira* (Org. Ricardo Lupion e Fernando Araujo). Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 488)

2.6.2. Comandos lógicos e restrições derivadas

O código computacional em que são criados os *smart contracts* apresenta lógica específica e inerente aos sistemas computacionais. Trata-se de lógica tipicamente *binária*, digital, ainda que possa apresentar alta complexidade.

As definições, comandos e sintaxe presentes na linguagem computacional utilizada para a elaboração de *smart contracts* são específicos e limitados. Os comandos lógicos de que se valem tais linguagens são diretos e não comportam graus de interpretação quando de sua execução.

Disso derivam várias restrições à elaboração e utilização de *smart contracts*. A linguagem em que são construídos é uma linguagem muito direta e específica. A definição de determinadas obrigações que demandem certa nuance hermenêutica é praticamente inviável, considerando essas condições.

Primavera de Filippi e Aaron Wright ressaltam que alguns direitos e obrigações são facilmente traduzíveis em código computacional, mas outras previsões contratuais não são tão diretas. É o caso de acordos jurídicos que incluem termos abertos que definem determinadas obrigações de execução do contrato, como “boa-fé” e “melhores esforços”.¹⁰ Segundo Caíque Tomaz Leite da Silva e Arthur Yuji Katano, “é impossível a representação equivalente de determinados termos jurídicos na linguagem computacional. Alguns dos princípios contratuais são propositalmente abertos e incompatíveis com uma rigorosa lógica matemática, como a boa-fé e a função social, morfologia que, a princípio, impede a incorporação em um software”.¹¹ Os próprios institutos do caso fortuito e da força maior fundam-se em conceitos indeterminados – e, como tais, não têm como ser satisfatoriamente reduzidos a códigos computacionais.

2.6.3. Autoexecutoriedade

Por outro lado, a autoexecutoriedade é uma característica essencial dos *smart contracts*. Uma vez aferida a condição estabelecida, automaticamente se executa o comando previsto pelo código computacional, independentemente de intervenção humana – e sem que essa possa sequer obstar tal cumprimento.

A expressão “autoexecutoriedade” é empregada no direito público como um dos predicados da atividade administrativa. Concerne à possibilidade, dentro

¹⁰ “Contracts define rights and obligations for each contracting party that are memorialized via context-sensitive legal prose. These promises cover not just individual obligations, but also time – and sequence-dependant actions, which may trigger contractual responsibilities. Some rights and obligations are easily translatable into the strict logic of code – particularly those related to the exchange of value or the transfer of title to a digitally represented asset. These promises are often binary in nature and thus naturally translatable into software. Other contractual provisions, however, are not as clear-cut. Legal agreements tend to include open-ended terms that outline performance obligations. For example, a contracting party may promise to act in ‘good faith’ because it might be difficult to precisely define what constitutes appropriate performance, while another party may promise to use ‘best efforts’ to fulfill his or her obligations, because the most cost-effective of efficient manner of performance might not yet be foreseeable”. (*Blockchain and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 77)

¹¹ Da formalização à informatização das relações negociais: os *smart contracts*. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. São Paulo, v. 10, jan./mar. 2021, versão digital.

de certas condições, de o agente público diretamente atuar sobre a esfera jurídica dos particulares, independentemente da concordância desses ou de intervenção judicial.¹² Não é esse o sentido de "autoexecutoriedade" como atributo dos *smart contracts*. Trata-se aqui de um adimplemento automático, conforme o programado pelas próprias partes. Então, "autocumprimento" ou "autoadimplemento" talvez fossem expressões mais adequadas. Mas se utiliza aqui a expressão já consagrada.

A afirmação, acima feita, de que essa é uma característica *essencial* dos *smart contracts* não é gratuita. Há quem sustente que só merece essa designação os contratos preordenados para ser integralmente executados de modo automático, sem intervenção humana. Nessa linha, Kevin Werbach e Nicolas Cornell sustentam que o aspecto distintivo do *smart contract* não é tornar o cumprimento contratual mais fácil, mas sim fazê-lo inevitável. O *smart contract* seria assim um *entire agreement*: "*The contract fully executes with no human intervention*".¹³ Para ilustrar essa constatação, Werbach e Cornell valem-se do exemplo da compra *online* de um *e-book* na Amazon: se o comprador utiliza seu cartão de crédito para concretizar a operação, já não se teria aí propriamente um *smart contract*, pois a execução da operação estaria a depender da futura ou paralela intervenção de um novo agente na operação, o administrador do cartão de crédito, e o comprador poderia sustar a cobrança – e assim por diante. Haveria um *smart contract* na hipótese apenas quando fosse usada nessa transação uma criptomoeda, que assegurasse as transferências imediatas e simultâneas do valor do preço e do *e-book*¹⁴ (podemos acrescentar aqui também a hipótese, não cogitada pelos autores, de o comprador ter um crédito pré-pago, um *gift card*, junto à Amazon, do qual se abateria o valor do *e-book*, de modo que a operação seria autossuficiente quanto ao cumprimento automático das obrigações de parte a parte). Por essas mesmas razões, pode-se dizer que o contrato com o Uber também não é um *smart contract* nesse sentido estrito, assim como não o é de aluguel de bicicletas públicas: embora esses contratos valham-se amplamente de meios tecnológicos,¹⁵ não há neles integral automação do cumprimento das prestações.

Por isso, deve-se avaliar em que medida a autoexecutoriedade (ou autocumprimento) do *smart contract* é possível no plano da realidade. Uma coisa é estabelecer que, verificada determinada condição, um comando é executado no âmbito de um sistema computacional. Não há qualquer dificuldade em se produzir esse resultado obrigacional internamente ao sistema informatizado.

¹² Ver, por todos, FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2018. p. 312.

¹³ "*Because the exchange of value is entirely contained in the smart contract environment, there is no need to look anywhere else. In other words, the contract is the scripting code that tells the network what to transfer and when.*" (WERBACH, Kevin Werbach; CORNELL, Nicolas. *Contracts: Ex Machina*. In: *Smart Contracts Technological, Business and Legal Perspectives* (Org. Marcelo Corrales Compagnucci, Mark Fenwick and Stefan Wrba). Oxford: Hart Publishing, 2021, p. 17)

¹⁴ Werbach e Cornell, ob. cit., p. 17. Por isso, aliás, as criptomoedas estão tão associadas aos *smart contracts*: "*For this reason, Bitcoin and other cryptocurrencies are very important for the growth of smart contracts. (...) A blockchain-based smart contract, like a cash transaction, therefore involves the complete exchange of value.*" (Werbach e Cornell, ob. cit., p. 17)

¹⁵ E nesse sentido são *data-oriented contracts*.

A questão está justamente em se trazer isso para a realidade, para o mundo físico. De pouco adianta definir um *smart contract* que produza um determinado resultado diante da confirmação de uma condição se esse resultado não se traduzir em prestação efetiva para o credor da relação obrigacional.

É verdade que, à medida que se amplia a utilização de tecnologias e tem-se a maior digitalização das relações sociais e comerciais, torna-se mais plausível e comum a previsão de obrigações e de prestações que são adotadas em ambiente totalmente digital.

Um exemplo permite compreender melhor a situação. Imagine-se determinado *smart contract* que defina que, verificado o transcurso de determinado tempo, será transferida a propriedade de um automóvel do sujeito A para o sujeito B. Nesse caso ainda que se verifique a condição e o contrato execute automaticamente a prestação, produzindo (no âmbito do sistema) a transferência do automóvel, essa somente se efetivará com a entrega do bem (e registro dessa transferência perante a autoridade competente). Se o sujeito A não entregar o bem, a previsão existente no *smart contract* não se perfectibiliza e o sujeito B deverá fazer valer pelos meios tradicionais a obrigação prevista no *smart contract*. Não se tem verdadeira autoexecutoriedade. Até é concebível que o sistema oficial de registro de veículos seja programado para receber comandos de transferência da propriedade do bem. Mas não há, ao menos no atual cenário tecnológico, mecanismo que automaticamente transfira a efetiva posse do bem.

Por outro lado, se, ao invés de um automóvel, o *smart contract* tiver por objeto algum ativo puramente digital, como uma determinada quantidade de criptomoeda existente na plataforma em que o *smart contract* foi criado, uma vez verificada a condição temporal, o *smart contract* automaticamente transfere de A para B a titularidade desse ativo digital. Executa automaticamente a prestação obrigacional prevista e, com isso, há uma alteração efetiva na situação jurídica dos sujeitos da obrigação.

Outra hipótese em que é possível conceber a efetiva autoexecutoriedade do *smart contract* é aquela em que *commodities* são objeto de registro digital numa rede de *blockchain*, por meio da emissão de *tokens*¹⁶ que representam determinada quantidade daquela *commodity*. Nesse caso, pode ser objeto de uma *smart contract* a previsão de que, verificada determinada condição, como a transferência de valores, ocorrerá a transferência de titularidade da quantidade referente do produto. Nesse caso, tem-se situação em que, normalmente, as negociações em bolsas de *commodities* já são feitas considerando-se a virtualização do referido ativo ou produto. Não se transfere

¹⁶ Para Michèle Finck, "A token or coin is, essentially, a digital good that is artificially rendered scarce and tracked through a blockchain or blockchain-based application. These cryptoassets are artificially scarce, as the prohibition of double spending prevent owner from spending a coin more than once. (...) Tokens can have different purposes and represent anything from goods or services to rights, including voting rights" (*Blockchain Regulation* (...). Cit., p. 16). Conforme Kevin Werbach, "Once a token represents scarce value, however, it can be used as more than money. It becomes a cryptographically secured digital asset, or 'cryptoasset'. Cryptoassets can represent physical goods, as in the automobile-lending example earlier in this chapter. They can represent scarce digital entities, like the CryptoKitties collectibles described in chapter 2." (*The Blockchain and the new architecture of trust*. Cambridge: MIT Press, 2018. p. 86)

propriamente a posse física de determinada quantidade de produto, mas sim o registro da titularidade sobre a quantidade do produto. Nesse cenário, é perfeitamente possível se valer de *smart contracts* para estabelecer obrigações entre as partes. Participará também desse arranjo obrigacional automatizado um terceiro que mantém o registro e guarda dos produtos e *commodities* que são comercializados.

Esse também é o cenário da comercialização de energia elétrica, que não se funda na transferência física propriamente dita da energia, mas sim da negociação e transferência de registros de determinada quantidade de energia elétrica que é gerada pelos agentes de geração. Em situações como essa, é perfeitamente viável a utilização de *smart contracts*, que irão se revestir de verdadeira autoexecutoriedade.

Portanto, a autoexecutoriedade depende, pelo menos no estágio atual de evolução tecnológica, da *natureza* e do *objeto* das obrigações estabelecidas num *smart contract*. Atos meramente jurídicos e ideais (como emissão de declarações de vontade; transferência de domínio que se aperfeiçoe pelo modo registral; constituição ou desconstituição de situações jurídicas) são em tese compatíveis com o atual estado da arte dos *smart contracts*.¹⁷ Quanto mais virtual ou digital o direito ou ativo objeto da obrigação, maior a possibilidade de estabelecimento de arranjos obrigacionais autoexecutáveis.

A questão tem menos a ver com a natureza personalíssima da obrigação e muito mais com o caráter prático, concreto, do seu objeto. De fato, sempre que se está diante de uma obrigação personalíssima, que envolve prestação pessoal do próprio devedor da obrigação, mesmo que verificada a condição estabelecida pelo *smart contract* e promovida a execução do comando obrigacional preestabelecido, não há meios tecnológicos de se fazer o obrigado adotar a conduta devida. Aliás, em tese, tecnologia para tanto talvez até houvesse, mas não seria legítima essa coisificação do sujeito. No entanto, existem obrigações que, embora personalíssimas, podem ser perfeitamente substituídas por uma alteração de estado jurídico que independe da conduta do obrigado. Por exemplo, as obrigações de prestar declaração de vontade. Se o sujeito não emite a "escritura definitiva" de venda do imóvel, isso é suprável com a transferência direta do bem, que se faz mediante inscrição em sua matrícula – o que, em tese, pode ser diretamente atingido por um mecanismo tecnológico de alteração automática do registro imobiliário.¹⁸ Já a eventual retirada do vendedor da posse do imóvel e sua imissão ao comprador é incompatível com a tecnologia atual. Quanto mais físico, corpóreo, o resultado almejado, menor a chance de se engendrar, no contexto tecnológico vigente, um mecanismo autoexecutivo.

¹⁷ Obviamente, a depender em certos casos da adequação jurídica e tecnológica dos órgãos oficiais para recepção de tais determinações.

¹⁸ Sobre o tema, veja-se o ensaio de RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratos inteligentes (smart contracts) e mercado imobiliário: a caminho de um novo *blockchain*? In: *Direito, tecnologia e empreendedorismo: uma visão luso-brasileira* (Org. Ricardo Lupion e Fernando Araujo). Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 543 e seguintes.

2.6.4. Impossibilidade de interrupção dos comandos

Outra característica dos *smart contracts* criados em plataformas *blockchain* e plataformas distribuídas (*DLTs - Distributed Ledger Technologies*) consiste na impossibilidade de interrupção dos comandos estabelecidos no código que os criou.

Essa é uma decorrência da utilização da tecnologia *blockchain*, que envolve registros em blocos sucessivos e cumulativos de informações, que estão distribuídos em vários pontos de uma determinada rede.

Por isso, o comando obrigacional estabelecido em determinado *smart contract* (que, por sua vez, também se encontra registrado em blocos que são replicados em todos os pontos [nós] da rede de *blockchain*) é automaticamente executado uma vez verificada a condição, ainda que se pretenda impedir o funcionamento de um ou mais desses pontos da rede. Não há como se pretender impedir a execução automática do comando existente em determinado *smart contract* registrado em *blockchain*.

Conforme Primavera de Filippi e Aaron Wright: “*Because no single party controls a blockchain, there may not be a way to halt the execution of a smart contract after it has been triggered by the relevant parties. Once the wheels of a smart contract are put into motion, the terms embodied in the code will be executed, and they cannot be stopped unless the parties have incorporated logic in the smart contract to halt the program’s execution*”.¹⁹

Um excepcional episódio de mitigação da inexorabilidade dos comandos dos *smart contracts* – por alguns considerado negativo – deu-se com relação à organização autônoma distribuída denominada *The DAO*. O caso do *The DAO* envolve a existência de uma suposta falha na codificação do *smart contract* de uma organização autônoma distribuída estabelecida como uma espécie de fundo de investimento em *startups* (*venture capital*).

A existência desse defeito na codificação permitiu que fosse explorada uma brecha que propiciou a transferência sucessiva de fundos em junho de 2016 em montante superior a 50 milhões de dólares para um indivíduo ou organização.²⁰ Na época, a questão gerou grande discussão, porque justamente uma parte daqueles que participavam da referida organização autônoma e da própria comunidade de mineradores²¹ e investidores entendiam que essa era uma previsão constante do *smart contract* e, por isso, a transferência de fundos realizada pelo fraudador, ainda que de forma não prevista quando concebido o projeto da *The DAO* ou fraudulenta,

¹⁹ *Blockchain and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 74-75.

²⁰ O episódio foi objeto de matérias nos principais veículos de comunicação, como o *New York Times*. <https://www.nytimes.com/2016/06/18/business/dealbook/hacker-may-have-removed-more-than-50-million-from-experimental-cybercurrency-project.html>. Acesso em: 26.4.2021.

²¹ Os mineradores são aqueles que integram uma rede de *blockchain* e se valem de capacidade computacional para resolver os problemas matemáticos estabelecidos pela rede para o registro de informações em blocos. Eles “mineram” os blocos e recebem como recompensa parcela de criptoativos ou criptomoeedas estabelecidas pela rede de *blockchain* quando conseguem resolver os problemas matemáticos estabelecidos pelo sistema e registram um bloco. Isso se dá nas redes que utilizam como protocolo de consenso a chamada *proof of work* (prova de trabalho), como a rede de *blockchain* do *Bitcoin* e a rede de *blockchain* do *Ethereum* (pelo menos na sua origem). O protocolo de consenso é a forma pela qual determinada rede de *blockchain* estabelece que serão registradas as informações e criados os blocos.

deveria ser respeitada porque essa era a previsão contida no código. Outra parcela da comunidade optou por realizar o desfazimento das operações.

Essa disputa gerou uma divisão no âmbito da *blockchain* do *Ethereum*,²² resultando num *hard fork* que deu origem ao *Ethereum classic* (rede original do *Ethereum*, que foi mantida por aqueles que entendiam que os desvios de fundos, por estarem contemplados pelo *smart contract* em que se baseava a *The DAO*, ainda que feitos de forma fraudulenta, deveriam ser mantidos). A parcela da rede de *blockchain Ethereum* que optou pela modificação na rede e pelo desfazimento das transferências indevidas deu origem à rede do *Ethereum* atual.

O episódio suscita vários questionamentos e ilustra de modo muito claro a questão da impossibilidade de impedimento dos comandos previstos num determinado *smart contract* e seus limites. Mais do que a questão da inexorabilidade dos efeitos do *smart contract*, o caso *The DAO* põe em destaque o tema da dicotomia "avença tradicional" versus "avença tecnológica". Esse aspecto da questão será retomado no item 3.2.2.

Por outro lado, esse episódio demonstra que, se houver mobilização da comunidade que mantém determinada rede e plataforma de *blockchain*, é, em tese, possível promover alterações nos registros de blocos que contenham a execução do comando.

Evidentemente, esse tipo de modificação envolve uma mobilização muito grande e é traumática,²³ afetando a todos os usuários e mantenedores da rede. Geralmente, dá ensejo a divisões (*forks*) na plataforma. Não se trata de algo corriqueiro e que possa ser feito sem a mobilização dos próprios programadores, mineradores e usuários da rede. Muito dificilmente pode decorrer de um comando externo, como determinação judicial, por exemplo, por conta das implicações e condições necessárias para a sua execução. Essas dificuldades são ainda mais evidentes na medida em que as grandes plataformas de *blockchain* encontram-se distribuídas por vários países e jurisdições, não existindo um servidor ou nó central.

Por isso mesmo, a afirmação de que os comandos previstos em determinado *smart contract* não podem ter a sua execução interrompida permanece sendo correta.

2.6.5. Registro permanente das obrigações e comandos executados

Outra característica relacionada aos atributos da própria tecnologia *blockchain* consiste no registro permanente e imutável tanto dos próprios códigos computacionais que criam os *smart contracts* como da execução de seus comandos. Esses registros são produzidos nos blocos de determinada plataforma de *blockchain*, que se encadeiam e se relacionam tanto com relação aos blocos anteriores como com os blocos posteriores.

²² Primeira plataforma desenvolvida para executar *smart contracts* – ver item 2.7., adiante.

²³ Como notaram Kevin Werbach e Nicolas Cornell, "this dramatic step, (...) effectively killed off *The DAO* and undermined confidence in the *Ethereum* platform" (Contracts: Ex Machina, cit., p. 18).

Por isso, não é viável produzir alterações em determinado bloco que tenha registrado um *smart contract*. Qualquer alteração nesse bloco repercutiria nos blocos posteriores e seria imediatamente identificada pelo sistema da plataforma, que impede que seja produzida. Ademais, a distribuição do registro da plataforma em vários nós distribuídos em vários locais faz com que não seja possível a modificação dos registros de um bloco apenas no âmbito de determinado nó ou ponto da rede. Essa alteração seria igualmente detectada pelos demais pontos da rede e pelo sistema e rejeitada.

Em tese seria até mesmo possível a alteração de informações e códigos de *smart contracts* registrados num sistema de *blockchain*. Mas essa alteração dependeria ou da convergência da maioria dos pontos da rede, ou da utilização de grande capacidade computacional para que fossem refeitas todas as cadeias de blocos, após a alteração pretendida. Ocorre que a capacidade computacional (e o tempo) necessários para tanto são tão elevados, que se considera que a operação é, na prática e em termos técnicos, inviável ou muito difícil de ser produzida.

Disso deriva a característica de imutabilidade, do registro permanente dos *smart contracts* e das operações por eles realizadas. Desde a sua gênese, as informações relacionadas a um determinado *smart contract* são registradas na rede de *blockchain* e ali permanecem.

Isso confere grande transparência e estabilidade aos *smart contracts* e às operações por eles realizadas. A verificação de dada condição e a execução dos comandos correspondentes, programados pelo *smart contract* são registradas, juntamente com a data e momento exato em que ocorreram.

Ao mesmo tempo, a característica da imutabilidade e do registro permanente pode ser considerada como negativa, na medida em que inviabiliza alterações no *smart contract*. Na prática, eventuais alterações em determinado *smart contract* dependem do registro de novos *smart contracts* para alterar previsões anteriormente existentes. Essas alterações são registradas em novos blocos da plataforma de *blockchain* e são relacionadas ao *smart contract* anterior. De todo modo, dependem de nova codificação e registro de arranjos obrigacionais automatizados na forma de um novo *smart contract*.

2.6.6. A necessidade de coleta de informações externas ao contrato: *oracles*

Outra característica comum aos *smart contracts* é a necessidade de que tais arranjos obrigacionais em código sejam alimentados com informações externas ao próprio contrato (sejam elas existentes na própria plataforma de *blockchain* em que estão registradas, seja no mundo físico, fora da rede). A verificação das condições estabelecidas, como datas, determinada cotação internacional de um ativo ou a confirmação da ocorrência de uma circunstância podem ser “lidos” pelo código presente no *smart contract* de modo a desencadear as consequências nele estabelecidas.

Essa interface com outras plataformas ou com o mundo físico é feita por meio de pessoas, dispositivos, programas e código que são aptos a colher essas informações e permitir seu acesso ao *smart contract*. Esses meios de verificação comuns

a praticamente todos os *smart contracts* se chamam oráculos (*oracles*). Para Primavera de Filippi e Aaron Wright, "*oracles can be individuals or programs that store and transmit information from the outside world, thereby providing a means for blockchain-based systems to interact with real-world persons and potentially react to external events*".²⁴

Os *oracles* detêm papel essencial no funcionamento e execução dos *smart contracts*. Eles são a ligação entre o sistema e informações existentes no mundo real. E eles podem incidir em erro de avaliação, de descrição de conteúdo ou mesmo de modo de transmissão dessas informações exteriores – com o que se frustrarão ou distorcerão os resultados pretendidos pelas partes. Justamente por isso, podem ser uma fonte de disputas e discussões relativamente ao cumprimento e execução das obrigações estabelecidas por meio de um *smart contract*.

2.7. Principais plataformas

A primeira plataforma desenvolvida para executar *smart contracts* é a rede de *blockchain* do *Ethereum*. Além do *Ethereum*, atualmente podem ser mencionadas, entre outras, as plataformas *Neo*, *EOS.IO*, *RSK*, *Cardano* e a plataforma mantida pela *Accord Project*.

Cada uma delas tem suas características peculiares e determinada abrangência. A mais conhecida e mais utilizada sem dúvida é a plataforma do *Ethereum*. Também podem ser mencionadas as plataformas de *blockchain* privadas (não públicas) que também admitem o registro e execução de *smart contracts*, como a *Corda*, a *Hyperledger* (mantida pela IBM) e a *Waves*.

2.8. Principais usos

Atualmente, os principais casos de utilização dos *smart contracts* encontram-se no campo da negociação de criptomoedas e operações financeiras descentralizadas (chamadas DeFi). Essas operações são todas baseadas em *smart contracts*, que definem as regras e condições para essas negociações e transferências de criptoativos. Podem se dar entre pessoas naturais, negociando esses criptoativos, mas também entre pessoas naturais e o próprio sistema ou plataforma *blockchain* em que são registrados e negociados esses ativos.

Mas os *smart contracts* também encontram campo fértil de utilização no âmbito de cadeias de suprimento (*supply chains*) e nas redes de *blockchain* utilizadas para a comunicação de redes de objetos inteligentes no âmbito da internet das coisas (*IoT*). Também apresentam grande utilidade no setor de seguros, em que é possível estabelecer a automatização de procedimentos e apólices. No setor elétrico, os *smart contracts* encontram campo amplo de aplicação nos contratos de compra e venda de energia e mesmo nas redes de geração distribuídas, nas quais a conjugação dos

²⁴ *Blockchain and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 75.

smart contracts com os medidores inteligentes podem automatizar o uso de energia gerada de forma distribuída e seu acesso à rede de distribuição.

As contratações nacionais e internacionais envolvendo *commodities* também são um campo em que os *smart contracts* podem ser utilizados com grande funcionalidade. A negociação automatizada de grandes volumes de produtos minerais ou agrícolas com cotações em bolsas internacionais é um setor em que o uso e o desenvolvimento de *smart contracts* são aptos a propiciar grande utilidade e liquidez.

Pelo menos atualmente, em grande parte dos casos, a utilização de *smart contracts* não se relaciona a relações entre sujeitos específicos. Muitas vezes, tais arranjos automatizados são utilizados para mediar a troca de informações entre equipamentos e sensores ligados a uma determinada rede *blockchain*. Nesses casos, não se está diante de verdadeiros arranjos obrigacionais automatizados – já que não se pode falar propriamente de obrigações (pelo menos de forma imediata, direta), ante a ausência de sujeitos titulares de obrigações.

Não se descarta que, no futuro, a evolução tecnológica e as necessidades da sociedade passem a exigir alteração nesses conceitos jurídicos, de modo que a noção de obrigação passe a abranger também máquinas e sistemas automatizados. De certo modo, a discussão envolvendo a questão a respeito da titularidade e possibilidade de reconhecimento de direitos autorais relacionados a obras de arte criadas por sistemas de inteligência artificial demonstra esse paradoxo e eventual necessidade de evolução dos conceitos jurídicos atualmente existentes.

Mas isso não significa que tais códigos instituidores de arranjos obrigacionais automatizados não possam ser utilizados para regular as relações obrigacionais entre dois ou mais sujeitos de obrigações (pessoas físicas ou jurídicas) e mesmo o relacionamento entre participantes de uma determinada organização (é o caso das Organizações Descentralizadas Autônomas - DAO's).

É possível, do mesmo modo, a utilização de *smart contracts* para reger as obrigações e relações entre acionistas no âmbito de determinada sociedade. As votações, condições de distribuição de dividendos e emissão de novas ações podem ser objeto de *smart contracts*, o que mostra que o campo do direito societário é igualmente propenso à utilização de tais mecanismos obrigacionais automatizados.

3. As relações obrigacionais e os *smart contracts*

3.1. A natureza das obrigações

A automatização propiciada pelo uso dos *smart contracts* não modifica, em princípio, a natureza das obrigações e das relações obrigacionais. Há modificações na execução das obrigações e implementação do estabelecido pelas partes contratantes que são relevantes, mas que não alteram – em linhas gerais – a substância das obrigações em si.

3.2. Impactos da tecnologia sobre as relações obrigacionais

Isso não significa que os *smart contracts* deixem de exercer impacto relevante sobre as relações obrigacionais. É evidente que automatização de uma fase relevante das relações obrigacionais é algo verdadeiramente revolucionário, na medida em que reduz ou mesmo suprime a vontade do devedor da obrigação relativamente à sua execução.

Há também outros impactos, diretos ou indiretos. Pode-se mencionar, por exemplo, a maior eficiência e velocidade de execução em determinados contratos, como aqueles utilizados no mercado financeiro e na negociação de *commodities*.

A redução do risco de inadimplemento é outro fator relevante, na medida em que a autoexecutoriedade da obrigação, uma vez verificada a condição, é apta a eliminar, em alguns casos, o risco de inadimplemento. Estabelecida a obrigação por meio do *smart contract*, ter-se-á a certeza de sua regular execução, uma vez verificada a condição prevista pelas partes.

O surgimento de uma eventual dicotomia ou divergência entre o estabelecido pelas partes em linguagem tradicional e aquilo que consta do código computadorizado do *smart contract* é um efeito que também não pode ser desconsiderado.

3.2.1. Automação da execução das obrigações

A automação do adimplemento das obrigações é o principal aspecto da adoção dos *smart contracts* para o estabelecimento desses arranjos obrigacionais automatizados.

Portanto, pode-se dizer que a relevância dos *smart contracts* relaciona-se principalmente com a fase de execução desses ajustes obrigacionais.

3.2.2. A formação da obrigação e as dificuldades derivadas da dicotomia de instrumentos (linguagem natural versus linguagem computacional)

As fases de negociação, definição e aceitação das condições não sofrem impacto tão significativo com a utilização da tecnologia dos *smart contracts*.

Mas poderá haver impacto, na medida em que as condições estabelecidas pelas partes deverão ser traduzidas em código, na linguagem utilizada na plataforma em que se pretende criar e registrar o *smart contract*.

Barbara Pasa e Larry A. DiMatteo defendem que o uso da tecnologia *blockchain* pode reduzir a necessidade de intervenção e interação humana, mesmo nas fases de negociação e formação dos *smart contracts*.²⁵

²⁵ Segundo os autores: "*The formation of a contract normally requires parties to negotiate terms, to give consent, and, more importantly, to perform their contractual obligations. The high degree of human involvement in the life cycle of a contract is inevitable. Although the performance of a contract may be delegated to a third-party electronic agent, the contract is still directly formed and performed by human beings. A contract formed by blockchain technologies needs only a minimum level of direct interactions between the contracting parties. The blockchain can make and perform a contract. One party creates a blockchain and stores its terms and conditions in a node. Anybody who is willing to make the contract just follows the instructions and accomplishes the*

Até é possível conceber determinadas situações em que a própria definição do contrato pode se submeter a algum tipo de automação, como no caso de contratos de adesão, nas contratações definidas por meio de aplicações descentralizadas (*DApps*) no âmbito da criptoeconomia e nas chamadas contratações realizadas entre sistemas e dispositivos inteligentes da internet das coisas (*IoT*). Mas essas são situações específicas. Em sua grande maioria, não se elimina a necessidade de que as partes estabeleçam determinados consensos a respeito do objeto e forma de execução das obrigações por elas estabelecidas.

Ressalvadas as hipóteses em que a lei impõe forma especial aos contratos como requisito de sua validade ou eficácia, nada impede que todo o consenso seja diretamente realizado apenas mediante linguagem computacional, sem prévia avença em linguagem escrita convencional ou mesmo oral. A direta avença em linguagem computacional não descaracterizará os *smart contracts* como contratos.²⁶

Mas também não se pode ir ao extremo oposto e rejeitar a possibilidade de que o consenso prévio se dê mediante linguagem natural. Pode haver definição meramente oral, mas em arranjos obrigacionais mais complexos, normalmente ela se dará por escrito. Isso faz surgir uma dicotomia entre o instrumento escrito em linguagem natural estabelecido pelas partes e a definição da obrigação em código computacional.

Essa “tradução” da linguagem natural para a linguagem computacional pode gerar dúvidas de interpretação ou mesmo quanto ao modo de execução da obrigação definida pelas partes. Se houver divergência entre o instrumento escrito em linguagem natural e a forma de obrigação estabelecida no *smart contract* em linguagem computacional, qual deverá prevalecer? Evidentemente, mesmo num arranjo obrigacional automatizado, não se pode desconsiderar o que foi efetivamente estabelecido pelas partes. Erros ou defeitos na “tradução” para a linguagem computacional não podem ser mantidos apenas sob o argumento de que se trata de um *smart contract*.

O *smart contract* é um instrumento de formalização e execução automatizada de relações obrigacionais definidas pelas partes. Se ele não corresponde ao que foi definido por elas, deve haver mecanismos aptos a corrigir essa distorção, ainda que o registro em uma rede de *blockchain* propicie a autoexecutoriedade da obrigação registrada no *smart contract*.

required tasks on the blockchain. The stage of negotiation and formal grant of consent are ostensibly missing”. (Observations on the impact of technology on contract law. In: *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 354)

²⁶ “Parties must engage. in some expression that displays a shared understanding of the agreement, and a shared intent to bind themselves by its terms. Can smart contracts, simply a chunk of code in a blockchain, constitute such shared expression? Nothing, so far as we can tell, prevents an expression of mutual assent from being formulated in code. In general, mutual assent can take many forms, so long as it clearly implies agreement. As Surden puts it, ‘At a minimum, contract laws do not explicitly prohibit expressing contractual obligations in terms of data. More affirmatively, basic contracting principles actively accommodate data-oriented representation’. In the present context, such data-oriented representations could easily include a blockchain. Where one party puts on the blockchain that assets of theirs will transfer to another party if some condition is satisfied, that seems to easily satisfy the requirement of an expression of assent.” (WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts: Ex Machina*. Cit., p. 12).

Nesse ponto, o já referido caso *The DAO* fornece interessante exemplo sobre as dificuldades que podem advir do divórcio entre as finalidades que eram pretendidas pelos partícipes do negócio e aquelas que são viabilizadas pelos códigos computacionais estabelecidos. Nesse episódio, um *hacker* de identidade desconhecida aproveitou-se de um *bug* no código do *DAO* para apropriar-se de mais de 50 milhões de dólares. Para tanto, valeu-se de uma série de *smart contracts* em perfeita consonância com os termos do código do *DAO* definido em *blockchain*. Como já indicado, a saída encontrada pelos líderes do projeto *Ethereum* foi convencer a maioria da comunidade a implementar uma *hard fork*, que dividiu todo o *blockchain Ethereum* em dois caminhos inconfundíveis. Isso permitiu recuperar os fundos que haviam sido desviados de má-fé – mas com elevadíssimo custo: o projeto *DAO* arruinou-se e a confiança na plataforma *Ethereum* foi afetada.

E mesmo diante do prejuízo que sofreria com a apropriação da quantia pelo *hacker*, parte da comunidade discordou dessa solução, mantendo-se no *Ethereum* original (*classic*). Esses que defendiam que o resultado não poderia ser desfeito estavam reconhecendo a prevalência do instrumento em código computacional, que conferia aquele "direito" ao suposto fraudador (que, então, não seria fraudador, mas exercente de um direito estabelecido pelo próprio *blockchain*). Contribuiu para esse posicionamento a circunstância de que no próprio *site* de adesão ao *DAO* os termos de serviço afirmavam explicitamente que o contrato inteligente no *blockchain Ethereum* era a autoridade legal de controle e que quaisquer documentos ou explicações em linguagem convencional, incluindo aqueles no *site*, estavam sendo "oferecidos apenas para fins didáticos e não substituem nem modificam os termos expressos do código do *DAO* definido no *blockchain*".²⁷ Mas o fato de que a ampla maioria da comunidade (85%) reputou a operação de desvio do valor fraudulenta, a despeito de formalmente compatível com os termos do código do *DAO* inscritos em *blockchain* – e, mais que isso, o fato de que o *hard fork* implementado por essa parcela da comunidade foi prevalentemente reputado legítimo –, evidencia que o código computacional não tem prevalência absoluta, permanecendo necessário identificar a efetiva vontade das partes, considerar os parâmetros de boa-fé e os fins da operação visada.

É verdade que solução atingida no caso *The DAO* foi de todo excepcional. Implicou verdadeira revolução na plataforma utilizada – com a própria constituição de um novo *blockchain*, seguindo parâmetros técnicos específicos e governança próprios. Na absoluta maioria dos casos, essa será uma solução inviável e será impossível impedir a execução de um *smart contract*.

Mas isso não significa afirmar a absoluta validade e prevalência do *smart contract* em linguagem computacional, em detrimento da avença em linguagem

²⁷ "Users signed up to participate in The DAO on a website that stated explicitly, in its terms of service, that the smart contract on the Ethereum blockchain was the controlling legal authority. Any human-readable documents or explanations, including those on the website, were 'merely offered for educational purposes and do not supercede [sic] or modify the express terms of The DAO's code set forth on the blockchain.'" (WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts: Ex Machina*. Cit., p. 12)

convencional e dos demais vetores referidos (boa-fé, finalidade da operação etc.). Não estão corretos Werbach e Cornell quando afirmam que “o *smart contract* tem toda a vida do contrato imutavelmente embutido em seu código – o que não deixa espaço para um acordo separado por escrito para especificar a intenção das partes”. Tais autores fundam essa assertiva no argumento de que, “se um tribunal concluir que algum escrito reflete melhor o acordo das partes, ele não teria poder para invalidar o *smart contract*; teria que encontrar alguma maneira de reverter a transferência de valor *ex post*”.²⁸

A inviabilidade de uma tutela jurisdicional específica preventiva ou simultânea apta a impedir a concretização de resultado indevidamente previsto no *smart contract* (i.e., em seu código computacional) não pressupõe nem permite inferir a validade autônoma das previsões obrigacionais em código computacional. Isso deriva de uma limitação *prática* à incidência da tutela específica. A impossibilidade concreta da tutela específica não significa legitimidade jurídica da situação que não tem como ser evitada ou impedida por tal tutela. Significa unicamente a existência de um limite concreto (tecnológico) à tutela específica. A possibilidade de reversão jurisdicional *ex post* do resultado concreto gerado pelos códigos computacionais é a prova de que tem valor jurídico e prevalece a avença em linguagem tradicional, na hipótese cogitada por Werbach e Cornell. A parte terá direito a algum modo de restituição ou ressarcimento justamente com base na avença convencional. Em suma, a impossibilidade de interrupção dos comandos autoexecutivos do *smart contract* é um dado fático-tecnológico e não indicativo da prevalência e autonomia da programação em dados computacionais sobre a avença escrita em linguagem comum. Caberá sempre identificar a intenção da avença das partes e os objetivos negociais almejados – sendo relevante para isso considerar a avença eventualmente realizada em linguagem convencional (a qual pode inclusive conter previsão de que deve prevalecer a avença computacional, em caso de divergência entre uma e outra).

Então, caberá o uso de mecanismos de compensação ou ressarcimento da parte que eventualmente for prejudicada pelo erro ou defeito de “tradução” da avença convencional em código computacional – nos limites práticos e jurídicos em que tal tutela *a posteriori* seja possível. A questão assume grande relevância para a solução jurisdicional dos conflitos envolvendo os *smart contracts*.

3.2.3. Cumprimento e descumprimento das obrigações no contexto dos *smart contracts*: os possíveis motivos de conflito

Por envolverem a automação da execução dos arranjos obrigacionais, os *smart contracts* acarretam uma mudança significativa relativamente à apuração e verificação do cumprimento das obrigações.

²⁸ “The smart contract has the entire life of the contract immutably embedded into its code, which leaves no room for a separate written agreement to specify the parties’ intent. If a court concludes that some writing better reflects the parties’ meeting of the minds, it would be powerless to invalidate the smart contract; it would have to find some way to reverse the transfer of value *ex post*.” (Contracts: Ex Machina. Cit., p. 18)

Em princípio, não há como se descumprir o que foi estabelecido por meio de um *smart contract* (desde que, como já mencionado, a execução da obrigação possa se dar por meio de execução de comandos no âmbito de um sistema informatizado). Uma vez verificadas as condições estabelecidas pelas partes, a obrigação (consequência prevista para a verificação dessa condição) é automaticamente implementada pelo próprio sistema. Por isso, Michèle Finck aponta que, em um *smart contract*, a execução está integrada no código computacional.²⁹

Mas isso não significa que não possa haver descumprimento de *smart contracts*. Em alguns casos, o inadimplemento é possível, especialmente naquelas situações em que haja necessidade de que o complemento da prestação seja cumprido *fora* do sistema informatizado em que está o *smart contract*,³⁰ como naquelas situações em que a parte devedora da obrigação age de modo a impedir que a condição se verifique ou seja confirmada, agindo de forma contrária à obrigação estabelecida inicialmente pelas partes.

Por outro lado, pode haver erro por parte do oráculo quanto à alimentação de informações externas relevantes para o cumprimento do *smart contract*. E isso obviamente prejudicará o resultado que era pretendido pelas partes, tornando exigíveis e se executando total ou parcialmente prestações indevidas, ou vice-versa. Aí também a autossuficiência do *smart contract* terá sido frustrada, dando azo a conflito entre as partes.

Outra possível causa de litígios, como mencionado anteriormente, pode advir da disparidade entre o ajuste estabelecido entre as partes em linguagem normal (mediante a confecção de um instrumento específico ou a adesão, por uma parte, a condições preestabelecidas pela outra) e sua tradução em código computacional.

Além disso, falhas e *bugs*, implicando ausência da (ou incongruência na) execução das prestações pactuadas, não podem ser descartados – e podem também constituir fontes de litígio.

Ainda, as limitações e especificidades dos comandos e sintaxe na linguagem computacional utilizada para a elaboração de *smart contracts* – com a consequente impossibilidade da consideração de princípios e normas gerais inerentes ao direito contratual (boa-fé, vedação à onerosidade excessiva, exoneração de responsabilidade pelo caso fortuito ou força maior, dever de cooperação etc.) – igualmente poderão ensejar disputas.

De resto, sempre poderá surgir discussão sobre vício de vontade ou mesmo nulidade do *smart contract* por violação a normas cogentes.³¹

²⁹ "In a smart contract, performance is hard-wired into the code. For example, the software can be used for the automatic transfer of collateral in the event of default or to disburse employee compensation if performance goals are achieved". (*Blockchain Regulation* (...). Cit., p. 26)

³⁰ E, como já foi dito, é discutível do ponto de vista conceitual que nessa hipótese se tenha propriamente um *smart contract* (cuja essência está na automação do cumprimento). De todo modo, o problema concretamente se põe – e por isso, independentemente da terminologia adotada, merece consideração.

³¹ "Afirmou-se em determinados foros tecnológicos que os *smart contracts* e a tecnologia *Blockchain* criam ou permitem a criação de ecossistema próprio, em certa medida, alheio ao legal. A afirmação não é

Em todos esses casos, serão relevantes os mecanismos para assegurar o cumprimento da obrigação devida – ou a tutela restitutória ou ressarcitória da parte lesada pelo indevido cumprimento.

3.3. A imprescindível interface com a realidade: mundo real vs. mundo virtual

As hipóteses indicadas exemplificativamente no tópico anterior evidenciam que a principal fonte de discussões a respeito da execução e cumprimento dos *smart contracts* reside na interface com a realidade. Será justamente na fronteira entre o mundo virtual (do sistema informatizado em que foi criado, registrado e é executado o *smart contract*) e o mundo real que surgirão os problemas. É nessa fronteira que surgirão as principais discussões envolvendo os *smart contracts*.

Como no estado atual de avanço tecnológico não é possível escapar aos pontos de interseção entre o sistema informatizado e a realidade, essa é uma situação que deve ser sempre considerada no exame dos *smart contracts* e de suas consequências.

4. *Smart contracts* e prevenção (impedimento prévio) e solução de conflitos

Os mecanismos de prevenção e solução de conflitos (incluindo-se a tutela jurisdicional e a autotutela) situam-se também nesta fronteira. Grande parte das discussões que surgem a respeito da autotutela e uso dos *smart contracts* e tutela jurisdicional das obrigações previstas num *smart contract* encontram-se aqui.

A possibilidade de automatização do cumprimento das obrigações propicia situações que sugerem uma aproximação da noção tradicional de autotutela. Em que medida esses casos podem ser denominados propriamente de autotutela, tendo em vista a ausência do exercício de qualquer providência ou conduta por parte do credor da obrigação? Afinal, a obrigação se executa automaticamente por meio do código do *smart contract*, verificadas as condições definidas pelas partes.

Por outro lado, na medida em que, pelo menos num futuro próximo, não é viável estabelecer todos os aspectos da vida em sociedade no âmbito de um sistema informatizado, que contemple a execução automática de todas as modalidades de obrigações em sistemas automatizados de solução de todas as controvérsias decorrentes de *smart contracts*, muitas questões ainda precisarão ser dirimidas no ambiente dos modelos tradicionais de composição dos litígios. De resto, e como visto no item 3.2.3., é amplo o leque de motivos que podem gerar disputas entre as

de todo certa, pois, se um *smart contract* é um contrato, lavrado em linguagem máquina, isso não implica que se torne alheio aos requisitos que o Direito impõe ao conteúdo das prestações. Tais negócios, nessa esteira, deverão passar pelo filtro da legalidade substancial.” (REY, Jorge Feliu. *Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado*. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 7, n. 3, set./dez. 2019, p. 113). Na mesma linha, entre outros: CARIA, Riccardo de. *The Legal Meaning of Smart Contracts*. *European Review of Private Law*, Alphen, v. 6, 2019, p. 747-748; CABRAL, Antonio do Passo. *Processo e tecnologia: novas tendências*. In: *Direito, processo e tecnologia* (Coord. Erik Wolkart e outros). São Paulo: RT, p. 105.

partes do *smart contract*. E esses conflitos serão solucionados com a interpretação adequada das leis e normas atuais que tratam das obrigações jurídicas e de sua tutela (judicial ou não).

Por óbvio, os *smart contracts* constituem novidade impactante o suficiente para suscitar diversas dúvidas e dificuldades no âmbito da tutela extrajudicial e judicial. Essas questões precisam ser enfrentadas com a consciência de que se está diante de inovações tecnológicas que abrem possibilidades até há pouco não consideradas no estudo do processo e do direito como um todo. No entanto, isso não significa reputar que os *smart contracts* estão em um limbo, que constituem outra dimensão, alheia ao direito. Cabe considerá-los em sua dimensão jurídica. Como escreveu Max Raskin: "*One way of reducing uncertainty is by situating the new in the old. While there may be many barriers to the adoption of smart contracts, legal uncertainty need not be one of them. Courts need not upend extant jurisprudence to accommodate smart contracts*".³²

5. Autocumprimento e autotutela

É frequente a afirmação de que a execução automática dos códigos computacionais com o conseqüente cumprimento das prestações previstas no *smart contract*, independentemente de intervenção humana, constituiria uma modalidade de autotutela. Alude-se a uma autotutela preventiva, pois incidiriam mecanismos aptos a impedir o próprio descumprimento.³³

Coube a Max Raskin a primeira e mais conhecida formulação nesse sentido. Raskin primeiro invoca o exemplo do recurso tecnológico pelo qual o *lessor* pode impedir o funcionamento do automóvel objeto do *leasing*, se o devedor-arrendatário não pagar pontualmente a prestação devida. Dentro de certas condições, esse é um mecanismo de autotutela admitido em alguns Estados norte-americanos.³⁴ Em seguida, Raskin estende o conceito de autotutela para afirmar que a execução automática de um contrato, tal como se dá com os *smart contracts*, constituiria modalidade de autotutela preventiva, na medida em que nenhum recurso a um tribunal é necessário para que se cumpra o contrato.³⁵

As duas situações (interrupção de funcionamento de veículo e autocumprimento nos *smart contracts*) identificam-se? Em que medida há propriamente autotutela no autocumprimento do *smart contract*? Em que limites tais mecanismos de imposição automatizada são admissíveis? No que o exemplo dos *smart contracts* pode contribuir para o aperfeiçoamento de mecanismos de cumprimento obrigacional e de autotutela fora do mundo digital?

³² The law and legality of smart contracts. *Georgetown Law Technology Review*. Washington, v. 1, n. 2, 2017, p. 340-341.

³³ COSTA, Mariana Fontes da. *Decentralized smart contracts: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva*. Cit., p. 486; CABRAL, Antonio do Passo. *Processo e tecnologia: novas tendências*. Cit., p. 103; FILHO, Augusto Barbosa Santos. *Execução Extrajudicial e Jurisdição: o Projeto de Lei 6.204/2019 no Sistema de Justiça Brasileiro*. Dissertação de mestrado. Salvador: UFBA, p. 169.

³⁴ RASKIN. *The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 329-333.

³⁵ The law and legality of smart contracts. cit., p. 333-334.

5.1. Extensão útil do conceito de autotutela

Para responder tais questões cabe antes identificar o conceito de autotutela em sua extensão útil, isso é, naquilo que ela tem de essencial, sem se confundir com – ou se sobrepor a – outros meios de solução dos conflitos.

A simples circunstância de um instrumento evitar ou eliminar um conflito sem a necessidade de recorrer-se ao Poder Judiciário não faz dele uma forma de autotutela. Mecanismos autocompositivos (acordos, transações, renúncias...) e heterocompositivos privados (como a arbitragem ou o *dispute board* adjudicatório) também podem propiciar esse resultado.³⁶ Mais que isso, o conflito pode ser evitado e o recurso ao judiciário dispensado, pela simples circunstância de as partes cumprirem normalmente seus deveres e obrigações na relação em que estão inseridas. Isso pode derivar da simples disposição das pessoas em cumprir seus compromissos e atribuições. Mas pode também ser incentivado pela prévia cominação legal ou a adoção convencional de mecanismos específicos destinados a dar mais segurança e eficácia à relação jurídica (cominação de multas e outras penalidades, instituição de garantias, *design* de formas e mecanismos de cumprimento conjunto ou coordenado de obrigações etc.). Também nesse caso não terá havido autotutela, mas sim o simples desfecho natural, não patológico, da relação jurídica. Portanto, é necessário um conceito mais preciso de autotutela, que não se prenda à pura e simples dispensa de intervenção judicial.

A autotutela consiste na solução de um conflito pela ação unilateral e direta de uma parte contra a outra, fundada num juízo próprio da parte que age (i.e., parcial), para o fim de fazer prevalecer um interesse seu, mediante a supressão ou limitação de bem de vida que vem sendo usufruído ou titularizado pelo adversário.

Desse conceito extraem-se os seguintes dados fundamentais:

- a autotutela é um modo de solução de um conflito de interesses. Ela pressupõe uma pretensão negada ou insatisfeita. Até é concebível uma autotutela preventiva, mas, como toda tutela preventiva, ela pressupõe uma ameaça objetiva e atual de lesão ao interesse autotutelado;

- a autotutela é uma *ação*. A simples omissão, a simples recusa em submeter-se a uma pretensão alheia, não é autotutela;

- há a ação direta de uma parte contra a outra, isso é, sem a intervenção de um órgão jurisdicional (estatal ou arbitral);

- a autotutela é uma ação essencialmente privada. Quando o Estado atua administrativamente (i.e., sem a intervenção jurisdicional) sobre a esfera alheia ou bem, ele está se valendo legitimamente da autoexecutoriedade de seus atos³⁷ ou está

³⁶ É de pouca serventia um conceito amplíssimo de autotutela como o de Emilio Betti, que incluía a própria arbitragem, os negócios jurídicos de mera declaração (*ascertamento*) e a confissão extrajudicial, entre outros institutos, no âmbito da autotutela. Seriam casos de "autotutela consensual". (BETTI. Autotutela. In: *Enciclopedia del diritto*. v. IV. Milão: Giuffrè, 1959, p. 532-533)

³⁷ Ver item 2.6.3, acima. Nesses casos, p. ex., nas hipóteses previstas nos enunciados 346 e 473 do STF, costuma-se aludir a "autotutela administrativa". Mas é um termo impróprio (como o é, p. ex., aludir-se a "coisa julgada administrativa"). Trata-se do exercício da função estatal e não de ação direta e imediata. Não

incidindo em puro arbítrio. Não é possível, como fez Alcalá-Zamora, qualificar como autotutela a ação do "Esquadrão da Morte", do período da ditadura militar brasileira, ou das milícias secretas paraestatais, da Espanha franquista.³⁸ É até concebível que o ente estatal exerça propriamente autotutela, mas apenas quando inserido em uma relação ou situação jurídica em que excepcionalmente se sujeite ao regime de direito privado;

- a ação é necessariamente unilateral: uma parte age contra a outra impondo seu interesse. Não há autotutela consensual. Isso é contradição nos termos. A previsão do mecanismo de autotutela pode ser negocial (por exemplo, a autorização de que, em caso de inadimplemento, o credor pignoratício promova a "venda amigável" da coisa empenhada – nos termos do art. 1.433, IV, do C. Civil).³⁹ Mas seu *exercício* será sempre unilateral. Se ambas as partes, conjuntamente, adotarem uma providência que solucione o litígio (p. ex., a dação em pagamento, depois de vencida a dívida, prevista no art. 1.428, par. ún., do C. Civil), ter-se-á autocomposição. Se elas atribuírem tal solução a um terceiro, haverá heterocomposição privada;

- a parte que age em autotutela funda-se em um juízo próprio, parcial (no sentido de que não emitido por um terceiro). Põe-se como juíza de seu próprio conflito.⁴⁰ Sua atuação fica sujeita ao seu puro arbítrio (aquilo que, em regra, é vedado nas relações jurídicas – C. Civil, arts. 122, parte final, e 489, entre outros). Se o juízo sobre o cabimento da providência invasiva é atribuído, por consenso entre as partes, a um terceiro (um *dispute board*, um fiscal do contrato, um agente custodiante ou fiduciário), já não se tem autotutela, mas um mecanismo de heterotutela, ainda que atípico. A questão então será a de saber até que ponto pode ir esse terceiro, na prática de atos invasivos da esfera das partes;

- a parte que age em autotutela dá ao conflito uma solução egoística,⁴¹ fazendo prevalecer o seu interesse sobre o do adversário;

- pela autotutela, há o atingimento de um bem de vida até então usufruído, detido ou titularizado pelo adversário. Há a supressão ou redução de um interesse do adversário, que se curva ao interesse do autotutelado. Não há necessariamente o uso da força (compreendida como violência física): eventualmente a autotutela pode

se trata de mero capricho conceitual. Há enorme diferença sob o prisma das garantias fundamentais. A atuação administrativa (autoexecutória) é necessariamente processualizada, submetida ao contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV). Até se concebem atuações urgentes da Administração, sem o prévio devido processo, mas elas serão subsequentemente processualizadas.

³⁸ NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 3ª ed. Cidade do México: Univ. Autónoma do México, 1991. p. 45-47.

³⁹ Questão outra consiste em saber se as partes podem apenas convencionar modalidades de autotutela tipificadas no ordenamento ou se poderiam conceber outras, atípicas, desde que compatíveis com as garantias fundamentais e análogas ou equiparáveis àquelas típicas. Sobre o tema, ver TORRASI, Francesco Paolo. *L'autotutela nel diritto privato: una funzione, una categoria, un meccanismo*. Tese de doutorado. Università degli Studi di Palermo, 2007-2008. p. 35-38; SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2019. p. 86-93. Confira-se ainda a nota de rodapé n. 42, adiante.

⁴⁰ ALCALÁ-ZAMORA. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Cit., p. 51.

⁴¹ O que não significa que será necessariamente injusta (ALCALÁ-ZAMORA. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Cit., p. 50).

operar providências constitutivas ou desconstitutivas, no plano meramente ideal (por exemplo, no exercício da cláusula resolutiva expressa do contrato de compra e venda, com o conseqüente retorno do bem alienado à titularidade do vendedor).

É nesses limites conceituais, e com a consideração de tais características, que se deve ter em vista a autotutela para cotejá-la com o autocumprimento dos *smart contracts*.

Não se trata desviar do problema com um mero jogo de conceitos. Independentemente do nome que se dê às figuras aqui examinadas, as questões precisam ser enfrentadas à luz da função desses mecanismos e do modo como se embasam ou interferem tanto sobre aqueles direitos fundamentais que justificam o emprego de meios de tutela fundados na autonomia da vontade quanto sobre aqueles que limitam a incidência desses meios.

Os elementos que fazem da autotutela algo excepcional dentro do ordenamento são precisamente a intromissão unilateral na esfera alheia, eventualmente com violência, e a prevalência do puro arbítrio de uma parte (atribuição de posição meramente potestativa a uma das partes). Essas são as razões pelas quais o ordenamento vê com cuidado a autotutela. Evidentemente, as medidas de autotutela não se põem todas com o mesmo grau de intensidade quanto a esses dois aspectos – e, além disso, eventualmente, os instrumentos não são puros quanto ao seu enquadramento nas modalidades de solução dos conflitos (p. ex., como se vê adiante, o pacto marciano pode reunir mecanismos heterocompositivos e de autotutela). Por isso, cada hipótese merece averiguação específica. Quanto mais intenso algum desses dois aspectos essenciais, mais restrições haverá no ordenamento. Quanto mais atenuadas essas características, mais fácil é admitir-se seu emprego – seja pela aplicação analógica de normas de autorização expressa da autotutela, seja pela pura e simples consideração principiológica e a ponderação de valores.⁴² Mas sempre há de se ter em vista esses aspectos essenciais da autotutela.

Uma questão conceitual nunca é apenas uma questão conceitual. O emprego do termo “autotutela” para designar figuras que vão muito além da extensão útil do conceito gera dois riscos em sentidos opostos. Por um lado, pode desnecessariamente dificultar a aceitação de mecanismos que, embora fundados na autonomia da vontade, não se revistam dos traços essenciais que fizeram da autotutela figura de admissibilidade excepcional. Por outro lado, a generalização do emprego de “autotutela” para designar mecanismos sem aqueles traços essenciais traz o perigo de que se naturalize a aceitação da autotutela propriamente dita, aquela que se reveste de tais atributos, sem que se atine para a diferença de um caso e outro.

Até se pode, por acomodação ou apego a uma concepção conceitualista que reconduza o máximo de institutos a uma mesma categoria geral, insistir na concepção ampla e imprópria de autotutela, de modo a abranger mecanismos heterocompositivos e autocompositivos e mesmo medidas que não constituem meio de solução do conflito,

⁴² Isso em alguma medida inclusive dá resposta à discussão sobre a possibilidade de previsão negocial de meios atípicos de autotutela – a que se aludiu na nota 39, acima.

mas o normal desenvolvimento da relação jurídica. Mas então será preciso ter em mente que existem "autotutelas" e autotutelas – e que umas são bem diferentes das outras. E assim a utilidade do conceito se esvai.

5.2. Cotejo com a dinâmica dos *smart contracts*

Tomando em conta o conjunto de características destacadas no tópico anterior, evidencia-se que o autocumprimento (autoexecução) dos *smart contracts* não constitui modalidade de autotutela.

Primeiro, há uma questão de pertinência subjetiva. Há uma *autoexecução do contrato* e não uma *autotutela da parte contratante*. No *smart contract*, as partes ao celebrarem a avença computacional já estão nesse momento emitindo suas manifestações de vontade e programando o automático desdobramento dos efeitos. É a ideia do *entire agreement*, já referida.

O automatismo do adimplemento contratual não se confunde com autotutela no sentido próprio do termo porque ele não é uma reação ao inadimplemento, mas o próprio e direto adimplemento do contrato. A autotutela é reação à negação, resistência ou não satisfação de uma pretensão. Esse momento não se põe na dinâmica dos *smart contracts*: ele nem chega a existir. Para contornar esse aspecto, alude-se, como indicado, a uma autotutela preventiva: a autoexecução impediria a própria formação do conflito. Mas o conflito é impedido precisamente porque houve o normal cumprimento das prestações: não há como conceber o adimplemento, ainda que automatizado, como autotutela.⁴³

De resto, a autoexecutoriedade não é acionada por uma ameaça real e objetiva, como seria um mecanismo de tutela preventiva. Ela é inerente ao *smart contract*. Ele só existe assim.

Como notam Werbach e Cornell, a autoexecutoriedade do *smart contract* não é um mero acessório adicionado aos elementos essenciais do contrato para mitigar o risco de violação. Os autores retomam a analogia feita por Raskin, com o dispositivo de interrupção de funcionamento de automóvel, para mostrar que, nesse caso, o interruptor de partida é um mecanismo adicional, que não integra o núcleo substancial do contrato de *leasing*. Diferentemente, o automatismo e a inexorabilidade da execução contratual são da essência dos *smart contracts*.⁴⁴

Além disso, não há a imposição unilateral de um resultado por uma parte sobre a outra. A rede de *blockchain* não é controlada por qualquer das partes, de

⁴³ Raquel Bellini Salles, citando Lina Geri, formula uma crítica em termos gerais, mas que é bem adequada à tese de que o autocumprimento do *smart contract* constituiria autotutela: "a generalidade de enunciações como as anteriormente citadas acaba por colocar no mesmo plano o que diz respeito à situação subjetiva em seu momento fisiológico, de satisfação do interesse, e o que é afeto ao momento patológico, de lesão do interesse. Nesse sentido, assevera Geri, que '*non si deve confondere ciò che attiene alla (regolare) attuazione del rapporto obbligatorio (soddisfacimento in via fisiologica del diritto di credito) con ciò che attiene al momento della tutela conseguente all'inadempimento*'. (Autotutela nas relações contratuais. Cit., p. 64)

⁴⁴ Werbach e Cornell. *Contracts: Ex Machina*. Cit., p. 15-16.

modo que nenhuma delas pode alterar o ajuste computacional, com seus códigos e regras, lançado nos blocos da rede. A execução que advirá refletirá o compromisso que cada uma das partes ali lançou.

Se, antes de dormir, eu programar a cafeteira elétrica de minha casa para ela funcionar às 6h30 da manhã e se, pela manhã, vendo o café pronto, minha mulher perguntar-me se fui o responsável por aquilo, não mentirei se disser que sim. Se eu programo o alarme para detectar vazamento de gás na cozinha e mais tarde o alarme soa, denunciando o gás que vaza, é meu o mérito de haver sido cuidadoso. Se vou viajar por alguns dias e deixo cheio de ração e com programação para funcionar duas vezes por dia o comedouro automático do cachorro, poderei dizer que eu o deixei devidamente alimentado. Em todos os casos, os resultados atingidos derivam de escolhas minhas. Em todos eles, eu sabia que esses efeitos iriam ocorrer dentro de certos termos e condições. Sob essa perspectiva, a autoexecutoriedade do *smart contract* pode ser compreendida como a mera extensão do cumprimento voluntário de cada uma das partes.

É bem verdade que, pela avença computacional no *smart contract*, a parte no mais das vezes não expressa a vontade de pura e simplesmente aperfeiçoar uma prestação. Ela normalmente manifesta seu compromisso com dado resultado, *desde que ocorra a condição x* ou *quando advier o termo y*, ou ainda *com a previsão de que o quantitativo das prestações será ainda futuramente determinado, conforme certos parâmetros*⁴⁵ – e assim por diante. E esses termos, condições, pressupostos e elementos negociais não são definidos pela própria parte promitente. Mas tampouco o são pela parte credora – o que basta para afastar a autotutela. É a própria rede de *blockchain* que aferirá e (ou) definirá aqueles aspectos – conforme os parâmetros previamente avençados. Também não se ignora que eventualmente a identificação de termos, condições ou valores necessários para o cumprimento das prestações dependa da alimentação da rede com dados exteriores – função atribuída ao oráculo. Mas nem mesmo aí se configurará autotutela. O oráculo não é vinculado a qualquer das partes. Funciona como um terceiro, um arbitrador ou regulador. Trata-se de um mecanismo heterônomo.

Alguém poderia ainda dizer que, nos exemplos cotidianos antes dados, sempre seria possível eu mudar de ideia, resetando a programação da cafeteira, desativando o alarme, retornando à casa e esvaziando o comedouro – de modo que a imputação daqueles atos originais a mim derivaria não apenas de minha ação inicial, mas da minha vontade contínua de manter aquilo que foi programado. No *smart contract*, a impossibilidade de alteração da avença computacional eliminaria ou enfraqueceria substancialmente essa imputação do efeito autoexecutado à vontade da parte. Isso não é verdade. Se eu disparo um revólver e me arrependo no milésimo de segundo seguinte, a impossibilidade prática de eu interceptar o projétil e impedir que ele atinja o alvo não me torna menos autor do tiro.

⁴⁵ Exemplos: a parte obriga-se a transferir à outra “cinco por cento do que vier a produzir (ou receber) no período X”; a parte obriga-se a pagar “o valor do bem conforme sua cotação na bolsa Y, na data de aperfeiçoamento da operação” etc. – e esses elementos serão aferidos e definidos pela rede de *blockchain*.

Então, a impossibilidade de interrupção do autocumprimento do *smart contract* também não faz dele, só por isso, uma autotutela. Permanece sendo um adimplemento, ainda que automatizado. A impossibilidade de interrupção deriva de uma inviabilidade prática, para ambos os contratantes. Não advém de um ato de força de um contratante sobre o outro.

5.3. A natureza obrigacional do *smart contract* – Estado de sujeição (direito potestativo)

O automatismo da execução do *smart contract* também já levou estudiosos a negarem a própria natureza obrigacional e contratual do instituto. Se os contratos se caracterizam pela assunção voluntária de um compromisso, a promessa de uma conduta, como neles enquadrar o *smart contract*, pelo qual as partes nada prometem e a nada se comprometem, uma vez que o cumprimento será automático e os efeitos ocorrerão independentemente da conduta futura dos contratantes? Werbach e Cornell levantam tal objeção e eles mesmos a descartam. Os *smart contracts* são mecanismos voluntários que se destinam a alterar os direitos e deveres das partes. Os autores lembram que há contratos em que a transferência do bem opera com a simples manifestação da vontade, sendo dispensada conduta futura ("*A deal may still count as a contract even though it leaves nothing open to be done or performed*"). Eles lembram que um contrato de transferência de um bem (*conveyance*) pode também exaurir-se nele mesmo, implicando *de per sí* a transferência de titularidade e dispensando prestação subsequente. Werbach e Cornell ponderam que, como na *conveyance*, o *smart contract* não deixa uma promessa para ser futuramente cumprida. Mas, diferentemente da *conveyance*, o *smart contract* não promove a imediata transferência da titularidade. Essa seria sua peculiaridade.⁴⁶⁻⁴⁷

Mas mesmo esse traço não é uma exclusividade do *smart contract*. Por exemplo, no contrato de alienação de um imóvel, a manifestação do vendedor na escritura pública basta como ato de disposição, de modo que nenhuma prestação subsequente do alienante será necessária para a transmissão da propriedade.⁴⁸ Mas transferência não ocorre nesse momento. Dependerá do subsequente registro (C. Civ., arts. 1.245). Portanto, nesse caso, há uma dissociação entre o momento da disposição e o momento da transferência. O adquirente tem o direito de levar a escritura a registro e aperfeiçoar

⁴⁶ Contracts: Ex Machina. Cit., p. 11-12.

⁴⁷ Mas o exemplo da *conveyance* não é apropriado para todas as hipóteses de transferência de bem: talvez seja especialmente adequado para a transferência de bens incorpóreos não submetidos a um registro de transferência nem corporificados em título de crédito. Em nosso sistema, em regra, a transferência dá-se com a tradição da coisa móvel ou o registro da alienação do bem imóvel (C. Civ., arts. 1.245 e 1.267). E algo similar ocorre em outros ordenamentos, inclusive no *common law* (v. KÜMPEL, Vitor Frederico. Sistemas de transmissão da propriedade imobiliária. Partes I a IV. In: *Migalhas*, Coluna Registralhas de 3, 17 e 31.08.2021 e 13.09.2021 – acessível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas>). Portanto, nem sempre é a manifestação de vontade de alienação que transfere o bem.

⁴⁸ Podem incidir deveres acessórios de conduta, como o recolhimento de encargos para viabilizar o registro. Além disso, poderá haver o dever de permitir a imissão do adquirente na posse do bem – mas isso é irrelevante para a aquisição da propriedade.

a transferência, sem que a isso possa se opor o alienante. Trata-se de um direito potestativo do adquirente – e de um correspondente estado de sujeição do alienante.⁴⁹

Aliás, podem ser invocados aqui também outros negócios jurídicos em que se pactuam direitos potestativos e respectivos estados de sujeição, ainda que sob as vestes de um dever de conduta. Tome-se como exemplo o negócio processual em que, com base no art. 190 do CPC, as partes se “obrigam” a não recorrer da sentença. Se uma das partes pretender violar tal pacto, interpondo recurso, esse simplesmente será tido por inadmissível. A parte “obrigada” (*rectius*, em estado de sujeição) não tem como impedir a eficácia do negócio processual – tanto quanto não o tem o contratante do *smart contract*. Outro exemplo: os votos que desrespeitem o acordo de acionistas são simplesmente ineficazes (Lei nº 6.404/1976, art. 118, § 8). Também aqui se trata da incidência de um direito potestativo, com o corresponde estado de sujeição: não há espaço para inadimplemento. E é interessante notar que não se falará em autotutela nesses casos, mas na normal operação dos efeitos do negócio jurídico.

Nesses exemplos, vemos efeitos jurídicos meramente ideais automaticamente programados. Na dinâmica dos *smart contracts*, a tecnologia permite que sejam programados, para ocorrer independentemente de conduta das partes, efeitos jurídicos que possam ser operados virtualmente (e que também tem significativa carga de idealidade – v. item 2.6.3., acima). Nesse sentido, o *smart contract*, tal como nos exemplos dados, estabelece *direitos potestativos* e *estados de sujeição*. Há uma impossibilidade fática de obstar o autocumprimento.⁵⁰ Mas, além disso, ao celebrar o *smart contract*, as partes assumiram juridicamente submeterem-se ao autocumprimento (*estado de sujeição*). É precisamente por isso que, se o autocumprimento estiver em perfeita consonância com a avença celebrada e essa não padecer de nenhum vício, não será devida nenhuma restituição ou reparação ao contratante que teve bens alienados ou limitados por tal autoexecução.

De todo modo, não fica de todo descartado que do *smart contract* advenham propriamente obrigações de prestação de conduta. Primeiro, porque podem existir obrigações decorrentes ou complementares daquelas autoimplementadas que precisem ser cumpridas fora do ambiente informatizado, no mundo não virtual: transferências de bens corpóreos, obrigações de fazer ou não fazer etc. (v. item 2.6.3., acima). Mas, além disso, por uma série de razões, o autocumprimento pode falhar (erro na alimentação de dados externos pelo oráculo; descompasso entre o efetivamente avençado e o código computacional; falhas e *bugs* na programação etc. – v. item 3.2.3., acima) – e aí se poderá pôr a direta exigência de conduta da parte para a realização da prestação que não se autocumpriu. É interessante notar que, no caso dos *smart contracts*, a relação sucessiva que se põe entre direito potestativo

⁴⁹ Sobre a distinção entre estado de sujeito e dever jurídico (de que a obrigação é espécie), ver TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 126-127.

⁵⁰ “Nesses casos, o controle comportamental não é realizado com o auxílio das especificações nas categorias de permitido/não permitido ou do dever ser, que são típicas para o efeito das normas legais, mas diretamente pela restrição da capacidade (factual)” (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital* (Trad. Italo Fuhrmann). Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 166).

e obrigação de prestação de conduta é inversa da que ocorre nas obrigações de prestar declaração de vontade (p. ex.: compromisso de compra e venda). Nessas, há originalmente o dever de prestação de conduta (emitir a declaração de vontade definitiva). Descumprida essa prestação, surge posição passiva derivada, de cunho potestativo (estado de sujeição), consistente em submeter-se a uma nova situação jurídica, idêntica à que se estabeleceria caso houvesse sido emitida a declaração de vontade, que será implementada por sentença constitutiva.⁵¹ Já nos *smart contracts* a derivação segue a ordem inversa: inicialmente há o estado de sujeição (submeter-se ao autocumprimento); se esse falhar, surge a obrigação da parte de ela mesma cumprir a prestação que não se autoexecutou. Esse tema será retomado adiante.

5.4. Manifestação tecnológica de arranjos antigos?

A constatação de que o *smart contract* estabelece direitos potestativos (e estados de sujeição) ainda não é suficiente. Há aspecto que o diferencia dos exemplos dados. Retomando-se uma hipótese acima usada para comparação: quando a escritura pública de compra e venda do imóvel já está emitida e o ato de disposição aperfeiçoado, o que falta é apenas a formalidade do registro para que a transferência do bem ocorra. Já no *smart contract*, entre a manifestação de vontade e a transferência do bem, põe-se a necessidade da verificação de termos ou condições ou mesmo da integração de elementos do negócio (como a definição do preço). Ou seja, o ato de disposição ainda não é o título bastante e suficiente para a transferência. Ele é condicionado ou incompleto – e caberá a uma rede de *blockchain* primeiro aferir a ocorrência dos pressupostos (termos, condições, cumprimento de obrigações corresponsivas...) ou a integração de elementos negociais faltantes, para só depois promover a execução automática. No *smart contract*, então, as partes não se sujeitam apenas à produção de efeitos já por elas mesmas inteiramente programados. Elas têm igualmente de se sujeitar à aferição de pressupostos e à eventual integração do negócio, além da execução das prestações, pela máquina.

Isso é algo absolutamente novo ou é enquadrável numa figura já familiar? A seguir, faz-se o cotejo com dois mecanismos contratuais amplamente utilizados, para verificar o quanto o *smart contract* seria nele enquadrável ou se ao menos com eles comporta paralelismo ou analogia.

5.4.1. *Smart contract* e procuração em causa própria: o procurador automatizado

Com o nome de procuração em causa própria "designa-se um negócio jurídico que de procuração tem apenas a forma, ou, quiçá, a aparência. Trata-se, a rigor, de negócio de alienação, gratuita ou onerosa".⁵² O outorgante de tal procuração em

⁵¹ Ver a respeito TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. Cit., p. 154-155.

⁵² GOMES, Orlando. *Contratos*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 355. Já Pontes de Miranda reputava que a procuração em causa própria não configuraria em si mesma o ato de alienação, mas instrumento

verdade pratica ato de disposição de determinado bem, mas ainda sem propriamente transferi-lo. Confere ao procurador um mandato irrevogável e que não se extingue com a morte de qualquer das partes, pelo qual esse pode transferir para si mesmo ou para outrem o bem objeto do mandato, sem ter de prestar contas ao outorgante (C. Civil, art. 684 e 685).

Há assim a dissociação entre o ato (e momento) irrevogável de disposição do bem e o ato (e momento) em que se aperfeiçoa propriamente a sua transferência. Sob esse aspecto, a procuração em causa própria comporta comparação com o *smart contract*, em que também se verifica essa dissociação.

Mas há diferença fundamental.

Precisamente por constituir manifestação irretratável da vontade de transferência do bem, a procuração em causa própria deve conter todos os elementos e observar os pressupostos e forma que aos quais se sujeitaria o próprio ato de transferência.⁵³ Se o objeto da transferência é bem imóvel, é necessário instrumento público. Se a alienação é onerosa, deve estar ali já dada a quitação ou quando menos definido o preço e a modalidade de seu pagamento – sob pena de ofensa ao art. 489 do C. Civil. Enfim, “o negócio não admite potestatividade em favor do mandatário”.⁵⁴

No *smart contract*, o ato de disposição não implica nenhuma outorga de poderes de uma parte à outra. Ambas as partes atribuem ao computador, ao sistema informatizado, a função que poderia ser desempenhada por um mandatário. Há um procurador automatizado. Isso possibilita inclusive que o ato de disposição, no *smart contract*, seja até mais aberto, incompleto e condicionado do que a procuração em causa própria. Afinal, não haverá a constituição de uma posição puramente potestativa de uma parte sobre a outra. Nos limites tecnologicamente possíveis, o sistema em rede de *blockchain* fará a integração dos elementos a serem completados e a verificação dos pressupostos e condicionantes, afastando-se qualquer arbítrio de uma parte sobre a outra.

5.4.2. Smart contract como contrato escrow: o agente fiduciário automatizado

Sob essa perspectiva, o contrato *escrow* talvez seja o mecanismo em que melhor se enquadre o *smart contract*. Werbach e Cornell já fizeram essa comparação – ainda que para concluir que não é possível a total identificação de uma figura na outra.⁵⁵

Pelo *escrow*, uma das partes deposita bens móveis (dinheiro, títulos, documentos etc.) com um banco ou outra entidade ou mesmo uma pessoa natural (depositário

abstrato para o exercício dos direitos pelo cessionário. (*Tratado de direito privado*. v. XLIII [atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem]. São Paulo: RT, 2012. p. 227)

⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Cit., p. 356; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. II. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 380-381 (com referência a julgado do STF); VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 270-272.

⁵⁴ VENOSA. *Direito civil*. Cit., p. 270.

⁵⁵ *Contracts: Ex Machina*. Cit., p. 14-15.

ou agente custodiante ou fiduciário) que se obriga, conforme instruções irrevogáveis acordadas, a restituir os bens ao depositante ou a entregá-los a outra pessoa, em conformidade com os fatos ocorridos e à luz das instruções estabelecidas.⁵⁶ O *escrow* consiste em contrato atípico no ordenamento brasileiro, que reúne elementos do depósito, do mandato e dos contratos de garantia. É uma espécie de negócio fiduciário.⁵⁷ O *escrow* funciona como um pacto acessório a outro contrato, celebrado entre o depositante e outros sujeitos (que não o depositário), e se presta a assegurar o adequado cumprimento desse outro contrato. Suponha-se que A está comprando de B uma unidade industrial sobre a qual incidem diversas hipotecas. As partes vinculam a exigibilidade de determinadas parcelas do preço à liberação de cada uma das hipotecas. A não pretende desde logo entregar o dinheiro dessas parcelas a B e não ver as hipotecas levantadas. B, por outro lado, teme não receber oportunamente tais parcelas, mesmo cumprindo sua obrigação de desonerar o bem. As partes então constituem um *escrow*. O valor das parcelas é depositado junto a um agente fiduciário, que recebe instruções irrevogáveis no sentido de só entregar a B o valor de cada parcela na medida em que cada hipoteca seja cancelada ou de devolver a A o valor da parcela relativa a cada hipoteca não cancelada. O agente fiduciário funciona assim não apenas como depositário, mas também como fiscal ou arbitrador do contrato entre A e B: cabe-lhe aferir a ocorrência da condição para a liberação dos valores.

Como notam Werbach e Cornell, os *smarts contracts* mimetizam a funcionalidade do *escrow*: código computacional pode manter suspensos no *blockchain bitcoins* ou outros *tokens* de criptomoeda, de modo que não possam ser apropriados e gastos pelo credor de tais valores até que as condições ou contrapartidas avençadas sejam cumpridas.⁵⁸

Os dois autores acabam por descartar que possa haver uma identificação entre as duas figuras, por não haver no *smart contract* a efetiva presença de um terceiro como agente custodiante.⁵⁹ Mas a distinção das figuras merece algum aprofundamento. O ponto essencialmente diferente reside em que o *escrow* é um negócio *acessório*, inconfundível com o negócio principal e que envolve um sujeito que é inclusive estranho ao contrato principal. Já o mecanismo da autoexecução integra o próprio *smart contract*, é da sua essência.

Mas a aptidão funcional de o *smart contract* emular o *escrow* não pode ser desconsiderada. Tanto é assim que, como relatam os próprios Werbach e Cornell,

⁵⁶ FONSECA, Fátima. O contrato de depósito *escrow*. *Revista de Direito das Sociedades*. Coimbra, v. IX, n. 4, out./dez. 2017.

⁵⁷ Compreendido como tal o negócio em que uma parte (o fiduciante) transfere a outra (o fiduciário) o domínio de um bem, ficando o adquirente, conquanto novo proprietário do bem, obrigado a exercer seu direito de acordo com um fim pactuado, podendo caber-lhe inclusive, conforme o caso, restituir o bem recebido (DÍAZ-CABAÑATE, Joaquín Garrigues. *Negócios Fiduciários en el Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas, 1978, *passim*; COSTA, Judith Martins. Os Negócios Fiduciários. Considerações sobre a possibilidade do acolhimento do 'trust' no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 657, jul. 1990, p. 38-50; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. III, p. 115-126.

⁵⁸ *Contracts: Ex Machina*. Cit., p. 14.

⁵⁹ *Contracts: Ex Machina*. Cit., p. 15.

há *start-ups* que têm empregado os recursos tecnológicos dos *smart contracts* precisamente para viabilizar novas modalidades de *escrow*.⁶⁰ Evidentemente, ao menos na atual fase tecnológica, o *escrow* automatizado pode apenas arbitrar condições relativamente diretas e objetivas, não sendo possível que ele averigue a realização de condições estipuladas com conceitos abertos (v. item 2.6.2., acima). Mas nos limites de sua operacionalidade, ele pode reduzir custos e até mesmo assegurar uma atuação mais objetiva e, conseqüentemente, mais segura para as partes.

5.5. Mecanismos tecnológicos de autotutela (que não são *smart contracts*)

Em larga medida, a ideia de que a autoexecutoriedade do *smart contract* constituiria autotutela deriva da impropriedade dos exemplos muitas vezes utilizados. Trata-se de casos em que há mecanismos tecnológicos sofisticados envolvidos, mas eles não se configuram como *smart contracts*. No modelo estrito do *smart contract*, o que se tem é a simples transferência virtual de titularidades – submetida à aferição das condições por mecanismos automatizados, com a rede de *blockchain* fazendo as vezes de um “terceiro imparcial”. Mas alguns dos exemplos cogitados nada têm a ver com isso. São mecanismos tecnológicos acionados unilateralmente por uma das partes diante do suposto inadimplemento da outra, privando-se essa de um bem ou lhe impondo alguma coerção.

Tome-se o exemplo invocado por Max Raskin para formular sua tese de que haveria autotutela no *smart contract*: o mecanismo que impede o funcionamento do automóvel objeto do *leasing* se a prestação do arrendamento não for paga. Como o próprio Raskin aponta, esse dispositivo é acionado unilateralmente pelo credor, que age de modo discricionário.⁶¹ Outros exemplos apresentados têm a mesma característica. Assim, Raskin também cogita hipoteticamente de um dispositivo instalado no mobiliário de uma residência, que dispararia uma sirene estridente se as parcelas do preço dos móveis não fossem pontualmente pagas. Mais um exemplo – esse, de Hoffmann-Riem: o bloqueio automático da porta da casa alugada em caso de falta de pagamento de aluguel.⁶²

Em todos esses casos, há de fato autotutela: a imposição unilateral e forçada, pelo credor contra o devedor, de um mal como reação ao descumprimento. Mas não há *smart contract*. Em nosso ordenamento, em princípio todas essas medidas seriam ilegítimas. Haveria a necessidade de autorização legal para uma parte impor unilateralmente à outra a coerção ou a privação de um bem. A prévia autorização contratual para uso da medida não alteraria os termos da questão: uma parte estaria sujeita ao puro arbítrio da outra – o que tornaria nula a disposição negocial (C. Civil, art. 122, parte final).

⁶⁰ *Contracts: Ex Machina*. Cit., p. 14. Ver também RINCÓN, Carlos Estévez. *Smart contracts y su aplicación al derecho mercantil*. Madrid: Comillas Universidad Pontificia, 2019. p. 49.

⁶¹ “(...) *starter interrupters are operated by the creditor and done so with the use of discretion.*” (*The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 333)

⁶² *Teoria geral do direito digital*. Cit., p. 166.

5.6. O *blockchain* a serviço da autotutela

Mas em que medida a dinâmica dos *smart contracts* poderia ser posta a serviço da autotutela, mediante a prévia pactuação das partes das hipóteses em que ela incidiria, com a inserção do respectivo código computacional em rede de *blockchain*, que controlaria o eventual inadimplemento acionando a sanção privada? Nesse caso, poderíamos falar em meios de autotutela automáticos.

Nessa linha, Raskin relata que a Toyota e outras companhias cogitam de passar a submeter o acionamento do interruptor de partida de veículos ao controle do *blockchain*. Isso eliminaria a discricionariedade do credor, dando mais segurança ao devedor.⁶³

Essa pode ser uma grande contribuição do mecanismo do *blockchain* para a autotutela. As partes pactuariam previamente o modo e hipótese de configuração do inadimplemento e do acionamento do mecanismo de tutela extrajudicial, reduzindo-o a código computacional inserido em rede de *blockchain*. Feita a verificação objetiva e imparcial (i.e., sem a intervenção das partes) do inadimplemento, o mecanismo de tutela seria diretamente acionado.

Essa solução, quando tecnicamente viável, elimina a unilateralidade e o arbítrio (potestatividade) do credor – o que supera um dos aspectos problemáticos da autotutela e facilita a aceitação do mecanismo como legítimo. Mas a questão não se resolve aí. A premissa geral é a de que o ato não estatal de força que não seria admitido sob a forma de uma autotutela tradicional não se legitima, por si só, por haver sido implementado por um *smart contract*. Reitere-se: o incremento de legitimidade que o *blockchain* pode atribuir à medida de autotutela reside apenas na eliminação da discricionariedade quanto à hipótese de seu emprego. O ato de força não deixa de ser um ato de força, invasivo, só porque foi automaticamente implementado por meio tecnológico.

Caberá também aferir a própria admissibilidade da medida invasiva aplicada extrajudicialmente. Por mais que sua incidência seja pautada por parâmetros previamente pactuados entre as partes e aferidos objetivamente no caso concreto, ainda assim será preciso investigar a legitimidade do ato de força, de intromissão na esfera jurídica alheia, sem a intervenção estatal. E tal aferição comporta variações de época e lugar. Ela tomará em conta as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, os valores jurídicos nele reinantes, suas normas e princípios, que definem o modo e intensidade com que cada sistema admite os próprios mecanismos tradicionais (não digitais) de autotutela.

Pode-se prosseguir aqui com o exemplo do mecanismo automático que impede que se dê a partida no veículo. Como relata Raskin, observadas determinadas condições e limites, ele é admitido pela legislação de diversos Estados americanos.⁶⁴

⁶³ *The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 333.

⁶⁴ *The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 329 e seguintes. Entre as condições e limites postos para a legitimidade da medida em tais Estados estão, p. ex.: a proibição de que o funcionamento do veículo seja interrompido quando ele está trafegando; a disponibilização de um código que permite ao condutor desligar manualmente o interruptor em situações de emergência (ex.: para retirar o veículo de um lugar que pode

Mas isso só é possível porque na generalidade dos Estados americanos é outorgado ao credor, diante do inadimplemento do devedor, o poder de retomada extrajudicial e unilateral de bens objeto de garantia – desde que isso não implique violação da paz pública e que se observem alguns outros limites e condições. Trata-se da *repossession*, autorizada pelo art. 9º do *Uniform Commercial Code* dos EUA (esp. § 9-609), que, com variações mínimas, é reproduzido na legislação de todos os cinquenta Estados americanos e do Distrito de Columbia. Isso simplifica a aceitação do interruptor automático. Em um sistema como o brasileiro, em que o desapossamento extrajudicial e unilateral não é permitido,⁶⁵ o interruptor automático da partida do veículo não parece tampouco admissível.

O mesmo pode ser dito do exemplo hipotético dado por Raskin do mobiliário que acionaria uma sirene estridente, em caso de inadimplemento de seu adquirente. O próprio Raskin acaba por admitir que esse mecanismo seria violador da paz pública.⁶⁶ No sistema brasileiro, tal medida ainda constituiria meio vexatório de cobrança, vetado pelo CDC (art. 42). Aliás, tal medida não poderia ser adotada nem mesmo pelo Poder Judiciário, como providência executiva atípica (CPC, art. 139, IV, e 536, § 1º), dada a sua desproporcionalidade e incompatibilidade com o direito fundamental à integridade física e moral.

Aliás, os fundamentos ora destacados servem não só para esse exemplo. Eles constituem parâmetros gerais para a admissão de mecanismos de autotutela automáticos e atípicos.

Então, medidas que não poderiam ser tomadas pelo próprio Poder Judiciário não poderão tampouco ser adotadas sob a forma de autotutela.⁶⁷ Tome-se ainda como exemplo o bloqueio automático da porta da casa alugada, de modo a impedir-se o inquilino inadimplente de nela ingressar. Ainda que o bloqueio tivesse sido contratualmente previsto e a configuração de seus pressupostos fosse aferida por mecanismos registrados em *blockchain*, a medida seria inadmissível perante o ordenamento brasileiro. Há todo um regramento restritivo das hipóteses de despejo por ordem judicial, com um sistema protetivo de aferição dos pressupostos para tanto (esp. Lei nº 8.245/1991, art. 59 e seguintes). O puro e simples bloqueio da porta jamais seria admitido mesmo como medida judicial.

causar acidentes; para usar o veículo em uma situação urgente etc.); a impossibilidade da interrupção de uso do veículo, no *stay period*, da recuperação judicial, quando ele é instrumento de trabalho do devedor etc.

⁶⁵ Questão distinta é se permitir que o credor pignoratício, dentro de certas condições, promova a venda extrajudicial da coisa empenhada *que já está em seu poder* desde a constituição da garantia – do que se trata a seguir. Outras modalidades de garantia em que, no direito brasileiro, permitem a venda ou leilão privados do bem não dispensam o recurso ao judiciário caso haja necessidade de busca e apreensão ou imissão na posse do bem.

⁶⁶ *The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 339.

⁶⁷ O próprio Raskin dá um exemplo, ao observar que mesmo sendo admitido em diversos estados o mecanismo que impede a ligação do automóvel, a medida não pode ser usada, como não poderia ser usada uma medida judicial, para impedir o devedor de utilizar o veículo como instrumento de trabalho durante o *automatic stay* da recuperação judicial. (*The law and legality of smart contracts*. Cit., p. 332)

Além disso, tais instrumentos precisarão ter sua admissibilidade sempre aferida à luz da proporcionalidade e razoabilidade da providência de autotutela adotada, considerando-se especialmente o grau de essencialidade do bem cuja privação se imporá. O interruptor de acionamento do veículo e o bloqueio da porta da casa alugada são drásticos e desproporcionais, pois privam o sujeito que sofre a medida de bens relevantes e valiosos. No entanto, telefones públicos e máquinas de fliperama sempre funcionaram com sistemática similar: a ligação é interrompida se o crédito decorrente da ficha telefônica terminar e outra não for inserida; o jogo de fliperama também para sem nova ficha; a conexão com a internet é interrompida uma vez esgotado o tempo contratado... Essas hipóteses são aceitas com normalidade, a ponto de usualmente nem serem pensadas como formas de autotutela, mas como o regular desenvolvimento desses serviços.

Em suma: (i) a modalidade de autotutela que já seria admitida em termos tradicionais igualmente será legítima quando submetida ao modelo do *smart contract*; (ii) a autotutela tida por ilegítima por se reputar haver uso indevido da força não se legitimará quando submetida ao *smart contract*. Se há invasão grave à esfera alheia, não será o controle da incidência da medida que superará o óbice de admissibilidade; (iii) a contribuição que o *blockchain* pode dar para a autotutela consiste na eliminação do caráter meramente potestativo da conduta do credor. Se era unicamente esse o entrave ao emprego da autotutela em dada hipótese, ela poderá ser viabilizada pelo uso do *smart contract* – que acrescenta à medida um certo caráter heterônomo automatizado. Mas para tanto, será imprescindível que o emprego da tecnologia efetivamente elimine a posição puramente potestativa do credor.

5.7. Um teste: pacto comissório e pacto marciano submetidos ao *blockchain*

As conclusões do tópico anterior podem ser testadas no pacto comissório e no pacto marciano – figuras cuja implementação por *smart contract* já foi considerada.

O pacto comissório consiste na previsão de que, diante do inadimplemento do devedor, o credor poderia adquirir o bem dado em garantia pelo valor do saldo devido. Trata-se de mecanismo vedado pelos arts. 1.365 e 1.428 do C. Civil. Tal proibição visa a impedir que o credor, aproveitando-se de sua situação de superioridade na relação, aproprie-se do objeto da garantia pelo simples valor do saldo devedor.⁶⁸ A censura funda-se na rejeição ao puro arbítrio do credor, à usura e ao enriquecimento sem causa. A previsão do pacto comissório em *smart contract* não o tornará legítimo:⁶⁹ mantida sua essência, de apropriação do bem pelo valor do saldo, mantém-se o elemento usurário e abusivo. Não será o *smart contract* que superará esse defeito.

⁶⁸ Ver, por todos, MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. XX (atualiz. Nery Jr. e Camargo Pentead). São Paulo: RT, 2012. p. 96; SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. X. 10ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. p. 90-91; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. v. 3. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 333-334.

⁶⁹ REY, Jorge Felio. *Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado*. Cit., p. 116.

É nesse ponto que o pacto marciano cumpre sua função. Nele, as partes previamente estabelecem que, em caso de inadimplemento, o bem dado em garantia pode ser adquirido pelo credor pelo valor atual de mercado. Para tanto, prevê-se a intervenção de um terceiro avaliador ou a consideração do valor precificado pelo mercado, em tabelas de preços oficiais e (ou) públicas. Sendo o valor do bem maior do que o do saldo devido, a diferença precisa ser paga ao devedor para que o credor possa apropriar-se do bem. Admitido o pacto marciano – e essa parece ser a tendência da doutrina e jurisprudência no Brasil⁷⁰ – é concebível que ele seja instrumentalizado por meio de *smart contract*.

Mas o cerne da autotutela no pacto marciano não está propriamente na intervenção do terceiro que avalia o bem objeto da garantia nem na consideração de valores de tabelas oficiais ou índices de mercado. Esses são mecanismos heterônimos destinados a eliminar a abusividade e o caráter usurário da apropriação do bem pelo saldo devedor. O traço essencial de autotutela permanece presente no momento da alienação do bem com base *em um juízo do próprio credor*. O credor não precisa de uma certificação judicial de que houve inadimplemento. O prévio acordo de vontades entre credor e devedor autorizando a transferência do bem em caso de inadimplemento e o estabelecimento de critérios para a definição do preço justo do bem não eliminam esse outro fator de potestatividade: o próprio credor unilateralmente afirma o inadimplemento e leva adiante a aquisição do bem.

Esse é o ponto que ainda pode suscitar resistências a tal mecanismo.

Em algumas modalidades de garantia, há a expressa previsão de que, mediante prévia autorização contratual (ou procuração), o credor, diante do inadimplemento, pode promover a venda ou leilão extrajudicial do bem. É o que se tem, por exemplo, no penhor (C. Civil, art. 1.433, IV, segunda parte), na alienação fiduciária em garantia de bens móveis e imóveis (Dec.-Lei nº 911/1969 e Lei nº 9.514/1997) e nas hipotecas instrumentalizadas em cédulas hipotecárias, destinadas a garantir créditos do Sistema Financeiro de Habitação, de instituições financeiras em geral, de companhias de seguros e seus sucessores (Dec.-Lei nº 70/1966, arts. 9º, 10 e 31 a 38) etc. Em todos

⁷⁰ Ver, entre outros: TEPEDINO, Gustavo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas. In: *Conjur*. 08.02.2016, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-liceos-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas>. Acesso em: 11.09.2021; FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, *passim*; TERRA, Aline Valverde; GUEDES, Gisela da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, v. 70, jan./jun. 2017, p. 51-77; CASTRO, Diana Paiva de; FREITAS, Rodrigo. Pacto comissório e pacto marciano na retrovenda com escopo de garantia: proposta de delimitação das fronteiras à luz da metodologia civil-constitucional. *Revista OAB/RJ*. Edição especial, 2018, disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/05/Pacto-comiss%C3%B3rio-e-pacto-marciano-na-retrovenda-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 11.09.2021; SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Cit., p. 351-355; GRIGOLIN, Rodrigo. Uma alternativa ao leilão extrajudicial de bem imóvel na alienação fiduciária. *Revista de Direito Notarial*. São Paulo, v. 3, n. 1, jan./jun. 2021, p. 92 e seguintes. No passado, J. M. de Carvalho Santos havia se oposto à admissibilidade do pacto marciano no direito brasileiro (*Código Civil brasileiro interpretado*. v. X, cit., p. 93-94).

esses casos, a aferição do inadimplemento e o início do procedimento da alienação extrajudicial partirão unilateralmente do credor, sem a intervenção do judiciário.

Portanto, nesses casos, se é possível a venda ou leilão extrajudicial para transferência a terceiros do bem dado em garantia, sem a prévia certificação do inadimplemento pelo Juiz, igualmente deve ser admitida a realização do pacto marciano.⁷¹ Há autorização normativa para a atuação unilateral do credor.

Mas em princípio ficariam excluídas do pacto marciano as garantias reais para as quais não se previu em lei a possibilidade de alienação extrajudicial do bem (p. ex., a hipoteca constituída em favor de credores alheios às hipóteses de cédula hipotecária). É nesse ponto que se pode cogitar de utilidade adicional dos *smart contracts*. Se o controle do inadimplemento for submetido ao código computacional registrado em *blockchain*, é razoável que mesmo nesses outros casos seja utilizado o pacto marciano: a aferição do inadimplemento seria objetivada, sairia da esfera discricionária ou potestativa do credor.

Por outro lado, em nenhum caso de leilão ou venda extrajudicial ao terceiro ou de aquisição pelo próprio credor com base em pacto marciano há autorização de que o próprio credor ou o adquirente faça uso da força para buscar e apreender o bem ou imitir-se em sua posse, se não houver entrega ou desocupação voluntária. Sempre que isso for necessário, mesmo em todas as hipóteses acima referidas em que lei expressamente permite a venda privada, haverá necessidade de recurso ao judiciário. Esse termo da equação não se altera com o emprego do *smart contract*.

5.8. A contribuição do *smart contract* para as relações não digitais: agentes heterônomos

E no que a experiência dos *smart contracts*, com seu autocumprimento, pode servir de inspiração para o mundo "não digital", para as relações estabelecidas mediante convenções tradicionais, no que tange ao emprego da autotutela ou de outros mecanismos viabilizadores do adequado cumprimento das obrigações pactuadas?

Talvez a melhor contribuição daí extraível seja precisamente a ideia da intermediação na aplicação das medidas de cumprimento ou autotutela, ou seja, a inclusão de outro sujeito, alheio à relação entre as partes, para averiguar o cumprimento de condições, arbitrar o complemento de elementos negociais – e assim por diante. Esse papel, no *smart contract*, é desempenhado pela rede de *blockchain* e pelos oráculos, que viabilizam essa neutralidade do mecanismo de aferição das condições e integração e cumprimento das obrigações. Na falta de tal tecnologia, outros sujeitos devem ser chamados para desempenhar esse papel heterônimo.

É preciso atentar para a imensa gama de personagens que podem contribuir de modo eficaz para o normal adimplemento da obrigação ou para a solução ou

⁷¹ Sobre o pacto marciano como uma alternativa ao leilão extrajudicial do alienado fiduciariamente, ver GRIGOLIN, Rodrigo. *Uma alternativa ao leilão extrajudicial de bem imóvel na alienação fiduciária*. Cit., *passim*.

prevenção do conflito, atuando como não parte. Esse papel, no campo das soluções extrajudiciais, não se resume à figura do árbitro. O árbitro atua como Juiz de fato e de direito e adjudica a solução global e definitiva do litígio já posto. Mas diversos outros sujeitos e órgãos podem atuar heteronomamente, averiguando questões específicas de fato e (ou) promovendo soluções provisórias: arbitadores, fiscais de contrato, peritos contratuais, agentes fiduciários, *dispute boards*. Esses e outros agentes, concebíveis pelas partes no exercício de sua liberdade negocial, podem funcionar como reguladores pontuais da relação – conferindo assim maior amplitude ou legitimidade a medidas de cumprimento e remédios que sob outra perspectiva não seriam aceitos como providências unilaterais e sujeitas ao exclusivo arbítrio de uma das partes.

6. A prevalência prática do *solve et repete*

O *solve et repete* surgiu como cláusula negocial destinada a excluir a incidência da *exceptio non adimpleti contractus*, estabelecendo o regime oposto: cada parte deve cumprir integralmente suas obrigações, sem poder se eximir de fazê-lo, invocando o inadimplemento da parte contrária. Na prática, a extensão da cláusula foi sendo ampliada para prever não apenas o veto ao emprego da exceção de contrato não cumprido, mas também o de outras exceções materiais e objeções que normalmente poderiam ser invocadas (compensação, retenção, vício de vontade, já ter havido pagamento etc.). Cabe à parte primeiro cumprir e depois, se for indevida a prestação cumprida, discutir a inexistência ou inexigibilidade da obrigação que cumpriu e pleitear sua repetição.⁷²

Embora concebido como uma regra material, para pautar a conduta da parte no momento de cumprir a obrigação, o *solve et repete* tem evidente dimensão processual. Ele implica a proibição a que a parte promova ação declaratória de inexistência ou inexigibilidade da obrigação (*pactum de não petendo*) ou mesmo que a parte argua em contestação àquelas defesas (pacto de não contestar), enquanto não cumprir a obrigação que lhe foi atribuída.

O efeito prático do autocumprimento inexorável no *smart contract* tende a ser equiparável ao *solve et repete*: a obrigação será antes – e de qualquer modo – cumprida. Se a parte a reputava por qualquer razão indevida, terá de ir pedir depois tutela jurisdicional de restituição ou ressarcimento. Então, nas disputas jurisdicionais sobre *smart contracts* normalmente haverá essa inversão das posições processuais em relação às materiais: o devedor, reclamando do autocumprimento indevido, como autor; o credor como réu.⁷³

⁷² Para um exame completo da figura, veja-se MIRAGLIA, Caterina. *Solve et repete*. In: *Enciclopedia del diritto*. v. XLII. Milão: Giuffrè, 1990, p. 1255-1271.

⁷³ COSTA, Mariana Fontes da. *Decentralized smart contracts*: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva. Cit., p. 492.

A diferença está em que a parte não se obriga, em termos jurídicos, a não ir ao judiciário impedir o autocumprimento. A parte até pode ir desde logo ao judiciário. Mas ela simplesmente não conseguirá um resultado eficiente de tutela específica, preventiva ou simultânea, que impeça o próprio autocumprimento. Já por isso, não caberia aqui qualquer discussão ou censura à incidência do *solve et repete*: no caso, ele advém das circunstâncias fáticas do autocumprimento e não de uma convenção das partes.

Mas mesmo que se pretendesse dizer que quem celebra o *smart contract* está necessariamente pactuando também, ainda que de modo indireto ou implícito, a cláusula *solve et repete*, ainda assim não se poderia imputar nenhuma ilegitimidade a tal suposta convenção implícita. O *solve et repete* constitui pactuação válida no plano material. No plano processual, a única objeção plausível cinge-se à proibição de não contestar⁷⁴ – a qual é impertinente para o caso em exame. A dimensão pertinente para o caso – inviabilidade prática de uma ação preventiva do devedor – não é censurável. Quando menos desde o CPC de 2015, com a previsão ampla de negócios processuais atípicos, tem-se admitido com largueza o *pactum de non petendo*.⁷⁵ Se ele pode ser direta e explicitamente celebrado, nenhuma objeção poderia ser oposta à sua constituição indireta (que, de resto, nem mesmo é o que ocorre).

7. A tutela jurisdicional e os *smart contracts*

Como destacado em passagens anteriores (esp. item 3.2.3.), há diversos motivos por que, a despeito do caráter autoexecutório dos *smart contracts*, pode ser necessária a intervenção jurisdicional. O tema comporta uma série de questões que, se não são propriamente novas, ganham nova cor ou precisam considerar novos ingredientes.

A tutela jurisdicional relativa aos *smart contracts* operará fundamentalmente em duas frentes: a do desfazimento ou reparação do resultado indevidamente produzido pelo autocumprimento (por ser ele inválido ou não corresponder à avença efetivamente estabelecida entre as partes) e a do cumprimento das prestações, quando o autocumprimento houver por qualquer razão falhado ou houver a necessidade de execução de prestações complementares ou subsequentes àquelas que foram autocumpridas.⁷⁶

⁷⁴ Na dimensão em que reduz as defesas possíveis, o *solve et repete* sofreu severas críticas, por impor a supressão do próprio direito de defesa: a arguição subsequente das matérias em outro processo esbarraria na coisa julgada da sentença de procedência da primeira ação, em vista da eficácia preclusiva da coisa julgada; o fato de as partes terem convencionado essa postergação da discussão das matérias seria irrelevante, pois as hipóteses de condenação com reserva de exceções devem ser definidas em lei e não convencionalmente (nesse sentido, LIEBMAN, Enrico T. Contro il pacto solve et repete nei contratti. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 93-95; BETTI, Emilio. *Autotutela*. Cit., p. 534-535). Mas tal crítica – ela mesma passível de contra-argumentos cuja apresentação não cabe aqui – não se estende às demais dimensões do *solve et repete*.

⁷⁵ Ver, por todos, CABRAL, Antonio. *Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 78, out./dez. 2020, p. 19-44.

⁷⁶ Outra dimensão muito interessante da relação entre jurisdição e *smart contracts* está no uso da tecnologia dos *blockchains* para automatizar medidas executivas, eventualmente de modo integrado com os próprios *smart contracts*. É o *smart enforcement* – o que renderia todo um outro ensaio. Sobre o tema, v. BLANC,

7.1. Jurisdição estatal ou arbitral

A tutela jurisdicional das partes do *smart contract* pode desenvolver-se no âmbito estatal ou arbitral. É possível que o contrato contenha cláusula arbitral ou que as partes celebrem compromisso arbitral em separado.

A cláusula arbitral poderá estar prevista na avença convencional paralela ao ajuste em código computacional – e nesse caso não haverá maiores dificuldades no reconhecimento de sua eficácia e validade, se o pacto em linguagem tradicional estiver reduzido a instrumento escrito ou documento digital (Lei nº 9.307/1996, art. 4º, § 1º). Ainda que não conste do instrumento ou de um anexo a ele, a sua simples previsão em algum outro documento ou correspondência (inclusive e-mails, mensagens por aplicativos etc.), conforme o art. II, n. 2, da Convenção de Nova York para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Mais complexa será a questão quando houver apenas uma enunciação de “termos gerais de serviço” ou de “condições gerais do contrato” disponibilizada em *site* da *internet*, da qual conste a previsão de arbitragem para os litígios decorrentes daquele *smart contract*. Nessa hipótese, sob a égide do direito brasileiro, poderá surgir discussão sobre a eficácia vinculativa de tal cláusula arbitral para o “aderente”, se ela não tiver sido prevista em destacado e não tiver sido objeto de assentimento específico, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307. Não será possível afirmar de plano a ineficácia da cláusula. Vários fatores precisarão ser considerados. Entre eles: (i) a circunstância de que, no mais das vezes, os termos gerais não foram fixados por nenhuma das partes contratantes: ambas aderiram e nenhuma delas impôs aquelas condições à outra; (ii) possíveis atos e condutas das partes confirmatórios da disposição de usar a arbitragem; (iii) a (in)existência de vulnerabilidade das partes e de assimetria de posições; (iv) a eventual circunstância de que a arbitragem é o método costumeiramente usado naquele setor econômico ou ramo de negócio e de que as partes estão plenamente inseridas naquele setor.

De resto, até mesmo já existem mecanismos específicos de solução de disputas que se valem da tecnologia e de sistemas baseados em *blockchain*. Jeremy Sklaroff descreve mecanismos que possibilitam a resolução de disputas de modo simplificado. Cita o exemplo do OpenBazaar, um mercado ponto a ponto semelhante ao eBay, que conta com moderadores para julgar disputas. Os compradores podem incluir um moderador em uma transação, que poderá ser revertida se ele acolher a reclamação formulada. O próprio criador do *Ethereum*, Vitalik Buterin, chegou a sugerir a instituição, na plataforma, de um sistema judicial descentralizado para julgar disputas em troca de uma taxa.⁷⁷ Miren B. Aparicio Bijuesca aponta também

Florentin; FAURE, Michael Faure. Smart enforcement: Theory and Practice. *European Journal of Law Reform*. Haia, v. 4, 2018, *passim*.

⁷⁷ SKLAROFF, Jeremy. Smart contracts and the cost of inflexibility. *University of Pennsylvania Law Review*. Filadélfia, v. 166, 2017, p. 300-301. O autor, porém, não se revela otimista quanto a essas soluções serem aptas a cumprirem o papel de dar segurança e previsibilidade (com consequente redução de custos) aos *smart contracts* (p. 302-302).

a existência de várias modalidades de mecanismos alternativos de resolução de disputas internas às plataformas de *smart contracts*, incluindo soluções que vão desde as existentes nos *Aragon* e *Ricardian Contracts* (consistentes em um grupo de juízes privados ou árbitros, que agem de forma semianônima) até propostas mais anônimas de modalidades de resolução de disputas baseadas em mecanismos jurisdicionais distribuídos, com possibilidade de os usuários optarem pela submissão a esse meio de resolução, ao celebrar o contrato.⁷⁸ Outro exemplo de plataforma de solução de controvérsias baseada na tecnologia *blockchain* é a *Kleros*, um sistema *online* de resolução de disputas descentralizado. A plataforma *Kleros* vale-se ela própria de *smart contracts* e conta com a atuação de jurados ("árbitros") anônimos, que atuam por incentivo econômico (com recurso a *tokens* emitidos pela própria plataforma) para a solução de conflitos.⁷⁹

Tais mecanismos são colocados sob a denominação comum de *Online Dispute Resolution* – ODRs ou mecanismos *online* de solução de controvérsias.

Muitos desses mecanismos não consistirão propriamente em arbitragem (nos termos da Lei nº 9.307 ou conforme os parâmetros da Convenção de Nova York e de outros tratados internacionais). Terão muitas vezes natureza mais próxima de arbitragens "não rituais", atípicas (cuja decisão final vinculará com a força obrigatória de contrato) ou de mecanismos de arbitramento de questões fáticas ou técnicas (também com valor e eficácia contratual).

Cabe dar mais atenção a esses mecanismos heterônomos atípicos de solução e prevenção de conflitos – seja para lhes conferir o adequado tratamento jurídico, seja para utilizá-los com mais frequência e eficiência (como destacado no item 5.8., acima). Por não se identificarem com a arbitragem típica, tendo mero valor de contrato, o resultado da atuação desses mecanismos é ainda revisável na via jurisdicional (arbitral propriamente dita ou estatal), nos limites em que é controlável jurisdicionalmente um contrato.

7.2. Tutela restitutória ou reparatória (desfazimento ou ressarcimento do cumprimento indevido)

Como já destacado, o automatismo e inexorabilidade do cumprimento do *smart contract* tende a inviabilizar qualquer providência jurisdicional preventiva. Assim, e ainda que se constate, mesmo antes de aperfeiçoado o autocumprimento, que as prestações ali programadas são indevidas (por não corresponderem à efetiva avença entre as partes; por serem nulas etc.), apenas caberá, na medida do possível,

⁷⁸ BIJUESCA, Miren B. Aparicio. The challenges associated with smart contracts: formation, modification, and enforcement. In: *Smart contracts: Is the Law Ready?* (Org. Smart Contracts Alliance). Washington: Chamber of Digital Commerce, 2018, p. 32, nota 85.

⁷⁹ Confira-se BERGOLLA, Luis; SEIF, Karen; EKEN, Can. A Socio-Legal Case Study Of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration (July 30, 2021). BERGOLLA, Luis; SEIF, Karen; EKEN, Can. *Kleros: A Socio-Legal Case Study of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration*. 37 Ohio St. J. on Disp. Resol. 1 (forthcoming October 2021). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3918485_code2449960.pdf?abstractid=3918485&mirid=1, acesso em: 22.9.2021.

desfazer depois o indevido resultado gerado (tutela restitutória). Na impossibilidade dessa restituição, restará a tutela ressarcitória (indenização por perdas e danos) – observados os limites adiante destacados (item 7.5.).

A restituição ou reparação poderá ser feita mediante os mecanismos convencionais de tutela jurisdicional – produzindo-se no mundo físico resultado que propicie o retorno ao *status quo ante* ou o ressarcimento. Nesse caso, os limites adiante indicados tendem a incidir com maior intensidade.

Bem por isso, cabe indagar se não seria possível a produção de um resultado restitutório ou ressarcitório em forma específica mediante o emprego dos mesmos meios tecnológicos do *blockchain*. Nessa linha, é interessante a sugestão de Mariana Fontes da Costa: “no limite sempre se poderá pensar num mecanismo próximo da execução específica em sede de contrato-promessa, nos termos do qual o tribunal se substitui ao contraente faltoso, ficcionando uma nova transação digital que reconstitua a situação na *blockchain* nos exatos termos em que a mesma foi reconstituída judicialmente”.⁸⁰ Na medida em que tecnicamente possível, direta restituição ou reparação na via digital tende a ser mais eficiente e simples, superando alguns dos limites à tutela jurisdicional executada nos moldes tradicionais.

7.3. Há espaço para tutela específica *ex ante*?

Em princípio, não há norma jurídica proibitiva da interrupção do autocumprimento do *smart contract*. Trata-se um limite fático à atuação jurisdicional. A relevância dessa constatação está em que, surgindo tecnologia possível, pode-se cogitar da interrupção jurisdicional do autocumprimento juridicamente indevido ou na produção de um resultado equivalente a tanto.

Assim, cumpre dar um passo adiante em relação à cogitação feita no final do tópico anterior, para aqui cogitar de uma tutela específica preventiva ou simultânea, que iniba o próprio autocumprimento indevido ou o corrija. Jorge Feliu Rey parece otimista quanto a esse ponto, ao afirmar que “atualmente, existem soluções tanto para paralisar o automatismo na execução como para efetuar possíveis modificações no código que permitam corrigir erros ou limitar o automatismo. Em primeiro lugar, como não é possível, de forma geral, paralisar a execução ou modificar um código ativado, o que se faz na prática é a inclusão de um código adicional com poder de provocar a inabilitação ou desativação do contrato, chamado código autodestrutivo ou suicida.”⁸¹ E o privatista espanhol vai além, com amparo na lição de Pierluigi Cuccuru: “Além disso, soluções estruturais podem atenuar o traço definitivo dos *distributed ledgers*. Desse modo, mesclam-se modelos alternativos como os sistemas híbridos ou as plataformas de *blockchain* privadas, modelos que permitem identificar usuários ou nós qualificados que mitigarão os efeitos específicos dos sistemas próprios dos sistemas

⁸⁰ *Decentralized smart contracts*: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva. Cit., p. 493 (ideia reiterada na p. 495).

⁸¹ *Smart contract*: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. Cit., p. 115.

descentralizados, corrigindo erros ou permitindo a reversibilidade da operação".⁸² Por fim, Feliu Rey considera até mesmo a hipótese, que até aqui nos parece remota (além de discutível), de que "a autoridade judicial pudesse se converter em um Oráculo, de maneira que, durante a vigência do *smart contract* aquele tivesse que acudir ao citado Oráculo para que lhe informasse se deve ou não cumprir o negócio ou modificar seu conteúdo, embora, na última hipótese, a autorização ou a possibilidade de que se possa intervir no código implicará a perda das funções que lhes são próprias."⁸³

Os riscos e inconvenientes dessas providências não são poucos. A situação é dilemática, paradoxal, para os *blockchains*, como nota Mariana Fontes da Costa: "facilitando a alteração dos registros de dados constantes da rede, de modo a permitir o ajustamento dos mesmos às novas realidades geradas pelas decisões judiciais em matéria de *smart contracts*, põe em causa uma das características que a torna verdadeiramente inovadora e apelativa aos olhos do tráfego negocial; mantendo a dificuldade (quase impossibilidade) de alteração dos seus registos, boicota as suas aspirações de vir no futuro a tornar-se um registo global e fiável de transações e titularidades de valores".⁸⁴ Depois de fazer semelhante advertência,⁸⁵ Cuccuru pondera que o sucesso e a disseminação comercial da tecnologia de *blockchain* e da difusão de serviços de *blockchain* dependeriam de um equilíbrio sustentável entre eficiência, por um lado, e regulabilidade, por outro.⁸⁶

7.4. A tutela do credor

As partes celebram *smart contracts* visando a obter seus efeitos autoexecutórios e, assim, não dependerem do cumprimento de prestações de conduta da contraparte nem da execução judicial em caso de inadimplemento. Mas os *smart contracts* também são avenças jurídicas, aptas a gerarem prestações de condutas e passíveis, se for o caso, de tutela jurisdicional para o seu cumprimento.⁸⁷

⁸² REY, Feliu. *Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado*. Cit., p. 115. Quanto ao ensaio de Cuccuru (Beyond bitcoin: an early overview on smart contracts. *International Journal of Law and Information Technology*, Oxford, v. 25, 2017), v. esp. p. 191-192. Cuccuru nota já haver uma tendência de redução da descentralização dos *blockchains*, com a adoção de modelos híbridos: "To overcome the criticisms deriving from the impermeability of blockchain relationships, software developers and market actors are indeed currently trialling prototypes of hybrid blockchains – usually called 'permissioned' or private blockchains – whereas Bitcoin's fully decentralized model is progressively losing its appeal." (p. 192)

⁸³ *Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado*. Cit., p. 116.

⁸⁴ *Decentralized smart contracts: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva*. Cit., p. 492-493.

⁸⁵ "In a nutshell, efficiency and decentralization should not result in a kind of 'oppression by code' hindering any legitimate review or correction of the instructions programmed in the blockchain. At the same time, however, opening the doors to external control downplays the advantages decentralized ledgers can offer" (Beyond bitcoin: an early overview on smart contracts. Cit., p. 192).

⁸⁶ *Beyond bitcoin: an early overview on smart contracts*. Cit., p. 192.

⁸⁷ Werbach e Cornell valem-se de metáfora bem-humorada para ilustrar esse ponto. Algo como: eu não compro um automóvel com escopo de usá-los para fugir de zumbis do apocalipse; no entanto, se houvesse uma invasão zumbi e meu carro estivesse disponível, eu preferiria fugir com ele, e não a pé (*Contracts: Ex Machina*. Cit., p. 10-11).

A tutela do cumprimento pode ser necessária quando, por qualquer falha de programação, frustrar-se o autocumprimento ou porque estão envolvidas prestações decorrentes ou complementares.

7.4.1. Possível força executiva

O *smart contract* pode ter sua avença em linguagem tradicional já instrumentalizada em documento escrito físico ou digital que constitua título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, esp. inc. II e III). Na hipótese de documento digital, o STJ inclusive já reputou bastarem as assinaturas digitais das partes, sendo dispensadas as testemunhas, na hipótese do art. 784, II – a despeito da letra expressa da lei.⁸⁸

Havendo título executivo extrajudicial, a ação executiva será diretamente promovida perante o poder judiciário, mesmo que exista convenção arbitral.⁸⁹

7.4.2. Provas, em processo de conhecimento comum ou monitorio

Não havendo título executivo extrajudicial, será preciso obter-se decisão condenatória (título executivo judicial), em processo de conhecimento, perante tribunal arbitral ou o judiciário, conforme haja ou não convenção arbitral.

Nesse caso, assumirá especial relevância o material probatório apto a demonstrar o sentido e alcance das obrigações pactuadas. Existindo avença escrita em linguagem tradicional, em via física ou digital, essa servirá de prova. Mas também terão valor probatório outros documentos que direta ou indiretamente delineiem o ajuste feito entre as partes (e-mails, cartas, anotações...), bem como será cabível o emprego de prova oral (testemunhas e depoimentos das partes). Eventualmente, os termos do *smart contract* foram retratados em “condições gerais”, “termos de serviço” ou ato semelhante, divulgado na plataforma de *blockchain* ou coisa que o valha. Nesse caso, esse ato poderá inclusive ser reduzido a termo, em uma ata notarial (CPC, art. 384) ou verificado diretamente pelo Juiz, em diligência equiparável à inspeção judicial (CPC, arts. 481-484).

Pode surgir a necessidade de se comprovar o sentido e alcance da avença estabelecida em código computacional. Nesse caso, haverá a necessidade de contar com o concurso de um perito, com expertise técnica na matéria.⁹⁰ Como observa Estévez Rincón, a perícia se destinará à tradução em linguagem “humana” de toda a prova que pretende se apresentar em código. Tal tradução é relevante apenas para fins de compreensão por parte dos sujeitos do processo, pois o código computacional, em si, já tem valor documental probatório.⁹¹

⁸⁸ STJ. REsp 1.495.920. 3ª T., v.m., Rel. Min. Paulo Sanseverino, j. 15.05.2018, DJe 07.06.2018.

⁸⁹ STJ. REsp 944.917. 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.09.2008, DJe 03.10.2008.

⁹⁰ Em alguns ordenamentos, já há disciplina específica estabelecendo algumas presunções legais relativamente aos fatos e registros extraídos por um aplicativo válido de *blockchain*, tais como conteúdo, autoria e data. É o caso do Estado de Vermont, nos EUA (DE CARIA, Riccardo. The Legal Meaning of Smart Contracts. *European Review of Private Law*. Alphen, v. 6, 2019, p. 738 e 749).

⁹¹ RINCÓN, Carlos Estévez. *Smart contracts y su aplicación al derecho mercantil*. Cit., p. 41.

Essa prova normalmente será utilizada em processo comum de conhecimento. Se o material probatório estiver suficientemente contido em prova pré-constituída escrita (documentos físicos ou digitais, atas notariais, perícias antecipadamente realizadas etc.) é possível pleitear-se ação monitória, na qual, se os documentos demonstrarem a forte plausibilidade dos fatos constitutivos da obrigação, o Juiz deverá conceder uma ordem liminar de cumprimento (que poderá, todavia, ser neutralizada por embargos – CPC, arts. 700 a 702).

7.5. Limites jurídicos e práticos da jurisdição

A tutela jurisdicional dos *smart contracts* pode enfrentar limites práticos e jurídicos. São dificuldades ou parâmetros que podem igualmente surgir em outras tantas modalidades de litígio, mas que nessa específica hipótese tendem a exacerbar-se.

O primeiro deles diz respeito aos limites de jurisdição nacional (CPC, arts. 21 a 25). Surgindo a necessidade de atingir patrimônio situado fora do país ou de diretamente ordenar providências (com a eventual cominação de medidas coercitivas) a administradores de *nodes* de validação situados no exterior, haverá a necessidade de atos de cooperação de outras jurisdições (CPC, arts. 26 e 27). Eventualmente, algo dessa limitação é superável se e quando a jurisdição brasileira conseguir diretamente adotar providências no sentido de inserir na rede códigos adicionais que ficionem novas transações com efeito restitutivo da anterior ou aptos a neutralizar operações em curso etc. A virtualidade das relações digitais e de seus efeitos tem essa vantagem: eles estão em todo lugar – e todos os Estados, portanto, são competentes. A atuação jurisdicional feita nesses termos não é ofensiva à soberania de outras jurisdições.⁹² Outro modo de superar os limites da jurisdição internacional consiste em – em vez de se voltar diretamente contra a empresa sediada no exterior, para que ela diretamente adote a providência devida – empregar ordens e medidas coercitivas contra agentes ou representantes seus, situados em território nacional.⁹³

Outra dificuldade significativa pode residir na identificação da parte adversária na ação. No caso *The DAO*, por exemplo, os *hackers* que promoveram o desvio fraudulento permaneceram anônimos. José Carlos Lopes Pereira nota que:

[e]sta exigência de identificar as partes apresenta uma contradição. Pois, normalmente, o anonimato caracteriza as transações realizadas numa *Blockchain*, onde se incluem os *Smart Legal Contracts*. (...) Na *Blockchain*, por exemplo, o processo técnico de gestão de informação é baseado numa série de etapas e em que

⁹² YARSHELL, Flávio Luiz; GOMES, Adriano Camargo. Internet e limites da jurisdição: uma breve análise à luz do direito processual civil. In: *Direito, processo e tecnologia* (Coord. Erik Wolkart e outros). São Paulo: RT, p. 44-45.

⁹³ TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: *Processo penal* (Coord. A. Cabral, E. Pacelli e R. Cruz). Salvador: JusPodivm, 2016. p. 382; YARSHELL; GOMES. Internet e limites (...). Cit., p. 47; LAUX, Francisco de Mesquita. *Redes sociais e limites da jurisdição*. São Paulo: RT, 2021. p. 308-309.

a identificação e a verificação da identidade são separadas em camadas. Por isso, não temos uma administração responsável pela totalidade do sistema, mas sim um *node* de validação que verifica se o nosso identificador, numa transação, é válido ou não. Embora não exista um acesso direto à identidade daquelas e não se possa alterar ou excluir o nosso identificador digital, num *Smart Legal Contract* os *nodes* têm acesso a ele, de modo a prosseguir com a validação do contrato. (...) Tendo em conta a questão da privacidade, coloca-se a questão, na perspectiva de uma rede *Blockchain*, de como é que será possível fornecer informações pessoais das partes de um *Smart Legal Contract* a um tribunal, por exemplo, se elas se encontram encriptadas e só poderão ser reveladas através da posse da chave privada.

O próprio Lopes Pereira apresenta resposta satisfatória à questão: “perante este cenário, a parte contraente que quer propor uma ação em tribunal deveria ter a possibilidade de indicar o número digital que identifica a outra parte contraente e de requerer, ao mesmo tempo, que o responsável pela plataforma onde o contrato está armazenado fornecesse pelo menos a morada daquela, de forma a ser citada e a comparecer ao tribunal com a sua chave privada, fornecendo voluntariamente as restantes informações pessoais”. Evidentemente, a necessidade de expedição de ordem dirigida ao administrador da plataforma para que identifique a outra parte pode enfrentar as limitações internacionais de jurisdição, acima indicadas.

Essas questões e dificuldades podem ter como efeito o incentivo do recurso aos métodos *online* de resolução de controvérsias, como os *ODRs* – *Online Dispute Resolution*, já referidos acima. No Reino Unido, chegou-se a propor regras de resolução digital de disputas, editadas pela *UK Jurisdiction Task Force*. Tais regras buscaram adaptar a resolução de disputas ao contexto de conflitos digitais envolvendo *smart contracts*. Entre essas regras, evidencia-se a definição de procedimento para assegurar rapidez na solução a ser fornecida, a possibilidade de os árbitros implementarem as soluções (decisões) diretamente na rede de *blockchain* (*on-chain*) usando mecanismo criptográfico de chaves privadas e a possibilidade de anonimidade das partes em disputa.⁹⁴

8. Conclusão

O modelo de autocumprimento dos *smart contracts* é em princípio legítimo, na medida em que se embasa em solução preestabelecida conjuntamente pelas partes e não atribui a uma delas o poder de agir de modo arbitrário e unilateral. A tecnologia cumpre o papel de um terceiro imparcial. Tal modelo não se reveste das

⁹⁴ Disponível em: https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2021/04/Lawtech_DDRR_Final.pdf, acesso em: 21.9.2021.

características que fazem da autotutela algo apenas excepcionalmente aceito e ele pode servir de inspiração para mecanismos semelhantes em outros âmbitos.

A circunstância de ser vertido em código computacional e em princípio não ser possível interromper seus comandos não torna o *smart contract* alheio ao Direito. Caberá seu controle jurisdicional (estatal ou arbitral). A tutela jurisdicional desempenhada será essencialmente restitutória ou ressarcitória, por conta da inexorabilidade do autocumprimento: incidirá o *solve et repete*, que no contexto dos *smart contracts* não será ilegítimo.

Não se pode descartar a necessidade de tutela jurisdicional para o cumprimento de prestações previstas no *smart contract* – seja porque nem todas elas eram aptas à direta e automática implementação, seja por *bug* do código computacional ou falha na alimentação dos dados externos. Nesse caso, caberá verificar o material probatório disponível – e mostra-se relevante a documentação ou instrumentalização do contrato em linguagem tradicional (não apenas computacional), escrita ou não.

São concebíveis, desde logo ou em futuro próximo, soluções que poderiam atenuar a inexorabilidade do autocumprimento do *smart contract* e possibilitar alguma tutela jurisdicional simultânea ou preventiva. A questão está em superar o dilema sobre como ampliar a controlabilidade sem retirar o dinamismo e eficiência dos *smart contracts*. O exato papel que os *smart contracts* irão assumir passa pela definição dessa questão.

Em qualquer caso, pode-se concluir, com Werbach e Cornell, que os *smart contracts* podem evitar a ida ao tribunal, mas não têm como substituí-los.⁹⁵

⁹⁵ *Contracts: Ex Machina*. Cit., p. 20.

Direito Constitucional Financeiro: da previsão abstrata ao protagonismo normativo

Fabrcio Dantas*

Sumrio

1. Introduo. A trajetria de dependncia em direo a efetividade do direito financeiro e os crculos viciosos argumentativos. 2. A Repblica Nova em perspectiva: economia e poltica como anfitriãs de Plauto da Constituio financeira. 3. A Constituio Financeira entre a Poltica Fiscal e os ciclos polticos oportunistas. 4. A trajetria pendular do endividamento subnacional na lgica fiscal invertida brasileira. 4.1. Da Constituio de 1988 at a Lei de Responsabilidade Fiscal. 4.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal como marco da eficcia social do direito financeiro e de afirmao da lgica fiscal invertida. 5. Concluses parciais. Protagonismo normativo e conflito federativo: as duas faces da efetividade financeira.

Resumo

O presente artigo, dividido em cinco tpicos, tem como objeto a anlise da evoluo do direito financeiro na trajetria constitucional brasileira. No primeiro tpico, traado um panorama das progressivas abordagens sobre o institucionalismo jurdico, destacando as principais mudanas metodolgicas que ocorreram nas cincias sociais, especialmente a partir da segunda metade do sculo XX. O segundo tpico inicia a abordagem sobre a gradual alterao na concepo acerca do direito financeiro no Brasil, apontando fatores econmicos e polticos que fizeram com que a Constituio Financeira saísse do cenrio de inefetividade em que se encontrava para o papel de protagonista de planos econmicos. O tpico seguinte, valendo-se de contribuies de tericos da Nova Economia Institucional, expoe algumas razes pelas quais, diante do conflito entre economia e poltica, o jogo poltico brasileiro no abria espaos para a regulamentao do direito constitucional financeiro. Apes, no quarto tpico, so analisadas algumas normas editadas no af da redemocratizao no pas, tendo como parmetros a Constituio de 1988 e a Lei de Responsabilidade Fiscal. Por fim, so apontadas, no ltimo tpico, algumas concluses acerca da efetividade do direito financeiro, com foco na necessidade de se conferir, no mbito normativo, um olhar alm do formalismo instrumental, almejando a sustentabilidade e a pacificao de entes, Poderes e instituies.

* Doutor em Direito Financeiro e Tributrio pela Universidade de So Paulo. Professor da Graduao e Pps-Graduao da FGV/EPGE. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Arbitro do Centro Brasileiro de Mediao e Arbitragem. Advogado no Rio de Janeiro e So Paulo. Ex-Procurador da Fazenda Nacional.

Abstract

This article, divided into five topics, aims to analyze the evolution of financial law in the Brazilian constitutional trajectory. In the first topic, an overview of the progressive approaches to legal institutionalism is drawn, highlighting the main methodological changes that took place in the social sciences, especially from the second half of the 20th century onwards. The second topic begins the approach to the gradual change in the conception of financial law in Brazil, pointing out economic and political factors that made the Financial Constitution leave the scenario of ineffectiveness in which it found itself to play the protagonist role in economic plans. The following topic, drawing on contributions from New Institutional Economics theorists, exposes some reasons why, given the conflict between economics and politics, Brazilian politics did not open spaces for the regulation of financial constitutional law. After that, in the fourth topic, some norms edited in the eagerness of re-democratization in the country are analyzed, having as parameters the 1988 Constitution and the Fiscal Responsibility Law. Finally, in the last topic, some conclusions about the effectiveness of financial law are pointed out, focusing on the need to confer, in the normative scope, a look beyond the instrumental formalism, aiming at the sustainability and pacification of entities, Powers and institutions.

Palavras-chave: Direito Constitucional Financeiro. Finanças Públicas. Federalismo fiscal. *Path dependence*. Política fiscal. Sustentabilidade fiscal. ADI nº 2.250. ADI nº 2.338. Lei de Responsabilidade Fiscal. Equilíbrio orçamentário. Controle de contas. Evolução do Direito Financeiro.

Keywords: *Financial constitutional law. Public finances. Fiscal Federalism. Path dependence. Fiscal policy. Fiscal sustainability. ADI 2,250. ADI 2,338. Fiscal responsibility law. Budget balance. Account control. Evolution of financial law.*

1. Introdução. A trajetória de dependência em direção à efetividade do direito financeiro e os círculos viciosos argumentativos

As recentes discussões sobre o institucionalismo jurídico são parte de um conjunto de mudanças metodológicas que ocorre nas ciências sociais, principalmente a partir da segunda metade do século passado. A ciência jurídica retoma as origens institucionalistas de juristas como Samuel Pufendorf, Maurice Hauriou, Santi Romano e Rudolf Stammler.

A nova teoria jurídica institucionalista do final do século XX e início do século XXI, por certo, guarda alguma reverência à tradição institucionalista da ciência do direito do século XVII ao início do século XX. O contexto jurídico institucionalista contemporâneo, porém, surge com uma ambição diversa. Pelas perspectivas multidisciplinares e com uma metodologia renovada, a virada científica neoinstitucionalista da década de 1980 trouxe a análise do comportamento das estruturas jurídicas de novo para o centro de interesse da ciência política.

Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, inclusive, observam que o estudo da teoria institucional da decisão, em um contexto político amplo, subverteu a trajetória inercial de uma crítica jurisprudencial monótona, restrita e, até certo ponto, previsível, que prevalecia na teoria constitucional desde o segundo pós-guerra.¹ A ciência jurídica institucional contemporânea se aproveita do amplo vocabulário metodológico que o novo institucionalismo conferiu à economia, à ciência política, à sociologia e à história.

O retorno institucionalista promoveu o conceito de instituição a um lugar de destaque nas investigações das ciências sociais. A moral coletiva organizada em entidades que surgem por imposição, nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes,² ganha uma nova roupagem com a economia institucional do século XX. Ronald Coase, Oliver Williamson e Douglass North resgataram o institucionalismo clássico de Thorsten Veblen, John Commons e Wesley Mitchell. O método descritivo do institucionalismo econômico, que havia sido duramente criticado pela geração de Alfred Marsall, Joseph Schumpeter e Gunnar Myrdal, foi retomado em perspectiva diversa pelo movimento que se tornou conhecido como a Nova Economia Institucional.³

Paralelamente, a ciência política da década de 1960 e 1970, envolvida no behaviorismo puro do segundo pós-guerra, tentava procurar espaços multidisciplinares. A historiografia marxista descritiva de fatos encontrava a inovação metodológica da *nouvelle histoire* dos Annales. A análise sociológica institucional de Talcott Parsons substituíu a descrição factual da Escola de Chicago e aproximava a teoria da ação social de Max Weber e Émile Durkheim à perspectiva sistêmica, superando a maior crise metodológica da sociologia até então.

Sob o véu da multidisciplinariedade, portanto, as facetas institucionalistas ganharam impulso como uma reação em cadeia às metodologias econômicas, políticas, sociológicas e historiográficas descritivas puras. Peter A. Hall e Rosemary C. Taylor, em ensaio que se tornou um *standard* da nova fase, descrevem que os avanços científicos das duas últimas décadas introduziram novos métodos e desviaram da forma descritiva do *institucionalismo clássico* a busca por definições sobre o papel dos novos atores institucionais no sistema político-social. As perspectivas multidisciplinares, histórica, política, econômica e sociológica, deram origem a metodologias multifacetárias, convencionalmente denominadas de *neoinstitucionalismo*.⁴

O *arranjo institucional*, segundo Douglass North e Lance Davis, seriam as formas como as unidades sistêmicas poderiam cooperar ou competir dentro de um sistema de normas, econômicas, sociais ou jurídicas, que eles denominam *ambiente institucional*.⁵

¹ Cf. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics, and judicialization*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. p. 10.

² Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito*. O direito como prática. São Paulo: Atlas, 2021. p. 137.

³ Cf. SAMUELS, Warren J. The present state of institutional economics. *Cambridge Journal of Economics*, v. 19, nº 4, p. 575-577, 1995.

⁴ Cf. HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. *As três versões do neo-institucionalismo*. Cit., p. 193-223.

⁵ "The institutional environment is the set of fundamental political, social, and legal ground rules that establishes the basis for production, exchange, and distribution. Rules governing elections, property rights, and the right of contract are examples of the type of ground rules that make up the economic environment. In the American

O direito, na qualidade de *ambiente institucional*, não ficou alheio a esse movimento multidisciplinar. A identificação de novos atores de influência institucional, ou seja, de um novo *arranjo institucional* e seus múltiplos centros de decisão, mudou a faceta do sistema jurídico como um todo e do sistema constitucional financeiro em particular.

Na vertente da teoria geral do estado e do direito constitucional, Martin Shapiro, no início da década de 1960, já percebia que os constitucionalistas, especialmente os norte-americanos, estavam fascinados com o novo alcance que a jurisdição constitucional alcançava em âmbito mundial. A expansão do mecanismo do *judicial review* trouxe para as cortes constitucionais um grande poder, até então desconhecido e ainda pendente de legitimação. Enquanto isso, a estrutura da organização política mudava profundamente com o escalonamento dos centros de poder do Estado Administrativo. A competição pelo domínio da influência se inseria em uma estrutura política complexa, com novos atores institucionais e novas interações de poder.⁶

O chamado “novo institucionalismo”⁷ mudava a estrutura política do Estado Administrativo para além da legitimação democrática da influência de um Poder sobre o outro. A multiplicidade de centros decisórios institucionais criava um complexo mecanismo de manipulação política, que estimulava grupos de interesse a manobram o poder democrático, ao largo das instituições clássicas da separação de poderes. A teoria institucional da decisão jurídica ganhava novos atores, novas técnicas e formas mais sofisticadas de manipulação política, enquanto a teoria constitucional mantinha o olhar unívoco para o papel do Judiciário na estrutura tradicional de poder.⁸

Na vertente da teoria geral do direito e da filosofia do direito, Herbert Hart revolucionou o pensamento jurídico contemporâneo. Segundo Hart, a justiça é um segmento da moral preocupado precipuamente, não com a conduta individual, mas como classes de indivíduos são tratadas. Isso faz com que a justiça se torne a instituição social de maior valor dentro do amplo contexto de instituições sociais e públicas dedicadas à crítica jurídica.⁹ O direito, nesse contexto, é uma complexa instituição social e política, governado por regras e, nesse sentido, portanto, com um

economy, the environment is established by: a written document, the Constitution, and the interpretations that the judiciary have placed on it in decisions dating back to the earliest years of the Republic; and the views of the nation's citizens about the type of institutions that they prefer. [...] An institutional arrangement is an arrangement between economic units that govern the ways in which these units can cooperate and/or compete. The institutional arrangement is probably the closest counterpart of the most popular use of the term 'institution'". (NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cit., p. 6-7)

⁶ [...] *what really emerges from an examination of Congress and the Presidency is not a picture of democratic, majoritarian bodies, voicing popular will and responsible to it, but an elaborate political structure in which groups seek advantage through maneuvering among the various power centers. The results are not the enunciation of the will of the majority of the American people but compromises among competing interest groups.*" (SHAPIRO, Martin. *Judicial modesty political reality and preferred position*. *Cornell Law Review*, v. 47, nº 2, p. 189, 1962)

⁷ Cf. GILLMAN, Howard. *Martin Shapiro and the movement from "old" to "new" institutionalist studies in public law scholarship*. *Annual Reviews of Political Science*, v. 7, p. 363-382, 2004.

⁸ *"Government agencies in order to further their programs, or the programs of the groups they represent, themselves seek to create support among other governmental and nongovernmental groups. In this process of building, rebuilding, trading, and borrowing political strength, clear questions for majority decision simply do not emerge."* (Idem, *ibidem*).

⁹ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 167-168.

destacado aspecto normativo, cuja estrutura geral é a mesma em diversos tempos e em diversas culturas, a despeito das suas peculiaridades.¹⁰ O sistema legal é sobretudo uma prática institucional de estrutura generalizada que traduz os deveres e obrigações aceitos pelo grupo social.¹¹

Joseph Raz, aliando a visão de Herbert L. A. Hart de direito como prática institucionalizada às *razões práticas de primeira ordem* e de *segunda ordem*, difere três tipos de sistemas normativos: (i) as *regras pessoais*, limitadas a práticas pessoais; (ii) as *regras sociais*, ou seja, as regras de certa sociedade ou comunidade; (iii) as *regras institucionalizadas*, que são uma subespécie de *regra social*, porém que dependem quando há *instituições* aptas a garantir o seu cumprimento ou lidar com o seu descumprimento.¹²

O direito não só é um *sistema normativo institucionalizado*, como é o principal deles, pelas próprias características das normas jurídicas, acrescenta Raz.¹³ O *sistema legal* é, por natureza, dotado de normas cujo peso ou é dado por *razões práticas de primeira ordem* ou é estabelecido por *razões excludentes* ou *razões práticas de segunda ordem*. Dessa forma, as instituições responsáveis pelo seu cumprimento são dotadas de *autoridade* pelo seu cumprimento, seja pela garantia prévia ou pela capacidade punitiva *a posteriori*, por meio de normas que ou bem impõe razões para agir ou bem suscita razões para não agir.¹⁴ As razões de primeira ordem se submetem às razões excludentes, dentro do *sistema jurídico institucionalizado* por determinada sociedade.

O fato institucional, ou seja, aquele que depende da interpretação de coisas, eventos e comportamentos, como afirma Neil MacCormick, precisa de uma referência normativa.¹⁵ A teoria normativa institucional do direito de MacCormick também funda suas bases na institucionalização. A validade da norma jurídica se relaciona com a possibilidade de institucionalização de seus parâmetros pelo sistema jurídico.¹⁶

MacCormick sofreu a influência de uma série de autores contemporâneos, especialmente Ota Weinberger,¹⁷ mostrando a importância e a abrangência da concepção institucionalista do direito, a partir da segunda metade do século passado.¹⁸

¹⁰ *Idem, ibidem.*

¹¹ *Idem*, p. 176-182.

¹² "Institutionalized rules are really a subclass of social rules except that they exist only when there are institutions designed to ensure conformity to the rules or to deal with deviations from them." (RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. p. 52)

¹³ "[...] legal systems are the most important of all institutionalized systems and this is so as a matter of logic. It is a direct result of the defining features of law." (*Idem*, p. 149)

¹⁴ "In a case to which a reason incompatible with the norm, but not excluded by it, applies one must determine what one ought to do on the balance of reasons, comparing the weight of the norm as a first-order reason with the weight of the competing reason." (*Idem*, p. 77)

¹⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 13.

¹⁶ *Idem*, p. 160-164.

¹⁷ Além do jusfilósofo tcheco, Ota Weinberger, autores como o holandês Dick W. P. Ruiters, o espanhol Joxerramon Bengoetxea, o finlandês Eerik Lagerspetz e o italiano Massimo La Torre são influências presentes na construção da teoria institucional do direito de Neil MacCormick. (*Idem*, p. 12)

¹⁸ "[...] uma sequência de outros textos surge no final dos anos 1950, como *The idea of a social science and its relation to philosophy*, de Peter Winch em 1958, *Intention* da mesma ANSCOMBE em 1957 e finalmente *The concept of law* de Hebert Hart em 1961. Essas contribuições ultrapassaram a divisão do *ser-dever-ser*

As visões contemporneas sobre o institucionalismo jurdico so, em larga medida, uma volta à teoria da ação social de Max Weber e Rudolph Stammler,¹⁹ inserida em uma lógica sistêmica por Talcott Parsons. A teoria da ação social da *sociologia compreensiva* de Weber se converte no ato-unidade referencial para a busca da estabilidade da teoria dos sistemas de Parsons. Fatos institucionais, portanto, não surgem naturalmente. Precisam ser valorados, por meio da comparação com parâmetros e regras *institucionalizados* e *internalizados*²⁰ por determinado sistema social. Esses parâmetros, no sistema legal normativo, são dados pelo estudo das interações entre o *ambiente institucional* e o *arranjo institucional*.

A visão institucionalista do direito, portanto, não se limita a uma estrutura subjetiva de órgãos, entidades ou instituições. O comportamento e as relações sociais e institucionais, dentro de padrões de interação, são o centro do institucionalismo, que busca ainda elementos linguísticos²¹ e componentes técnicos da *teoria da decisão interativa*.

Muito menos se limita a fundamentar o déficit democrático da atuação do Judiciário na jurisdição constitucional. Embora o seu sucesso, especialmente na academia jurídica norte-americana, deva-se, em boa medida, às preocupações contramajoritárias do *judicial review*, o alcance do institucionalismo multidisciplinar, para o constitucionalismo contemporâneo e para a própria doutrina da separação dos poderes, é muito mais abrangente. A descoberta da perspectiva institucionalista na nova estrutura de poder do Estado contemporâneo se deve em maior medida à ciência política, à teoria econômica, à historiografia e à sociologia do que propriamente à ciência jurídica, como demonstraremos ao longo da pesquisa.

Tanto a teoria da ação social de Weber, em que as interações sociais são praticadas por indivíduos que compreendem o seu comportamento quanto a teoria do sistema social de Parsons, com a conjunção dos processos de internalização e institucionalização dos padrões sociais, tornaram-se a base de uma releitura sistêmica e institucionalista do direito. A corrente neoinstitucionalista do sistema jurídico ganhou relevo nas discussões jurídicas atuais, notadamente a partir da influência de outras ciências.

Concepções dos mais diferentes matizes pensam o direito como uma instituição sistemática, seja através do consequencialismo de MacCormick ou do contraponto entre os processos de internalização e de valoração do peso das regras legais, na teoria da decisão jurídica do positivismo jurídico exclusivo (*hard positivism*) de Raz e

e reintroduziram a ação humana no centro do debate." (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito*. Cit., p. 136)

¹⁹ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Idem*, p. 117.

²⁰ Cf. PARSONS, Talcott. *The social system*. 2ª ed. London, UK: Routledge, 1991. p. 22-24. O tema será aprofundado na seção 4.3, *infra*.

²¹ Nesse ponto, destaca-se o estudo do filósofo austríaco, radicado na Inglaterra, Ludwig Wittgenstein. Como limitação metodológica, não é objeto desta tese abordar a virada filosófica linguística do século XX. Para um aprofundamento no tema, em português e no campo do direito tributário, por todos, ver o profundo estudo de excelência de: ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Ed., 2006.

do *positivismo presumido* de Frederick Schauer,²² ou, ainda, do novo institucionalismo jurídico de Martin Shapiro, que influenciou também novas teorias de justificação do déficit democrático do Poder Judiciário, como o minimalismo judicial de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule.

Essas novas ideias, porém, ultrapassam a visão unívoca da teoria da Constituição na busca pela legitimação democrática da atuação do Judiciário, inflado em poderes e em expectativas sobre a jurisdição constitucional, como o único meio de se concretizar direitos fundamentais, após os horrores que a humanidade enfrentou na primeira metade do século passado.

A linha metodológica desenvolvida ao longo deste trabalho seguirá a amplitude e a multidisciplinaridade dos caminhos neoinstitucionalistas. O desenvolvimento de uma metodologia que tente compatibilizar a *realidade constitucional* com o direito constitucional financeiro²³ precisa de perspectivas que considerem as relações entre a política e a Constituição, ou entre a política fiscal e a Constituição Financeira, passíveis de serem equilibradas, sem que isso importe na injunção de uma sobre a outra.

O *arranjo institucional* do Estado Democrático de Direito precisa ser induzido a práticas cooperativas pelo seu respectivo *ambiente institucional*. A construção do direito constitucional financeiro estratégico partirá da estrutura sistêmica de Parsons e do seu teorema do equilíbrio em sistemas dinâmicos, para a busca da estabilidade e da coerência cooperativa institucionais.

No âmbito jurídico financeiro, inclusive, a *virada institucionalista*²⁴ é um fenômeno de fácil percepção. As normas financeiras ganharam larga projeção teórica na Carta de 1988, mas agonizavam com a pouca efetividade.²⁵ A partir da

²² Schauer não nega o caráter sistemático do direito. Também não nega o institucionalismo jurídico. Uma diferença marcante para o positivismo de Raz e para o institucionalismo de MacCormick se encontra justamente no processo de internalização. Para Schauer, a *internalização* é um processo mais fraco do que a concepção de Hart de *aceitação* da lei. “*This formulation of internalization is weaker than one possible reading of Hart’s notion of acceptance. [...] internalizing a rule qua rule supposes that it is the rule’s status as rule that is internalized, rather than the rule’s underlying justifications, and thus internalization of a rule is meaningful only if the reason for action produced by the fact of internalization persists even when the agent disagrees with the content of the rule.*” (SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Clarendon Press, 2002. p. 121-122). Para uma visão crítica entre as concepções positivistas de Raz e Schauer, ver seção 3.2.2.

²³ Dieter Grimm estabelece a diferença entre *realidade constitucional* e *direito constitucional*, nos seguintes termos: “*Cuando se acepta que la constitución no puede proporcionar más que las normas básicas del proceso político, se desactiva el problema de la diferencia entre derecho constitucional y e realidad constitucional. La existencia de esta última sólo puede suscitar disgusto cuando se entiende la constitución como una herramienta para la juridificación total de la política; por el contrario, si se la considera sólo como marco y medida orientadora para la política, entonces es imprescindible que ésta dé vida aquélla. Y una realidad constitucional consistente en dar contenido a ese marco no mina el poder normativo de la constitución ni indica pérdida de su validez.*” (GRIMM, Dieter; PINA, Antonio López. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traducción Raul Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid, Spain: Trotta Madrid, 2006. p. 33)

²⁴ Cf. EVANS, Peter. Além da “monocultura institucional”: instituições, capacidades e o desenvolvimento deliberativo. *Sociologias*, nº 9, p. 20, 2003.

²⁵ “O estudo da efetividade ou eficácia social das normas constitucionais se torna nuclear no Estado Democrático de Direito calcado no Texto Constitucional. No Brasil, há uma tripla influência inicial. Primeiro, com Ruy Barbosa, que em seus *Comentários à Constituição Federal brasileira*, difunde e critica a teoria binária norte-americana de Thomas Cooley, que classificava em 1883 as normas constitucionais quanto

institucionalização e da *internalização* de parâmetros de estabilidade econômica, o sistema normativo constitucional passou a ser efetivamente um elemento de *interação social* entre os sistemas econômico e político.²⁶

O direito financeiro então mudou completamente de trajetória e passou a ser o grande fiador da “responsabilidade na gestão fiscal”.²⁷ O processo de aceitação da normatividade constitucional financeira como forma condutora do agir social foi *aberto* e *dinâmico*.²⁸ Os parâmetros econômicos externos foram interpretados pelo sistema político e internalizados e institucionalizados pelo sistema jurídico como um objetivo normativo-social. A eficácia social do direito financeiro decorreu de uma crescente trajetória normativa, dependente da dimensão social, política e econômica, em um processo conhecido pelo institucionalismo histórico como trajetória de dependência (*path dependence*).²⁹

O termo aqui é usado no sentido da ciência política. A influência da interpretação institucionalista histórica no campo da evolução político-institucional, com a abrangência multidisciplinar, molda as escolhas feitas no processo de formação de uma instituição, cujo maior papel na sociedade é reduzir as incertezas e conferir estabilidade às interações humanas.³⁰

à aplicabilidade, em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions* (COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1998). Superando a limitada classificação norte-americana, o pioneirismo no Brasil coube a José Horácio Meirelles Teixeira, com uma classificação dúplice, baseada nas normas perceptivas ou não perceptivas (*Curso de direito constitucional*). A partir da obra clássica de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*), a doutrina italiana de Gaetano Azzarati (*Problemi attuali di diritto costituzionale*) e Vezio Crisafulli (*La Costituzione e le sue disposizioni di principio*) ganha relevo no País e, com a visão particular do professor da Universidade de São Paulo, a eficácia social ou efetividade das normas constitucionais se tornam um importante marcador do “cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135). Em especial, no campo dos direitos fundamentais, em que a influência alemã do princípio da força normativa da Constituição de Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991) se faz muito influente em um primeiro momento, com a limitação da discricionariedade quanto ao cumprimento das normas constitucionais. Nesse sentido, por todos, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006.

²⁶ Talcott Parsons defende que a *interação social* depende de padrões *internalizados* e *institucionalizados* por um Sistema social: “*The problem of order, and thus of the nature of the integration of stable systems of social interaction, that is, of social structure, thus focuses on the integration of the motivation of actors with the normative cultural standards which integrate the action system, in our context interpersonally.*” (*The social system*. Cit., p. 23)

²⁷ Cf. art. 1º da Lei Complementar nº 101/2000: “Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a *responsabilidade na gestão fiscal*, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.” (grifos nossos)

²⁸ O dinamismo e a abertura referencial externa são características do sistema jurídico. Essa é uma das razões metodológicas para o estudo da teoria do sistema social, ao longo da tese, basear-se na obra de Talcott Parsons.

²⁹ “*Given certain conditions, legal institutions will evolve in path dependent ways: that is, the social processes that link litigation and judicial law-making will exhibit increasing returns*” (SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics, and judicialization*. Cit., p. 112). Ver também: DAVID, Paul A. *Path-dependence: putting the past into the future of economics*. California: Stanford University, 1988. (Report 533).

³⁰ Cf. NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cit., p. 6.

A estabilidade econômica, por exemplo, é altamente sensível a variações políticas. O modelo econômico, por si só, é uma instituição, cuja estabilidade depende de um processo contínuo de autoconsciência política da sua relevância social, na visão de Douglass North.³¹ A política pública econômica, portanto, é construída por uma *trajetória específica*, em curso inercial, cuja mudança demanda um choque externo, por vezes traumático.

Os reflexos normativos da trajetória de dependência, no âmbito da evolução da política fiscal brasileira, começaram a se solidificar a partir de um choque externo político e institucional. O esforço de estabilização nacional e de reforma do estado eleva o direito financeiro à condição de protagonista³² do discurso político. Os debates que precederam o plano real, inclusive, já reconheciam a importância precípua da política fiscal equilibrada para se atingir a sustentabilidade das finanças públicas e, por via de consequência, o controle inflacionário.³³

O direito existe, para Maurice Hauriou, como expressão de uma sociedade organizada. A organização social, ou, em última análise, a sociedade e o indivíduo, portanto, são a grande inspiração e, ao mesmo tempo, os fiéis algezes da norma jurídica. No início, a norma ocupa posição secundária. Ela ganha movimento ou vida quando é pela sociedade aceita como forma condutora ou limitadora do seu agir.³⁴

As interações entre as instituições moldam a sociedade, na visão de José Reinaldo de Lima Lopes em estudo recente. A economia, assim como o direito, é um campo que só pode ser conhecido pelas suas regras.³⁵ Do ponto de vista macroeconômico, portanto, o início do século XXI ficou marcado por uma rígida política de metas e de superávit, que passou a ser utilizada como um dos principais instrumentos de controle da inflação. “Se essas mudanças podem ser consideradas bem-sucedidas em seus objetivos, elas têm consequências não triviais sobre o orçamento e a execução e a

³¹ “*Economic (and political) models are specific to particular constellations of institutional constraints that vary radically both through time and cross sectionally in different economies. The models are institution specific and in many cases highly sensitive to altered institutional constraints. A self-conscious awareness of these constraints is essential both for improved theory construction and for issues of public policy.*” (Idem, p. 110)

³² Como afirmam Fabio Giambiagi e Ana Cláudia Além, “[a]té 1994, era comum ouvir que a inflação e o desequilíbrio fiscal refletiam a inconsistência entre a soma das demandas sociais dos diferentes setores da sociedade, devidamente expressas no orçamento, de um lado; e a disposição dessa mesma sociedade de arcar com o custo dessas despesas, através da tributação, de outro. O déficit – e, muitos argumentavam até então, a inflação – surgiria assim como a consequência natural de uma equação socioeconômica que combinava a *abundância de direitos* com a *escassez de financiamentos* para atender todos eles.” (GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 133, grifos dos autores)

³³ Na própria exposição de motivos da Medida Provisória nº 434, de 27.02.1994, que deflagrou o plano real no âmbito normativo, criando a Unidade Real de Valor (URV), já demonstrava explicitamente a importância do ajuste, dedicando a ele a primeira fase do plano de estabilização: “5. O programa de Estabilização foi concebido, como é do conhecimento de Vossa Excelência, para ser implantado em três tempos: a) O estabelecimento em bases permanentes do equilíbrio das contas do governo, eliminando a principal causa da inflação.” (BRASIL. Exposição de Motivos nº 47, de 27 de fevereiro de 1994. *Diário do Congresso Nacional*, de 17.03.1994. p. 1901)

³⁴ Cf. HAURIOU, Maurice. La theorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social. *Cahiers de la Nouvelle Journée*, nº 4, p. 126-127, 1925.

³⁵ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito*. Cit., p. 143.

gestão de políticas públicas”,³⁶ ou seja, sobre os fundamentos teórico-normativos do direito financeiro e sobre a sua importância para o cenário nacional.

A partir de então, viu-se o direito financeiro ser abundado de normas com conteúdo normativo sofisticado e plena eficácia social. A virada da densidade normativa, em grande medida, foi marcada pela regulamentação do Capítulo II do Título VI da Constituição, em especial com a efetivação de postulados da constituição financeira sobre responsabilidade fiscal, previstos nos arts. 163 e 169,³⁷ pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

A percepção das normas da Constituição Financeira, que era, na classificação ontológica de Karl Loewestein, *nominal*, ou seja, composta por normas que, apesar de juridicamente válidas, careciam de realidade existencial, passa a ser *normativa*, com normas efetivamente observadas e, quando não cumpridas, com consequências jurídicas sérias, inclusive em âmbito político.³⁸

A política fiscal macroeconômica aliada ao ambiente democrático cada vez mais amadurecido mudaram a faceta do Direito Financeiro brasileiro e este passou a necessitar de postulados interpretativos mais contemporâneos e plurais do que aqueles herdados da ciência das finanças.³⁹

Em outras palavras, a análise da trajetória de dependência do direito constitucional financeiro brasileiro pressupõe revisitar certos fatos econômicos e políticos, por meio de novos postulados interpretativos. A evolução do constitucionalismo em perspectiva histórica, entretanto, demonstra que a competição prevalece, porque há grupos de interesse que sentem prazer no jogo em si, independentemente das consequências sociais, econômicas e políticas.

A ingênua democracia brasileira da Nova República, recuperando-se de duas décadas de ditadura, viu o jogo político dos grupos de interesse influenciar os rumos da efetividade da Constituição Financeira. Os ciclos político-eleitorais democráticos

³⁶ SOUZA, Celina. Condicionantes políticos e institucionais do orçamento federal. In: REZENDE, F.; CUNHA, A. (Ed.). *A reforma esquecida II: obstáculos e caminhos para a reforma do sistema orçamentário*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 211.

³⁷ José Maurício Conti elenca “[u]ma conjuntura de fatores que se somaram na década de 90 colaborou para a introdução e desenvolvimento da cultura de gestão fiscal responsável no Brasil. O início da modernização da administração pública, com a implantação de técnicas gerenciais profissionais, a queda dos índices de inflação após a implantação do Plano Real, a necessidade de redução do déficit público, a intensificação da atuação do sistema de controle externo, o aperfeiçoamento dos sistemas de controle interno e a adoção de leis mais rígidas sobre finanças públicas podem ser considerados os principais componentes desse quadro que levou à situação atual, tornando a responsabilidade fiscal um princípio norteador da administração pública” (CONTI, José Maurício. Planejamento e responsabilidade fiscal. In: SCAFF, F. F.; CONTI, J. M. (Ed.). *Lei de Responsabilidade Fiscal*. 10 anos de vigência – Questões atuais. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 39-40).

³⁸ “La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella.” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979. p. 218)

³⁹ É o que Heleno Torres chama de “teoria da constituição financeira”, que, a par de ser uma conquista garantista do indivíduo, impõe deveres dogmáticos. “Modificaram-se os valores e os objetivos a serem atingidos. Diante dessa mudança de paradigmas, deve-se não apenas recuperar o papel do direito financeiro na atualidade como aprimorar os conceitos preestabelecidos.” (TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 74-75)

traziam esperança e decepção. Nos momentos mais agudos de instabilidade política, as instituições do Estado Democrático de Direito foram fundamentais no processo de implementação da Constituição de 1988. Hoje, mais do que nunca, são fundamentais na luta constante de consolidação da sociedade democrática brasileira.

2. A República Nova em perspectiva: economia e política como anfitriãs de Plauto da Constituição financeira

Mais de duas décadas de ditadura mudaram a *expectativa constitucional* brasileira. A demanda institucional pela democracia política se traduziu na necessidade de superação do autoritarismo, em grande medida por intermédio da consagração de direitos e garantias individuais. Ao lado de um elenco generoso de direitos fundamentais, o novo constitucionalismo republicano, federalista e democrata brasileiro elevou a previsão abstrata do direito constitucional financeiro.

A Constituição Financeira foi forjada como um verdadeiro sistema constitucional estrutural. A disciplina constitucional da atividade financeira do Estado experimentou, então, uma sensível virada de importância. O sistema constitucional financeiro passou a ser protagonista de planos econômicos que sucessivamente se baseiam na força normativa constitucional para buscar a sustentabilidade das finanças públicas.

A eficácia política e social do direito constitucional financeiro, porém, lamentavelmente não foi contemporânea à promulgação da nova Carta. Pelo contrário, decorreu de um processo árduo de amadurecimento das instituições, dos ciclos político-eleitorais democráticos e, sobretudo, da condução macroeconômica do país.

Diante do feixe de significados plurais da nova Carta, o clamor político do momento histórico de superação do estado autoritário⁴⁰ foi traduzido em vasta literatura jurídica sobre a efetividade das normas constitucionais, em especial no que refere aos direitos e garantias fundamentais.

A influência da onda ditatorial no desenvolvimento de novas ideias no constitucionalismo latino-americano, na visão de Roberto Gargarella, foi inegável, principalmente na tentativa de reparação das consequências precedentes. O constitucionalismo brasileiro pós-ditadura, assim como o constitucionalismo chileno, boliviano, colombiano, argentino, costarricense e salvadoreño, por exemplo, foram uma reação ao legado do constitucionalismo autoritário sancionado por governos ditatoriais.⁴¹ Por essa razão, o impacto direto da ditadura foi um texto que mudou profundamente a organização, a abrangência e a proteção dos direitos humanos.⁴²

⁴⁰ “Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina.” (Trecho da transcrição oficial do discurso do Deputado Constituinte Ulysses Guimarães, na sessão de 5 de outubro de 1988. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. 5 out. 1988. p. 14381)

⁴¹ Cf. GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2013. p. 149-151.

⁴² Indiretamente, porém, Gargarella aponta como resquício da ditadura, especialmente no constitucionalismo brasileiro e chileno, a manutenção de um sistema hiperpresidencialista, com grande concentração de poder,

O rol de direitos fundamentais positivados abstratamente, inclusive e principalmente os direitos sociais, tornou-se amplo, exigente e sofisticado. A busca da liberdade igual, na releitura de Fernando Facury Scaff, promove das liberdades reais ou substantivas de Amartya Kumar Sen, inverte os pressupostos da igualdade e da liberdade perante o rol de direitos fundamentais positivados no *ambiente constitucional* social. Só quando houver isonomia, com o gozo efetivo dos direitos fundamentais, haverá liberdade efetiva.⁴³

O alcance da liberdade igual, como diminuição das desigualdades sociais, entretanto, mostrou-se paradoxalmente mais difícil. As *expectativas constitucionais* criadas após a superação da ditadura e o largo sistema de direitos fundamentais abstratos tornou o fracasso da sua consolidação social mais agudo. Diante das legítimas *expectativas constitucionais*, o rol de direitos fundamentais se tornou terreno fértil para o populismo político e para o que Gargarella denomina de *populismo moral*, ou seja, a subordinação dos direitos à vontade popular, como uma espécie de justificativa moral cega, que se mostra superior, inclusive quando o atendimento desmedido de pretensões se coloca de encontro aos interesses fundamentais da própria população.⁴⁴

As *expectativas constitucionais* e a demora na eficácia social da Constituição Financeira impediram, portanto, a percepção imediata de que entre a festiva previsão abstrata constitucional e a árida implantação social dos direitos havia custos financeiros concretos. Esse descasamento temporal atrasou a eficácia social das normas da Constituição Financeira e, por via de consequência, afetou o avanço metodológico do direito financeiro na superação de uma visão instrumentalista clássica.

A literatura do direito financeiro se limitava a seguir bases hermenêuticas inerciais, com distinção e sofisticação científicas calcadas em referencial teórico passado.

Autores contemporâneos reconhecem esta demora evolutiva da disciplina.⁴⁵ A construção de uma teoria do direito financeiro, proporcional ao protagonismo

capaz de causar sucessivas instabilidades institucionais, na medida em que qualquer mudança de atitude da população perante o presidente, ou queda de popularidade, possam ser motivo para profundas crises no sistema político. Idem, p. 150. No mesmo sentido, ver: NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2013. p. 504-506/521-522. Voltaremos ao tema na revisão da doutrina pura da separação dos poderes, notadamente na seção 3.4.1.2, *infra*.

⁴³ “Aqui se insere a liberdade igual, ou seja, uma liberdade para todos. Propõe-se uma mudança de foco em face da teoria de Sen. Em vez de se chegar à isonomia através das liberdades, só quando houver isonomia é que haverá liberdade – isso não foi dito por Sen. Ele parte das liberdades e centra suas atenções nesse âmbito dos direitos fundamentais. [...] para que haja liberdade igual é necessário que os indivíduos tenham assegurado em concreto a oportunidade de efetivo gozo dos direitos fundamentais.” (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*. Ensaio sobre direito financeiro, República e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 179-180)

⁴⁴ CROXATTO, Guido. *Los fundamentos legales de la desigualdad*. El constitucionalismo en América (1776-1860). Madrid/Buenos Aires: Siglo XXI, p. 28.

⁴⁵ Régis Fernandes de Oliveira reconhece a necessidade de uma metodologia contemporânea, em que é necessário “traçar o regime constitucional do direito financeiro” e, para isso, “é importante identificar as normas que lhe são próprias, criando um regime jurídico autônomo” (*Curso de direito financeiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 176-177). No mesmo sentido, ver: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. Cit., p. 26-27; e ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. XXIII.

constitucional da matéria, ficou redundante, diante de um objeto normativo carente de eficácia social. O direito financeiro ficou adstrito à repetição de “autores da ‘ciência das finanças’”,⁴⁶ enquanto o novo paradigma constitucional exigia mais.

Muito por conta dos rigores ideológicos herdados da ditadura militar, em um campo científico-jurídico, influenciado sobremaneira pela condução da política macroeconômica, notadamente da política fiscal, a literatura da Constituição Financeira se ateve a concepções aquém do desenvolvimento constitucional promovido no período pós-abertura.

Em paralelo, a política econômica, na neófito democracia brasileira, demorou a encontrar o seu rumo. Perdida entre conduções macroeconômica ineficientes, os choques externos negativos surgiam em sequência. A segunda crise do petróleo de 1979, a recessão mundial de 1980 a 1982 e o colapso do crédito bancário internacional para países em desenvolvimento só eram até então comparáveis em magnitude à crise de 1930.⁴⁷ Era um vale profundo que se inaugurava na década de 1980, após o chamado milagre econômico da primeira metade da década anterior.⁴⁸

A *instabilidade macroeconômica* revelou-se intensamente na queda do Produto Interno Bruto e nas taxas de inflação sem precedentes. Fomentadas pela inconsistência do modelo de endividamento aprofundado no Governo Geisel, dependente do binômio investimento estatal e financiamento externo,⁴⁹ a crise da dívida pública e as constantes moratórias encerraram definitivamente o ciclo da década anterior. A poupança externa diminuiu com a baixa captação de capitais internacionais e a capacidade de investimento nacional refluí.

Nesse cenário macroeconômico, coube à *instabilidade fiscal* papel de relevo. A queda da carga tributária bruta e o aumento dos elevados custos fiscais de uma máquina pública ineficiente⁵⁰ impactaram o endividamento público. Como resultado, a pobreza e a desigualdade atingiram níveis críticos.⁵¹

⁴⁶ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. Cit., p. 26.

⁴⁷ Cf. CARNEIRO, Dionísio Dias; BACHA, Edmar. Programas de estabilização em países em desenvolvimento: antigas verdades e novos elementos. In: BACHA, Edmar. *Belíndia 2.0. Fábulas e ensaios sobre o país dos contrastes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 79.

⁴⁸ Em verdade, o chamado milagre econômico ocorreu de fato ao longo do Governo Médici (1970-1973), com uma meta de crescimento acelerado de mais de 10% ao ano. O projeto “Brasil Grande Potência” e o modelo agrícola-exportador de Delfim Netto foram impulsionados por dois fatores, em especial: (i) as reformas promovidas no Governo Castelo Branco, por Roberto Campos e Otávio Bulhões; (ii) as condições internacionais extremamente favoráveis. Por todos, ver: BONELLI, Regis; MALAN, Pedro Sampaio. Os limites do possível: notas sobre balanço de pagamentos e indústria nos anos 70. *Pesquisa e Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Ipea, v. 6, nº 2, p. 353-406, 1976.

⁴⁹ Cf. WERNECK, Rogério Furquim L. Poupança estatal, dívida externa e crise financeira do setor público. *Pesquisa e Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Ipea, v. 16, nº 3, p. 551, 1986.

⁵⁰ Cf. VARSANO, Ricardo. *De ônus a bônus: política governamental e reformas fiscais na transformação do Estado brasileiro*. Ipea, 1996. Capítulo 11.

⁵¹ Cf. HOFFMANN, Rodolfo. Desigualdade e pobreza no Brasil no período 1979-90. *Economia e sociedade*. Campinas: Unicamp, nº 11, p. 199-221, 1998.

A confiança nas instituições era mínima. A fuga de capitais para o exterior⁵² corroía a poupança interna e a insegurança era a tônica entre os investidores. Eram os reflexos financeiros da *instabilidade institucional*.

A conjuntura econômica e social da Nova República sofria as consequências da desestabilização econômica do final da ditadura militar e do largo endividamento externo para a manutenção dos investimentos estatais durante o regime. A capacidade de investimento nacional viciou-se no capital externo. Os recursos, no entanto, não fluem quando se mais precisa. Fluem para onde há mais retorno.⁵³

O Brasil não apresentava, naquele momento, condições para a migração keynesiana de capitais privados de países desenvolvidos, procurando oportunidades em países em desenvolvimento pelo alto retorno em face da escassez. Capitais privados buscam melhores oportunidades. E estas não estavam no Brasil. Desorganizado e absorvido pela instabilidade macroeconômica, fiscal e institucional, o país do início da Nova República não era uma opção de investimento atraente.

O espaço para o crescimento da dívida pública é limitado pelo Produto Interno Bruto, justamente para não aumentar a relação dívida/PIB. O crescimento do PIB, por sua vez, dependia do capital externo que não fluía mais. Era preciso, então, diminuir o déficit público para atração de capitais. A inflação, por sua vez, retroalimentava-se do próprio déficit, através da emissão monetária necessária para o seu financiamento. Estava tudo interligado e apontava para o problema estrutural básico: o desequilíbrio fiscal estrutural. Mas faltavam “regras estáveis e confiáveis no jogo econômico”.⁵⁴

A isso tudo se alinham a *instabilidade política*, com um *impeachment* do primeiro presidente eleito pós-democratização, a crise dos entes subnacionais e uma experiência nova para gerações de brasileiros, cuja ditadura era o único horizonte conhecido: os ciclos políticos-econômicos, em que o comportamento do *homo politicus*⁵⁵ é guiado por uma primordial preocupação com o que Peter Häberle chama de controle “não técnico” de sua atuação.⁵⁶ Em outras palavras, na democracia da Nova República, a manipulação da escolha eleitoral passa a ser determinante na relação entre economia e política.

⁵² De 1981 a 1987, segundo dados da *International Financial Statistics* do Fundo Monetário Internacional, os depósitos bancários no exterior de recursos oriundos do Brasil saltaram da quantia nominal de US\$ 3,5 bilhões para US\$ 11,8 bilhões. Houve um aumento de mais de 70%, em menos de 10 anos. Cf. DORNBRUSCH, Rudiger. Fugas de capitais: questões políticas e de mensuração. *Revista Brasileira de Economia*. Rio de Janeiro: FGV, v. 43, nº 2, p. 184, 1989.

⁵³ Cf. SIMONSEN, Mario Henrique. Poupança e o crescimento econômico: o caso brasileiro. In: BERGSTEIN, Fred et al. *O Brasil e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura/FGV, 1991. p. 5.

⁵⁴ SIMONSEN, Mario Henrique. Poupança e o crescimento econômico: o caso brasileiro. Cit., p. 7.

⁵⁵ Sobre o tema, vide o trabalho precursor de Anthony Downs em que o autor, como base na concepção aristotélica, define o *homo politicus* como o eleitor médio, dotado de comportamento racional, focado na escolha do seu representante. (An economic theory of political action in a democracy. *Journal of Political Economy*, v. 65, nº 2, p. 135-150, 1957)

⁵⁶ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Imprensa: Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 34, nota de rodapé nº 39.

Nesse complexo cenário econômico e político,⁵⁷ a Constituição Financeira foi recepcionada por um anfitrião de Plauto.⁵⁸ O jogo econômico, anfitrião cortês, mostrou-se aberto, cômico da importância de suas normas para a estabilidade macroeconômica. Era, porém, um sócio. O real anfitrião, o jogo político, preocupado com o poder,⁵⁹ evitou a eficácia social de suas normas em prol da manipulação oportunista dos ciclos políticos-eleitorais.

3. A Constituição Financeira entre a Política Fiscal e os ciclos políticos oportunistas

A valoração jurídica do gasto público foi, talvez, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, o ramo que sofreu a maior evolução com a gradativa efetividade normativa do direito constitucional brasileiro. Antes relegado ao plano instrumental formal, a importância do gasto público invadiu a estrutura econômica brasileira e entrou para o léxico político,⁶⁰ carregando consigo múltiplas expectativas da sociedade.⁶¹

O *consenso democrático*⁶² em torno do discurso da sustentabilidade fiscal, que tem início na década de 1990, atravessa governos de matrizes ideológicas distintas, difundido em discursos acadêmicos, mídia diária e discussões populares. Antes, a população queria saber o quanto o Erário exigiria de tributos. Hoje, os questionamentos são amplos. Indaga-se também em que o recurso é gasto, o quanto é gasto e quais as consequências.

Diante dessas mudanças estruturais, a política fiscal, principalmente o gasto público e seu impacto na sustentabilidade financeira, está hoje no centro do discurso

⁵⁷ Sobre a dicotomia política e economia na primeira década da Nova República, ver o excelente ensaio de: VILLELA, Renato. Crise e ajuste fiscal nos anos 80: um problema de política econômica ou de economia política? *Perspectivas da Economia Brasileira – 1992*. Brasília: Ipea, 1991. Capítulo 2.

⁵⁸ Referência à tragicomédia o “Anfitrião” de Plauto. O general tebano Anfitrião parte para a guerra. Aproveitando a sua ausência, o deus Júpiter, encantado por sua esposa Alcmena, traveste-se na figura do general ausente e o deus Mercúrio, com o intuito de ajudar Júpiter, encarna a figura de Sócio, escravo do general Anfitrião. Júpiter acaba tendo um filho com Alcmena antes do retorno do general da guerra: o semideus Hércules, que viria a ser um dos mais importantes personagens da guerra de Tróia. Cf. PLAUTO. *Anfitrião*. Tradução e notas Lillian Nunes da Costa. Campinas-SP: Mercado de Letras, 2013.

⁵⁹ Na feliz definição de William Nordhaus: “*The theory of the political business cycle, which analyzes the interaction of political and economic systems, arose from the obvious facts of life that voters care about the economy while politicians care about power*”. (Alternative approaches to the political business cycle. *The Brookings Papers on Economic Activity*, nº 2, p. 1, 1989 – grifos nossos)

⁶⁰ Cf. DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (Org.). *Dicionário de políticas públicas*. 3ª ed. São Paulo: UNESP, 2018. p. 15.

⁶¹ Régis Fernandes de Oliveira captura a superação do formalismo, em prol da função social do gasto público: “Ao se falar em gasto público, as primeiras observações dirigem-se à estrutura orçamentária, à disponibilidade financeira, às necessidades públicas e ao equilíbrio do orçamento. A análise limita-se, assim, à forma de ação do Estado, sem qualquer preocupação com a população.” (*Gastos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 14)

⁶² Consenso aqui é usado no sentido democrático, na acepção que Bobbio, remetendo a Rousseau, chama de consenso participativo derivado da ideia republicana. Trata-se de consenso político alcançado pelas vias democráticas (Cf. *Diário de um século*: autobiografia. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 323). Não confundir com a acepção do filósofo marxista Antonio Gramsci, para quem consenso deriva de um processo de coerção da classe dominante. Cf. GRAMSCI, Antonio. *Quaderni del Carcere*. Torino: Nuova Universale Einaudi, 1975. p. 763-764.

político. As campanhas eleitorais majoritárias, com aumento gradual dos entes periféricos para o ente central, a tem como etapa importante da estratégia política. O eleitor pós-Plano Real tem uma consciência maior do que ela significa e da sua importância a médio e longo prazos. Os ciclos políticos-eleitorais com a expectativa de reeleição passaram a “influir positivamente em aspectos da política fiscal dos entes”.⁶³ Mas nem sempre foi assim.

Exatamente no campo político-eleitoral, seu uso foi desvirtuado pelo jogo político. Entre os interesses do *homo politicus* e a percepção limitada do eleitor, a manipulação episódica da política fiscal se tornou uma importante estratégia política no início da Nova República.

Incipiente em uma democracia nova como a brasileira, o modelo de interação entre os candidatos e os eleitores refletia o *comportamento oportunista dos policymakers*, tendo como pano de fundo a *racionalidade limitada*, ou até mesmo *orgânica*, do *homo politicus* acerca das projeções futuras negativas de custos fiscais populistas em período eleitoral.

Herbert Simon, economista e grande estudioso da psicologia cognitiva, foi o precursor da definição dos graus de limitação da racionalidade humana na maximização das decisões racionais, em contraposição ao argumento então tradicional da racionalidade ilimitada ou substantiva. Para Simon, fatores como a educação, a influência social e o custo da informação influenciam na escolha do indivíduo.⁶⁴

Um dos ícones da Nova Economia Institucional, Oliver Williamson, partindo da premissa da limitação da racionalidade de Simon, distingue três níveis de racionalidade. O primeiro nível se daria com a *racionalidade completa*. O segundo corresponderia exatamente à *racionalidade limitada* de Simon. O terceiro nível, por sua vez, seria a *racionalidade orgânica* ou o grau mais fraco de racionalidade. A racionalidade orgânica, inclusive, chega a ser tão prejudicial que até mesmo a ignorância pode ser mais eficiente na tomada de decisões.⁶⁵

Por outro lado, segundo Williamson, os níveis de comportamento humano baseado no interesse próprio são inversamente proporcionais ao grau de racionalidade. Há dois níveis: o mais forte deles é o *oportunismo*, isto é, o comportamento individual guiado pela astúcia, com a divulgação estratégica de informações assimétricas para vantagens e ganhos individuais entre indivíduos de racionalidade limitada ou, principalmente, de racionalidade orgânica.⁶⁶

⁶³ Cf. MARCINIUK, Fernanda L; BUGARIN, Maurício S. A influência da reeleição nas políticas fiscais subnacionais. *Revista Brasileira de Economia*, v. 73, nº 2, p. 206, 2019.

⁶⁴ Cf. SIMON, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69, nº 1, p. 99-118, 1955.

⁶⁵ Cf. WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985. p. 15.

⁶⁶ “Opportunism is an effort to realize individual gains through a lack of candor or honesty in transactions. It can take either of two forms. The most commonly recognized is the strategic disclosure of asymmetrically distributed information by (at least some) individuals to their advantage.” (WILLIAMSON, Oliver E. Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations. *The American economic review*, v. 63, nº 2, p. 317, 1973)

Tanto o comportamento oportunista quanto a racionalidade limitada ou orgânica encontraram terreno fértil nos ciclos políticos-eleitorais. Juntando os conceitos de Simon e Williamson, outro grande expoente da Nova Economia Institucional, William Nordhaus, estudou os ciclos políticos-eleitorais através do grau de racionalidade do eleitor e, em contrapartida, do grau de astúcia do *homo politicus*.

Serão ciclos políticos do tipo *oportunista*, portanto, quando o *homo politicus* promover estímulos fiscais indevidos na condução econômica em períodos eleitorais, com fins únicos de manipulação da probabilidade de sucesso individual.

Logo após as eleições, em geral, há uma luta do ego, *político-eleito*, para mitigar os efeitos deletérios da manipulação fiscal do *alter ego, político-candidato*, no cenário macroeconômico. Externalidades negativas como o alto efeito inflacionário e os níveis significativos de desemprego são resultantes comuns dessa competição de egos e *alter egos* na manipulação episódico-eleitoral. Sucede-se, não raro, uma recessão econômica de período de duração razoável. Este modelo que pressupõe a irracionalidade do eleitor é chamado de *ciclo político oportunista tradicional*.⁶⁷

Os ciclos políticos oportunistas no Brasil democrático revelaram-se, portanto, em razão direta aos ciclos eleitorais, sem barreiras normativas eficazes que os impedissem. Os *policymakers* passaram a estimular gastos ou adotar políticas de austeridade de acordo com o calendário eleitoral, no que se convencionou chamar de *political budget cycle* ou ciclos políticos orçamentários. Por meio desse artifício, eleitores racionais são induzidos a erro de pessoa por disporem de informações assimétricas e imperfeitas sobre os agentes políticos. Julgam apenas os gastos e seus proveitos imediatos, contemporâneos à eleição.⁶⁸

Nesse conflito entre política e economia, em torno da manipulação da racionalidade limitada ou orgânica do eleitor através de comportamentos oportunistas, o direito financeiro brasileiro, a despeito de toda a deferência que recebeu da Carta de 1988, ficou ao largo. Não dispunha de ferramental teórico⁶⁹ e normativo infraconstitucional para evitar o aparelhamento da política fiscal com finalidade político-populista. O jogo político não abria espaços para a regulamentação do direito constitucional financeiro.

A manipulação eleitoral exagerada da política fiscal, no entanto, gerou reflexos na própria percepção do eleitor sobre a condução da política macroeconômica em

⁶⁷ Cf. NORDHAUS, William Dawbney. The Political Business Cycle. *The Review of Economic Studies*, v. 42, nº 2, p. 169-190, 1975.

⁶⁸ Cf. ROGOFF, Kenneth Saul. Equilibrium political budget cycles. *National Bureau of Economic Research*, Cambridge, nov. 1987. p. 1-35 (Working Paper nº 2428); DRAZEN, Allan; BRENDER, Adi. How do budget deficits and economic growth affect reelection prospects? Evidence from a large cross-section of countries. *National Bureau of Economic Research*, Working Paper, Cambridge, nº 11862. p. 1-33, dez. 2005; e DRAZEN, Allan. The political business cycle after 25 years. University of Maryland, Hebrew University of Jerusalem. *NBER macroeconomics annual*, v. 15, p. 75-137, 2000.

⁶⁹ Este instrumental teórico decorrente da interação entre economia, ciência política, finanças públicas e direito já estava em processo de maturação avançado na academia norte-americana. Os trabalhos de Nordhaus e Williamson, inclusive, foram laureados com o prêmio Nobel de economia.

governos sucessivos. A recessão que sucedia à bonança dos gastos pré-eleitorais minava parte da *ingenuidade* do eleitor.⁷⁰

A *teoria das expectativas racionais* aplicada em cima do modelo de Nordthaus explica esta mudança de percepção do eleitor. O ciclo político oportunista eleitoral pressupõe gastos que serão seguidos de recessão após o período eleitoral, em um círculo constante que acaba por mitigar a *ingenuidade* do eleitor que antes dispunha de informações assimétricas ou imperfeitas. A esse modelo, deu-se o nome de *ciclo político oportunista racional* ou modelo de Rogoff e Sibert.⁷¹

A superação da *ingenuidade* pressupõe o aumento da racionalidade na percepção macroeconômica. Sob essa perspectiva, a escolha dos agentes políticos se torna mais consciente.⁷²

No Brasil da Nova República, especificamente, a aversão social em conviver com os custos da ineficiência da máquina estatal, agravada por sucessivas crises fiscais, em especial ao longo da década de 1990,⁷³ elevaram a percepção da sociedade em relação à função estabilizadora macroeconômica. O papel da política fiscal passa a ser relevante a partir de anseios sociais e políticos.⁷⁴ E, portanto, passa a ser relevante para o direito.

Esse fenômeno fica mais evidente quando se contextualiza a evolução do endividamento dos entes subnacionais com a paralela evolução normativo-teórica do direito financeiro, na busca de equilíbrio fiscal dos estados e municípios, contra seus ciclos políticos oportunistas.

⁷⁰ O comportamento do eleitor brasileiro diante dos ciclos políticos-eleitorais é tema de importante estudo do professor da Escola de Economia da FGV/SP, Marcos Yamada Nakaguma, que, inclusive, se notabilizou por ser uma autoridade deste tema no Brasil, e do Professor da Universidade de São Paulo, Siegfried Bender: Ciclos políticos e resultados eleitorais: um estudo sobre o comportamento do eleitor brasileiro. *Revista Brasileira de Economia*, v. 64, nº 1, p. 3-24, jan./mar. 2010.

⁷¹ A referência é sobre o modelo desenvolvido pelo Professor de Economia da Universidade de Harvard, Kenneth Saul Rogoff, e da Professora de Economia da *Birkbeck University of London*, Anne Sibert. Cf. Elections and macroeconomic policy cycles. *The Review of Economic Studies*, v. 55, nº 1, p. 1-16, 1988.

⁷² Sobre a influência direta dos ciclos políticos na condução dos investimentos públicos municipais no período pós-democratização, vide o excelente ensaio empírico do Professor da FEA-RP/USP: SAKURAI, Sérgio Naruhiko. Ciclos políticos nas funções orçamentárias dos municípios brasileiros: uma análise para o período 1990-2005 via dados em painel. *Estudos Econômicos*. São Paulo, v. 39, nº 1, jan./mar. 2009; e o estudo dos professores, da *Columbia University*, Marcos Yamada Nakaguma e, da Universidade de São Paulo, Siegfried Bender: Ciclos políticos e resultados eleitorais: um estudo sobre o comportamento do eleitor brasileiro. *Cit.*, p. 3-24.

⁷³ Sobre a relação entre crise fiscal e a ineficiência estatal na década de 90, por todos, vide: ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fábio. O ajuste do governo central: além das reformas. In: GIAMBIAGI, Fábio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Orgs.). *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. p. 85-110.

⁷⁴ James Tobin trata da relação entre estabilidade macroeconômica e sua relação com a política, mediante sua experiência acadêmica na Universidade de Yale e como *advisor* de vários presidentes, com ironia de causa: "The story of macroeconomic and fiscal developments over the last forty years is an amalgam of economic theory, politics, and ideology. I admit to being both a Keynesian and a neoclassical economist and both a liberal and a conservative in public policy. I was an adviser to President Kennedy, and an informal consultant to other Democratic candidates. Win or lose, my advice was very often not taken." (TOBIN, James. Fiscal policy: its macroeconomics in perspective. *Cowles Foundation Discussion Paper*, nº 1301. p. 2, maio 2001)

4. A trajetória pendular do endividamento subnacional na lógica fiscal invertida brasileira

O crescimento da economia brasileira, do século XIX até o ano de 1980, considerando o PIB *per capita* calculado com base na paridade de poder de compra, foi expressivo. A distribuição de renda, no entanto, seguiu caminho inverso.⁷⁵ A disparidade muito acentuada no nível de renda, “tanto entre diferentes grupos socioeconômicos como entre as regiões brasileiras”⁷⁶ acentuou-se, ferindo “o sentido de equidade ou justiça social”.⁷⁷

Os trabalhos que descrevem o crescimento notável da economia brasileira são baseados em estudo comparativo de Angus Maddison.⁷⁸ Limitado a selecionados países desenvolvidos e em desenvolvimento, de fato, percebe-se uma participação do PIB brasileiro, no período compreendido entre o Brasil Império até o ano de 1980, com as maiores taxas de crescimento do mundo.⁷⁹

Mas cabe uma advertência metodológica. Maddison, para calcular o crescimento econômico leva em conta a teoria da paridade do poder de compra (*purchasing power parity* ou PPP).⁸⁰ Com base em formulação matemática desenvolvida por Gustav Cassel, que considera a Lei do Preço Único (LPU), “a paridade real entre dois países é representada por este coeficiente entre o poder de compra da moeda em cada um dos dois países”.⁸¹

A partir da década de 1990, entretanto, ao lado do crescimento medido pelo Produto Interno Bruto (PIB), o desenvolvimento dos países passou a considerar um modelo de medida tríplice: (i) riqueza; (ii) educação; e (iii) expectativa média de

⁷⁵ Os estudos referências sobre a desigualdade de renda no período do “milagre econômico” foram três. Os dois primeiros, de Albert Fishlow (Brazilian size distribution of income. *The American Economic Review*, v. 62, nº 1/2, p. 391-402, 1972) e de Rodolfo Hoffmann e João Carlos Duarte (A distribuição da renda no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*. Rio de Janeiro: FGV, v. 12, nº 2, p. 46-66, 1972), concluíam pela concentração de rendas e refletiam pesada crítica sobre o modelo econômico adotado, principalmente em relação à política macroeconômica do governo e a instabilidade institucional totalitária. O terceiro, de Carlos Geraldo Langoni, foi importante para fixar consenso sobre o aumento da concentração de renda no período. Causou polêmica, entretanto, ao concluir que houve melhora no bem-estar social, por conta do aumento da demanda por mão de obra mais qualificada sem o que houvesse oferta suficiente. Cf. LANGONI, Carlos Geraldo. *Distribuição da renda e desenvolvimento econômico do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Pedro Herculano Guimarães Ferreira de Souza, em estudo recente e festejado, utilizando metodologia de Thomas Piketti, com informações colhidas das declarações de imposto de renda, e analisando o período de 1926 a 2013, chega a conclusões em linha com os dois primeiros estudos, reacendendo a polêmica. Cf. SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. *A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Departamento de Sociologia, Brasília, 2016.

⁷⁶ Cf. VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 108.

⁷⁷ *Idem, ibidem*.

⁷⁸ Cf. MADDISON, Angus. A comparison of levels of GDP per capita in developed and developing countries, 1700-1980. *Journal of Economic History*, nº 43, p. 27-42, 1983.

⁷⁹ Para ver as diferentes vertentes da história do desenvolvimento econômico mundial, ver: VILLELA, André. O desenvolvimento em perspectiva histórica. In: FERREIRA, Pedro Cavalcanti *et al.* *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

⁸⁰ Um exemplo do desenvolvimento dessa teoria foi o popular índice *Big Mac* da revista *The Economist*.

⁸¹ Cf. CASSEL, Gustav. Abnormal deviations in international exchanges. *The Economic Journal*, v. 28, nº 112. p. 413-415, dez. 1918.

vida. O modelo de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que marcou a Teoria do Desenvolvimento Humano do economista paquistanês Mahbud UI Haq e do seu colaborador, o indiano, Amartya Kumar Sen, rendeu aos dois o prêmio Nobel de economia de 1998.⁸²

Nota-se, entretanto, que, considerando ambos os critérios, mesmo em período de crescimento da economia e de grande endividamento dos entes subnacionais,⁸³ houve um cenário crônico de desigualdade de renda no país, em âmbito nacional certamente, mas muito agudo nas diferenças regionais.⁸⁴

A evolução econômica do Estado brasileiro *per si* não foi capaz de dirimir a desigualdade entre os entes federativos,⁸⁵ quer considerando o crescimento do PIB, quer considerando o IDH. Na visão de Celso Furtado, no Brasil, o problema do federalismo não se limita a choques culturais, étnicos ou religiosos. A luta está ligada “às aspirações de desenvolvimento econômico regional”.⁸⁶

A década de 1980, por sua vez, começa com uma das mais graves crises da história do desenvolvimento capitalista brasileiro.⁸⁷ A Constituição de 1988 foi fruto de um notável processo democrático de ruptura da conjuntura política totalitária. Seus primeiros passos, porém, foram dados no meio do caos macroeconômico.

Em um contexto de estagnação econômica severa que perdurou por toda a chamada “década perdida”, na seara de problemas a serem enfrentados pela política fiscal brasileira, ganhou relevo o endividamento dos entes subnacionais,⁸⁸ decorrente,

⁸² É o que Régis Fernandes de Oliveira, baseado na ilusão objetiva de Amartya Sen, no instinto desejanste de Freud e na repressão dos desejos de Spinoza denomina “orçamento e felicidade” (Cf. *Gastos públicos*. Cit., p. 16, 25-28, 35-36, 113-123).

⁸³ Durante a década de 1970 houve um expressivo crescimento da dívida externa dos Estados. Como afirma Ana Ozorio de Almeida, “[e]sse processo pode ser compreendido sob dois aspectos. O primeiro se refere às transformações no mercado financeiro internacional [...]. O acesso da economia brasileira a recursos externos, regulamentado pela Resolução 63/67 e pela Lei nº 4.131/62, entre outras, gerou condições para o surgimento de uma economia do endividamento, sancionada internamente pelas reformas institucionais do início do regime militar. O segundo aspecto é o da inserção do setor público estadual nessa economia de endividamento, a partir da peculiar teia de relações intergovernamentais estabelecida na década de 60.” (ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de. *Evolução e crise da dívida pública estadual*. Brasília: IPEA, 1996. Texto para Discussão 448. p. 8-9)

⁸⁴ Sobre o tema, para um estudo profundo do contexto histórico da época, ver: GUIMARÃES NETO, Leonardo. *Introdução à formação econômica do nordeste*. Recife: Massangana, 1989.

⁸⁵ Gilberto Bercovici, em estudo notável sobre desigualdade regional na perspectiva do direito econômico, ressalta que essa incapacidade denota uma falha no modelo federativo brasileiro, uma vez que o dado essencial para a caracterização de um regime federal é a melhora da “estatalidade”, ou seja, do grau de qualificação de cada um dos entes “enquanto centros de poder político autônomo e de sua capacidade de influir na tomada de decisões do Estado como um todo”. (*Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 147)

⁸⁶ Cf. FURTADO, Celso. A federação por fazer. Quem és tu, Federação? *Revista Rumos – os caminhos do Brasil em debate*. São Paulo: Comissão Nacional para as Comemorações do V Centenário do Descobrimento do Brasil, ano 1, nº 2, p. 329, mar.-abr. 1999, p. 37.

⁸⁷ Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A construção política do Brasil: sociedade, economia e Estado desde a Independência*. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2014. p. 257.

⁸⁸ Sobre o tema, recomendamos o ensaio de: BAER, Mônica. *O rumo perdido: a crise fiscal e financeira do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

em boa medida, da falta de controle local do endividamento público.⁸⁹ A hierarquização da política fiscal brasileira na figura do ente central⁹⁰ gerou um *incentivo perverso*: “exímia de responsabilidade fiscal os governos subnacionais”.⁹¹

Essa consequência negativa já tinha sido identificada por Fernando Rezende na década de 1980, como “um aparente paradoxo: uma progressiva deterioração da situação financeira simultaneamente com um incremento acentuado na disponibilidade total de recursos à disposição dos Estados”.⁹²

É uma *lógica fiscal invertida* em movimento pendular: quanto mais recurso o ente central disponibilizava para os entes subnacionais, maior era a necessidade de novos recursos e assim sucessivamente, até que o desajuste setorial aflorava ainda mais o desajuste central, em crise fiscal permanente.

A busca por estabilidade na política fiscal dos entes subnacionais partiu também de uma *lógica invertida*, ou seja, partiu de uma exigência da União. Com a edição de normas federais que regulavam o grau de endividamento dos entes subnacionais, a partir da percepção de que este descontrole fiscal influenciava a estabilidade macroeconômica,⁹³ iniciou-se a trajetória de dependência normativa que viria a culminar com a atual eficácia social do direito financeiro.

Normas que se alinhavam ao conceito de responsabilidade na gestão fiscal passaram a ser editadas em sequência, no final da década de 1980 e, em especial, ao longo da década de 1990, ainda que com os percalços impostos pelos *ciclos políticos oportunistas* e inicialmente focadas em programas sucessivos de refinanciamento de dívidas.

Passaremos à análise dessas normas sob o referencial temporal dos dois grandes marcos do direito constitucional financeiro brasileiro: a Constituição de 1988 e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

4.1. Da Constituição de 1988 até a Lei de Responsabilidade Fiscal

Com o impulso da renegociação da dívida externa brasileira, no final de 1989,⁹⁴ o processo de refinanciamento da dívida dos entes subnacionais ganha fôlego

⁸⁹ Após a descentralização promovida pela Constituição de 1988, em todos os anos até 1996, a participação da dívida pública subnacional na Dívida Líquida do Setor Público (DLSP) cresceu significativamente, segundo dados da Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacao/es/relatorio-mensal-da-divida-rmd/2020/6>. Acesso em: 7 ago. 2020.

⁹⁰ Cf. AFONSO, José Roberto; RIBEIRO, Leonardo. Descoordenação fiscal na federação brasileira. *Conjuntura Econômica*, p. 35-36, mar., 2019. Este tema será aprofundado no capítulo 5.

⁹¹ Cf. GIAMBIAGI, Fabio; MORA, Monica. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual. *Revista de Economia Política*, v. 27, n° 3, p. 3, 2007.

⁹² Cf. REZENDE, Fernando. Autonomia política e dependência financeira: uma análise das transformações recentes das relações intergovernamentais e seus reflexos sobre a situação financeira dos estados. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 12, n° 2, p. 491, ago. 1982.

⁹³ Sobre esta percepção, ver: BACHA, Edmar Lisboa. O fisco e a inflação: uma interpretação do caso brasileiro. *Revista de Economia Política*, v. 14, n° 1, p. 5-17, 1994.

⁹⁴ Danilo Jorge Vieira enumera algumas iniciativas de assunção de dívidas dos Estados por parte da União antes de 1989. O primeiro grande processo de refinanciamento, ocorrido à luz da Constituição de 1988,

às vésperas da posse do primeiro presidente eleito no período pós-ditadura. Um programa em larga escala de resgate financeiro dos entes subnacionais a ser promovido pela União é editado no apagar das luzes do governo José Sarney, a poucos dias da posse de Fernando Collor de Mello.

A Lei nº 7.976, de 27 de dezembro de 1989, dispunha sobre o refinanciamento por parte da União da dívida externa dos entes subnacionais,⁹⁵ que havia sido tomada, com garantia da própria União, a partir da década de 1970, diante das dificuldades decorrentes das crises internacionais, notadamente dos dois choques do petróleo de 1973 e 1979.⁹⁶

As condições de refinanciamento e a falta de imposições fiscais mais contundentes transformaram a legislação conjuntural em política de estado. O Brasil iniciava, assim, um ciclo pouco virtuoso do federalismo fiscal, ditado pela política do *bailout*.⁹⁷

Em 1993, após o *impeachment*, portanto, e a partir de intensas negociações iniciadas já em 1990, ou seja, pouco depois da edição normativa do programa anterior, foi editada a Lei nº 8.727, de 5 de novembro.⁹⁸ O alcance dessa lei se limitou à dívida mobiliária de Estados e Municípios com a União e instituições financeiras federais,⁹⁹

com a inclusão de Estados e Municípios ocorreu com a edição da Lei nº 7.976, de 27 de dezembro de 1989. A título informativo, transcrevemos a enumeração feita pelo autor: “[a] atuação do Governo Federal em relação aos Estados ocorreu da seguinte forma: interposição do Banco do Brasil para fazer frente aos débitos dos Estados (Avisos MF). Além disso, o Banco do Brasil viabilizou créditos para saneamento dos bancos estaduais (Lei nº 7.614/1987). No final da década, possibilitou a consolidação de operações pendentes juntos ao Tesouro Nacional, refinanciando por 20 anos as dívidas referentes aos Avisos MF, às operações ARO e outras (Lei nº 7.976/1989)”. (*Finanças públicas e desenvolvimento econômico em Minas Gerais: as implicações da renegociação da dívida sobre as políticas de fomento estadual*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia, Universidade de Campinas, Campinas, 2006)

⁹⁵ Por meio do Banco do Brasil houve autorização legislativa para o refinanciamento dos empréstimos concedidos pelo Aviso MF-30 e demais.

⁹⁶ Segundo relatório produzido pela Secretaria do Tesouro Nacional sobre a Lei nº 7.976/1989, do valor total disponibilizado pela referida legislação, através do Aviso MF 030, os Estados foram responsáveis por 35% do total, enquanto os Municípios, recém-elevados à categoria de entes federativos pela Carta de 1988, responderam por apenas 8%. O restante ficou a cargo de entidades da administração indireta estadual, com o percentual de 57%, o que já evidenciava o alto custo da máquina pública. Este foi o primeiro grande refinanciamento promovido pelo Governo Federal e envolveu o montante histórico de US\$ 9,4 bilhões de dólares. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:28708. Acesso em: 5 ago. 2020.

⁹⁷ Jonathan A. Rodden, professor de Ciência Política no *Massachusetts Institute of Technology*, desenvolveu um profundo estudo sobre o modelo de decisão estratégica e reputacional em países federalistas que adotaram a política de *bailout*. Partindo da comparação entre dados obtidos com o modelo de *bailout* adotado pela Alemanha no pós-guerra e no Brasil na década de 1980 e 1990, Rodden construiu o jogo do *bailout*. Os resultados demonstram que, embora não se possa basear a disciplina fiscal em empréstimos privados, o monopólio do empréstimo público traz problemas reputacionais quando o ente central resolve transformar a política de *bailout* em política fiscal permanente, como aconteceu nas últimas duas décadas do século passado e, atualmente, ocorre no Brasil com mais intensidade a partir da crise fiscal de 2014. Cf. RODDEN, Jonathan A. *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006. p. 6. A matéria, porém, é polêmica, envolve uma situação histórica de *lock-in* em *path dependence* no federalismo brasileiro.

⁹⁸ Alínea c do § 2º do art. 1º da Lei nº 8.727/1993.

⁹⁹ Um detalhe interessante é que os Estados e Municípios puderam dar como garantia parcelas do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), apesar de a sua utilização como garantia ainda não estar prevista no art. 160 da Constituição, o que só viria a ocorrer em 1993, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 3.

não abrangendo as dívidas “oriundas de repasses ou de refinanciamentos efetuados ao setor privado ou ao setor público se contratados junto à instituição financeira privada”.¹⁰⁰ Como parcela significativa da dívida subnacional de então foi tomada junto a instituições privadas, seus efeitos foram aquém do esperado.¹⁰¹

Até este ponto, os programas de *bailout* se limitavam ao refinanciamento de dívidas. Não havia a instituição legal de contrapartidas fiscais e a paradoxal *lógica fiscal invertida* continuava em grande escala, com entes sedentos por recursos e a União assumindo o papel isolado do controle fiscal.

O âmbito de limitação, porém, era político. Somente através de dificuldades negociais impostas nos sucessivos pedidos de socorro financeiro, dos chamados “barões da federação”,¹⁰² o Governo central conseguia impor algum limite fiscal.¹⁰³ Não havia uma cultura normativa de se exigir critérios objetivos de sustentabilidade e transparência fiscais. No vácuo legal, o aspecto político prevalece sobre o aspecto fiscal.

Mesmo o elevado crescimento econômico de 1993 e 1994 e o Plano Real, com seu cenário de inflação baixa, não foram suficientes para impedir a trajetória crescente da dívida dos entes subnacionais. Ao revés, o efeito foi inverso. Como afirma Ana Ozorio de Almeida:

[...] o êxito do plano de estabilização tornou explícita a fragilidade do padrão de financiamento do gasto público, impossibilitando a corrosão inflacionária dos gastos reais, enquanto as elevadas taxas de juros reais associadas ao controle da inflação contribuíram para a trajetória explosiva assumida pela dívida pública, notadamente a mobiliária.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Cf. alínea c do § 2º do art. 1º da Lei nº 8.727/93: “§ 2º O refinanciamento de que trata este artigo não abrangerá as seguintes dívidas: [...] c) oriundas de repasses ou de refinanciamentos efetuados ao setor privado, ou ao setor público se contratados junto a instituição financeira privada”.

¹⁰¹ Cf. GIAMBIAGI, Fábio; MORA, Monica. *Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual*. Cit., p. 3.

¹⁰² Na feliz ironia do cientista político Fernando Luiz Abrucio, os governadores tornaram-se, nesse sentido, os “barões da Federação”, com forte influência sobre o endividamento nacional até 1994: “Os governadores eram fortes no cenário nacional graças à forte influência exercida sobre os parlamentares federais. Dessa maneira, os governadores conseguiam contrapor-se a qualquer iniciativa presidencial que visasse alterar a ordem federativa vigente, a qual era extremamente favorável às unidades estaduais”. (*Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP, 1998, p. 217)

¹⁰³ Esse não é um problema exclusivamente brasileiro. Para um aprofundado estudo da crise dos entes subnacionais norte-americanos e os seguidos programas de *bailouts* promovidos pelo ente central, ver: SCHRAGGER, Richard C. Democracy and Debt. *The Yale Law Journal*, v. 121. p. 860-886, 2012.

¹⁰⁴ Cf. ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de. *Evolução e crise da dívida pública estadual*. Cit., p. 7.

As concessões com pessoal e crescimento vegetativo de folha¹⁰⁵ ocorridas devido ao ciclo político oportunista da época,¹⁰⁶ somadas à ineficiência administrativa, ao montante de dívida subnacional junto a instituições privadas, à antecipação desmedida de receitas tributárias futuras¹⁰⁷ e à rolagem do estoque de títulos públicos¹⁰⁸ – já que novas emissões por Estados e Municípios estavam proibidas pelo art. 5º da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, até 31 de dezembro de 1999 –, elevaram ainda mais a trajetória da dívida dos entes subnacionais.¹⁰⁹

A continuidade do plano real e da estabilidade inflacionária dependiam, pois, do ajuste fiscal¹¹⁰ e este dependia do efetivo controle do endividamento dos entes subnacionais.

Diante deste quadro caótico, com a dívida subnacional atingindo o patamar de 16,6% do PIB em 1996,¹¹¹ a partir do Voto do Conselho Monetário Nacional nº 162/1995 é lançado o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, que, logo depois é positivado pela Lei nº 9.496, de 11 de setembro de 1997.¹¹²

Diferentemente dos demais *bailouts*, a concepção deste programa se baseava em pilares de contrapartidas fiscais importantes,¹¹³ para permitir a assunção de dívidas pela União.

¹⁰⁵ “[...] vários estados concederam, no segundo semestre de 1994 e no primeiro semestre de 1995, aumentos e vantagens salariais a seus servidores, os quais transformaram-se em aumentos reais. A estes aumentos vieram somar-se mecanismos de crescimento vegetativo automático das folhas salariais dos estados, sob a forma de incorporação de vantagens e gratificações previstas nas legislações estaduais”. Trecho do Voto do então Conselheiro Pedro Sampaio Malan, no famoso Voto CMN nº 162/1995. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/divulgacao/publicacoes/conselho-monetario-nacional-cmn/cmn-no-162-95>. Acesso em: 10 maio 2019.

¹⁰⁶ Sobre as concessões políticas e o processo de estabilização do Real, por todos, ver: FRANCO, Gustavo Henrique de Barroso. *O desafio brasileiro*. Ensaio sobre desenvolvimento, globalização e moeda. São Paulo: Editora 34, 1999.

¹⁰⁷ Cf. REZENDE, Fernando; AFONSO, José Roberto. *A federação brasileira: fatos, desafios e perspectivas*. Federalismo e integração econômica regional: desafios para o Mercosul. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, FGV e Fórum of Federations, 2004. p. 350.

¹⁰⁸ Como afirma Fábio Giambiagi e Mônica Mora, “[o] Senado Federal, em vista da omissão da EC 3/92, interpretou que essa rolagem incluía a atualização do principal e os juros pagos. Dadas as características das Letras Financeiras do Tesouro Estadual (LFTÉs), a cada rolagem o montante reemitido crescia segundo a taxa Selic (bem acima da inflação) e levava em conta também os elevados deságios cobrados pelo mercado financeiro para carregarem os títulos estaduais. Assim a trajetória da dívida descolou-se daquela seguida pelos fluxos de receita e tornou-se explosiva”. (GIAMBIAGI, Fábio; MORA, Monica. *Federalismo e endividamento subnacional*: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual. Cit., p. 3)

¹⁰⁹ Sobre o crescimento exponencial da dívida dos entes subnacionais, especialmente após a implementação do Plano Real, ver: ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de. *Evolução e crise da dívida pública estadual*. Cit., p. 17 e ss.; e ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de; MORA, Monica. *Federalismo e dívida estadual no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2002. (Texto para Discussão, 866).

¹¹⁰ Cf. OLIVEIRA, Gesner. *Brasil real*: desafios da pós-estabilização na virada do milênio. São Paulo: Mandarim, 1996.

¹¹¹ Cf. GIAMBIAGI, Fábio; MORA, Monica. *Federalismo e endividamento subnacional*: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual. Cit., p. 3.

¹¹² O programa foi estendido aos Municípios com a Medida Provisória nº 1.811, publicada pela primeira vez em 1999.

¹¹³ Como afirma o Professor Francisco Luiz Cazeiro Lopreato, “[o] Programa de Ajuste Fiscal e Reestruturação Financeira dos Estados é um marco no relacionamento entre as esferas de governo, porque, pela primeira vez, associou o auxílio financeiro federal à reforma do setor público estadual e ao ajuste patrimonial”.

Prevvia um programa de metas e compromissos ligados aos seguintes indicadores: (i) Dívida Consolidada; (ii) Resultado Primário; (iii) Despesa com Pessoal; (iv) Receitas de Arrecadação Própria; (v) Gestão Pública; e (vi) Disponibilidade de Caixa.¹¹⁴

E a mais importante e ao mesmo tempo controvertida medida:¹¹⁵ empoderava o Ministério da Fazenda através da Secretaria do Tesouro Nacional a acompanhar as finanças estaduais, uma função inédita e então relevante para o macroprocesso traçado pela política fiscal da época, em um cenário de ajuste fiscal nacional.

Além disso, por meio de incentivo de redução de taxas de juros, compelia os Estados a privatizar empresas estatais, especialmente as distribuidoras de energia elétrica, a fim de consolidar o Programa Nacional de Desestatização (PND), que já estava em curso no âmbito federal e atingia as principais empresas geradoras de energia elétrica, de propriedade da União. Os objetivos de reforma do estado e de melhora dos indicadores fiscais estavam subjacentes a esta medida.¹¹⁶

Ao lado das inovações introduzidas pela Lei nº 9.496/1997, surgiu o Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (PROES), por meio da Medida Provisória nº 1.514/1996 e da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.365/1997. A intenção era fomentar a privatização e o saneamento de bancos estaduais e impedir que houvesse o financiamento de déficits das administrações estaduais pelas respectivas instituições financeiras. Esses *autofinanciamentos* tinham um potencial negativo ilimitado para a política fiscal.¹¹⁷

As inovações introduzidas pela Lei nº 9.496/1997 foram importantes para descentralizar a responsabilidade fiscal entre os entes subnacionais, apesar de a arbitragem ser federal, e elevou a efetividade das normas de direito financeiro ao centro da discussão macroeconômica do país. Por outro lado, o *bailout* promovido pelo PAF e o custo fiscal do PROES tiveram um impacto financeiro agudo para a União.

(LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O colapso das finanças estaduais e a crise da federação*. São Paulo: Unesp, 2002. p. 211)

¹¹⁴ Cf. art. 2º, e incisos, da Lei nº 9.496/1997.

¹¹⁵ Apesar de o alcance da política fiscal ser nacional, o órgão responsável pela sua regulação era federal. Essas aparentes incongruências na cooperação do federalismo fiscal brasileiro e seus reflexos negativos, como a judicialização excessiva de temas federativos fiscais, serão tratadas com mais profundidade no Capítulo 5.

¹¹⁶ Sobre o PND no âmbito do ajuste fiscal, por todos, vide: NUNES, Ricardo da Costa; NUNES, Selene Peres Peres. Privatização e ajuste fiscal: a experiência brasileira. *Planejamento e Políticas Públicas*, nº 17, p. 172-213, 1998.

¹¹⁷ Sobre o potencial ilimitado de dano, vale a observação de Sérgio Werlang e Armínio Fraga: “A operação é simples: um banco oficial faz um empréstimo ruim ou, no caso dos bancos estaduais, é forçado a absorver os títulos estaduais de seu acionista majoritário (o estado a que pertence). Para isso captará depósitos a prazo e no CDI a taxas. Como esses bancos são grandes tomadores, normalmente há falta de recursos no mercado financeiro para os recursos demandados. A consequência [sic] é que o Bacen tem que aportar recursos, oficialmente através do desconto ou de empréstimos de assistência a liquidez, normal ou extraordinário, ou ainda por via indireta, seja pelo Banco do Brasil, seja utilizando Gerof como intermediária que repassa aos bancos privados para que estes em última instância repassem aos bancos estaduais”. (WERLANG, Sérgio Ribeiro; FRAGA NETO, Armínio. Os bancos estaduais e o descontrolado fiscal: alguns aspectos. *Revista Brasileira de Economia*, v. 49, nº 2, p. 266, 1995)

Era preciso, então, avançar mais na cultura de responsabilidade fiscal, explorando as possibilidades da Constituição Financeira.

4.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal como marco da eficácia social do direito financeiro e de afirmação da lógica fiscal invertida

Todo esse arcabouço normativo elevou a efetividade do então contido direito financeiro, mesmo antes da edição da LRF.¹¹⁸ As soluções de política fiscal para os problemas de endividamento dos entes subnacionais não só poderiam, como deveriam passar pela regulamentação da Constituição Financeira.

Três grandes fatores internos e uma crise internacional precipitaram a discussão em torno da necessidade de adoção de parâmetros objetivos fiscais mais duradouros e abrangentes do que aqueles previstos na Lei nº 9.496/1997.

No âmbito interno: (i) a uma, o Plano Real, como visto, reduziu significativamente a inflação. E isso “comprometeu as receitas nominais decorrentes de aplicações financeiras, as quais vinham sendo utilizadas por muitos estados para custear despesas correntes, inclusive despesas de pessoal”.¹¹⁹ O chamado “imposto inflacionário”,¹²⁰ que havia se tornado parte importante do planejamento fiscal estadual no financiamento do déficit público, desapareceu de forma abrupta; (ii) a duas, o aumento da taxa de juros para conter o avanço inflacionário através de captação de recursos externos na política monetária causou sérios impactos na política fiscal. A dívida pública, especialmente a dívida subnacional, disparou e impactou seriamente a situação fiscal nacional; (iii) a três, os seguidos *bailouts* aos entes subnacionais, o PROES e o PROER¹²¹ enfraqueceram financeiramente a União.

No âmbito internacional, a crise dos países emergentes, iniciada através da crise dos Tigres Asiáticos de 1997, culminou com a moratória russa em agosto de 1998 e atingiu o Brasil com forte intensidade. As reservas cambiais captadas por taxas de juros altas para conter a inflação começaram a diminuir consideravelmente.

O Governo brasileiro, entretanto, enfrentando o ciclo político-eleitoral de 1998,¹²² adotou postura oportunista e demorou a reagir.¹²³ Em 28 de outubro de

¹¹⁸ Marcus Abraham, inclusive, cita as emendas constitucionais de reforma da administração pública e do estado, além das medidas fiscais dos entes subnacionais: “Antes da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, foram adotadas aqui no Brasil medidas fiscais importantes durante a década de 1990, que fizeram parte de uma ampla política de ajuste fiscal. Três emendas constitucionais foram determinantes nesse sentido: as ECs nºs 10/1996, 19/1998 e 20/1998. Programas de ajuste fiscal foram criados e diversas leis foram publicadas com o mesmo espírito”. (ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. Cit., p. 334)

¹¹⁹ Conselheiro Pedro Sampaio Malan no Voto CMN nº 162/95. Cit., p. 2.

¹²⁰ Sobre imposto inflacionário, ver: FRANCO, Gustavo Henrique de Barroso. O imposto inflacionário durante quatro hiperinflações. *Pesquisa e Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Ipea, v. 18, nº 2, p. 341-360, 1988.

¹²¹ Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, implementado pela Medida Provisória nº 1.179 e a Resolução nº 2.208, ambas de 03.11.1995, que, ao contrário do PROES, dirigia-se às instituições financeiras privadas.

¹²² A reeleição havia sido introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997. Desde então, todos os presidentes que se elegeram se reelegeram.

¹²³ Sobre a demora da reação do governo e a sua ligação direta com o ciclo eleitoral, ver: MONTEIRO, Jorge Vianna. Economia política da crise: o programa de estabilidade fiscal. *Revista da Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV/EBAPE, v. 32, nº 5, p. 215-223, set./out. 1998.

1998, com o presidente já reeleito, de um lado, e com a situação fiscal, cambial¹²⁴ e monetária agravadas, de outro, e, ainda, com as negociações com o Fundo Monetário Internacional (FMI) para uma ajuda financeira já iniciadas,¹²⁵ a reação tardia finalmente começou. No plano da política fiscal, foi lançado o Programa de Estabilidade Fiscal (PEF), trazendo as bases de um pacto pela responsabilidade fiscal:

O governo federal apresenta à sociedade brasileira seu Programa de Estabilidade Fiscal, fundado em uma premissa básica: o Estado não pode mais viver além de seus limites, gastando mais do que arrecada.

O equilíbrio das contas públicas representa um passo decisivo na redefinição do modelo econômico brasileiro. Trata-se, em essência, da introdução de mudanças fundamentais no regime fiscal do país, com o objetivo de promover o equilíbrio definitivo das contas públicas na velocidade necessária para permitir a consolidação dos três objetivos básicos do Plano Real: estabilidade da moeda, crescimento sustentado com mudança estrutural e ganhos de produtividade e a melhoria progressiva das condições de vida da população brasileira.¹²⁶

O PEF, ao fim e ao cabo, foi fruto de uma exigência do próprio FMI para a liberação de recursos.¹²⁷ No plano ideológico, foi resultado de um *consenso político*¹²⁸ que havia culminado com a reeleição presidencial.¹²⁹ E, por fim, foi uma necessidade

¹²⁴ Situação essa que viria a resultar na grave crise cambial de janeiro de 1999.

¹²⁵ Para um aprofundamento sobre as negociações com o FMI que culminaram com um pacote de ajuda anunciado em 13 de novembro de 1998, ver o detalhado ensaio do Embaixador: ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e o FMI de 1944 a 2002: um relacionamento feito de altos e baixos. *Revista História Hoje*. São Paulo, nº 1, p. 12-15, 2003.

¹²⁶ Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/portugues/ajuste/pef98.asp>. Acesso em: 10 maio 2016.

¹²⁷ Tanto que se inspirou no *Manual de Boas Práticas Fiscais* publicado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI).

¹²⁸ Sobre o conceito de *consenso político* na teoria neoinstitucionalista, ver: HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. *As três versões do neo-institucionalismo*. Cit., p. 193-223.

¹²⁹ Cf. Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997. A literatura sobre a reeleição norte-americana, cuja democracia é mais bem consolidada que a brasileira, divide-se a respeito dos incentivos à racionalidade política em relação à reeleição. Para uma visão favorável, ou seja, de que a reeleição de fato aguça a racionalidade do ocupante do cargo e estimula incentivos punitivos dos eleitores, por todos, ver o artigo clássico de: BARRO, Robert J. The control of politicians: an economic model. *Public Choice*, v. 14, nº 1, p. 19-42, 1973. Contra, em uma visão focada na legitimidade político-democrática, ver a obra seminal de Alexis de Toqueville, de grande influência na América Latina: *Da democracia na América*. Tradução do original em francês de Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: Vide, 2019. p. 212 e ss. No Brasil, inicialmente, a discussão ficou ao redor da necessidade ou não de desincompatibilização do cargo para a disputa da reeleição majoritária. A controvérsia foi dirimida com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.805-MC (DJU 14.11.2003), em que a Corte, através do voto do Relator, Min. Néri da Silveira, decidiu pela desnecessidade de desincompatibilização do mandato. No plano político, em recente artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, de 5 de setembro de 2020, o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso admitiu ter sido um erro apoiar e estimular a reeleição em 1997: “Devo reconhecer que historicamente foi um erro: se 4 anos são insuficientes e 6 anos parecem ser muito tempo, em vez de pedir o 4º ano ao eleitorado dê 1 voto de tipo ‘plebiscitário’, seria preferível termos 1 mandato de 5 anos e ponto final”. (CARDOSO, Fernando Henrique. Reeleição e crises. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 5 set. 2020. Seção Opinião. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,reeleicao-e-crisis,70003427387>. Acesso em: 17 set. 2020)

da própria política fiscal, haja vista que o Plano Real não suportaria o desequilíbrio fiscal dos entes subnacionais por muito mais tempo, sem as condições econômicas favoráveis que existiam entre 1993 e 1994, e envolto em uma crise internacional que afetava a captação de investimentos internacionais, mesmo com atrativa taxa de juros.

No vale fiscal pós-eleitoral, intensificado por um *arranjo institucional* que aceitava sem maiores obstruções o comportamento oportunista eleitoral, a Lei de Responsabilidade Fiscal surge no *ambiente institucional* brasileiro, com a intenção imediata de superar mais uma recessão ligada a um ciclo-eleitoral oportunista. Dessa vez, porém, a *democracia de negociação* brasileira estava permeada pela estabilidade da moeda que havia se tornado uma realidade dominante no discurso político. A crise sistêmica de endividamento dos entes subnacionais¹³⁰ encontrava uma resposta estrutural mediata ao sanar um hiato punitivo histórico do mau gestor.¹³¹

Resultado de um trabalho inovador da Assembleia Constituinte de 1987 que, ao contrário do que existia na Constituição de 1967, dedicou um artigo ao então chamado “Código de Finanças Públicas”,¹³² demonstrando preocupação já naquela época com o “controle social do gasto e da dívida pública”,¹³³ no que viria a se tornar o art. 163 da nova Carta. A nova disposição trazia também importante inovação quanto ao processo legislativo: submetia a regulação da dívida pública à lei complementar e retirava do Senado Federal¹³⁴ a competência privativa que detinha sobre a dívida pública subnacional.¹³⁵

Após a promulgação da Constituição, o dispositivo ficou sem eficácia normativa por mais de uma década. A primeira iniciativa de compromisso político-institucional com a responsabilidade fiscal se deu por iniciativa parlamentar, durante a tramitação

¹³⁰ Entre os autores que compactuam com a tese de que a LRF foi uma resposta ao endividamento dos entes subnacionais, posição com a qual concordamos, a partir de toda a evolução fiscal e macroeconômica do período, ver: ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de; MORA, Monica. *Federalismo e dívida estadual no Brasil*. Cit.; MELO, Marcus André. *Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; ASAZU, Cláudia Yukari; ABRUCIO, Fernando Luiz. *A gênese da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF): a construção de uma agenda*. São Paulo: Atibaia, 2003. (XXVII Encontro da AnPAD.) Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/7/enanpad2003-pop-1361.pdf. Acesso em: 3 jun. 2018.

¹³¹ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: RT, 2001. p. 19.

¹³² O país já tinha tido um “Código de Finanças Públicas”, com o Decreto nº 4.536 de 28 de janeiro de 1922. Após essa experiência, a matéria se dissipou em leis específicas para cada ramo e não houve mais uma codificação da legislação. Além disso, faltava uma lei nacional robusta sobre o tema, o que só ocorreria com a Lei de Responsabilidade, como veremos no item subsequente.

¹³³ Nas palavras do constituinte Relator José Serra: “Importantes inovações do Substitutivo dizem respeito à Lei do Sistema Financeiro Nacional e ao *Código das Finanças Públicas*, que reestruturarão os sistemas financeiros público e privado, estabelecerão as novas regras pertinentes à organização e ao funcionamento desses sistemas. O eixo da reformulação e da consolidação desses corpos legais deverá ser a promoção do desenvolvimento equilibrado, com juros compatíveis com a produção; transparência das operações, sobretudo as que envolvam o setor público; *controle social do gasto e da dívida pública*; e inibição da especulação improdutiva como prática generalizada na vida econômica do País”. (Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao5/subcomissao5b. Acesso em: 3 abr. 2016 – grifos nossos)

¹³⁴ O que foi um grande avanço por conta da força política que os governadores, chamados como “barões da federação”, exerciam sobre o Senado Federal. Cf. ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. Cit.

¹³⁵ Cf. Art. 45, inciso II, da Constituição de 1967.

da Proposta de Emenda Constitucional nº 173, de 18 de agosto de 1995, após o Plano Real, mas antes da Lei nº 9.496/1997 e da crise externa de 1998. O que revela uma *policy* (conteúdo da política) e um *politics* (processos políticos) que ganhou sustentação ao longo da experiência fiscal da década de 1990.

A iniciativa parlamentar, pois, estimulou a inserção do texto do art. 30 na Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que assim estabelecia: “O projeto de lei complementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal será apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no prazo máximo de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda”.

Em 1999, foi encaminhado pelo Poder Executivo o projeto de Lei Complementar nº 18, de 18 de março. Após a Câmara promover mudanças formais, em observância à Lei Complementar nº 95/1998, e, principalmente, superar uma tradução, por vezes, literal e ingênua do *Fiscal Responsibility Act* neozelandês,¹³⁶ o substitutivo apresentado pelo Deputado Pedro Novais acrescentou pontos materiais que tornaram a lei ainda mais rigorosa do ponto de vista fiscal.¹³⁷ O projeto, então modificado, recebeu expressiva votação em ambas as Casas legislativas.¹³⁸

Com seu alcance nacional¹³⁹ como norma geral de direito financeiro, a Lei de Responsabilidade Fiscal surgiu como norma regulamentadora de diversos dispositivos da Constituição, precipuamente do art. 163.¹⁴⁰ Surgiu também, exercendo forte impacto, em todas as esferas de governo, nos Poderes, nos Tribunais de Conta, no Ministério Público e nas entidades da administração, a exemplo da experiência internacional de países cujo desenvolvimento fiscal se encontrava em estágio mais avançado.¹⁴¹

¹³⁶ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na Constituição. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 41-42.

¹³⁷ Cf. AFONSO, Jose Roberto Rodrigues. *Responsabilidade fiscal no Brasil: uma memória da lei*. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2010. p. 8. Ricardo Lobo Torres comunga da mesma opinião: “[o] projeto do Executivo (nº 18/99) foi inteiramente reformulado, para melhor, na Câmara dos Deputados, através do substitutivo apresentado pelo Deputado Pedro Novais, aprovado em 3 de fevereiro de 2000”. (*Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na Constituição. Cit., p. 40)

¹³⁸ Na Câmara, a votação alcançou a expressiva margem de 385 votos a favor e 86 votos contra. No Senado, 60 votos a favor e 10 votos contra.

¹³⁹ O caráter de norma nacional tem forte aceitação doutrinária. Por todos, ver: OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Responsabilidade fiscal*. Cit., p. 24; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na Constituição. Cit., p. 40-42; TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. Cit., p. 307-336.

¹⁴⁰ O caráter nacional das normas da LRF foi atacado através de algumas ADIs, em especial a ADI nº 2.238/DF. Sob o argumento de que a LRF não havia regulamentado todos os incisos do art. 163 da Constituição, tentou-se descaracterizar o seu caráter de norma geral. Através de recente decisão unânime e nos termos do voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, entendeu o Plenário que a previsão constitucional em vários incisos não obriga que “tenha uma única lei de ser editada para tratar de todas” e conclui que “não só não estava o legislador obrigado a editar uma única lei complementar para regulamentar todo o art. 163 da Constituição, como fez bem em não o fazer”. (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238-DF*. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 24 jun. 2020. p. 12-13). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344404366&ext=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁴¹ A LRF teve como inspiração primeira a *Fiscal Responsibility Act*, que simplificou e trouxe transparência para o modelo fiscal da Nova Zelândia em 1994; o *Budget Enforcement Act*, norma norte-americana de 1990, que trouxe, em síntese, o conceito de *accountability* para o direito positivo brasileiro, com mecanismos qualitativos de controle de gastos, o conceito de *sequestration*, ou seja, com a imposição de metas de

Além de seu amplo reflexo subjetivo, a LRF modificou aspectos materiais da atividade financeira do Estado. Como afirma o professor titular de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Marcus Abraham, “[a] partir da LRF, a responsabilidade na atividade financeira é requerida em todas as etapas do processo fiscal, desde a arrecadação, passando pela gestão, até a aplicação dos recursos na sociedade de maneira responsável, ética, transparente e eficiente”.¹⁴²

Seus quatro vetores axiológicos precípuos, portanto, planejamento, transparência, responsabilidade e controle, fixaram a responsabilidade fiscal como contraponto à completa desorganização que imperava na arrecadação de receitas e na realização de despesas,¹⁴³ evolução sensível em matéria de finanças públicas e, por via de consequência, estimularam uma vasta produção acadêmica, que influenciou diretamente na elevação da responsabilidade fiscal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, o *planejamento*, com um capítulo específico, reforça a previsibilidade e controle orçamentários, reafirma a tendência do art. 165 da Constituição, principalmente no que diz respeito à Lei de Diretrizes Orçamentárias.¹⁴⁴ Torna peça norteadora da ação fiscal responsável, em diálogo com a Lei Orçamentária Anual.¹⁴⁵ Confere, assim, densidade jurídica ao planejamento estratégico¹⁴⁶ *ex ante*.

superávit e limitações no empenho para garantir as metas fiscais, e o *pay as you go*, com o conceito de compensação orçamentária para atos que provoquem aumento de despesa. Além disso, teve inspirações do Pacto de Estabilidade e Crescimento, firmado pelos países da União Europeia em 1997, com normas de saúde fiscal que deveriam ser observadas pelos países do bloco, com origem no Tratado de Maastricht de 1992. Há quem diga, como Fabio Giambiagi e Mônica Mora (*Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual*. Cit., p. 6) que a LRF se baseou no *Manual de boas práticas fiscais* publicado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). Geroge Kopitz, no entanto, responsável pela elaboração do referido *Manual*, inclusive, encaminhou um ofício em 19 de fevereiro de 1999, criticando o anteprojeto de lei complementar: Cf. AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Responsabilidade fiscal no Brasil: uma memória da lei*. Cit., p. 6.

¹⁴² Cf. *Reflexões sobre finanças públicas e direito financeiro*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 17.

¹⁴³ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes. 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; CAMPOS SILVA, Maria Stela; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo (Org.). *A trajetória de 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 25.

¹⁴⁴ A seção I do capítulo II da LRF, que tratava do Plano Plurianual (PPA), sofreu veto presidencial. Em suas razões de veto, o Presidente da República aduziu três razões: (i) a fixação de prazo afeta a qualidade da proposta do projeto de lei do plano plurianual; (ii) a fixação da mesma data para todos os entes para apresentarem o projeto de PPA não considera as diferenças estruturais entre eles, principalmente entre peculiaridades e complexidades de municípios de menor porte; e (iii) “o veto dos prazos constantes do dispositivo traz consigo a supressão do Anexo de Política Fiscal, a qual não ocasiona prejuízo aos objetivos da Lei Complementar, considerando-se que a lei de diretrizes orçamentárias já prevê a apresentação de Anexo de Metas Fiscais, contendo, de forma mais precisa, metas para cinco variáveis – receitas, despesas, resultados nominal e primário e dívida pública –, para três anos, especificadas em valores correntes e constantes.” Cf. *Mensagem nº 627, de 4 maio de 2000*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/mensagem_veto/2000/vep101-00.htm. Acesso em: 14 de ago. 2020.

¹⁴⁵ Heleno Taveira Torres destaca, com particular precisão, o alcance político do orçamento: “Após o sufrágio popular, o ‘orçamento público’ é ato constitucional dos mais representativos da democracia e da república, sem o qual o próprio Estado Constitucional restaria incompleto e desnaturado”. (Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. Cit., p. 346)

¹⁴⁶ Marilyn Marks Rubin e Katherine Willoughby, inclusive, conduziram recente pesquisa com diversos modelos de orçamentos e chegaram à conclusão de que o melhor desempenho tanto no que se refere às medidas de acompanhamento quanto no que se refere ao atingimento dos resultados do *budget decision-making* é alcançado quando há um planejamento estratégico (*strategic planning*). RUBIN, Marilyn Marks;

Abre as portas para a adoção de técnicas orçamentárias mais modernas no Brasil, em interpretação conjunta com a Lei nº 4.320/1964, também com caráter de norma geral e nacional, e do alcance da expressão *orçamento-programa*, previsto em seu art. 2º.¹⁴⁷

Como decorrência direta do Estado Democrático de Direito, surgem dois vetores importantes da LRF. O primeiro, a *responsabilidade*, que pode se apresentar sob dois aspectos. Como forma de impedir critérios inadequados e irresponsáveis para a realização de gastos públicos¹⁴⁸ e como decomposição biunívoca, do princípio democrático, ao lado da legitimidade, que impõe punição a gestores públicos que ajam em desacordo com a vontade democrática.¹⁴⁹

O segundo, a *transparência*, que chega ao âmbito fiscal,¹⁵⁰ como indissociável¹⁵¹ atributo da publicidade da função administrativa, prevista no art. 37 da Constituição, como essência do Estado Democrático de Direito¹⁵² e impondo mais do que a publicidade formal, mas a possibilidade de controle amplo.¹⁵³ Nessa linha, em uma vertente de

WILLOUGHBY, Katherine G. Measuring Government Performance: The Intersection of Strategic Planning and Performance Budgeting. In: JOICE, Paul; BRYSON, John. M.; HOLZER, Marc (Ed.). *Developments in Strategic and Public Management*. London: Palgrave Macmillan, 2014. p. 41-58. IIAS Series: Governance and Public Management (International Institute of Administrative Sciences (IIAS) – Improving Administrative Sciences Worldwide). Disponível em: https://doi.org/10.1057/9781137336972_3. Acesso em: 14 ago. 2020.

¹⁴⁷ Marcus Abraham constata que a LRF trouxe a cultura ausente do planejamento para ciclo orçamentário brasileiro. “O fato é que, até a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, em 4 de maio de 2000, verificava-se uma situação de total ausência de planejamento orçamentário pelos entes públicos. Justificava-se tal estado de coisas, principalmente, pela não edição da lei complementar exigida pela Constituição (art. 165, § 9º, da CF), necessária para definir os contornos básicos dos três instrumentos que integram o processo orçamentário nacional [...]”. (*Lei de responsabilidade fiscal comentada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2017. p. 33)

¹⁴⁸ O controle qualitativo da alocação de recursos é um dos objetivos do Estado Constitucional. Juarez Freitas destaca “[o] Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas” (*Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 9 – grifos nossos). No mesmo sentido, ver: DERZI, Misabel Abreu Machado. Comentários sobre os arts. 40 a 77. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Comentário à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 261-349; BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. *Temas de Direito Constitucional*, v. 1, p. 113, 2002.

¹⁴⁹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 221. p. 75, jul./set. 2000.

¹⁵⁰ Para Ricardo Lobo Torres, “[o] princípio da transparência aparece também amalgamado ao da responsabilidade fiscal (*accountability*), constituindo mesmo um subprincípio deste”. (O princípio da transparência no direito financeiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 8, p. 141, 2001)

¹⁵¹ Heleno Torres ressalta a importância da transparência: “[e]m matéria financeira, transparência e Estado Democrático de Direito são *indissociáveis*” (*Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. Cit., p. 356 – grifos nossos). No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres: “O princípio da transparência aparece também amalgamado ao da responsabilidade fiscal (*accountability*), constituindo mesmo um subprincípio deste” (*O princípio da transparência no direito financeiro*. Cit., p. 141).

¹⁵² Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 142. Ricardo Lobo Torres ressalta o caráter de princípio constitucional implícito: “A transparência fiscal é um princípio constitucional implícito. Sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade”. (*O princípio da transparência no direito financeiro*. Cit., p. 133)

¹⁵³ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Responsabilidade fiscal*. Cit., p. 84.

influência norte-americana,¹⁵⁴ os incentivos e as respectivas renúncias de receita deverão ser informados e justificados,¹⁵⁵ adotando-se o conceito que Stanley Surrey e Paul McDaniel deram a esses gastos indiretos ou “gastos tributários” (*tax expenditures*).¹⁵⁶

O controle apresenta-se como uma síntese dos demais vetores, utilizando o planejamento, a transparência e a responsabilidade como balizadores subjetivos, temporais e valorativos. Do ponto de vista subjetivo, a LRF, por inspiração direta da *accountability* norte-americana,¹⁵⁷ aumentou o leque dos autores que devam estar envolvidos com a fiscalização. Ao lado do controle interno e externo, portanto, aparece o controle social, como corolário do Estado Democrático de Direito,¹⁵⁸ de forma que a *accountability* se apresenta como importante atributo da democracia.¹⁵⁹ O momento temporal de controle, por outro lado, perpassa todo o processo de fiscalização financeira e orçamentária, podendo ser prévio, concomitante e subsequente.¹⁶⁰ A valoração dos resultados e a eficiência alocativa dos gastos é feita através de um acompanhamento e de uma avaliação do equilíbrio orçamentário, do cumprimento de metas e dos níveis de déficit público, usando os indicadores fiscais previstos na LRF.

Em relação aos entes subnacionais, quando a LRF foi gerida, havia uma preocupação maior com o saneamento das dívidas de Estados e Municípios do que da própria União.¹⁶¹ Os quatro paradigmas principiológicos e suas respectivas regras

¹⁵⁴ Sobre a transparência na *accountability* norte-americana, por todos, ver: BRIN, David. *The Transparent Society*. Will Technology Force Us to Choose Between Privacy and Freedom? Massachusetts: Perseus Books, 1998.

¹⁵⁵ Cf. art. 14 da LRF e art. 165, § 6º, da Constituição. Para uma visão global do assunto, sugerimos: SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*. Cit., p. 398-403; GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 439-448; ANDRADE, José Maria Arruda de. A política econômica e a governança dos gastos tributários indiretos. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-30/estado-economia-politica-gastos-tributarios-indiretos>. Acesso em: 13 ago. 2017; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na Constituição. Cit., p. 258-261.

¹⁵⁶ Cf. MCDANIEL, Paul; SURREY, Stanley. The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974. *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, v. 27, nº 5, p. 676-737, 1976.

¹⁵⁷ “A *accountability* surgiu como uma questão central nas investigações a respeito do período de pós-transição na América Latina, conferindo-se grande destaque à necessidade de serem tornados mais efetivos os seus mecanismos, apontados como um grande desafio para a consolidação e o aprimoramento da qualidade democrática.” (WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 23)

¹⁵⁸ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. Cit., p. 457-458.

¹⁵⁹ Sobre a evolução da *accountability* par e passo com a evolução dos valores democráticos, ver a clássica obra de Frederich Mosher: *Democracy and the public service*. New York: Oxford University Press, 1968. Em português, indicamos: CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* *Revista de Administração Pública*, v. 24, nº 2, p. 30-50, 1990; ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranulfo F. *Accountability, representação e estabilidade política no Brasil*. In: ABRÚCIO, Fernando (Org.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC (Parte 1)*. Brasília, 2002. (Coleção Gestão Pública, v. 7).

¹⁶⁰ “O controle na fase de elaboração da proposta orçamentária, pelo Poder Executivo, e de aprovação das leis orçamentárias, pelo Poder Legislativo, tem caráter prévio. Quando do acompanhamento da execução orçamentária, dá-se o controle concomitante. Concluída a execução orçamentária, faz-se o controle posterior das contas públicas.” (LEBRÃO, Roberto M.; GOMES, Emerson C. da S.; MOURÃO, Licurgo. *Fiscalização financeira e orçamentária*. In: HORVARTH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 126)

¹⁶¹ Cf. TESOIRO NACIONAL TRANSPARENTE. *Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 10-11. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/entendendo-a-lrf/2000/30>. Acesso em: 13 abr. 2021.

pretendiam, portanto, exercer um papel estrutural e permanente na gestão fiscal dos entes subnacionais. Obrigaram o planejamento e a transparência, aprimoraram os mecanismos de controle e, sobretudo, elevaram à normatividade jurídica *responsiva* o oportunismo dos ciclos políticos-eleitorais.¹⁶²

E veio em bom momento. A alta volatilidade macroeconômica da década anterior fez aflorar um *consenso político*¹⁶³ em torno da estabilidade fiscal. Com a superação da inflação, a preocupação macroeconômica voltou-se para os fundamentos da estabilidade de longo prazo. O centro do debate girava em torno do equilíbrio das contas públicas. Ao lado do câmbio flutuante, o sistema de metas de inflação e de superávit para o setor público foi marcante no início do século XXI.

E foi bem-sucedida. O sistema de metas evitou o descontrole inflacionário e estimulou a retomada econômica, apesar de a taxa de juros continuar elevada e com uma desvalorização cambial significativa.¹⁶⁴

A Lei de Responsabilidade Fiscal surgiu, portanto, como importante marco dogmático da efetividade do direito financeiro e foi resultado da longa escalada em *path dependence*. A experiência normativa e o aprendizado social¹⁶⁵ que perpassa o modelo do federalismo fiscal brasileiro acende na *cultura política participante*¹⁶⁶ os anseios de que eram necessárias mudanças na política fiscal.¹⁶⁷ A lógica fiscal

¹⁶² A doutrina jurídica reconhece amplamente este fenômeno “do outro que pague”, como um mecanismo de endividamento eleitoral, como visto na tinta irônica e precisa de Régis Fernandes de Oliveira (*Curso de direito financeiro*. Cit., p. 686). Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que este fenômeno cria o ciclo dos “três vilões das finanças públicas: o *déficit público*, que ocorre quando os governos gastam mais do que arrecadam; a *dívida pública*, que é a expressão do déficit que se transfere de um orçamento para o outro, prejudicando novos programas que poderiam ser executados; e o *endividamento público*, que se instala, cronicamente, no processo de acumulação da dívida pública e passa a absorver cada vez mais recursos públicos para seu serviço e amortização”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos*. Cit., p. 73 – grifos nossos)

¹⁶³ Cf. BOBBIO, Norberto. *Diário de um século: autobiografia*. Cit., p. 323.

¹⁶⁴ Para um aprofundamento do tema, sugerimos: BASTOS, Estêvão Kopschitz Xavier et al. *Economia brasileira no período 1987-2013: relatos e interpretações da análise de conjuntura no Ipea*. Brasília: Ipea, 2015. Especialmente o Capítulo 4. Para uma visão contemporânea sobre o tema, ver a recentíssima crítica de: ROCHA, Francisco Sérgio Silva da. A Lei Complementar nº 101/2000 no mar tempestuoso do desequilíbrio fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; CAMPOS SILVA, Maria Stela; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo (Org.). *A trajetória de 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 287-302.

¹⁶⁵ Sobre o processo de *path dependence* e *social learning* que culminou com a LRF, ver: ASAZU, Cláudia Yukari; ABRUCIO, Fernando Luiz. *A gênese da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)*. Cit.

¹⁶⁶ Gabriel Almond e Sydney Verba, com base na classificação weberiana, chamam de *cultura política participante* aquela definida como: “*the one in which the members of the Society tend to be explicitly oriented to the system as a whole and to both the political and administrative structures and processes: in other words, to both the input and output aspects of the political system*”. (ALMOND, Gabriel A.; VERBA, Sidney. *The Civic Culture*. Political attitudes and democracy in five nations. New Jersey: Princeton Legacy Library, 1963 (Kindle edition 2015), p. 19)

¹⁶⁷ Sobre a evolução da cultura política da década de 1990, acerca da necessidade de resolver o problema fiscal nacional e subnacional, vide a excelente tese de Cristiane Kerches da Silva Leite, que, com base no neoinstitucionalismo das escolhas racionais de Peter Hall e profunda pesquisa de dados, descreve o momento político e social que culminaram *consenso decisório* em torno da Lei de Responsabilidade Fiscal. (LEITE, Christiane Kerches da Silva. *O processo de ordenamento fiscal no Brasil na década de 1990 e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Tese (Doutorado em ciência política) – Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política, São Paulo, 2005)

invertida, por outro lado, estava consolidada: os entes federativos deviam reverência a um órgão do Poder Executivo federal.

5. Conclusões parciais. Protagonismo normativo e conflito federativo: as duas faces da efetividade financeira

A regulamentação legal do direito constitucional financeiro gerou importante consequência do ponto de vista federativo. A Secretaria do Tesouro Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda e, portanto, ao Poder Executivo nacional, foi alçado à condição de fiador da política fiscal nacional. E a lei de responsabilidade fiscal veio a consolidar este papel de forma permanente com o estabelecimento de um programa de metas, equilíbrio orçamentário, controle de contas e superávit em âmbito nacional. E, como veremos, esta abrangência nacional de um órgão federal suscitou conflitos federativos.

No *consenso* macroeconômico em relação à sustentabilidade fiscal, aos entes subnacionais não era mais permitido o alto grau de endividamento cíclico ou eleitoral que caracterizou as décadas passadas. As fortes corporações, o populismo eleitoral e as culturas coronelistas¹⁶⁸ e patrimonialistas são mais fortes quanto mais se afasta do centro político. A dominação tradicional patriarcal weberiana no Brasil em âmbito local é mais sentida do que em âmbito nacional.¹⁶⁹

Por conta dessa realidade socioeconômica brasileira e pela necessidade de respostas rápidas à gravidade dos quadros fiscal, cambial e monetário, o Governo Federal se tornou o fiador da estabilidade macroeconômica, através de uma atuação ativa da Secretaria do Tesouro Nacional. Revestindo-se do papel de uma verdadeira *agência reguladora fiscal nacional*, e com base nas novas disposição da LRF, a STN passou a impor controle e restrições aos entes subnacionais que historicamente careciam de grau de autonomia fiscal efetiva,¹⁷⁰ suficientes para trabalhar mecanismos sofisticados de controle de gastos em seus limites de captura políticos locais.

A efetividade do direito financeiro se estabilizava e a *política fiscal* passava a gozar de uma *garantia material*, ou seja, “de um programa normativo baseado na certeza

¹⁶⁸ Victor Nunes Leal, em primorosa obra, destaca a influência local eleitoral do coronelismo: “A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. Dentro da esfera própria de influência, o ‘coronel’ como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes instituições sociais”. (*Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 56)

¹⁶⁹ Desde as cartas de privilégio, processo utilizado pela monarquia portuguesa como projeção do seu monopólio real para a concessão de permissões de exploração para terras, o patrimonialismo brasileiro tem características coloniais portuguesas. Raymundo Faoro, seguindo a tese de dominação weberiana, demonstra que o patrimonialismo no Brasil tem no Rei a sua figura de poder e na regionalização a sua expressão de poder: “[o] rei permaneceria comerciante, sem envolvimento imediato no negócio, mas vigilante, com o aparelho estatal a serviço de seus interesses. O primeiro concessionário, um cristão-novo, Fernão de Loronha, associou à empresa os mais ricos comerciantes de Lisboa. A concessão se fez mediante cartas de privilégio, na forma das antigas praxes portuguesas com respeito aos comerciantes estrangeiros”. (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro: Globo, 2012. p. 125)

¹⁷⁰ Voltaremos a esse tema, decorrente da análise da cooperação no federalismo fiscal brasileiro, no Capítulo 5.

jurídica”,¹⁷¹ dada pela força normativa da Constituição Financeira. A consolidação da eficácia social, no entanto, expôs um problema crônico no federalismo brasileiro: o conflito por autonomia nas interações entre os entes federativos e a União.¹⁷²

Nesse ponto específico, diversos questionamentos surgiram em relação à LRF. Fundamentadas, em sua maioria, nos limites e possibilidades das interações federativas, as discussões focavam a abrangência da lei e a autonomia dos entes federativos, com base no princípio federativo e na separação de poderes.

Indagações de cunho formal e material foram expressas através de ações constitucionais diversas. Em especial, no tocante ao endividamento,¹⁷³ a ADI nº 2250, proposta pelo Estado de Minas Gerais,¹⁷⁴ questionou a limitação às operações de crédito recíprocas, prevista no art. 35 da LRF, e a legitimidade da STN para avaliar contas e impor sanções aos entes subnacionais. Discutindo norma prevista no art. 51, que, em seu § 2º, impõe sanção pelo não envio à STN de informações fiscais, o Estado contestava o impedimento de recebimento de transferências voluntárias e a contratação de operações de crédito.

A liminar foi indeferida em 2003, de forma unânime pelo Supremo Tribunal Federal, e 14 anos depois a ADI foi finalmente julgada. Em 21.08.19, a liminar foi reafirmada, novamente de forma unânime, nos termos do voto do Relator Ministro Alexandre de Moraes.

¹⁷¹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 18.

¹⁷² Virgílio Afonso da Silva identifica este problema: “Embora a promulgação da Constituição de 1988 tenha marcado uma tentativa de estabelecer um federalismo robusto, depois de um período extremamente centralizador sob a Constituição de 1969, inúmeros fatores têm minado a realização dessa tarefa, como, a extrema desigualdade regional e a jurisprudência centralizante do STF, por exemplo. Como resultado, embora a Constituição de 1988 preveja diversas competências concorrentes, a serem exercidas por todas as unidades da federação, o que poderia fomentar a cooperação entre elas, o fato é que, em inúmeras áreas, a União claramente tem, ao menos do que diz respeito às competências legislativas, um papel dominante, deixando muito pouco aos outros membros da federação”. (*Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: EDUSP, 2021. p. 85-86)

¹⁷³ A professora Misabel Derzi, inclusive, então Advogada-Geral do Estado de Minas Gerais, subscreveu a ADI nº 2250, questionando os aspectos formais e materiais, da LRF, no tocante ao art. 35 e ao art. 51: “[...] a denominada ‘Lei de Responsabilidade Fiscal’, apresentada com o propósito de, enquanto lei de caráter nacional, estabelecer ‘normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo 11 do Título VI da Constituição’ (art. 1º), ultrapassou os limites constitucionais atribuídos ao legislador complementar, porquanto estabeleceu vedações e criou obrigações não previstas na Constituição Federal, malferindo a autonomia dos Estados-membros e, também, dos Municípios, substrato do federalismo”. (Petição inicial da ADI 2250-4 (DF). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1833269>. Acesso em: 14 ago. 2020).

¹⁷⁴ Interessante discussão foi travada com relação à disposição do art. 35 que proíbe operação de crédito, direta ou indiretamente, reciprocamente entre entes da federação. O objetivo era evitar os sucessivos refinanciamentos das dívidas dos entes subnacionais com a União. Para parcela significativa da doutrina, entretanto, este dispositivo fere a autonomia do ente federativo. Como afirma Régis Fernandes de Oliveira: “Pode a lei, ainda que complementar, limitar a dimensão de pessoas de direito público dos entes federados? Como estamos em uma Federação, descabe à lei federal, ainda que complementar, retirar dos entes federados menores um de seus maiores atributos, que é o de veicular-se contratualmente”. (*Responsabilidade fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 70). No mesmo sentido, ver: DERZI, Misabel Abreu Machado. *Comentários sobre os arts. 40 a 77*. Cit., p. 286.

Por ocasião do julgamento, em conjunto com outras medidas que atacavam outros dispositivos da LRF,¹⁷⁵ mas basicamente sobre os mesmos argumentos, o Plenário do STF entendeu que “[é] necessário, portanto, que o exercício das competências dos entes federativos respeite outro traço nuclear do Estado Federal: a *interdependência*”, e, citando, Fernando Luiz Abrucio destacou que “a chave para o êxito federativo está em *equilibrar competição e cooperação*”. E foi além: afirmando que há “previsão de estratégias de harmonização no texto constitucional com a finalidade de garantir o *imprescindível equilíbrio federativo*” e que há também “explicação em razões econômicas, que deram ensejo ao denominado Federalismo Fiscal”.¹⁷⁶

A interpretação desses postulados pressupõe a análise no âmbito do direito financeiro das interações estratégicas entre entes da federação, no chamado federalismo fiscal cooperativo. Mas também impõe a discussão, com base em revisão de concepções inerciais do princípio da separação dos poderes e da desejável interrelação cooperativa entre os Poderes. Principalmente porque, na continuação do julgamento anterior, no tocante à ADI nº 2238-5/DF, no ponto em que se discutia o § 3º do art. 9º da LRF,¹⁷⁷ isto é, a regra de repasse do duodécimo dos Poderes pelo valor realizado e não pelo valor previsto no orçamento, em caso de frustração de receita para manutenção do equilíbrio fiscal, o STF mudou o vetor de entendimento que vinha adotando em relação a todos os demais dispositivos da LRF.

Por maioria, a Corte declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, apesar de nas razões de decidir o Ministro Alexandre de Moraes ter deixado clara a necessidade de que “o exame da constitucionalidade material da LRF deve ser feito tendo em vista o contexto macroeconômico e de estabilização monetária da época, buscando o fortalecimento dos preceitos básicos de convívio no Estado Federal”, bem como o dever de “fortalecimento do federalismo fiscal responsável”.¹⁷⁸

Diante dessa incompatibilidade de tratamento entre a motivação e a decisão e principalmente diante dos efeitos financeiros do entendimento fixado pelo STF, a resposta veio através de mudança no texto constitucional. A recentíssima Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, teve de impor, como medida de ajuste fiscal, a vedação de transferência a fundos de recursos financeiros oriundos de

¹⁷⁵ Foram julgadas em conjunto a ADI nº 2238/DF, ADI nº 2241/DF, ADI nº 2250/DF, ADI nº 2256/DF, ADI nº 2261/DF, ADI nº 2324/DF, ADI nº 2365/DF e o ADPF nº 24/DF.

¹⁷⁶ Cf. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.250-DF*. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 21 ago. 2019. p. 40; p. 43. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344334243&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹⁷⁷ BRASIL. *Lei Complementar nº 101, 4 de maio de 2000*. “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. [...] § 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.”

¹⁷⁸ Cf. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238-DF*. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 24 jun. 2020. p. 48, p. 46. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344404366&ext=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

repasses duodecimais.¹⁷⁹ A mudança, em sede de emenda constitucional dedicada a impor medidas de sustentabilidade fiscal, diante de necessidades pandêmicas, é um exemplo atual das incongruências de interpretação da doutrina da separação de poderes no *arranjo institucional* brasileiro atual.¹⁸⁰

A exposição dos fatos que levaram o direito constitucional financeiro a se consolidar no campo da política fiscal, consagrado, com normas dotadas de ampla eficácia social e como balizador do sucesso ou fracasso da condução macroeconômica do país, tem um outro lado. Deixa evidente as fissuras de um federalismo fiscal capturado por *fatores extraconstitucionais*¹⁸¹ e de um *arranjo institucional*, em que os Poderes clássicos da *doutrina pura* da separação dos poderes disputam espaço com novos centros decisórios, em constante jogo financeiro político-jurídico.

O protagonismo do direito financeiro dado pela Constituição de 1988 e efetivado em ciclo normativo, ditado por uma escalada em *path dependence*, precisa olhar além do formalismo instrumental. A ambição do direito financeiro tem de estar alinhada com os objetivos de mitigação dos riscos econômicos sociais. A busca pela sustentabilidade e pela pacificação de entes, Poderes e instituições desejantes eternos, portanto, é uma pretensão substantiva, à altura do direito financeiro constitucionalizado e protagonista.

A cooperação federativa e a harmonia entre os Poderes no cenário do novo *arranjo institucional*, em prol de uma trajetória de dependência da sustentabilidade financeira intergeracional, que garanta a efetivação dos direitos fundamentais em ambiente de escassez, são os desafios. A evolução metodológica, a necessidade.

¹⁷⁹ “Art. 168. [...] § 1º É vedada a transferência a fundos de recursos financeiros oriundos de repasses duodecimais. § 2º O saldo financeiro decorrente dos recursos entregues na forma do *caput* deste artigo deve ser restituído ao caixa único do Tesouro do ente federativo, ou terá seu valor deduzido das primeiras parcelas duodecimais do exercício seguinte”. (BRASIL. *Emenda Constitucional nº 109, de 16 de março de 2021*)

¹⁸⁰ A referida emenda constitucional foi objeto da ADI nº 6752, proposta no mesmo dia de sua promulgação e distribuída para o Ministro Relator, Nunes Marques. A petição inicial, elaborada pelo Partido dos Trabalhadores e pela Rede Sustentabilidade, atacou justamente o art. 5º e seu § 2º, por suposta violação literal ao art. 60, § 2º, da Constituição da República. Até o depósito desta tese, não houve decisão a respeito do pedido liminar. (BRÁSÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Rel. Min. Nunes Marques). *Ação direta de inconstitucionalidade 6752*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6133069>. Acesso em: 19 mar. 2021)

¹⁸¹ Expressão de: GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Universidad, 1993. p. 218. Ver seção 5.4.

Improbidade administrativa, processo coletivo e a Lei nº 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria

“Improbidade administrativa”, collective redress and law n. 14.230/2021: consensus and dissent in a co-authorship

Fredie Didier Jr.*
Hermes Zaneti Jr.**

Sumário

1. Nota explicativa inicial (em coautoria). 2. Processo da ação de improbidade administrativa como processo coletivo – por Hermes Zaneti Jr. 3. Processo da ação de improbidade administrativa como processo punitivo não penal – por Fredie Didier Jr.

Resumo

Este ensaio adota o método dialético para confrontar duas possíveis interpretações da Lei n. 14.230/2021 no ordenamento jurídico brasileiro. Hermes Zaneti Jr. aponta as razões para a permanência da Lei de Improbidade Administrativa, uma ação coletiva para combate à corrupção, no Microsistema do Processo Coletivo, ainda que objetive a aplicação do Direito administrativo sancionador. Fredie Didier Jr. indica as motivações para que a ação de improbidade administrativa passe a integrar o processo punitivo não penal, com lógica e normas próprias, diferentes do processo coletivo.

Abstract

This essay adopts the dialectical method to confront two possible interpretations of Law n. 14230/2021 in the Brazilian legal system. Hermes Zaneti Jr. points out the reasons for the permanence of the Law of “Improbidade Administrativa”, a civil class action to fight the corruption, in the Microsystem of Collective Redress, even though it exercises the

* Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Professor Titular da Universidade Federal da Bahia. Advogado.

** Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

function of action for the application of sanctions in administrative law. Second, Fredie Didier Jr. indicates the motivations for the action of “improbidade administrativa” to become part of the non-criminal punitive process with his own logic and principles, diverse from collective redress.

Palavras-chave: Processo coletivo. Ação de improbidade administrativa. Direito administrativo sancionador. Processo punitivo não penal.

Keywords: *Collective redress. The action of “improbidade administrativa”. Sanctions in administrative law. Non-criminal punitive process.*

1. Nota explicativa inicial (em coautoria)

Desde a primeira edição de nosso livro sobre processo coletivo,¹ e até a décima quinta, considerávamos o processo da ação de improbidade administrativa como espécie de processo coletivo.

Por causa dessa premissa, examinávamos questões relativas ao processo da improbidade administrativa, tais como legitimidade, competência, autocomposição, transporte de técnicas processuais e coisa julgada, além de, conseqüentemente, colocarmos a Lei n. 8.429/1992 no microsistema brasileiro da tutela coletiva.

A opção, que era clara, não estava imune a críticas e, de fato, em muitas vezes, produzia alguma perplexidade. Um exemplo: deixávamos claro que a ação de improbidade servia a dois propósitos (punitivo e indenizatório) e que, à míngua de previsão legal específica, o regime jurídico da coisa julgada deveria ser misto – ora o da tutela coletiva, relativamente ao pedido de indenização, ora o do processo penal, relativamente ao pedido de punição.

Nos últimos anos, parcela da doutrina se contrapôs a essa ideia, defendendo o enquadramento do processo da ação de improbidade em outra categoria, fora da “caixa processo coletivo”. Em suma, a tese era a de que o processo de improbidade administrativa teria natureza “punitiva não penal”, sendo espécie de um gênero “processo sancionador”, que abrangeria também, por exemplo, o processo penal, o processo da justiça desportiva e o processo administrativo sancionador.²

¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2023, v. 4.

² A bibliografia é vasta e produzida por juristas de áreas diversas; seguem algumas referências entre processualistas que se dedicaram ao tema e que seguem essa ideia: COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015; MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018; PELEGRINE, Analu Paim Cirne. *A negociação premial na ação de improbidade administrativa e a coerência do sistema público punitivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018.

A Lei n. 14.230/2021, que alterou completamente o processo da ação de improbidade administrativa, reformando a Lei n. 8.429/1992, parece ter seguido esse caminho.

Eis a redação do art. 17-C, Lei n. 8.249/1992, acrescentado pela Lei n. 14.230/2021:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Não há dúvida de que a ação de improbidade administrativa *não* é uma ação penal e que também *não* é uma ação civil pública para controle judicial de políticas públicas.

Não sendo penal e não havendo contencioso administrativo com natureza jurisdicional no Brasil, a ação de improbidade poderia ser enquadrada como “ação cível *lato sensu*”. Mas isso apenas se insistirmos em nos valer da clássica divisão processo civil – processo penal, exatamente o que a mencionada doutrina encampada pela nova lei tanto criticava.

Mas, embora “não civil”, a lei expressamente remete ao procedimento comum do CPC como a base para o processamento da ação de improbidade administrativa, sem prejuízo de promover vários ajustes procedimentais, com a inclusão de técnicas processuais especiais.

Se é certo que o uso do procedimento comum do CPC, como base para uma ação que expressamente não seria “cível”, reforça a ideia, defendida por um dos autores, em outra oportunidade,³ do potencial de adaptação e de efetividade que este procedimento possui, também é correto dizer que isso pode ser usado como argumento para descaracterizar a natureza não civil da ação de improbidade.

³ 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.

A nova lei de improbidade nos colocou diante de um impasse: manter ou não manter as considerações sobre o processo da ação de improbidade há tantos anos defendidas.

O fato é que ainda não chegamos a um consenso sobre se a nova lei impõe que se desconsidere a ação de improbidade como ação coletiva ou sobre se a sua natureza independe do respectivo regramento normativo.

Hermes Zaneti Jr. defende que, ainda que provisoriamente, se mantenha a ação de improbidade administrativa no microsistema do processo coletivo, visto que, para o autor, a ação de “combate à corrupção” tutela o grupo de pessoas atingidas direta ou indiretamente pela corrupção e um bem jurídico coletivo fundamental, constitucionalmente protegido (art. 37, § 4º, CF/1988). Portanto, uma ação para a tutela de uma situação jurídica coletiva afetada a um grupo de pessoas. O fato de o direito material estar enquadrado no Direito administrativo sancionador não altera isso, apesar de afetar o regime processual da ação, naquilo que couber.

Fredie Didier Jr. defende a postura no sentido de que talvez seja mesmo o caso de reconstruir o sistema tradicional de categorias classificatórias, alocando a ação de improbidade fora do “guarda-chuva” do conceito de processo coletivo.

Por causa disso, resolvemos tirar de nosso livro todas as referências ao processo da ação de improbidade administrativa que constavam até a edição de 2021.

Já em 2022, mais gente tratou do assunto na academia.⁴ O Supremo Tribunal Federal por duas vezes decidiu sobre a nova Lei n. 14.230/2021 (Tema 1199 e ADI nº 7042 e ADI nº 7043).

Por isso, resolvemos, numa ação talvez insólita, mas em homenagem à Ciência, dar a público esse texto, em que apresentamos o que há de consenso e de dissenso em nossa coautoria, já tão longeva, em torno deste ponto. Preservamos, assim, uma já quase tradição de, em nossos escritos, marcar nossas divergências, afinal, uma boa epistemologia e uma boa ciência dogmática somente se constroem com debate e exposição clara e pública das ideias.

Daí que, a seguir, seguem os argumentos com que cada um dos coautores vem sustentando as suas primeiras ideias sobre o tema. Os itens a seguir são de autoria *isolada*, indicada na respectiva rubrica.

⁴ Destaque-se, por exemplo, o livro de PINTO, Marcus Vinícius. *Ação de improbidade administrativa – presunção de inocência e ne bis in idem*. Salvador: Editora Juspodivm, 2022; FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico; RUFINO, Jacqueline; FLUMIGNAN, Silvano. *Lei de Improbidade Administrativa – principais alterações da Lei n. 14.230/2021 e o impacto na jurisprudência do STJ*. Salvador: Editora Juspodivm, 2022; CAMBI, Eduardo; GARCIA, Emerson; ZANETI JR., Hermes (Org.). *Improbidade administrativa: principais alterações pela Lei 14.230/2021*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022.

2. Processo da ação de improbidade administrativa como processo coletivo – por Hermes Zaneti Jr.

A ação de improbidade administrativa é uma ação judicial de natureza não penal, *cível lato sensu*,⁵ que tutela o combate à corrupção, à moralidade administrativa e o direito difuso da probidade administrativa (art. 37, *caput*, e § 4º, CF/88).

A Lei nº 14.230/2021 acendeu a discussão sobre os princípios do direito administrativo sancionador (art. 2º, § 4º, Lei de Improbidade Administrativa - LIA) e da natureza repressiva e sancionatória da ação (art. 17-D, LIA) excluirm a aplicação do microsistema do processo coletivo.⁶ Essa aproximação do direito administrativo sancionador com o direito penal garantiria a retroatividade ampla e mais benéfica da nova lei (art. 5º, XL, CF/88) e somente por isso já afastaria o regime do processo coletivo.

Acontece que tal compreensão não merece prevalecer, por três motivos principais.

Primeiro, o STF já havia decidido antes que a aplicação retroativa da lei mais benéfica em relação ao direito administrativo sancionador (infrações de trânsito) não é matéria constitucional, não atraindo a incidência imediata e ampla do art. 5º, XL, CF/88.⁷

⁵ O sentido da expressão “pleito civil *lato sensu*”, frequentemente utilizada por Pontes de Miranda, reconhecida por Galeno Lacerda e Cândido Rangel Dinamarco como um “paradoxo metodológico” entre o processo na Constituição e o Código de Processo Civil de 1973, fala muito sobre a tradição processual híbrida do Brasil. Em nosso país o direito administrativo é direito subjetivo público e tratado pelos mesmos juízes (jurisdição uma) que tratam as causas de direito privado (direito civil e comercial). Essa característica de diferenciar *common law* e *civil law* pela extensão atribuída à locução “civil”, no *common law*, todo processo não penal, na tradição romana-germânica, “direito privado” e “direito público” sendo as causas de processo civil limitadas a julgar os conflitos de direito privado, já foi apontada pela doutrina internacional comparatista como um elemento da distinção *common law/civil law* (VAN RHEE, C. H. (Remco); VERVEK, R. Civil procedure. In: SMITS, J. M.; Edward Elgar Publishing (Ed.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Elgar original reference. Cheltenham, UK; Northampton, Mass: Edward Elgar Pub, 2006. p. 120-134, esp. 120). Ela sempre esteve na nossa tradição republicana, desde 1891 (ver, amplamente, inclusive para as referências bibliográficas, ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente*. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: RT/Thomson Reuters, 2021).

⁶ Nesse sentido, os defensores do processo sancionador utilizam jurisprudência construída pelo STJ acerca da incidência irrestrita do art. 5º, XL, CF/88, que trata da aplicação retroativa da lei penal para beneficiar o réu, nos processos administrativos disciplinares para afirmar que o núcleo das garantias da lei sendo do direito administrativo sancionador mais se assemelha ao direito penal. “A norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa” (STJ. 1ª T. *REsp* 1402893/MG. Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 11/04/2019, DJe 22/04/2019); “Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se inidêntes os demais atos processuais. Precedentes.” (STJ. 1ª T. *RMS* n. 37.031/SP. Rel. Min. Regina Helena Costa, j. em 08.02.2018, DJe 20/02/2018).

⁷ “(...) Recurso extraordinário representativo da controvérsia. *Aplicação retroativa de lei mais benéfica às infrações de trânsito*. Exegese das normas de trânsito. Interpretação realizada à luz das normas do Código Brasileiro de Trânsito revogado e do vigente. *Matéria eminentemente infraconstitucional*. Ausência de repercussão geral. 1. *Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que discute efeitos de normas de trânsito revogadoras e revogadas*. 2. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que os conceitos dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se encontram na Constituição Federal, senão na legislação ordinária, mais especificamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 3. Ausência de repercussão geral”. (*RE 657871 RG*, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2014, acórdão eletrônico DJe-225, divulg. 14-11-2014, public. 17-11-2014)

No caso específico da ação de improbidade, justamente pela importância das alterações e seu impacto, o Supremo Tribunal Federal agora tem precedente estabelecendo:

A Lei nº 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa “natureza civil” retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA (...)). O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – “ilegalidade qualificada pela prática de corrupção” (...). O princípio da retroatividade da lei penal consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

E mais, como decorre do voto: “ao errônea e fictamente tentar excluir a natureza civil da ação de improbidade, a lei não teve a força de excluir a natureza civil do ato de improbidade e suas sanções, pois essa “natureza civil” tem substrato diretamente do texto constitucional”.⁸

Segundo, já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal que a Fazenda Pública e as pessoas jurídicas atingidas continuam sendo partes legítimas para a ação de improbidade e para o acordo de não persecução civil (ADI nº 7.043 e ADI nº 7.042 do STF).⁹ Desta decisão destaca-se o reconhecimento pelo STF da legitimidade *ad causam* concorrente e disjuntiva entre a pessoa jurídica lesada e o Ministério Público. Assim, decidiu o tribunal por: “declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva

⁸ STF. Pleno, Tema 1199. ARE n. 843.989/PR. Rel. Min. Alexandre de Moraes.

⁹ Decidiu o Supremo Tribunal Federal: “(a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021, no sentido de que não existe ‘obrigatoriedade de defesa judicial’; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia”. (STF. Tribunal Pleno. ADI n. 7043 e 7042. DJ em 31/08/2022)

entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil”.

A *legitimidade concorrente e disjuntiva* para o ajuizamento da ação de improbidade e para o *acordo de não persecução civil* é um claro sinal da natureza de ação civil pública da ação de improbidade, ainda que seu objeto específico seja o combate à corrupção.¹⁰

Por outro lado, a legitimação não se limita ao Ministério Público, mas o Ministério Público sempre intervém, seja nas ações de improbidade, seja no momento da homologação do ANPC. A intervenção obrigatória do Ministério Público não está prevista na nova lei, sendo mais bem depreendida do microsistema do processo coletivo. Mais um argumento a reforçar a tese aqui defendida.

Terceiro, é necessário lembrar, como corolário de tudo que foi dito acima, que o direito brasileiro adota o pleito cível *lato sensu*. Isso significa que o processo civil é o mesmo para qualquer área do direito não penal, ainda que seja possível criar procedimentos especiais e jurisdições especiais.

No Brasil, o direito administrativo é julgado pelo mesmo juiz que julga as causas de direito privado, respeitada a distribuição de competências internas ao Poder Judiciário. A justiça comum, federal e estadual, julgará as causas que digam respeito ao direito administrativo sancionador de forma igual, nada mudará com a expressa menção da lei ao “direito administrativo sancionador”. A expressão já era usada na nossa doutrina e foi muito difundida a partir da previsão na Constituição Espanhola de 1978.

Ademais, em relação ao microsistema do processo coletivo, o direito administrativo é o objeto principal da *ação popular*, do *mandado de segurança coletivo*, da *lei anticorrupção* e, em muitos casos, também é o objeto principal das *ações civis*

¹⁰ Na doutrina, o argumento da legitimidade *ad causam* havia sido sustentado igualmente como um argumento para afastar a improbidade do microsistema na nova configuração dada pela lei por MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. A separação entre ação de improbidade e ação civil pública. *Consultor Jurídico*. Sábado, 17 de dezembro de 2021, <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/improbidade-debate-separacao-entre-acao-improbidade-acao-civil-publica>, acesso em: 16.12.2022. Esse argumento não subsistindo também deve cair a distinção indevida entre processo coletivo e Lei de Improbidade Administrativa. Outro argumento levantado pelos autores é o de que a lei atual expressamente remete ao procedimento comum, o que afastaria o livre trânsito com as técnicas do microsistema. Aqui, percebe-se a diferença entre a concepção anterior dos procedimentos especiais e do procedimento ordinário, rígido, estanque e inflexível, e a atual, que prevê o livre trânsito de técnicas processuais entre os procedimentos especiais e o procedimento comum. A regra do trânsito de técnicas faz apenas reforçar com a menção ao procedimento comum, uma vez que a sua aplicação é supletiva, subsidiária e residual em relação às normas específicas de procedimento da improbidade e das normas gerais do microsistema de processo coletivo. No mesmo sentido defendido aqui neste texto, apontam a legitimidade *ad causam* e o trânsito das técnicas processuais como dois impactos concretos do debate sobre a permanência ou não da ação de improbidade no processo coletivo. CAVACO, Bruno de Sá Barcelos; BONFADINI, Carla. Breves anotações processuais sobre a lei 14.230/21 e seu impacto no campo do combate à corrupção. Elas no Processo: *Migalhas*. Sexta-feira, 16 de dezembro de 2022, <https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/361202/breves-anotacoes-processuais-sobre-a-lei-14-230-21>, acesso em: 16.12.2022.

públicas, especialmente as que lidam com o direito ambiental e com o controle judicial de políticas públicas. O processo coletivo está acostumado a servir de instrumento para garantir a efetividade do direito administrativo sancionador.

Logo, o processo coletivo brasileiro inclui o direito administrativo e o direito administrativo sancionador entre os direitos que tutela. Uma das características principais do nosso processo coletivo é exatamente esta: não setorial, transsubstancial ou não taxativo, permitindo a tutela de todos os interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF/1988, *in fine*). As demandas coletivas podem discutir questões que são eminentemente administrativas e tutelar bens jurídicos protegidos pelo direito administrativo.

Portanto, não muda a natureza da ação de improbidade administrativa afirmar que ela atua sobre o direito administrativo sancionador. Sua natureza continua ser civil ou “cível”, no sentido amplo. Natureza civil, vedada pela Lei de Improbidade Administrativa, na redação atual, poderia ser no máximo entendida aqui como natureza de direito privado, que realmente não é o objeto da ação de improbidade, que trata do direito público.

Por outro lado, mesmo que se possa afirmar que os *bens jurídicos administrativos* podem ser individuais ou coletivos, dizer respeito ao interesse primário da administração ou ao seu interesse secundário, a tutela do combate à corrupção, da moralidade e da probidade administrativa é claramente um bem jurídico difuso com guarida constitucional e natureza cível *lato sensu*, direito público coletivo, portanto (art. 37, *caput*, e § 4º, CF/88).

Uma análise rápida da lei mostra que em diversas passagens se aplica o microssistema do processo coletivo, com recurso ao diálogo de fontes, seja para evitar a dupla valoração, com a vedação do *bis in idem*, seja para levar em conta a Lei Anticorrupção, permitir a desclassificação da ação de improbidade para a ação civil pública, inclusive com a recepção parcial do pedido para excluir os pedidos que digam respeito às matérias típicas de outras espécies de ações coletivas.

Assim, outras tantas aplicações podem ser desenvolvidas para maior efetividade da tutela. Por exemplo, apesar da revogação do § 3º, do art. 17, da LIA, o uso da doutrina e da jurisprudência sobre a intervenção móvel ou despolarização da demanda, se assim mais convier ao interesse público, pode e deve ser aplicada para permitir que ocorra uma realocação da pessoa jurídica interessada uma vez ouvida. Também, no campo da efetividade das medidas de sanção, seria correto permitir o uso do microssistema para o desconto em folha dos valores decorrentes da condenação se o réu perceber dos cofres públicos (art. 14, § 3º, Lei de Ação Popular). Aliás, é uma via de mão dupla, algumas técnicas como o parcelamento em até 48 parcelas do valor da execução previstos na nova LIA também poderão ser muito úteis em outras ações do microssistema (§ 4º, art. 18, Lei n. 14.230/2021).

O caso da desclassificação da ação de improbidade para a ação civil pública é emblemático da ulterior aplicação do microssistema.

Na verdade, ele faz compreender que a natureza dúplice da ação continua a existir, ao mesmo tempo sancionatória e reparatória. Isso também é perceptível do regime do ANPC, que prevê a reparação do dano e das próprias sanções em espécie (art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa). A ação de improbidade continua cumulando pedidos típicos da improbidade e pedidos que são característicos da ação civil pública, pelo menos o pedido de ressarcimento e os demais pedidos que são cabíveis também na ação civil pública e na ação anticorrupção. Em relação a esses pedidos *fair notice*, certificação do grupo, coisa julgada *in utilibus* podem ser efeitos necessários para a tutela adequada. Portanto, como as demandas estão cumuladas, não há como deixar de perceber que pelo menos em relação aos pedidos não típicos deve se aplicar o microsistema do processo coletivo.

Por outro lado, é preciso falar das hipóteses em que a regulação específica afasta o microsistema. Não se aplica o microsistema na legitimação ativa, exclusiva do Ministério Público e das pessoas jurídicas interessadas, na inversão do ônus da prova e na sua distribuição dinâmica, no reexame necessário, entre outros institutos comuns expressamente vedados. Portanto, salvo as regras expressamente em contrário com o microsistema do processo coletivo e com o microsistema de combate à corrupção, a lei de improbidade e os demais diplomas continuam se interpenetrando e subsidiando reciprocamente para garantir mais efetividade à tutela coletiva da probidade administrativa.

Analisando o problema sobre as duas vertentes propostas por Fredie Didier Jr., teríamos aspectos epistemológicos ligados à função heurística, poderíamos dizer filosófico jurídica, da ação de improbidade, de um lado, e aspectos dogmáticos, jurídico-positivos, de outro, a justificar a manutenção da improbidade como processo coletivo de combate à corrupção.

O aspecto heurístico mais importante é reconhecer que o direito sancionador é de natureza múltipla, nem todo direito sancionador é direito penal e atrai todas as garantias do direito penal. O certo é reconhecer que o formalismo processual do processo sancionador tem dois interesses públicos em tensão permanente, interesses igualmente protegidos pelo Estado Democrático Constitucional. A sanção tem de ser justa (defesa do interesse do requerido inocente contra a condenação arbitrária), mas a sanção tem de ser certa (defesa do interesse público primário no combate à corrupção). Essa tensão entre direitos fundamentais é essencial ao modelo constitucional contemporâneo, praticamente ineliminável da boa aplicação do direito.

Não se pretende “falsas condenações”, mas também não se desejam “falsas absolvições”. Em síntese, do ponto de vista epistemológico, o processo das ações de improbidade deve ser pensado e estruturado para ambas as garantias: a) do requerido, a um processo justo que evite falsas condenações; b) da sociedade, protegida pelo mandado constitucional de responsabilização (art. 37, § 4º, CF/1988). A proteção inclui além da responsabilização do requerido pelos atos praticados o efeito deterrente para inibir a prática de ilícitos futuros (prevenção geral e prevenção especial). É por essas

razões que do ponto de vista da filosofia da justiça, dos valores que justificam a lei, existe uma tríplice função: sancionadora, reparatória e preventiva.

Analisando a questão do ponto de vista dogmático: a) da mesma maneira que no processo coletivo, a certificação e definição inicial do objeto da ação de improbidade passa a ser determinante; a.1) porque permite separar os requeridos para evitar a duração excessiva do processo (art. 17, § 10-B, LIA), inclusive para aceitar o acordo de não persecução civil (art. 17-B, LIA) em relação aos requeridos que possam preencher os requisitos subjetivos e objetivos a juízo do colegitimado para fazer jus ao benefício daqueles outros requeridos que devem enfrentar a ação até final condenação; a.2) para separar os pedidos referentes à ação civil pública para controle judicial de políticas públicas e outros bens jurídicos não tutelados pela improbidade daqueles específicos da LIA (art. 17-D, LIA), desclassificando parcialmente os pedidos incompatíveis com o rito mais protetivo do requerido (art. 17, § 16, LIA); a.3) a desclassificação da demanda como um todo, quando ausente elementos mínimos para prosseguir com a ação por improbidade, mas presentes os elementos para a ação civil pública (art. 17, § 16, LIA), em todas essas hipóteses está presente o dever-poder de certificação do processo coletivo, típico do microsistema; b) como a desclassificação pode ser realizada a qualquer tempo, não se verificando dolo, mas sendo o caso de responsabilidade objetiva ou culposa por danos ao patrimônio público, aplica-se a sanção de ressarcimento ou indenização independentemente de nova demanda, ou seja, este pedido, típico da ação civil pública, está cumulado, continua autônomo em relação ao pedido sancionatório; c) o Ministério Público instaura o inquérito civil para investigar atos de improbidade (art. 22, LIA), toda a disciplina normativa interna válida para os procedimentos administrativos do Ministério Público continua valendo na improbidade administrativa da mesma maneira que no resto do microsistema; d) a correta compreensão da sentença condenatória na ação de improbidade administrativa implica o transporte *in utilibus* da tutela condenatória para as demais demandas coletivas ligadas ao mesmo conjunto de fatos, assim como para os titulares de direitos individuais atingidos pela conduta ímproba, afinal, se a lei disciplina os impactos da sentença absolutória, não exclui os impactos da sentença condenatória (art. 103, 3º e 4º, CDC), assim como não poderia excluir os efeitos positivos da sentença condenatória penal sobre o juízo da improbidade, a razão dogmática destes transportes é justamente a maior amplitude da cognição no procedimento mais garantista do requerido; e) a ligação entre a ação popular e a ação de improbidade continua ocorrendo, como referimos acima, com a possibilidade de intercâmbio de técnicas processuais como o parcelamento do débito, desconto em folha e intervenção móvel da pessoa jurídica atingida. Muitos outros exemplos poderiam ser dados e outros tantos surgirão da prática. A interpretação sistemática a partir da lógica e princípios próprios regentes do direito sancionador e do processo coletivo pode e deve ser realizada para que a lei cumpra seus objetivos constitucionais, evitando a proteção insuficiente dos requeridos e a proteção deficiente do bem jurídico coletivo de combate à corrupção.

Somente o tempo poderá dizer o quão frutífera será a nova LIA para a boa aplicação do microsistema do processo coletivo e vice-versa.

Concluindo-se, portanto, que não é possível sustentar que as regras do microsistema do processo coletivo não se aplicam com base em uma suposta aproximação entre o *direito administrativo sancionador* ao *direito penal* ou na afirmação de que a ação de improbidade administrativa não possui natureza cível. O direito material influencia o processo, mas o processo deve garantir instrumentos de efetividade e adequação ao direito material. As características típicas do direito sancionador terão efeito sobre o processo, da mesma maneira que tem o direito administrativo, o direito tributário, o direito eleitoral etc. Não há necessidade de retirar a LIA do microsistema para atender a essas características. Essas são algumas razões para mantermos o posicionamento que tínhamos até a 15ª ed. do nosso livro sobre coletivo, escrito em coautoria (2021, p. 78), no sentido de que o “microsistema é composto pelo CDC, a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular, no seu núcleo, e a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, na sua periferia.”

3. Processo da ação de improbidade administrativa como processo punitivo não penal – por Fredie Didier Jr.

A verdade é que me convenci dos argumentos favoráveis à tese de que o processo da ação de improbidade administrativa não é espécie de processo coletivo.

Analu Pelegrine, minha orientanda do mestrado na UFBA, defendeu sua dissertação em 2018 – trabalho referido na nota 2. Durante a orientação, ela me apresentou esses argumentos, contrários ao entendimento que até então eu defendia, de modo muito bem articulado, a ponto de, sinceramente, não ter encontrado novos argumentos para me defender.

Àquela época, não trouxe essa questão para o debate com Zaneti. Não sei exatamente a razão dessa minha omissão. Talvez tenha simplesmente “me passado” quanto a isso, como se diz aqui na Bahia. A superveniência da Lei n. 14.230/2021 impôs-me, agora inevitavelmente, uma tomada pública de posição.

Há argumentos dogmáticos (jurídico-positivos) e epistemológicos (com função heurística) para compreender que a ação de improbidade administrativa não é espécie de ação coletiva e, por isso, está fora do seu respectivo microsistema normativo.

Do ponto de vista *dogmático*, salta aos olhos um fato de difícil contestação: nenhuma das normas *próprias* do processo coletivo é aplicada ao processo da ação de improbidade administrativa; não há, por exemplo, a) *fair notice* aos membros do grupo; b) certificação do processo para definição de grupo ou membros do grupo; c) ampliação do contraditório ao grupo e aos membros do grupo, com audiências públicas; d) extensão *in utilibus* da coisa julgada ao membro do grupo.

No processo coletivo, o formalismo processual é estruturado de modo a proteger os interesses do grupo e dos membros do grupo, considerados, ambos,

em alguma medida, vulneráveis; no processo da improbidade administrativa, a estruturação é feita em sentido diverso: proteger o réu. Os exemplos são inúmeros: *a*) justa causa para a propositura da ação (art. 17, §§ 6º e 6º-B); *b*) recorribilidade da decisão que rejeita preliminares suscitadas pelo réu (art. 17, § 9º-A); *c*) rigorosa estabilidade objetiva do processo (art. 17, § 10-C); *d*) rigorosa decisão de organização do processo (art. 17, §§ 10-C e 10-D); *e*) concretização ainda mais detalhada do que o CPC do dever de motivar (arts. 17, § 10-F e 17); *f*) proibição de sanção de confissão ficta em caso de o réu recusar-se a depor (art. 17, § 18), de presunção de veracidade das alegações de fato trazidas pelo autor em razão da revelia (art. 17, § 19, I) e de redistribuição dinâmica do ônus da prova (art. 17, § 19, II); *g*) não há remessa necessária (art. 17, § 19, IV, e art. 17-C, §3º); *h*) possibilidade de condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios, no caso de improcedência da ação, comprovada a má-fé (art. 23-B, § 2º); *i*) ordem diferenciada de bens sobre os quais a ordem de indisponibilidade pode recair (art. 16, § 11); *j*) transporte da coisa julgada civil e penal em favor do réu da improbidade administrativa (art. 21, §§ 3º e 4º). Como se vê, isso tem muito pouco, ou quase nada, a ver com a conformação dogmática do processo coletivo brasileiro.

Como se isso já não bastasse, ainda há o art. 17-D da Lei n. 8.249/1992, acrescentado pela Lei n. 14.230/2021, transcrito no item 1 deste texto, em que se proíbe que a ação de improbidade administrativa tenha por objeto qualquer das situações jurídicas coletivas ativas previstas no art. 1º da Lei n. 7.347/1985 – com a ressalva da pretensão ressarcitória, que aparece, agora, como efeito anexo da sentença de procedência na ação de improbidade, à semelhança do que ocorre com o dever de indenizar a vítima, efeito anexo da sentença penal condenatória. Ou seja, não dá para considerar como coletivo um processo que não pode ter por objeto uma situação jurídica coletiva. *Jamais foi preciso defender que a pretensão punitiva, no caso do processo penal ou no de um processo administrativo disciplinar, é um direito difuso, embora se saiba que a condenação penal possa ter efeitos coletivos, quando a vítima (não a titular da pretensão punitiva) é uma coletividade – tratamos disso neste volume do Curso.* E não vislumbro argumentos em favor da inconstitucionalidade desse art. 17-C, ressalvado sempre o direito de crítica à opção legislativa.

Do ponto de vista *epistemológico* – reflexão sobre o próprio saber científico, com evidente função heurística –, não parece fazer sentido tentar encaixar o processo de improbidade administrativa num tipo (“processo coletivo”), cujas características comuns são tão diferentes.

Certamente não era por acaso que, diante de dificuldades dogmáticas, como, por exemplo, com o regime da coisa julgada, optávamos, eu e Zaneti, por buscar no processo penal o paradigma normativo para a solução da lacuna da Lei n. 8.429/1992. Essa “fuga hermenêutica” para outro microsistema (o do processo penal) é um *bug* epistemológico muito comum: indicio de falha no sistema de categorias jurídicas com que se vinha trabalhando.

Categorias são construídas a partir da reunião de características comuns de certos objetos – de *espécies a gêneros*, de *gêneros a famílias* etc., numa relação crescente

de generalização. Ao processo da ação de improbidade administrativa, falta boa parte das características comuns de um processo coletivo.

Para começar, é absolutamente irrelevante, para a compreensão do processo da ação de improbidade administrativa, manejar os conceitos de “grupo” e “membro do grupo”, assim como esses mesmos conceitos jamais foram necessários para a compreensão do processo penal.

A criação do conceito de “processo punitivo/sancionador”, mais abrangente, uma espécie de “passo atrás” epistemológico, parece realmente ser a postura mais correta. Ele conseguiria reunir processos com muitas características comuns, que poderiam ser agrupados numa mesma família: processo penal, processo administrativo sancionador, processo na justiça desportiva e até o inquérito para apuração de falta grave, no âmbito trabalhista. A nota “comum” a todos é a aplicação de sanção decorrente de exercício de poder punitivo e a necessidade de um regime jurídico de proteção do acusado/réu/investigado etc. As semelhanças do processo da improbidade administrativa com esses processos punitivos são bem evidentes; de outro lado, não é nem um pouco fácil aproximá-lo de uma ação coletiva para tutela de direitos difusos, por exemplo.

Há uma característica comum, no entanto, entre o processo da improbidade e o processo coletivo: a condução do processo pelo Ministério Público, em legitimação extraordinária. Nesse sentido, ambos são processos não penais instaurados por provocação do Ministério Público. Sucede que isso não é apanágio dos processos coletivos: a) há processos individuais conduzidos pelo Ministério Público, como o de interdição e o de alimentos para incapaz; b) há legitimação extraordinária em processo individual; c) há processos coletivos que *não são* instaurados pelo Ministério Público. *E jamais se precisou do conceito de processo coletivo para explicar a ação penal, também conduzida, em regra, pelo Ministério Público.*

Essas são as razões iniciais que me levam a considerar que o legislador brasileiro acertou e deu uma boa contribuição ao desenvolvimento da Ciência do Direito Processual, ao ajudar na construção da *família “processo punitivo”*, a que se liga o *gênero “processo punitivo não penal”*, de que o processo da ação de improbidade é uma *espécie*.

Transformação, incorporação, cisão ou fusão de ou por Fundações de Direito Privado

José Marinho Paulo Junior*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundações e bens: um binômio desde a gênese da entidade. 3. Da transformação de pessoas jurídicas de outra natureza em fundações de direito privado. 4. Da transformação de fundações de direito privado em pessoas jurídicas de outra natureza. 5. Conclusão.

Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a viabilidade jurídica da mutabilidade entre fundações de direito privado e pessoas jurídicas de outra natureza. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clóvis Beviláqua, justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a aplicabilidade razoável das previsões normativas do Código Civil, com preservação da vontade do instituidor. Conclui que, nesta hipótese, a lógica sistemática permite apenas a transformação, incorporação, cisão ou fusão de pessoas jurídicas de outra natureza por Fundações de Direito Privado, mas não destas por aquelas.

Abstract

This article aims to assess through bibliographic review if it is legally allowed to turn foundations into other forms of corporate organization. Under the light of Clovis Bevilacqua's foundation-as-a-group-of-rights theory as a scientific reference, the research is justified by the need of comprehension of the enforceability of the Brazilian Law, protecting the will of its founders. The article concludes that, on account of systematic logic, other forms of corporate organization might be converted into foundations, but not the way back.

Palavras-chave: Fundação de direito privado. Transformação. Incorporação. Cisão. Fusão.

Keywords: *Foundations. Transformation. Merger. Fusing. Split. Incorporation.*

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

1. Introdução

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, a viabilidade jurídica da mutabilidade entre fundações de direito privado e pessoas jurídicas de outra natureza. Com referencial na teoria da fundação enquanto universalidade de bens de Clóvis Beviláqua, 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 preservação da vontade do instituidor.

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.¹ É, pois, singela e lacunosa a base normativa a partir da qual se tece a presente análise.²

De toda sorte, relembre-se aqui a lição de Masagão (1945)³ de que “a instituição da fundação [...] visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar esses bens em

¹ Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: I – assistência social; II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – educação; IV – saúde; V – segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX – atividades religiosas e X – (VETADO). Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante. Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial. Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz. Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público. Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. § 1º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. § 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público. Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma: I – seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação; II – não contrarie ou desvirtue o fim desta; III – seja aprovada pelo órgão do Ministério Público no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual ou no caso de o Ministério Público a denegar, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado. Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias. Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa à fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

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

³ MASAGÃO, Mário (1945). Fundações criadas por testamento. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, 40, 70-76. Recuperado de: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66040>>. Consulta em: 17 ago. 2021.

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),⁴ 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, FABIÃO GUASQUE (2008, p. 65) bem entrevê a fundação como “um fundo em ação”.⁵ E daí porque uma fundação sem bens deve ser extinta, na forma do artigo 69 do Código Civil.⁶

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).⁷

Nas palavras de Azevedo,⁸ para se criar uma fundação não bastam “direitos eventuais” – o que justamente é, afinal, a previsão de sua dotação até que seja ultimada: um direito em potencial e nada mais, a despeito da redação ditada pelo artigo 1923 do Código Civil,⁹⁻¹⁰ 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)¹¹

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. Fundações Públicas e Suas Limitações. *Revista Adusp*. São Paulo, jul. 1995, p. 16.

⁵ FABIÃO GUASQUE, Luiz. *Manual das ONGs e das Fundações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 141.

⁶ 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.

⁷ Já acima transcrito.

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

⁹ 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.

¹⁰ 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.)

¹¹ Neste mesmo sentido, FERREIRA, Sergio de Andréa. *In As Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público no Brasil*. Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf>. Consultado em: 05 out. 2021), para quem “[é] uma liberalidade, mas constitui categoria jurídica específica, diversa que é da doação, a cujo regime e restrições não está sujeita. Fala-se, aliás, no particular, em dotação ou atribuição de bens e não em doação

Fosse diferente, haveria o absurdo de instituidor insolvente pretender formar uma fundação sem lhe garantir bens, sendo suficiente o desejo quiçá egoísta e mesquinho de ter para si mesmo algum legado pessoal. Tampouco se admite que a viabilidade financeira fundacional dependa de ilícito avanço sobre os quinhões de herdeiros necessários,¹² 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 testamento¹³ – e a é tão logo este é cumprido – somente vem a se formar se e quando, da partilha, houver bens suficientes para concretizar aquela última vontade. Tal exegese clareia, aliás, o sentido do artigo 63 do diploma na medida em que não se exige ali seja antes extinta a fundação (o que, estivesse criada, o disposto no artigo 69 seria de observância obrigatória).

Nestes termos, em hipóteses de instituição de fundação via testamentária, com o escopo de dirimir as eventuais dúvidas sobre os bens destinados à dotação patrimonial, salutar adotar a partilha em vida, em sua modalidade partilha-testamento, nos moldes delineados pelo artigo 2018,¹⁴ preservados, por óbvio, a legítima dos herdeiros necessários,¹⁵ nos moldes determinados pelo Código Civil.

3. Da transformação de pessoas jurídicas de outra natureza em fundações de direito privado

À exceção, por demais evidente, das fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política (por expressa e específica ressalva legal),¹⁶ é polêmica a possibilidade de conversão de pessoas jurídicas de outra natureza em fundação de direito privado.

(217). O ato de instituição é formal, podendo ser *inter vivos* ou *mortis causa*. Exige o art. 24 do Código Civil que ele se exteriorize por escritura pública ou testamento. Pelo mesmo ato deve ser feita dotação especial de bens livres, especificando-se, obrigatoriamente, o fim a que se destina a fundação e, facultativamente, a maneira de administrá-la. Neste primeiro momento, temos o que SADY CARDOSO DE GUSMÃO (218) chama de fundação instituída ou imperfeita.” (p. 112)

¹² 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.”

¹³ 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).

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Art. 53. A fundação ou instituto de direito privado, criado por partido político, destinado ao estudo e pesquisa, à doutrinação e à educação política, rege-se pelas normas da lei civil e tem autonomia para contratar com instituições públicas e privadas, prestar serviços e manter estabelecimentos de acordo com suas finalidades, podendo, ainda, manter intercâmbio com instituições não nacionais. § 1º O instituto poderá ser criado sob qualquer das formas admitidas pela lei

Há quem enxergue no artigo 62 do Código Civil¹⁷ uma única via (de duas faixas) pela qual se possa criar um ente fundacional: por escritura pública ou testamento.¹⁸ Tudo e apenas isto, em silêncio eloquente¹⁹ contrário à transformação. Nesta direção, tenha-se o disposto no item 32 do Capítulo XVIII do Provimento nº 58/89 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (Normas de Serviço – Cartórios Extrajudiciais – Tomo II),²⁰ que expressamente veda a transformação de associação ou fundação em sociedade. Em dúvida registral²¹ sobre a possibilidade em sentido

civil. § 2º O patrimônio da fundação ou do instituto de direito privado a que se referem o inciso IV do art. 44 desta Lei e o *caput* deste artigo será vertido ao ente que vier a sucedê-lo nos casos de: I – extinção da fundação ou do instituto, quando extinto, fundido ou incorporado o partido político, assim como nas demais hipóteses previstas na legislação; II – conversão ou transformação da fundação em instituto, assim como deste em fundação.

¹⁷ 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.

¹⁸ SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. Transformação de associação em fundação: incompatibilidade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1030, 27 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8307>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

¹⁹ “Há silêncio nas palavras, elas produzem silêncio. O próprio ato de falar exclui o que não foi dito, pois quando se diz algo – porque se elegeu para dizer – o que não foi dito vem em forma de silêncio, mas está em determinado lugar com seu significado.” (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 5ª ed. Campinas (SP): Unicamp, 2002. p. 14). Ou na letra de JOSÉ SARAMAGO: “Aquilo que a literatura preguiçosa chamou durante muito tempo silêncio eloquente não existe, os silêncios eloquentes são apenas palavras que ficaram atravessadas na garganta, palavras engasgadas que não puderam escapar ao aperto da glote” (em *O Homem Duplicado*, por seu protagonista Tertuliano Maximo Afonso. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, 7ª edição, p. 65).

²⁰ 32. É vedada a averbação de transformação de associação ou fundação em sociedade, ressalvada a hipótese de instituição de ensino superior referidas no art. 13 da Lei nº 11.096/2005 e as associações que tenham seu patrimônio dividido em cotas ou frações ideais, nos termos do art. 56, parágrafo único, do Código Civil. 32.1. Aplicam-se às associações os institutos da fusão, incorporação e cisão. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=138285>>. Consulta em: 23 fev. 2023.

²¹ “Como acima mencionado, a associação está disciplinada no artigo 53 do CC e caracteriza pessoa jurídica de finalidades não econômicas, que se constitui pela união de pessoas, entre as quais se destaca o terceiro setor, que pode assumir o aspecto de associação ou fundação, enquanto que a sociedade simples tem por objetivo o lucro. A questão posta a desate já foi objeto de apreciação pela Egrégia Corregedoria Geral da Justiça (Processo nº 2011/80114; 2015/00155467). Transcrevo a ementa e trecho do Parecer do Processo CG 226/2007, da lavra do Juiz Drº Álvaro Luiz Valery Mirra, aprovado pelo Corregedor Geral da Justiça Des. Gilberto Passos de Freitas, que bem elucida o impasse: “Registro Civil de Pessoa Jurídica – Operação de incorporação de sociedade limitada por associação civil – Pessoas jurídicas de naturezas diversas e submetidas a regimes jurídicos igualmente diversos – Ausência de previsão legal que autorize a incorporação – Inviabilidade da prática de incorporação realizada por uma associação civil relativamente a uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com extinção desta última e incorporação do patrimônio respectivo por aquela primeira. Contudo, tal não se apresenta possível, pesem embora os argumentos expendidos pela recorrente. Isso porque, como sabido, as associações civis se formam pela reunião de pessoas, físicas ou jurídicas, com objetivos não econômicos, inexistindo, entre os associados, obrigações recíprocas (art. 53 do Código Civil). Já as sociedades – sejam elas empresárias ou não – constituem-se de pessoas que somam esforços ou recursos para atingir objetivos de natureza econômica, partilhando entre si os resultados (art. 981 do Código Civil). Assim, enquanto nas sociedades se verificam o desempenho de atividade econômica e a distribuição de lucros entre os sócios, nas associações tal não ocorre, não se buscando fins lucrativos e nem havendo entre os associados partilha e distribuição de eventual superávit. Pertinente invocar, neste passo, a doutrina de Marcelo Fortes Barbosa Filho sobre o tema: (...) tanto a sociedade não empresária quanto uma sociedade empresária obtêm uma remuneração pelo implemento de sua atividade fim e buscam auferir lucros, a serem distribuídos, de conformidade com o disposto em seus atos constitutivos, entre os sócios. A distribuição de lucros constitui o elemento distintivo entre a sociedade e a associação, visto que, nesta última, mesmo obtida uma remuneração pelo exercício da atividade-fim e auferido superávit, este não será compartilhado e distribuído entre os associados, mas reinvestido. As associações empreendem atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico aos associados, buscando atingir finalidades de ordem moral. (In: PELUSO, Cezar –

inverso, isto é, de transformação de sociedade em associação ou fundação, o órgão correccional concluiu tampouco ser possível.

Contrapõe-se tal disposição às demais constantes dos artigos 64²² e 2033,²³ ambos do mesmo diploma: o primeiro, prevê seja constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos; o segundo, dispõe amplamente sobre as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44²⁴ (ali, pois, incluídas as fundações de direito privado). Sustenta-se que, em interpretação sistêmica, fundações poderiam ser criadas por negócio jurídico outro que não os daquelas vias estreitas do artigo 62 – o que justificaria mesmo a previsão legal contida no artigo 2033.²⁵

Neste sentido, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Alagoas, pelo Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, no âmbito dos autos nº 0000542-64.2020.8.02.0073, no exercício de sua competência para decidir suscitações de dúvidas registras, declarou a legalidade do procedimento de transformação da Sociedade Empresária em Fundação Privada,²⁶ entrevedo, apenas, que (1) haja consentimento

Coord. *Código Civil Comentado* – doutrina e jurisprudência. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 823, comentário ao art. 982) Como se pode perceber, está-se diante de pessoas jurídicas de natureza completamente diversa, uma, a sociedade voltada à atividade eminentemente econômica, com distribuição de lucros entre os sócios, e a outra, a associação, sem fins econômicos, de ordem eminentemente moral, que não partilha ou distribui eventual remuneração ou superávit entre os associados. A hipótese ora em discussão, portanto, não cuida de mutações realizada em pessoas jurídicas de mesma natureza, como uma sociedade incorporando outra sociedade, ou uma associação incorporando outra associação, o que se admite, à luz do disposto no art. 1116 do CC, relativamente às sociedades, e nos termos do art. 2033 do CC, segundo se pode deduzir, no tocante às associações”. (Disponível em: <<https://www.ggv.com.br/arquivos/5497>>. Consulta em: 23 fev. 2023)

²² 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.

²³ Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão regem-se desde logo por este Código.

²⁴ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações; IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos; VI - (Revogado pela Lei nº 14.382, de 2022). § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. § 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. § 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.

²⁵ Inclusive, o Enunciado 615 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao dispor sobre a possibilidade das associações civis poderem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão, implicitamente permitiria sua conversão em fundação. (Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Consultado em: 06 out. 2021)

²⁶ Leia-se o seguinte excerto: “08. Pois bem, em que pese exista controvérsia quanto à possibilidade de alteração da natureza jurídica de uma sociedade para uma fundação, o que demonstra a legitimidade na cautela apresentada pelo interino, tal como entendido pela Juíza Auxiliar desta CGJ/AL, penso que seja totalmente possível a aludida transformação na natureza das pessoas jurídicas, desde que, obviamente, não haja lesão a terceiros e sejam consideradas todas as cautelas de estilo, conforme demonstrarei adiante. 09. No tocante ao procedimento de transformação social, sabe-se que este é regido pelo Código Civil de 2002, que especificamente nos artigos 1.113 e 2.033 preveem que: ‘Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.’ Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código’. ‘Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

de todos os sócios, conforme prevê o art. 1.114 do Código Civil, (2) não modifique ou prejudique direitos dos credores, conforme o art. 1.115, do mesmo diploma e (3) possua como finalidade uma das listadas no art. 61 do Código Civil de 2002.

No Estado do Rio de Janeiro, é de se recordar que a vedação se dá em sentido inverso, isto é, o que não se permite é a conversão de fundação em pessoa jurídica diversa, na esteira do artigo 73 da Resolução GPGJ 68/1979,²⁷ admitida excepcionalmente a das fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política (isto por força, como dito, de expressa e específica ressalva legal).²⁸ Adrede, em precedente favorável lavrado pela Provedoria de Fundações da Capital do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no procedimento administrativo n.º 2023.00111235, admitiu-se a conversão do Instituto de Pesquisa em Educação e Desenvolvimento Social em fundação.

Recorde-se, também, do *leading case* referente à incorporação (ou fusão) da ONG *Save the Children* pela Fundação Abrinq pelos Direitos das Crianças e Adolescentes, tida como um avanço no relacionamento com organizações internacionais,²⁹ conquanto

I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos; VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada.’ 10. Constata-se, pois, que a cealuma em questão surge justamente pelo fato de que o mencionado art. 1.113 regulamenta apenas e tão somente a transformação das Sociedade Empresárias, nada dispondo acerca da viabilidade do procedimento em relação às demais pessoas jurídicas de direito privado. 11. Ocorre que, visando atender a complexidade inerente à dinâmica de funcionamento social, que exige do intérprete constante atualização na forma de observar e aplicar o direito, a jurisprudência nacional evoluiu no sentido de estender o instituto da transformação também às demais modalidades de organização, conforme se vê do Enunciado n.º 615, do Conselho da Justiça Federal, firmado quando da VIII Jornada de Direito Civil, *litteris*. ‘As associações civis podem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão.’ 12. Ora, estendido tal entendimento às associações, pessoa jurídica de direito privado de natureza diversa, nada impossibilita que o mesmo raciocínio também se aplique às demais pessoas jurídicas não empresárias, a exemplo das Fundações, demonstrando, a princípio e no plano teórico, a possibilidade da pretendida alteração objeto da suscitação de dúvida. [...] 16. Da mesma forma, devem-se obedecer as previsões e requisitos legais e normativos para adoção da nova modalidade que deseja cambiar. É que se tratando de fundação de direito privado, faz-se necessário atentar ao disposto no art. 61 e seguintes do CC/2002, que regulamenta a criação, finalidades possíveis e demais disposições relativas a essa espécie de pessoa jurídica.’ Disponível em: <<https://www2.tjaj.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>> (informe o processo 0000542-64.2020.8.02.0073 e código 465D03A). Consulta em: 23 fev. 2023.

²⁷ Art. 73 - É proibida a transformação de fundação em sociedade ou associação ou sua incorporação a entidade dessas espécies ou sua fusão com as mesmas.

²⁸ Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Art. 53. A fundação ou instituto de direito privado, criado por partido político, destinado ao estudo e pesquisa, à doutrinação e à educação política, rege-se pelas normas da lei civil e tem autonomia para contratar com instituições públicas e privadas, prestar serviços e manter estabelecimentos de acordo com suas finalidades, podendo, ainda, manter intercâmbio com instituições não nacionais. § 1º O instituto poderá ser criado sob qualquer das formas admitidas pela lei civil. § 2º O patrimônio da fundação ou do instituto de direito privado a que se refere o inciso IV do art. 44 desta Lei e o *caput* deste artigo será vertido ao ente que vier a sucedê-lo nos casos de: I - extinção da fundação ou do instituto, quando extinto, fundido ou incorporado o partido político, assim como nas demais hipóteses previstas na legislação; II - conversão ou transformação da fundação em instituto, assim como deste em fundação.

²⁹ SITAWI. *Fusões e outras Colaborações Estruturadas de Longo Prazo no Setor Social*. 2013. Disponível em: <<https://www.sitawi.net/publicacoes/fusoes-e-outrascolaboracoes-estruturadas-de-longo-prazo-no-setor-social/>>. Acesso: 23 fev. 2023.

não imune a críticas.³⁰ Tal tendência,³¹ de toda sorte, é vista como um aprofundamento das relações sociais capitalistas e o incentivo dos países centrais à aproximação com o setor privado, criando uma nova característica ao terceiro setor, com fusões para propiciar a entrada facilitada de organizações internacionais no país, não mais para executar projetos pontuais, agora entram para disputar o fundo público por dentro das políticas sociais brasileiras.

Reconheça-se, de todo modo, que a transformação de uma entidade não fundacional em fundacional tende a publicizar o patrimônio envolvido, preservando, em última análise, os fins sociais a que se pretende dedicar seu patrimônio. Não há, assim, privatização de bens dedicados ao coletivo, mas o inverso – o que sensibiliza a seu favor tal metamorfose.³²

4. Da transformação de fundações de direito privado em pessoas jurídicas de outra natureza

Ainda mais funda a polêmica acerca da possibilidade de conversão de fundação de direito privado em pessoas jurídicas de outra natureza, à exceção, repita-se uma vez mais, das fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política (por expressa e específica ressalva legal).³³

De fato, há quem, em leitura isolada do artigo 2033 do Código Civil,³⁴⁻³⁵ conclua, precipitadamente, que a clareza do diploma seria cristalina em permitir que fundações, enquanto elencadas no artigo 44 do *Codex*, poderia sofrer tais mutações, livremente transformando-se, fundindo-se, cindindo-se ou se incorporando em pessoas jurídicas de outra natureza. Esta, aliás, parece ser a conclusão implícita da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Alagoas, no âmbito dos autos nº 0000542-64.2020.8.02.0073.³⁶

³⁰ A fusão gerou desconfianças nas ONGs apoiadas pela *Save the Children* no Brasil; na Fundação Abrinq, no mesmo período, houve um desgaste entre membros da administração, considerando que a mesma se tornaria uma fábrica de distribuição de selos, fazendo referências ao Projeto Empresa Amiga da Criança. (ARAGÃO, Daniel Maurício de. O controle global da solidariedade: transnacionalização e privatização na adaptação estratégica de ONGs britânicas no Brasil. *Caderno CRH*. Salvador, v. 25, n. 65, p. 269-283, maio/ago. 2012.)

³¹ SANTANA, Nathália Gregório de. *Fusão entre organizações não governamentais: tendência das políticas sociais?* Fonte: <<https://www.sitawi.net//a-sitawi/>>. Acesso em: 20/05/2018. Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social. Consulta em: 23 fev. 2023.

³² Esta, a feliz expressão de BORBA, José Edwaldo Tavares. (In *Direito Societário*. 8ª ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 479)

³³ Já acima transcrito.

³⁴ Já acima transcrito.

³⁵ Neste mesmo sentido, ainda sob a égide do Código Civil anterior, FERREIRA, Sergio de Andréa. In *As Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público no Brasil*. Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758650/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf>. Consultado em: 05 out. 2021), para quem “[é] possível, finalmente, a transformação da fundação, a novação de personalidade, compreendendo as hipóteses de mudança de fim, fusão, incorporação, conversão em associação, em autarquia. Pode ser transmutada, também, em órgão da Administração Direta, perdendo, destarte, sua personalidade. Para tais fatos, há necessidade de embasamento legal”. (p. 131)

³⁶ Leia-se o seguinte excerto: “[...] 11. Ocorre que, visando atender a complexidade inerente à dinâmica de funcionamento social, que exige do intérprete constante atualização na forma de observar e aplicar o direito, a jurisprudência nacional evoluiu no sentido de estender o instituto da transformação também às

Entretanto, há quem vislumbre, no artigo 69 do Código Civil em sua forma combinada com o artigo 1204 do Código de Processo Civil, uma única via pela qual se possa dar fim ao ente fundacional: quando sua finalidade se tornar “ilícita, impossível ou inútil”, ou se o prazo da existência dessa instituição estiver vencido, o órgão do Ministério Público promoverá a respectiva extinção. Tudo e apenas isto, em silêncio eloquente contrário à transformação – o que, por sua vez, de algum modo, contraria o disposto no artigo 1.113 (ao anunciar que “o ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se”).

A correta interpretação intrassistêmica, sob tal prisma, é a de que se admitem transformações das pessoas jurídicas elencadas no artigo 44, mas não em todas as direções e em irrestrita extensão. Uma associação civil poderia, por exemplo, transformar-se em fundação, mas não o reverso. Uma fundação poderia fundir-se com outra, mas não com uma associação civil. Sob pena de contundente incongruência intralegal, portanto, a exegese do dispositivo legal não pode ferir de morte o microsistema fundacional.

Como dito, no Estado do Rio de Janeiro, consta vedação expressa de conversão de fundação em pessoa jurídica diversa (artigo 73 da Resolução GPGJ 68/1979),³⁷ jamais tendo sido tal dispositivo sequer desafiado judicialmente, a despeito de sua longevidade. Seu fundamento lógico-sistemático está na contraposição entre ontologias e regimes jurídicos incompatíveis entre si: se, na fundação, o patrimônio é posto em ação, sem que doravante pertença a ninguém, as associações e afins possuem sim seus titulares, com direito a quinhão dos bens associativos. Noutras palavras, se o patrimônio foi estimulado pelo Estado, por benefícios legais diversos, para atingir determinada finalidade de interesse social, deve tal patrimônio ser mantido com tal característica essencial.

Nesta direção, confrontando regimes incompatíveis para eventual transformação, tenha-se o artigo “A Operação de Transformação Societária de Associações em Sociedade Anônima: Uma Crítica Possível”³⁸ por Fernando Ferreira Castellani e Sávio Rui Brabo de Araújo, que assim concluem:

demais modalidades de organização, conforme se vê do Enunciado nº 615, do Conselho da Justiça Federal, firmado quando da VIII Jornada de Direito Civil, *litteris*. ‘As associações civis podem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão.’ 12. Ora, estendido tal entendimento às associações, pessoa jurídica de direito privado de natureza diversa, nada impossibilita que o mesmo raciocínio também se aplique às demais pessoas jurídicas não empresárias, a exemplo das Fundações, demonstrando, a princípio e no plano teórico, a possibilidade da pretendida alteração objeto da suscitação de dúvida. [...] 16. Da mesma forma, devem-se obedecer as previsões e requisitos legais e normativos para adoção da nova modalidade que deseja cambiar. É que se tratando de fundação de direito privado, faz-se necessário atentar ao disposto no art. 61 e seguintes do CC/2002, que regulamenta a criação, finalidades possíveis e demais disposições relativas a essa espécie de pessoa jurídica.” Disponível em: <<https://www2.tj.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>> (informe o processo 0000542-64.2020.8.02.0073 e código 465D03A). Consulta em: 23 fev. 2023.

³⁷ Já acima transcrito.

³⁸ No prelo.

Essa condição faz com que o Estado ofereça tratamento diferenciado e privilegiado a tais associações, variando para maior ou menor expressão, a depender de seu caráter beneficente de interesse social, classista ou egoística. Em todas elas, contudo, o Estado promove seu desenvolvimento, sendo suportado tal benefício e incentivo por toda a sociedade.

O reconhecimento disso, inclusive, é corroborado pela destinação legal do patrimônio em caso de extinção.

Dessa forma, mostra-se incoerente, ilegal e ilógica a operação de transformação de tais associações. A constatação prática do caráter empresarial de algumas associações é a comprovação do desvirtuamento de suas finalidades, o que não pode ser motivação e justificação para permitir a apropriação desse patrimônio por pessoas privadas.

O desvio anterior não justifica o equívoco posterior. As associações identificadas pelas características empresárias devem ser extintas, com a correta destinação de seu patrimônio a associações similares, sem finalidade lucrativa. Seus antigos associados, caso queiram, devem constituir sociedade, com finalidade lucrativa, iniciando a atividade econômica, sem apropriação indevida do patrimônio associativo.

É sofismática – mas não incomum – a assertiva de que a ausência de patrimônio ou o desequilíbrio de contas seria suficiente para se permitir tal conversão – com o que não se pode puerilmente concordar. Caso haja, de fato, algum ativo fundacional que interesse à outra pessoa jurídica (de igual ou de natureza diversa), nada impede seja o mesmo alienado, em valor de mercado e solvidos, na medida de sua força, os débitos existentes. Tenha-se, neste diapasão, o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União, por seu relator, Ministro Valmir Campelo, no âmbito do Acórdão de nº 2444/2012, considerando que a “transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas jurídicas, objeto de reestruturação empresarial, já está devidamente consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras”.³⁹ Nada além disto.

Deve-se, portanto, desafiar a oferta aparentemente altruísta de uma fundação deficitária ser absorvida por uma associação civil ou outra entidade não fundacional qualquer, investigando-se o ativo almejado pela interessada – que pode ser a própria exploração da reputação da fundação, de seu patrimônio, material ou imaterial (ainda que comprometido por dívidas ou má gestão), ou mesmo de sua carteira de assistidos. Todos, aliás, podem vir a ser cedidos como ativos, mediante justa retribuição,

³⁹ Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBB359F273F7D&inline=1>>. Acesso: 23 fev. 2023.

preservando-se, no que for possível, o restante de seus bens e, em cenário ideal, sua própria existência reestruturada.

Importante mencionar um princípio basilar em direito societário que poderia ser transposto, com os devidos ajustes, para o tema em estudo: o princípio da preservação da empresa,⁴⁰⁻⁴¹ a intuitivamente inspirar o “princípio da preservação das fundações”. Nestes termos, admitir a existência de fundações de fato, ainda que em caráter excepcional, privilegia a preservação das atividades fundacionais e a consecução de seus objetivos, em reconhecimento de sua relevância intrínseca para a sociedade. Neste sentido, a cessão de ativo – e não a transformação da fundação – seria solução mais desejável do ponto de vista sistemático.

5. Conclusão

Em apertada síntese, conclui-se, portanto, que a lógica sistemática impõe seja admitida a transformação de pessoas jurídicas de outra natureza em fundações de direito privado, mas não o inverso.

Em março, 2023.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. *In Curso de direito comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79. Assim conceitua o princípio da preservação da empresa: “O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, ‘empresa’ é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (‘empresário’) nem com o lugar em que explorada (‘estabelecimento empresarial’). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento.” É complementar: “O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito”.

⁴¹ Sobre o princípio da preservação fundacional, vide uma vez mais *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)

Considerações conceituais sobre a corrupção à luz da segurança pública¹

Conceptual considerations on corruption in the light of public security

Luis Fernando de França Romão*

Sumário

1. Introdução. 2. Corrupção para a prática de atos lícitos: impulso da política pública. 3. Corrupção para a prática de atos ilícitos: fracasso da política pública. 4. Os incentivos à corrupção policial. 5. Problema ético: transigência moral. 6. Questão jurídico-criminal. 7. Síntese conclusiva. Referências.

Resumo

O texto objetiva apresentar considerações jurídico-político-doutrinárias sobre o conceito de corrupção à luz da sua perspectiva para a governança de políticas públicas de segurança pública, com especial atenção à realidade do Rio de Janeiro.

Abstract

The text aims to present legal, political and doctrinal considerations on the concept of corruption in the light of its perspective for the governance of public security policies, with special attention to the reality of Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Corrupção. Segurança pública. Políticas públicas. Governança. Polícia.

Keywords: *Corruption. Public security. Public policy. Governance. Police.*

¹ Texto adaptado publicado originalmente em: ROMÃO, Luis Fernando de França. *UPP: a segurança pública entre eleição e corrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 47-67.

* Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Direito do Estado (USP). Pós-graduado em Ciências Criminais e Segurança Pública (UERJ). Bacharel em Direito (PUC-Rio). Membro da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Advogado.

1. Introdução

Chamar toda e qualquer ação moralmente questionável de corrupção, embora possa ter valor retórico, não contribui para o exercício analítico de política pública, segundo observam Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, de modo que o termo deve ser reservado para referir-se às atividades violadoras da ordem jurídica do país.²

O termo, aliás, é tão antigo quanto a ação que denomina, posto que no grego arcaico já existiam terminologias específicas, seja para referir-se a desfazimento ou decomposição (*phthorá*), seja para fazer menção à propina ou ao suborno, à época, ação de seduzir com presentes (*dorodokía*), tendo os romanos, porém, reunido na palavra latina *corruptio* a prática de subornar um magistrado. Segundo perspectiva de Alexandre Sergio da Rocha, os romanos, talvez, tenham reconhecido essa prática como desfazimento da normalidade institucional e decomposição moral das pessoas envolvidas.³

Não obstante a antiguidade da prática corrupta, Susan Rose-Ackerman adverte que a corrupção não é resultado inevitável da História e da cultura.⁴ Se, por um lado, isso tira o peso de um suposto pecado original pelo qual estariam sociedades inteiras condenadas, por outro, expõe o desafio de mudanças e de rompimento de ciclos corruptos. Embora tenha raízes culturais e históricas, corrupção é problema político e atual.

Ao descartarem a História e a cultura como causas necessárias e inevitáveis da corrupção, Rose-Ackerman e Palifka entendem que as causas da corrupção podem ser explicadas e classificadas através de três categorias: instituição, incentivos e ética pessoal, sendo, pois, a interação desses elementos determinante para os níveis e tipos de corrupção que ocorrem nos casos concretos.⁵

Ademais, também ocorre de a corrupção ser considerada como patologia de um sistema de governo.⁶ Embora possa soar como eufemismo, tal qual “sobrepços não explicados” ou “compras excessivas”, se a corrupção é “sintoma de que algo vai mal no manejo do Estado”, por haver subversão das instituições públicas para, ao invés de promoverem valores públicos, enriquecerem indevidamente algumas pessoas com acesso à burocracia e provisionar benefícios aos corruptos, é, pois, um (grave) problema no sistema de governança de políticas públicas.

Esse problema de governança possui características específicas. Nesta perspectiva, Rose-Ackerman e Palifka conceituam corrupção como abuso de um poder conferido com o objetivo de obter ganho privado, sendo primordial para o entendimento conceitual a questão do “poder conferido”, por aludir ao trabalho que

² ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupción y gobierno: causas, consecuencias y reformas*. 2ª ed. Trad. Francisca Pou Giménez. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 367.

³ ROCHA, Alexandre Sergio da. *Corrupção: conceitos e reflexões*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 20.

⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Op. cit.*, p. 292.

⁵ *Ibid.*, p. 539.

⁶ LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 11.

⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Op. cit.*, p. 85.

se espera seja desempenhado pelo agente. No entanto, o abuso do poder conferido viola as regras legais e os objetivos previamente fixados restam frustrados.⁸

Além disso, os custos da corrupção são assumidos pelos contribuintes, bem como a população sofre a redução de serviços, de maneira que as externalidades da corrupção não são só econômicas, mas geram crise de confiança no Estado de Direito e os custos disso decorrentes, donde sobressai, ainda, a restrição do efeito dissuasório do Direito Penal.⁹

Por esses motivos, afirmam as mencionadas autoras que a corrupção mina quaisquer que sejam os objetivos de uma instituição ou de um país, atingindo, notadamente, aqueles relacionados com o desenvolvimento e a distribuição de renda, conflitando, pois, com valores democráticos e republicanos.¹⁰ No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho observa que a corrupção se entrelaça com a erosão da juridicidade e da democraticidade do Estado.¹¹

Há, todavia, um problema metodológico a envolver o estudo e as análises da corrupção em políticas públicas de segurança que diz respeito à medição do fenômeno. As ações corruptas são, em geral, encobertas e operadas com cuidado para não serem descobertas ou não deixarem provas comprometedoras e condenatórias dos agentes envolvidos. Ademais, a falta de parâmetros e indicadores científicos que permitam medir a incidência corrupta em uma determinada política pública dificulta a questão. Só se tem conhecimento da corrupção que deu errado, daquela que foi desvendada, por quaisquer motivos e, acrescente-se, nem sempre resulta em efetiva condenação dos corruptos envolvidos, tampouco a política pública correspondente, que entrou no jogo da corrupção, é precedida ou sucedida por avaliação.

Outra questão a ser fixada inicialmente é a não correspondência simples entre o nível e as consequências da corrupção e a organização administrativo-governamental, não se permitindo afirmar, com exatidão e cientificidade, por exemplo, ser a corrupção na cúpula menos danosa do que aquela subjacente nos níveis mais baixos da Administração Pública. Esta questão relaciona-se ao problema metodológico referido anteriormente, tendo em vista que “a ‘grande’ corrupção na cúpula do Estado não é suscetível de análises estatísticas”.¹²

Nesse contexto, a corrupção policial requer maior atenção por ser a polícia uma das instituições percebidas como das mais corruptas, sendo fator preocupante a sua natureza institucional vocacionada a fazer cumprir as leis.¹³ Com efeito, as organizações criminosas operam através do binômio corrupção/violência. Se não houvesse corrupção, “só” pela violência elas não conseguiriam se impor e operar seus negócios. Mais: é possível até inferir que a corrupção, nesta perspectiva, retroalimenta a violência.

⁸ *Ibid.*, p. 41 e 43.

⁹ *Ibid.*, p. 108 e 116.

¹⁰ *Ibid.*, p. 40-41.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Pequena nótula de apresentação. In: LOPES, José Mouraz. *Op. cit.*, p. 9.

¹² ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Op. cit.*, p. 473.

¹³ *Ibid.*, p. 55.

Além disso, onde a corrupção está integrada e praticamente todos têm algum tipo de vínculo com o sistema corrupto, aumenta-se o grau de dificuldade de desenvolvimento de políticas públicas. Esse é cenário da política de segurança pública no Estado do Rio de Janeiro. Essas são as razões pelas quais se considera a corrupção uma das mais importantes variáveis na governança da política pública setorial.

2. Corrupção para a prática de atos lícitos: impulso da política pública

O sentido da distinção da corrupção para a prática de atos lícitos daquela para a prática de atos ilícitos relaciona-se aos efeitos observados no processo das políticas públicas, posto que são diversos. Embora a corrupção seja, *per se*, um ilícito, este pode ser cometido para que sejam praticadas ações lícitas, que não contrariam os deveres do cargo do agente público.¹⁴

Além disso, asseverara Gilson Dipp que uma organização criminosa pode exercer, eventualmente ou ordinariamente, atividades lícitas com finalidade ilícita, revestindo-se de forma e atuação formalmente regulares, a recomendar, portanto, cuidado e atenção na compreensão de suas características.¹⁵

A corrupção para a prática de ato lícito traz como efeito, paradoxalmente, o impulso para a realização da política pública. Ato ilícito inicial – o suborno ao decisor político, por exemplo – pode ser capaz de incentivar a movimentação da Administração Pública e acionar todos os mecanismos necessários para que determinada política pública seja executada, inclusive, podendo dela se retirar mais propinas no decorrer de seu desenvolvimento, ou não, apenas lucrar de seus efeitos políticos, vantagens, em si, legítimas e inerentes ao jogo político-democrático.

Com efeito, as decisões de política pública são tomadas em nível pessoal e político, destacam Rose-Ackerman e Palifka, e chamam a isso de paradoxo porque o interesse próprio é pressuposto básico para o ato de decidir, porém os modelos exigem que o decisor seja um desinteressado “planejador social benevolente”.¹⁶

Os dirigentes corruptos tendem a apoiar políticas que produzam ganhos pessoais para si, podendo ser propostos projetos caros, complexos, intensos no consumo de recursos que podem ser usados para gerar subornos. Igualmente, é possível o agente

¹⁴ Inclusive o ordenamento jurídico-criminal de Portugal previa até a Lei n. 32/2010, de 02/09, além da corrupção ativa, a *corrupção passiva para a prática de ato lícito* (solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer ato ou omissão *não contrários aos deveres do cargo*). Após a reforma penal empreendida pela mencionada Lei, a corrupção passiva pressupõe ato ou omissão contrários aos deveres do cargo, enquanto a anterior corrupção para prática de ato lícito foi substituída pelo tipo de crime “recebimento indevido de vantagens” (solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida). Como observa José Mouraz Lopes, este novo crime não é, formal e tipicamente, um crime de corrupção. Cf. LOPES, José Mouraz. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁵ DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015, p. 11.

¹⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Op. cit.*, p. 41.

corrupto exigir suborno elevado para compensar os custos políticos que sofrerá como consequência da decisão a ser tomada em contrapartida à vantagem ilícita.¹⁷

Na política de segurança pública isso pode ocorrer desde um suborno inicial para o gestor realizar a aquisição de viaturas policiais, mesmo todo o processo administrativo de licitação e contratação ser, em tese, regular, eventual corrupção inicial pode condicionar a escolha, discricionária, do modelo da frota, optando por carros de luxo, com custo mais elevado, por exemplo, ou, ainda, na compra de armamentos, administrativamente regular, porém as armas do(s) lote(s) fornecido(s) são entregues aos agentes contendo defeitos de fabricação. O fornecedor privado, para se livrar daquele(s) lote(s) defeituoso(s), fornece-o(s) à Administração, podendo, para isso, corromper o decisor para que o órgão adquira aquele especificado armamento. Ou, ainda, a política pública de segurança pode entrar no jogo político-eleitoral como moeda de troca de apoios e coalizões partidárias.¹⁸

De qualquer modo, paradoxalmente, a corrupção para a prática de atos lícitos pode servir de instrumento para facilitar a política pública, nos casos exemplificados, aparelhando e equipando as corporações policiais ou, ainda, impulsionando a expansão territorial do programa.

3. Corrupção para a prática de atos ilícitos: fracasso da política pública

Já a corrupção para a prática de atos ilícitos envolve a comumente referenciada corrupção dos agentes públicos, cujos pagamentos ou trocas objetivam obter benefícios (ilícitos) ou evitar (ilicitamente) custos, de todo modo, envolvem trocas de ações violadoras de regras jurídicas, a diminuir a efetividade das políticas públicas e a frustrar seus objetivos subjacentes, posto que nessas situações os agentes públicos se concentram nos aspectos lucrativos de seu trabalho nesses programas.¹⁹

Além disso, destacam Rose-Ackerman e Palifka o efeito devastador da corrupção sobre a eficácia das políticas públicas, notadamente há a inversão de níveis, composições, ordenações temporais eficientes, tudo sendo mobilizado para que os funcionários corruptos maximizem seus lucros pessoais.²⁰

Pode ocorrer, também, competição pela corrupção, quando agentes públicos competem entre si para obtenção de benefícios ilícitos, a gerar o que as mencionadas autoras denominam de *espiral ascendente de corrupção*,²¹ problema grave e sistêmico, em que a corrupção passa a encorajar que todos aceitem subornos. Quando a hierarquia é corrupta, o fracasso da política pública é o seu destino.

¹⁷ *Ibid.*, p. 304, 309 e 369.

¹⁸ Sobre a UPP e a questão do jogo político-eleitoral, cf. AMADO, Guilherme. Notícias. Rio. Procurador eleitoral investiga se Cabral negociou UPP e financiamento da Odebrecht. *Extra*. 28 jan. 2014. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/rio/procurador-eleitoral-estiga-se-cabral-negociou-upp-financiamento-da-odebrecht-11422261.html>. Acesso em: 12 out. 2020.

¹⁹ Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Op. cit.*, p. 60, 85 e 92.

²⁰ *Ibid.*, p. 141.

²¹ *Ibid.*, p. 314.

Na política de segurança pública, a corrupção para a prática de atos ilícitos impede o desenvolvimento efetivo da política pública pelo fato de os policiais tornarem-se cúmplices da criminalidade e acabarem por exponenciar as ações que deveriam coibir e reprimir, por vezes participando diretamente das atividades criminosas, usando do poder estatal que lhes é conferido para associarem-se aos criminosos, inclusive contra o próprio Estado e a sociedade.²²⁻²³

4. Os incentivos à corrupção policial

A corrupção se (re)produz na interseção entre incentivos específicos, instituições sociais e a ética pessoal.²⁴ No que se refere aos incentivos à corrupção policial, em geral, podem-se destacar três: baixo salário, discricionariedade e hierarquia corrupta. Além disso, também podem ser verificados outros três incentivos à corrupção policial específicos à realidade fática brasileira: carência de equipamentos básicos do trabalho policial, o incremento da violência e o sistema de recursos da justiça criminal.

Baixos salários, corrupção na hierarquia funcional e a discricionariedade são incentivos verificados em muitos países, não sendo nenhuma peculiaridade do Rio de Janeiro, do Brasil ou de países em desenvolvimento, podendo, inclusive, verificar-se tal incidência em grandes cidades de países desenvolvidos, como em Nova York, nos Estados Unidos.²⁵

Os incentivos corruptos na atividade policial existem, em grande medida, pelo poder subjacente dessa atividade pública de imposição de custos onerosos.²⁶ Enquanto outras categorias profissionais, em troca do suborno, entregam algo ou atribuem benefícios, na atividade policial a contraprestação pelo suborno/corrupção/propina (ou o vulgar “arrego”) é para evitar a imposição de custo, isto é, evitar a aplicação da lei penal repressiva, colocar em suspenso, na situação, o Estado de Direito e a sua juridicidade.

²² Sobre o novo fenômeno problemático envolvendo a associação entre tráfico e milícia (narcomilícia) no Estado do Rio de Janeiro, cf. WERNECK, Antônio; SOUZA, Rafael Nascimento de. Rio. Narcomilícias: traficantes e milicianos se unem em 180 áreas do Rio. Segundo investigação: de acordo com relatório do Ministério Público do Rio, paramilitares mudaram o perfil de combate ao tráfico de drogas para conquistar territórios. Há casos até de “aluguel” de bocas de fumo. *O Globo*. 10 out. 2019. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/narcomilicias-traficantes-milicianos-se-unem-em-180-areas-do-rio-segundo-investigacao-24007664>. Acesso em: 17 out. 2020.

²³ Sobre UPP, cf. G1. Rio de Janeiro. *Ex-comandante de UPP é demitido por receber propina de traficante*. 6 ago. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/08/ex-comandante-de-upp-e-demitido-por-receber-propina-de-traficante.html>. Acesso em: 17 out. 2020.

²⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Op. cit.*, p. 60.

²⁵ O detetive aposentado Frank Serpico, do Departamento de Polícia de Nova York, conhecido por ter testemunhado contra corrupção de policiais que recebiam suborno de traficantes, observara certa vez que “10% dos policiais de Nova York são absolutamente corruptos, outros 10% absolutamente honestos e os outros 80% desejariam ser honestos”. Cf. THE NEW YORK TIMES, New York. *Rooting out police corruption*. Sam Roberts. 29 jun. 2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/07/01/nyregion/books-on-police-corruption-and-woody-guthries-haunts-in-new-york-city.html>. Acesso em: 18 jun. 2020.

²⁶ Sobre os incentivos corruptos e o poder de impor custos onerosos, cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Op. cit.*, p. 157.

Ocorre que o poder de imposição de custos onerosos está relacionado à discricionariedade. No caso da segurança pública, a discricionariedade policial é intrínseca à atividade, pois questões como o momento de abordagem (quando), ou a pessoa potencialmente suspeita (quem), ou, ainda, o momento de efetuar um disparo (*timing*) e o uso progressivo da força são situações que, embora haja regramentos disciplinadores, só se verificam na prática, restando, portanto, ao agente policial decidir sobre tudo isso em fração de segundos, o que, por óbvio, não permite a realização de um complexo juízo de ponderação e juridicidade. Isso significa que a discricionariedade policial, embora seja apontada como incentivo à corrupção, tem problematidade prática intrínseca à atividade que não tem como ser excluída.

Com efeito, os baixos salários – incentivo, ademais, que ocorre em vários outros setores da Administração Pública –, segundo Rose-Ackerman e Palifka, são responsáveis por induzir ao pluriemprego e à corrupção.²⁷ No âmbito da segurança pública, os baixos salários são reconhecidos, inclusive, pelo próprio governo que, comumente, compra o período de folga do policial, de modo que ele passa a cumprir, na própria corporação, muito além do período de sua escala de plantão, ocorrendo casos ainda em que é obrigatória a adesão ao serviço extraordinário, além do plantão da escala regular.

Não obstante, embora seja fator problemático, não é tão grave, pois o policial está a complementar o seu salário de forma lícita e dentro da própria instituição. A questão recai para o problema da ilicitude quando o agente vai complementar seu baixo salário com atividades ilícitas, seja com “bicos” ou se associando, nas folgas, com criminosos que deveria coibir durante seus plantões.

A atividade policial, dizem Rose-Ackerman e Palifka, é problematicamente o exemplo mais notório de um setor público que pode ser organizado a modo de máquina geradora de subornos. Isso traz à análise a questão da hierarquia corrupta, quando o superior aceita subornos, é provável que os trabalhadores inferiores também os recebam, gerando, assim, uma hierarquia administrativa corrupta, tendo como efeito a formação de mercado interno para ocupação de cargos e posições administrativas, estrategicamente posicionados para a recepção e a distribuição de subornos.²⁸

Nesse sentido, asseveram as autoras, à medida que os funcionários de alta posição encobrem a corrupção do nível de baixo em troca de subornos, a corrupção nos níveis mais altos de um órgão da Administração Pública passa a se alimentar da corrupção dos níveis de baixo, ao mesmo tempo que os protege. Dessa forma, cada nível corrupto é alimentado pelo outro.²⁹

Há, assim, realidade de corrupção multinível nas instituições policiais hierarquizadas. Corrupção de ponta a ponta, do policial do nível de rua operacional

²⁷ *Ibid.*, p. 196-197.

²⁸ *Ibid.*, p. 190, 197, 200 e 215.

²⁹ *Ibid.*, p. 216.

(*street level*) até o comandante; se hierarquicamente militarizadas, tem-se corrupto batendo continência para corrupto.

Notam Rose-Ackerman e Palifka que a corrupção gera complexas relações de vassalagem e chantagem, baseadas na hierarquia funcional. O efeito nefasto da corrupção sistêmica é impedir que as informações e denúncias sobre as malversações dos corruptos sejam processadas e apuradas.³⁰

Em instituição policial corrompida de ponta a ponta da hierarquia administrativa, denunciar é perigoso, há risco de represálias e retaliações por superiores corruptos e, ainda, ser atacado por colegas, também corruptos, em emboscadas atentatórias contra a própria vida. Denunciar pode levar à execução.

Outro fator incentivador à corrupção, dentro da hierarquia corrupta, é que os corruptos são, por vezes, valorizados, considerados sagazes, recebendo até honrarias e distinções, em vez de serem etiquetados como desonrados. Isso frustra os honestos remanescentes de mudarem o funcionamento da instituição, posto que a corrupção da hierarquia posicionada nos níveis decisórios e de comando acaba por criar expectativa de benefícios de riqueza e reduz as restrições morais eventualmente experimentadas pelos policiais de baixo. Além disso, na polícia, com notório sistema corrupto, a busca do cargo de policial pode ocorrer pelas lucrativas oportunidades corruptas subjacentes.

Quanto aos incentivos específicos à corrupção policial na realidade brasileira, sobressaem os aspectos financeiro e estrutural das condições de trabalho, posto que a carência abrange equipamentos básicos para a atividade policial, como armas de fogo, munições, coletes balísticos, fardas, viaturas, materiais para a atividade de perícia técnico-científica, sem contar na insuficiência de efetivo.³¹

O incentivo à corrupção nesse caso incide porque se pode recorrer ao lucro do suborno, da propina, do arrego, para aparelhar e criar condições de trabalho a fim de que a atividade policial possa ser desempenhada – por vezes, para movimentar o sistema corrupto e gerar mais lucros pessoais. Se a unidade policial está sem equipamentos básicos para funcionar adequadamente, sem armas adequadas, pouca munição e viaturas quebradas, não há de oferecer nenhum risco às organizações criminosas, dada a impossibilidade de se reprimirem as condutas ilícitas por falta de condições materiais de trabalho.

Se não são capazes de oferecer resistência, não há motivo para suborno ou, então, o valor é reduzido. Isso pode incentivar policiais a buscarem outras fontes não oficiais para criar as condições que o governo não os dá, como, por exemplo, recorrer a recursos de atividades ilícitas para aparelhar a delegacia ou o batalhão, usar recursos da contravenção e jogos ilegais para manutenção de viaturas ou, ainda, usar armamentos apreendidos em operações e não declarados e entregues oficialmente (o vulgo espólio de guerra).

³⁰ *Ibid.*, p. 216 e 249.

³¹ Cf. FRIEDE, Reis. *Reflexões sobre segurança pública e corrupção*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 39.

A repressão policial gera lucros pessoais para os agentes corruptos, seja com o “espólio de guerra” (itens apreendidos durante a diligência policial e não apresentados e formalizados em registro policial), seja com o “arrego” dos criminosos (subornos e propinas para não cumprir a lei, deixando de reprimir a atividade ilícita e de prender os criminosos).³²

Outro incentivo à corrupção policial é o incremento da violência, realidade problemática do Rio de Janeiro.³³ Segundo observa Reis Friede, por causa disso os agentes policiais passam a se preocupar, primordialmente, em sobreviver às investidas do crime organizado e não em combatê-los, por estarem impotentes, abandonados e desamparados, destacando-se o depoimento de policial lotado em uma Unidade de Polícia Pacificadora na cidade do Rio de Janeiro: “é um verdadeiro exército [...] o poderio bélico dos criminosos chama atenção e assusta [...] eles estão muito bem equipados, têm armas pesadas. Aqui nossa primeira missão é ficar vivo”. Nesse cenário de elevada violência, Reis Friede³⁴ indaga como se exigir que o policial brasileiro se dedique à proteção do cidadão, quando sua própria vida está em risco?

Quando se está com a vida em risco, corromper-se não constitui um dilema de difícil solução, sobretudo quando esse incentivo se associa a outros como a hierarquia corrompida. No entanto, o incremento da violência pode funcionar como incentivo à corrupção policial, seja para manter-se vivo, seja para aumentar os ganhos corruptos, com maior repressão e fazendo o uso estatal da violência (uso da força) no ciclo de violências.

Quanto maior for a violência que o agente policial puder praticar potencialmente contra os criminosos, maior será o valor de seu suborno. Vale dizer, muitas vezes não apenas individualmente, mas coletivamente, unidades policiais inteiras são compradas, subornadas, inclusive alugando o aparelho estatal do uso da força (veículos blindados) para criminosos fazerem uso contra seus rivais.³⁵ A violência convive com a corrupção, havendo retroalimentação entre esses elementos do binômio.

A justiça criminal, com seu sistema recursal disfuncional, também apresenta incentivo à corrupção policial. O Desembargador Federal Reis Friede assevera que o sistema de recursos tem alimentado processo de desgaste institucional do Poder Judiciário, pois o modelo no qual “um juiz determina prisão de um criminoso, enquanto outro a revoga por meio de *habeas corpus* e, em seguida, um terceiro decide pelo

³² Cf. HERINGER, Carolina; SOARES, Rafael. Rio. PM do Bope fez “leilão” de armas e drogas apreendidas em operação para milicianos e traficantes: um PM da chamada Tropa de Elite da corporação “leilou” parte do material encontrado em ação. *O Globo*. 8 out. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/pm-do-bope-fez-leilao-de-armas-drogas-apreendidas-em-operacao-para-milicianos-trafficantes-24003011>. Acesso em: 18 out. 2020.

³³ “De acordo com dados oficiais publicados em 12 de dezembro de 2017 na matéria de capa do jornal *O Globo* (‘Em 15 anos, país matou o equivalente à população de uma Lisboa e meia’), o Brasil registrou um homicídio a cada dez minutos no período entre 2001 a 2015’, totalizando 786 mil pessoas assassinadas – das quais 497 mil vítimas eram negros ou pardos –, quantitativo que equivale ao número da população de uma Lisboa e meia, ou seja, 506 mil”. FRIEDE, Reis. *Op. cit.*, p. 71.

³⁴ *Ibid.*, p. 43.

³⁵ Cf. ANTUNES, Thiago. Rio de Janeiro. Polícia cobrava propina de R\$ 500 mil ao mês e de R\$ 1 milhão para uso de caveirão. *O Dia*. 7 jun. 2017. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-06-07/policia-cobrava-propina-de-r-500-mil-ao-mes-e-r-1-milhao-para-uso-de-caveirao.html>. Acesso em: 18 out. 2020.

retorno do mesmo 'ex-presos' à cadeia, ao passo que um quarto lhe concede nova liberdade," frustra os policiais que, com muito custo, às vezes com sacrifício pessoal, prendem o criminoso num dia, para prendê-lo novamente no dia seguinte.³⁶⁻³⁷

5. Problema ético: transigência moral

A questão da corrupção envolve, por certo, problema ético, consistente em transigência moral. Com efeito, Alexandre Sergio Rocha, refletindo sobre o tema, propõe reconhecer-se a corrupção como deslize moral de interesse público, como uma falha moral.³⁸ Ademais, menciona o referido autor aspecto relevante, o de haver, com a corrupção, alienação da lealdade, de modo que o corrupto aliena a lealdade institucional que lhe incumbia.³⁹

O corrupto flexibiliza as regras éticas de comportamento por imaginar que a autoridade e o correlativo poder exercido os são em nome próprio e não titularizados pelo Estado, isto é, segundo analisa Alexandre Rocha, o agente corrupto acredita, equivocadamente, que tenha no exercício de suas funções apreciável discricionariedade que lhe autoriza flexibilizar a conduta ética dele esperada e exigida.⁴⁰ Daí que pode ocorrer a leniência omissiva, consistente no exercício elástico da discricionariedade do corrupto, atuando com reduzido rigor.⁴¹

O domínio emocional envolve a vergonha que possui efeito inibidor das violações éticas, servindo como mecanismo de manutenção de padrões éticos, acrescentando desconforto mental às opções imorais. Isso diferencia-se da culpa, que pode induzir à reparação dos danos provados, enquanto a vergonha gera sentimento pessoal de degradação não facilmente contornável. Ainda nesse mesmo domínio, observa Alexandre Rocha ser o pudor a ausência de capacidade de envergonhar-se, podendo decorrer de patologia ou de anestesia moral causada por repetida exposição da consciência à imoralidade.⁴²

Vale ressaltar a denominada transigência ética ou "ladeira escorregadia", consistente na aplicação abusiva da insignificância ao domínio ético, a transigir com pequenos deslizes, considerando-os insignificantes. Ocorre que isto é problemático, pois a transigência admitirá deslizes cada vez maiores, aumentando-se a gravidade dos atos. Daí dizer-se em "ladeira escorregadia", de deslize em deslize, desce-se pela ladeira.⁴³

³⁶ FRIEDE, Reis. *Op. cit.*, p. 55.

³⁷ Sobre esse problema, vide caso envolvendo o Supremo Tribunal Federal, cf. COLETTA, Ricardo Della. Cotidiano. Fux suspende decisão de Marco Aurélio e determina retorno à prisão de chefe do PCC: André do Rap, que deixou a prisão nesta manhã, teria fugido para o Paraguai, segundo TV. *Folha de S. Paulo*. 10 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/fux-suspende-decisao-de-marco-aurelio-e-determina-retorno-a-prisao-de-chefe-do-pcc.shtml>. Acesso em: 18 out. 2020.

³⁸ ROCHA, Alexandre Sergio da. *Op. cit.*, p. 24.

³⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 116-117.

⁴¹ *Ibid.*, p. 28.

⁴² *Ibid.*, p. 108-112.

⁴³ *Ibid.*, p. 107.

Ademais, o ambiente corrompido faz parecer ao agente que a corrupção não é corrupção, mas modo de agir natural – no âmbito policial, confundido com sagacidade – sendo, pois, maneira de colher resultados do êxito de sua carreira.⁴⁴ Nesse contexto, Alexandre Rocha reflete que a exposição à contemplação generalizada da prática de corrupção tem efeito biológico de deixar a pessoa insensível à prática, que, de outro modo, deveria repelir como inaceitável.⁴⁵

Faz-se aqui breve observação de que isso tem ocorrido, no âmbito da segurança pública, tanto com a corrupção quanto com a violência. Naturalizando-se a prática policial corrupta e violenta, enaltecendo-a, por vezes, notadamente quanto aos agentes atuantes em grupos e unidades de operações especiais. Porém, há de frisar não se confundir “competência técnica com inteireza moral”,⁴⁶ tampouco haver redução do desvalor da corrupção só por ser prática generalizada.⁴⁷

Há, pois, os corruptos habituais e os ocasionais. Os habituais incorporam a corrupção ao seu modo de ser e agem de maneira corrupta sempre que se apresentem oportunidades e se essas não ocorrerem, eles as criarão. Já os ocasionais, oportunamente não resistiram ao agir corrupto, porém ainda detêm algum grau de integridade no caráter, podendo vir a ser revelado em outras ocasiões. Assevera Alexandre Rocha que habitualidade ou ocasionalidade não são atributos da corrupção, mas características morais ou psicológicas dos corruptos.⁴⁸

Decerto que há variabilidade do nível de eticidade e isto impacta, diretamente, na necessidade de aparatos jurídico-institucionais de correição disciplinar. Quanto aos níveis éticos, o mencionado filósofo Alexandre Rocha destaca três níveis: *atitude ética rigorosa* – em que os agentes não precisam de regulamentos nem de vigilância para agir de maneira moralmente irrepreensível; *flexibilidade ética* – em que os agentes podem ceder a impulsos ocasionais de oportunidades corruptas, gerando corrupção episódica, necessitando-se de normas de vigilância, pois em razão do remanescente caráter e do desejo de manter uma boa reputação, a possibilidade de serem descobertos os dissuade pela vergonha prevista; e, ainda, o *baixo nível ético* – nesse nível os agentes sujeitam-se à corrupção, adotam a máxima de levar vantagem em tudo, exigindo-se, para esses, sofisticados mecanismos e normas de vigilância.⁴⁹

Não obstante, refletir sobre o problema ético da corrupção e a questão da transigência moral envolvida não pode resvalar para a “falácia da idealização”, em que se idealizam pessoas com qualidades extraordinárias e desprovidas de defeitos, ao contrário da sociedade real de pessoas reais com seus muitos defeitos e poucas qualidades.⁵⁰

⁴⁴ *Ibid.*, p. 100.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 102.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 142.

⁴⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Op. cit.*, p. 314.

⁴⁸ ROCHA, Alexandre Sergio da. *Op. cit.*, p. 35.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 113-114.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 68-72.

Frisa-se que os policiais são recrutados dentro da sociedade, de modo que eles expressam os valores subjacentes nessa sociedade. Não seriam recrutados policiais violentos e corruptos em uma sociedade majoritariamente marcada como pacífica e honesta. Se os policiais são violentos e corruptos, é sintoma dos valores morais que estão presentes na sociedade, no meio no qual foram recrutados.

Quem fornece os policiais ao Estado é a própria sociedade que se beneficia, em determinado grau e de acordo com a sua conveniência, do bem e do mal que eles são capazes de provocar e que efetivamente os praticam. Camadas da sociedade clamam e aplaudem o policial violento (máxima do *“bandido bom é bandido morto”*) e sempre que têm oportunidade suborna-o para evitar a aplicação da lei contra si.

6. Questão jurídico-criminal

Corrupção em sentido técnico-jurídico é questão jurídico-criminal. É tipo de crime previsto no Código Penal brasileiro, a incriminar condutas tanto do corrupto (corrupção passiva)⁵¹ quanto do corruptor (corrupção ativa),⁵² tutelando como bem jurídico a Administração Pública.

Ocorre que, para além da questão técnica a envolver esses tipos penais, há, quando se fala em corrupção policial, outras modalidades de ações e/ou omissões criminosas passíveis de serem entendidas como corruptas, tais como peculato, concussão, prevaricação, condescendência criminosa, advocacia administrativa, extorsão, abuso de poder, entre outros.

Com efeito, José Mouraz Lopes observa que de um tipo de crime específico, a corrupção divergiu para um conteúdo jurídico-político, ligado, pois, a patologias que põem em causa a boa governação, não se tratando, no entanto, de se expandir o tipo criminal perfeitamente delimitado e constitucionalmente adequado ao princípio da tipicidade e da legalidade, mas por constatar-se que o discurso jurídico sobre a corrupção ultrapassa as previsões estritas do Código Penal.⁵³

Segundo o referido jurista português, há o transvase da corrupção do domínio puramente criminal para a perspectiva jurídico-política, com as categorias de análise tais como falta de transparência, manipulação de regras jurídicas, omissão de procedimentos e ausência de imparcialidade.⁵⁴

⁵¹ Código Penal. Corrupção passiva: “Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º – A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º – Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

⁵² Código Penal. Corrupção ativa: “Art. 333 – Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”.

⁵³ LOPES, José Mouraz. *Op. cit.*, p. 31-39.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 12.

Dessa maneira, propõe Mouraz Lopes que o conceito jurídico-político de corrupção enquadre um alargado conjunto de categorias jurídico-penais diversificadas e autônomas, mas que, pelo tipo de bens jurídicos protegidos precisam ser tratadas em perspectiva de patologia do sistema, a considerar o âmbito macrojurídico da corrupção.

Vale salientar que na dogmática penal vários crimes tutelam bens jurídicos que põem em causa a forma ampla de boa governança, porquanto, propõe-se que o sentido jurídico-político de corrupção tenha por definição nuclear o “abuso da função pública em benefício privado”, englobando conjunto diversificado de tipos criminais.⁵⁵

Essa análise do transvase da corrupção de questão jurídico-criminal para uma problemática jurídico-política se verifica na realidade da segurança pública, quando se observa a expressiva quantidade de agentes policiais denunciadas pelo Ministério Público como incurso na prática de crime organizado, sendo a categoria profissional do Estado mais investigada por condutas corruptas, a expressar, por evidência, problemas de governança no setor.⁵⁶

7. Síntese conclusiva

Das perspectivas empreendidas sobre considerações jurídico-doutrinárias a respeito da corrupção à luz da segurança pública, com repercussão sobre a governança de políticas públicas nesse setor, conclui-se que:

1) A corrupção para a prática de ato lícito, paradoxalmente, tem o efeito de impulsionar a realização da política pública. Um ato ilícito inicial – corrupção – pode ser determinante para a movimentação da Administração Pública e a execução da política pública. A corrupção para ato lícito na segurança pública pode facilitar a aquisição de armas e equipamentos para as corporações policiais ou mesmo impulsionar a expansão policial territorial de um programa;

2) A corrupção para a prática de ato ilícito envolve trocas violadoras de regras jurídicas. É a corrupção clássica. Os agentes públicos passam a se concentrar nos aspectos lucrativos da política pública, podendo haver risco de competição entre os agentes para corrupção, a gerar hierarquia corrupta e o fracasso da política pública. A corrupção para ato ilícito na segurança pública ocasiona que os policiais se tornam cúmplices da criminalidade e exponenciam as ações que deveriam coibir e reprimir;

3) A corrupção se (re)produz nos incentivos existentes (além das instituições e da ética pessoal). Na segurança pública identificam-se os seguintes incentivos

⁵⁵ *Ibid.*, p. 83-84.

⁵⁶ Cf. FRIEDE, Reis. *Op. cit.* p. 46: “Na reportagem ‘Caso de polícia – corrupção é desafio para instituição’, de fevereiro de 2018, as repórteres Elenilce Bottari e Juliana Castro, do jornal *O Globo*, apuraram que, em cada dez denunciadas por crime organizado no Estado do Rio de Janeiro, dois são ou foram policiais. Na época, 826 policiais militares e ex-policiais do Estado respondiam a denúncias de crime de associação criminosa, corrupção, lavagem de dinheiro e diversos outros delitos investigados pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), criado em 2010. Segundo dados apresentados pelo Gaeco do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de um total de 5.219 denúncias oferecidas à Justiça, 20%, ou seja, 1.030 casos, eram contra funcionários estaduais que estão ou já passaram pela área da segurança pública, transformando-os na categoria profissional mais investigada”.

gerais à corrupção policial: baixos salários, discricionariedade e hierarquia corrupta. Identificando-se, igualmente, outros tantos incentivos à corrupção policial peculiares à realidade brasileira, carência de equipamentos básicos do trabalho policial, incremento da violência (binômio violência/corrupção) e sistema de recursos da Justiça Criminal;

4) A corrupção é também problema ético, consistente em transigência moral. No âmbito policial, ambiente corrompido pode fazer parecer ao agente de segurança pública que a corrupção não é inaceitável, mas um agir natural, confundido, às vezes, com sagacidade. Competência técnico - tático - operacional - policial não é sinônimo de inteireza moral, nem a corrupção é desvalorada por sê-la praticada à generalidade do cotidiano policial. Os policiais corruptos podem ser habituais ou ocasionais. No entanto, se os policiais são violentos e corruptos, isso é um sintoma dos valores morais que estão presentes na sociedade, meio no qual eles são recrutados. Quem fornece os policiais ao Estado é a própria sociedade que se beneficia do bem e do mal que eles são capazes de provocar;

5) A corrupção tem sentido jurídico-político, relacionada à boa governança, alcançando, assim, modalidades criminosas além dos tipos penais específicos de corrupção ativa e passiva, compreendendo várias outras condutas omissivas ou comissivas delituosas, como peculato, concussão, prevaricação, condendência criminosa, extorsão, abuso de poder, entre outras, todas relacionadas ao mau uso da função pública em proveito pessoal. A corrupção é problemática que transborda da questão jurídico-criminal para a área jurídico-política.

Referências

DIPP, Gilson. *A "delação" ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015.

FRIEDE, Reis. *Reflexões sobre segurança pública e corrupção*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra: Almedina, 2011.

ROCHA, Alexandre Sergio da. *Corrupção: conceitos e reflexões*. Curitiba: Juruá, 2018.

ROMÃO, Luis Fernando de França. *UPP: a segurança pública entre eleição e corrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupción y gobierno: causas, consecuencias y reformas*. 2ª ed. Trad. Francisca Pou Giménez. Madrid: Marcial Pons, 2019.

A contenção de pessoas idosas em instituições de longa permanência como violação dos direitos humanos fundamentais

Restraint on elderly people in long-term care homes as a violation of human rights

Luiz Cláudio Carvalho de Almeida*
Cristiane Branquinho Lucas**
Patricia de Fátima Augusto Barros***
Romulo Delvalle****

Sumário

1. Introdução. 2. A cultura da não contenção. 3. Considerações a respeito da legislação sobre a contenção no Brasil. 4. As contenções nas ILPIs e as formas de evitá-las. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

* Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (2002). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID) e do Grupo Internacional Tríplice Aliança pela Cultura da Não Contenção da Pessoa Idosa. Integra o Grupo de Trabalho de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Coordenador do Grupo de Pesquisa sobre Contenção de Pessoas Idosas como Forma de Violação de Direitos Humanos, vinculado ao Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB/MPRJ). Foi Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência do MPRJ (2013-2018).

** Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção à Pessoa Idosa. Presidenta da AMPID - Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência e Coordenadora da COPEDPDPI - Comissão Permanente de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência e da Pessoa Idosa, do GNDH (Grupo Nacional de Direitos Humanos), do CNPG (Colégio Nacional de Procuradores-Gerais) e integrante do Grupo Internacional Tríplice Aliança pela Cultura da Não Contenção da Pessoa Idosa. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre Contenção de Pessoas Idosas como Forma de Violação de Direitos Humanos, vinculado ao Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB/MPRJ).

*** Mestre em Ciências da Saúde pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Gerontologia, titulada pela Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia - SBGG. Pós-graduada em Geriatria e Gerontologia pela Universidade da Terceira Idade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UnATI-UERJ. Assessora jurídica do Ministério Público do Rio de Janeiro - MPRJ. Integrante do Grupo Internacional Tríplice Aliança pela Cultura da Não Contenção da Pessoa Idosa e do Grupo de Pesquisa sobre Contenção de Pessoas Idosas como Forma de Violação de Direitos Humanos, vinculado ao Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB/MPRJ).

**** Mestre em enfermagem pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Bacharel em enfermagem. Especialista em gerontologia, titulada pela Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG). Técnico pericial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Grupo Internacional Tríplice Aliança pela Cultura da Não Contenção da Pessoa Idosa. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre Contenção de Pessoas Idosas como Forma de Violação de Direitos Humanos, vinculado ao Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB/MPRJ).

Resumo

A prática da contenção de pessoas idosas, nas suas modalidades física, mecânica, ambiental e farmacológica, é disseminada nas práticas socio sanitárias das equipes técnicas atuantes nas Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPI), calcadas no mais das vezes no discurso de proteção, mas que têm repercussões negativas no bem-estar biopsicossocial dos residentes e, sobretudo, esbarra na falta de previsão legal e no choque frontal às normas de proteção de direitos humanos fundamentais, demandando maior atenção dos agentes do sistema de justiça, mormente do Ministério Público na sua atuação fiscalizatória e garantidora da efetividade desses direitos.

Abstract

The practice of restraint for elderly people, in its physical, environmental and pharmacological modalities, is disseminated in the socio-sanitary practices of the technical teams working in long term facilities, based most often on the protection discourse, but which has negative repercussions on well-being of the resident and, above all, it collides with the lack of legal provision and the frontal shock to the norms of protection of fundamental human rights, demanding greater attention from agents of the justice system, especially from the Public Ministry in its supervisory role and guarantee of the effectiveness of these rights.

Palavras-chave: Pessoa idosa. Instituição de Longa Permanência para Idosos. Contenção. Direitos Humanos.

Keywords: *Older person. Long-Term Care Homes. Restraining. Humans Rights.*

1. Introdução

O presente artigo é um recorte da tese de doutorado do primeiro autor, intitulada “O Direito à Autonomia e à Manutenção de Vínculos Comunitários da Pessoa Idosa com Déficit Cognitivo nas Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPI) de Campos dos Goytacazes”,¹ defendida na Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro que, ao discorrer sobre os aspectos que impactam diretamente na liberdade e autonomia das pessoas idosas, traz luz ao fenômeno da contenção em suas diversas espécies, elucidando as premissas legislativas que devem ser consideradas em sua utilização em Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs).

¹ ALMEIDA, L. C. C. *O Direito à Autonomia e à Manutenção de Vínculos Comunitários da Pessoa Idosa com Déficit Cognitivo nas Instituições de Longa Permanência de Campos dos Goytacazes*. Campos dos Goytacazes, RJ: Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro - UENF, 2022.

O fenômeno da contenção vem sendo amplamente debatido pelo Ministério Público do Rio de Janeiro que, desde 2016, abraçando o cuidado centrado na pessoa idosa e livre de contenção, realiza seminários, capacitações, contando com uma equipe técnica² treinada para, em suas inspeções às ILPIs ou nas abordagens individuais às residências das pessoas idosas, manter um olhar atento, reportando sua ocorrência em seus pareceres, viabilizando a promoção de melhorias no cuidado prestado à pessoa idosa.

O envelhecimento populacional trouxe à tona uma expressiva demanda por cuidados de longa duração para os que envelhecem possuindo dependência para as atividades básicas e instrumentais da vida diária.

A insuficiência familiar, violência estrutural, dificuldade no manejo de transtornos neurocognitivos, pouca oferta de centros-dia, inexistência de políticas públicas que incentivem e apoiem os cuidados domiciliares são alguns dos motivos que levam a pessoa idosa a residir em uma ILPI.

Apesar da necessidade da promoção de atividades permanentes e periódicas na área da gerontologia com o objetivo de aprimorar tecnicamente os recursos humanos envolvidos na prestação de serviços às pessoas idosas³ e do Estatuto da Pessoa Idosa prever deveres às ILPIs, observa-se um crescente número de estudos que apontam para a necessidade de capacitação dos profissionais de saúde que prestam serviços em tais ambientes, o que vem ao encontro do que as fiscalizações realizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro constatam, que é a prática de diferentes tipos de contenção, de forma injustificada, violando, assim, os direitos das pessoas idosas residentes no local.

É corriqueiro notar a ausência de especialização ou capacitação em gerontologia por parte dos profissionais, desconhecendo o manejo com os residentes que deveriam ser o centro do cuidado das ILPIs, cuidado este reabilitante, que promova autonomia e independência das pessoas idosas, com foco na prevenção do declínio funcional.⁴

Ressalte-se ainda a necessidade de soluções personalizadas e manejo multidimensional e interdisciplinar para as pessoas idosas dependentes, em condição de extrema fragilidade, observando-se seus déficits, dor, problemas sensoriais e distúrbios de comportamento. A não observância pode acabar por justificar, equivocadamente, a prática de medidas restritivas que causam prejuízos físicos e mentais aos indivíduos, como a contenção.

A contenção, apesar de ser rotineiramente observada nos ambientes de cuidado de pessoas idosas, sejam estes hospitalares, residenciais ou em Instituições de Longa Permanência, traz, como mencionado, agravos físicos e cognitivos, mas também pode ferir a liberdade e autonomia dos indivíduos.

² Núcleo de Apoio Técnico Multidisciplinar - NATEM do MPRJ, instituído pela Resolução GPGJ n.º 2215/18, que possui peritos médicos (psiquiatra), profissional de assistência social, psicólogos e contador, que prestam suporte técnico aos membros.

³ Ver artigo 18, da Resolução n.º 502/2021, da Anvisa, e artigo 7º, inciso XVIII, da Lei Estadual/RJ n.º 8.049/19.

⁴ Portaria n. 2528/2006, do Ministério da Saúde, que aprovou a Política Nacional do Idoso.

Como exemplo, principalmente durante a pandemia, várias medidas de restrição à liberdade foram implementadas para resguardar a saúde de todos. Entretanto, estudos já apontam alguns problemas em saúde mental advindos de tal cerceamento de liberdade, como solidão, insônia, ansiedade, perda de apetite e depressão.⁵

A importância de aprofundar o tema sobre a garantia do direito à liberdade e autonomia, no que tange à utilização da contenção, impacta na prática dos Promotores de Justiça, não só por sua atuação na fiscalização das Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs), mas, no dia a dia das Promotorias de Justiça que atuam na tutela de direitos individuais indisponíveis das pessoas idosas onde se observa um número crescente de indivíduos que demandam atenção por se encontrarem submetidas à situação de contenção mecânica, ambiental e farmacológica.

O presente recorte aborda os aspectos atinentes à contenção nas ILPIs, não só conceituando o fenômeno, suas repercussões físicas e mentais nas pessoas idosas, mas abordando diretamente a inexistência de legislação que respalde seu uso pelos profissionais das entidades de acolhimento e as graves violações que ocorrem a partir de sua utilização, como será observado.

2. A cultura da não contenção

A contenção, a qual se traduz em meios de restrição da liberdade do indivíduo sob a justificativa de proteção, impacta negativamente a autonomia e a liberdade das pessoas idosas residentes em Instituições de Longa Permanência (ILPIs).

Nessa direção, Massa (2015, p. 81) esclarece que num sentido amplo a contenção pode ser definida como a aplicação de técnica ou de dispositivo para limitação da liberdade de movimento de uma pessoa e, num sentido mais específico da psiquiatria, como uma limitação da liberdade de pessoa sujeita a tratamento médico com o objetivo de protegê-la ou a outra pessoa de danos que podem ser causados por alterações de comportamento decorrentes da doença mental que a acomete.

Por sua vez, o anexo da Deliberação n. 1904, de 14 de outubro de 2016, da Junta Regional da Região da Friuli-Venezia Giulia, na Itália,⁶ define contenção como o ato de natureza excepcional aplicável apenas quando todas as alternativas se mostraram ineficazes e que, por meio da utilização de dispositivos mecânicos, farmacológicos e ambientais, limita a liberdade e a capacidade de movimentos corporais voluntários ou o comportamento da pessoa assistida com o objetivo de impedir dano à própria ou a terceiros. A mesma deliberação ressalta em seu anexo que do ponto de vista sanitário a contenção não pode ser considerada um ato terapêutico, uma vez que

⁵ MORAES, Claudia Leite de *et al.* Violência contra idosos durante a pandemia de Covid-19 no Brasil: contribuições para seu enfrentamento. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, n. suppl. 2, p. 4177-4184, 2020.

⁶ Disponível no endereço eletrônico: http://www.sossanita.it/no_legare_fvg_2249.html. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

não cura, não previne doenças, não promove reabilitação e pode causar lesão, grave e permanente ou risco de morte.⁷

Possui como modalidades a contenção física, mecânica, ambiental ou farmacológica. Todas essas modalidades são encontradas nas entidades de acolhimento. A contenção física consiste no uso de força decorrente de contato direto da pessoa que contém com a pessoa contida no intuito de impedir a livre movimentação desta última. A contenção mecânica é feita por meio de “equipamento mecânico ou material anexado ou adjacente ao corpo do indivíduo que não possa ser retirado pelo mesmo facilmente e que restringe a liberdade, o movimento ou o acesso normal ao próprio corpo” (SANTANA, 2018). Contudo, em algumas ocasiões a contenção física é tratada como sinônimo de contenção mecânica.⁸

A contenção ambiental consiste na restrição do direito de ir e vir a determinados espaços, como ocorre de maneira prevalente nas Instituições de Longa Permanência em que as pessoas idosas não possuem “autorização” para sair da estrutura onde se encontram, a não ser em condições de supervisão da equipe ou de algum familiar. A contenção ambiental também é chamada de contenção social e, nesse aspecto, qualquer ação que gere o isolamento da pessoa a caracteriza. Como bem observa Bicego (2018, p. 50), vários atos podem gerar indiretamente a contenção ambiental ou social, ainda que de forma indireta, como vedar o acesso aos óculos, impedindo a pessoa de ter acesso aos textos de jornais e revistas, manter a televisão ligada sempre no mesmo canal, evitando o acesso a informações do mundo exterior ou vedar o uso de telefones. Tais práticas vão cortando os laços da pessoa em relação ao mundo exterior, gerando o isolamento e muitas vezes o desinteresse com a vida comunitária.

Por fim, a modalidade farmacológica da contenção consiste no uso de medicamentos para modular comportamentos sem nenhum intuito terapêutico, mas sim com o objetivo de diminuir o trabalho da equipe técnica. No caso dessa modalidade, o medicamento é aplicado de forma inadequada, seja em função do tempo de utilização ou da dose, para produzir uma sedação maior do que a indicada por razões terapêuticas e um controle, ou mesmo a anulação, do estado de consciência e da vontade do indivíduo, com o objetivo de atender aos interesses da instituição e não os da pessoa atendida pela equipe. (BICEGO, 2018, p. 50)

⁷ O conceito de contenção consta do item 5, da Deliberação n. 1904, de 14 de outubro de 2016, da Junta Regional da Região da Friuli-Venezia Giulia, cujo texto original é o seguinte: “*per contenzione delle persone assistite si intende l’atto di natura eccezionale applicabile solo quando tutte le altre misure alternative si siano dimostrate inefficaci, che, attraverso l’utilizzo di dispositivi fisici, farmacologici o ambientali, in qualche modo limita la libertà e la capacità di movimenti volontari o comportamenti della persona assistita allo scopo di controllarla o di impedirle di recare danni a sé o ad altri*”.

⁸ Cumpre registrar que a diferenciação entre contenção física e mecânica é importante, sobretudo para autores como Bicego (2018, p. 49/50) que vislumbra que a primeira modalidade sequer deveria ser qualificada como contenção propriamente dita quando utilizada pontualmente e com respeito à dignidade do paciente para controle de quadros de surtos. Seriam exemplos de situações de uso do corpo para controle de comportamentos agressivos que coloquem em risco a segurança do paciente o toque ou o abraço, desde que nunca superado o limite do respeito à dignidade da pessoa.

Na Itália, onde a discussão desse tema sob o prisma já tem maior tradição,⁹ os autores que identificam essa prática como violadora de direitos individuais dos pacientes baseiam sua argumentação no texto do art. 13, da Constituição italiana que trata da liberdade. O texto do preceito normativo em referência estipula que a liberdade individual é inviolável e que a restrição a esse direito só se admite de forma excepcional por ato fundamentado de autoridade judicial e desde que prevista em lei.¹⁰

De forma mais específica, a Constituição italiana também prevê em seu art. 32 o direito do paciente de não ser submetido compulsoriamente a nenhum tratamento médico, a não ser por previsão legal, previsão esta que em nenhuma hipótese pode ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. Eis o texto do art. 32, da Constituição italiana:

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Ao analisar a legislação italiana, Massa (2015, p. 91/95) enfatiza que no ordenamento italiano a contenção só poderá ser realizada com base em prévia legislação que preveja expressamente as hipóteses em que ela seria cabível e a forma de implementá-la, ressaltando que tal exigência legal não seria atendida pela mera remessa da solução do caso concreto à discricionariedade judicial. Ou seja, a lei deve prever as hipóteses e a forma de aplicação em seu texto, cabendo ao magistrado,

⁹ No ano de 2006, o Comitê Nacional de Bioética da Itália produziu o documento “Bioética e Direito dos Idosos”, que fez um diagnóstico da situação da população idosa italiana e entabulou princípios e propostas de atuação na área do envelhecimento. No documento em referência a prática da contenção, é condenada e tida como medida potencialmente violadora de direitos, consonante se depreende do seguinte trecho: “Il CNB si è soffermato a considerare anche le questioni bioetiche che ineriscono al rispetto dell'integrità corporea e morale dell'anziano, focalizzando la propria attenzione su maltrattamento, abuso e abbandono, sino alla vera e propria violenza. A tal riguardo, occorre sottolineare come la maleficenza verso l'anziano possa corrispondere alla contenzione, intesa come limitazione meccanica o farmacologica delle possibilità di movimento autonomo di un individuo. Tale contenzione è assolutamente riprovevole allorché venga applicata senza un più che giustificato motivo e soltanto ai fini della tutela dell'incolumità della persona. Identico giudizio negativo vale per un ingiustificato isolamento”. Disponível no endereço eletrônico: https://bioetica.governo.it/media/3112/p70_2006_diritti-anziani_it.pdf. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

¹⁰ Eis o teor do artigo 13, da Constituição italiana:

La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

em caso de algum questionamento que seja submetido ao crivo do Poder Judiciário, aferir a adequação do fato à norma posta.¹¹

Ao nível internacional, o tema da contenção é tratado entre os princípios para proteção das pessoas com transtornos mentais e para a melhoria dos serviços de saúde mental, conhecidos como “*MI Principles*”, aprovados pela ONU, por meio de sua Resolução n. 46/119, de 17 de dezembro de 1991. O item 11 da referida resolução prevê que a contenção só poderá ser aplicada excepcionalmente e desde que esteja baseada em protocolo sanitário oficial e somente na hipótese de ser o único meio eficaz para evitar dano imediato e iminente ao paciente ou a terceiros, não podendo ser prolongada por período de tempo maior do que o mínimo necessário, devendo ser monitorado pela equipe técnica e documentado no prontuário respectivo.¹²

O *Long-Term Cares Home Act*, de 2007, da Província de Ontário no Canadá,¹³ veda expressamente a contenção, ressaltando hipóteses que, a despeito da restrição do direito de liberdade, não seriam consideradas propriamente contenções, como no caso do uso de barreiras ou fechaduras para controle do acesso ao meio externo dos moradores. O que é interessante da lei canadense é que ela arrola práticas abusivas caracterizadoras de restrição de direitos, que são o uso da contenção: 1) por interesse/conveniência da equipe técnica; 2) para fins de punição do morador (fins disciplinares); 3) com equipamentos que a própria pessoa não tenha condições de retirar por si só; 4) por meio de medicamentos para controle do morador; 5) por meio de confinamento sem previsão no plano de cuidados nos limites que a lei autoriza, limites estes normalmente vinculados à condição mental do morador em que é sopesado o risco de sua saída da instituição.¹⁴

¹¹ A posição defendida por Massa leva à conclusão de que a ação da autoridade judicial deve ser restrita ao que estabelece a norma, a qual deve ser rigorosa na descrição das hipóteses legais que permitiriam exceção à regra da liberdade do paciente. Ou seja, a liberdade para definir os critérios de cerceamento de liberdade é do Poder Legislativo a quem cabe, com base no poder político democrático que tem, estabelecer como se dará a restrição da liberdade no caso de contenção, limitando, assim, a ação do Poder Judiciário. É interessante observar que, no que tange à restrição ao direito de liberdade, sempre haverá uma tensão entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, uma vez que, quanto menos o primeiro regular e definir os critérios para tal restrição, maior será a discricionariedade do magistrado quando tiver que decidir uma situação concreta. (Nesse sentido: FERRAJOLI, 2002, p. 38).

¹² *Physical restraint or involuntary seclusion of a patient shall not be employed except in accordance with the officially approved procedures of the mental health facility and only when it is the only means available to prevent immediate or imminent harm to the patient or others. It shall not be prolonged beyond the period which is strictly necessary for this purpose. All instances of physical restraint or involuntary seclusion, the reasons for them and their nature and extent shall be recorded in the patient's medical record. A patient who is restrained or secluded shall be kept under humane conditions and be under the care and close and regular supervision of qualified members of the staff. A personal representative, if any and if relevant, shall be given prompt notice of any physical restraint or involuntary seclusion of the patient (Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care, adotado pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução n. 46/119, de 17 de dezembro de 1991, disponível em: https://www.who.int/mental_health/policy/en/UN_Resolution_on_protection_of_persons_with_mental_illness.pdf, acesso em: 31 de outubro de 2022.*

¹³ Disponível em: <https://www.ontario.ca/laws/statute/07108>. Acesso em: 04 de novembro de 2021.

¹⁴ *Protection from restraining and confining*

30 (1) *Every licensee of a long-term care home shall ensure that no resident of the home is:*

1. *Restrained or confined, in any way, for the convenience of the licensee or staff.*
2. *Restrained or confined, in any way, as a disciplinary measure.*

De acordo com a legislação de Ontário, no que se refere à contenção ambiental (*confining*), ela é permitida, em limites bastante estritos, apenas no caso de haver risco de grave dano à pessoa idosa, mediante inserção no plano de cuidados, devendo ser justificada por razões revistas periodicamente. Exemplo de grave risco seria a hipótese da pessoa idosa com Doença de Alzheimer, haja vista o notório risco de se perder ou em se colocar em situação de perigo caso sua saída da instituição se der sem qualquer supervisão.

Contudo, a relevância do tema também tem sido observada nos estudos sobre envelhecimento, sobretudo os relacionados ao acolhimento institucional. Em recente pesquisa foi identificada a prevalência de 7,45% de contenção mecânica em Instituições de Longa Permanência situadas no Município do Rio de Janeiro, sob a justificativa de prevenção para o risco de quedas. (DELVALLE *et alii*, 2020)

É importante salientar que o fenômeno da contenção ainda é mais identificado com a área da saúde mental. Nessa área o tema é, inclusive, regulamentado pelas Resoluções n. 1.598/00 e n. 2.056/13, ambas do Conselho Federal de Medicina, e pela Resolução n. 427/12, do Conselho Federal de Enfermagem.

Contudo, a difusão da prática de contenção em ambientes asilares, além de ilegal, mostra-se, tal qual ocorre em ambientes sanitários, prejudicial à saúde e ao desenvolvimento cognitivo do idoso (MENEZES; SANTANA; CIMADOR, 2016, p. 1.272) e, portanto, tem impacto direto em qualquer estratégia elaborada com a finalidade em manter os vínculos comunitários do residente. Segundo Menezes, Santana e Cimador (*op. cit.*):

A contenção mecânica de pacientes idosos foi identificada como um fator de risco independente para o aumento de tempo de internação hospitalar. Entre as complicações relacionadas estão infecções hospitalares, aumento do tempo de recuperação, mortalidade intra-hospitalar e institucionalização. Também existem associações com o desenvolvimento de incontinência, agravamento de *delirium*, danos relacionados com a imobilização e úlceras de pressão, redução do apetite, depressão ou apatia, e declínio geral de habilidades motoras cognitivas e relacionais. Existe correlação entre duração da contenção e desenvolvimento de danos e com aumento de custo assistencial final. Estes aspectos sinalizam a dimensão deste fenômeno, uma vez que envolvem conjuntamente questões clínicas, econômicas e de gestão.

3. *Restrained by the use of a physical device, other than in accordance with section 31 or under the common law duty referred to in section 36.*

4. *Restrained by the administration of a drug to control the resident, other than under the common law duty referred to in section 36.*

5. *Confined, other than in accordance with section 30.1 or under the common law duty referred to in section 36.* 2017, c. 25, Sched. 5, s. 6.

A cidade de Trieste, na Itália, tem sido pioneira na adoção de estratégias no sentido de abolir a contenção, seja em ambientes sanitários, seja em ambientes assistenciais (MISLEJ e BICEGO, 2018), sendo considerada cidade livre da contenção. O documento que traduz os princípios que norteiam a atuação das equipes técnicas, a “Carta de Trieste sobre Não Contenção”, consagra a necessidade de abolição da contenção em seu item 4:

4. A contenção, seja ela mecânica, farmacológica ou ambiental, deve ser abolida das práticas socioassistenciais, uma vez que incompatível com a garantia constitucional da liberdade, bem com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, o que se observa é a prevalência desse fenômeno muito mais em razão de hábitos enraizados nas Instituições de Longa Permanência do que por uma opção técnica refletida.¹⁵ Muitas vezes o uso da contenção em instituições de longa permanência mascara limitações estruturais e de recursos humanos da entidade. A situação é exposta com precisão por Menezes, Santana e Cimador (2016, p. 1.271):

O uso de meios de contenção se justifica mediante hábitos cronicamente incorporados na cultura organizacional dos serviços assistenciais, sendo mais intenso quando há desconhecimento deste tema pelo grande público, deficiência na formação profissional, carência de disponibilidade numérica de recursos ou limitações econômicas e de infraestrutura.

Os mesmos autores realçam que o subgrupo com maior probabilidade de sofrer contenção é justamente o formado por pessoas idosas com algum comprometimento neurocognitivo, com perda de autonomia e independência, justamente o perfil do morador que demanda um maior preparo da equipe da entidade de acolhimento. (*op. cit.*, p. 2.878)

Nesse contexto, a restrição ao direito de liberdade da pessoa idosa residente em Instituições de Longa Permanência visa a atender muito mais ao interesse de comodidade da entidade e de suas equipes do que propriamente a garantir a algum direito do idoso.

¹⁵ É interessante observar que além do hábito a cultura também influencia na prevalência do uso da contenção, calcada na crença de que gera segurança para a pessoa e que o papel da equipe técnica é proteger o paciente de si próprio na perspectiva de que ou o transtorno mental ou o envelhecimento, conforme o caso, sempre gera alterações de comportamento que devem ser impedidas com o uso da força. Por isso, entre as estratégias para a erradicação da contenção está a sensibilização do profissional para uma mudança de visão sobre o que é, de fato, o envelhecimento e sobre o processo de viver com algum transtorno mental e neurocognitivo. Na percepção de Massa (2015, p. 108), *“il ricorso alla contenzione è influenzato in modo determinate da fattori non clinici, tra cui la cultura e l’atteggiamento del personale e la percezione che esso ha del proprio ruolo; per questo, la riduzione della contenzione al minimo effettivamente necessario richiede un cambiamento culturale”*.

3. Considerações a respeito da legislação sobre a contenção no Brasil

Presentemente abre-se um parêntese para uma breve análise sobre a legislação brasileira aplicável ao tema e que, como se pretende demonstrar na sequência, não serve de fundamento para as práticas de contenção adotadas dentro de Instituições de Longa Permanência.

A contenção é, na verdade, uma restrição ao direito de liberdade da pessoa, só tolerada na legislação para o resguardo de bens jurídicos que assumem prevalência em relação ao direito de ir e vir em determinadas circunstâncias de conflito. É o que ocorre, por exemplo, nas situações de surto psicótico em que o paciente coloca em risco a sua própria vida ou a de terceiros. Nesse caso, o bem jurídico a “vida” prevalece em relação ao bem jurídico “liberdade” e o ordenamento jurídico reconhece a necessidade de uso de força física para conter a pessoa em sofrimento psíquico.

O direito à liberdade é genericamente previsto pelo art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, seguindo-se no mesmo artigo outros incisos que tocam ao mesmo tema, destacando-se o inciso LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e LXI (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”).

Os preceitos acima transcritos são análogos ao artigo 13, da Constituição italiana, tradicionalmente indicado pela doutrina como base para os estudos que defendem a ilegalidade da contenção. Como já explicado, o art. 13 é normalmente conjugado com o art. 32, ambos da Constituição italiana, que trata da vedação ao tratamento médico compulsório, para fundamentar a inconstitucionalidade de normas italianas que prevejam a contenção.

A partir da ratificação da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo Congresso brasileiro,¹⁶ a Constituição brasileira passou a contar com dispositivo também análogo ao art. 32 da Constituição italiana. A Convenção prevê em seu art. 25 que os profissionais de saúde devem obter o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência para submissão a tratamento médico.¹⁷ Ou seja, a Constituição brasileira veda a restrição à liberdade do indivíduo a não ser com

¹⁶ A Constituição brasileira prevê no art. 5º, § 3º, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Essa previsão foi inserida no texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi a primeira norma internacional incorporada ao texto constitucional com base no texto da emenda em referência. O Congresso Nacional ratificou a Convenção por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008. Posteriormente ainda foi editado o Decreto do Poder Executivo n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, que promulgou a Convenção.

¹⁷ A alínea “d” da Convenção prevê expressamente que os Estados Partes “exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas

base em previsão legal expressa e com base no devido processo legal e igualmente proíbe a submissão de pessoas com deficiência a tratamentos médicos compulsórios.

Vale lembrar que posteriormente à ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi editada a Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que previu em seu art. 11 que “a pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada” e em seu art. 13 que “a pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis”.

Nesse ponto, é importante salientar que a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe um novo conceito de pessoa com deficiência dentro do qual se enquadram as pessoas com transtornos neurocognitivos, uma vez que tais transtornos podem caracterizar impedimentos de longo prazo que em interação com as barreiras impostas pela sociedade impedem a plena participação social do indivíduo.¹⁸

Percebe-se que o tema possui muito maior relação com a área de saúde mental do que propriamente com a área do envelhecimento.

No Brasil, a Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, e que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, também chamada Lei Antimanicomial, promoveu uma quebra de paradigma no modelo socio-sanitário de assistência à pessoa em sofrimento psíquico, buscando abolir a estrutura centrada no hospital psiquiátrico, então prevalente, para em seu lugar instalar um sistema baseado na atenção psicossocial.

Nesse contexto, a lei dá prioridade à autonomia do paciente, tornando excepcional as medidas sanitárias involuntárias. Por tal motivo, prevê as hipóteses de internação contra a vontade do paciente em duas situações previstas no art. 6º, parágrafo único, quais sejam a internação involuntária e a internação compulsória, sendo esta última determinada por ordem judicial decorrente do devido processo legal. No caso da internação involuntária, caberá ao médico decidir sobre sua necessidade,

para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência”.

¹⁸ Conforme previsto pelo art. 1º, da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e pelo art. 2º, da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, considera-se pessoa com deficiência quem possua “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”. Tanto a norma internacional como a lei brasileira consagram o modelo social de deficiência, promovendo uma revolução copernicana no ordenamento pátrio que antes adotava o modelo médico. Segundo Diniz (2012, p. 24), “se para o modelo médico o problema estava na lesão, para o modelo social, a deficiência era o resultado do ordenamento político e econômico capitalista, que pressupunha um tipo ideal de sujeito produtivo. Houve, portanto, uma inversão na lógica da causalidade da deficiência entre o modelo médico e o social: para o primeiro, a deficiência era o resultado da lesão, ao passo que, para o segundo, ela decorria dos arranjos sociais opressivos às pessoas com lesão. Para o modelo médico, lesão levava à deficiência; para o modelo social, sistemas sociais opressivos levavam pessoas com lesões a experimentarem deficiência”.

devendo o responsável técnico pelo estabelecimento em que for concretizada a internação comunicar ao Ministério Público em 72 (setenta e duas) horas, conforme previsto no art. 8º, § 1º.

A Resolução CFM n. 2.056/13, em seu art. 41, estabelece os pressupostos que autorizam ao médico a determinar a internação compulsória do paciente psiquiátrico em caso de emergência, que são qualquer um dos seguintes: I – Incapacidade grave de autocuidados; II – Risco de vida ou de prejuízos graves à saúde; III – Risco de autoagressão ou de heteroagressão; IV – Risco de prejuízo moral ou patrimonial; e V – Risco de agressão à ordem pública. Especificamente sobre internação psiquiátrica, foi editada a Resolução CFM n. 1.598/00, que trata da contenção em seu art. 11, preceituando que “um paciente em tratamento em estabelecimento psiquiátrico só deve ser submetido à contenção física por prescrição médica, devendo ser diretamente acompanhado por um auxiliar do corpo de enfermagem durante todo o tempo que estiver contido”. Nesse caso, o termo “contenção física” abarca a contenção mecânica.

No âmbito do Conselho Federal de Enfermagem, a contenção é regulada pela Resolução n. 472/12, destacando-se o seu art. 2º, que prevê, em consonância com os atos normativos do Conselho Federal de Medicina, que “a contenção mecânica de paciente será empregada quando for o único meio disponível para prevenir dano imediato ou iminente ao paciente ou aos demais”.

Mas a pergunta que fica é: qual é a relação desses dispositivos afetos a internações psiquiátricas em hospitais com os abrigamentos em Instituições de Longa Permanência? Na verdade, a praxe da contenção foi transportada para as Instituições de Longa Permanência sem qualquer reflexão. Tanto assim que a Resolução CFM n. 2.056/13 estende, inadvertidamente, a possibilidade de contenção para ambientes assistenciais, conforme se percebe da dicção do seu art. 34,¹⁹ sem embargo da possibilidade de se conferir uma interpretação mais restritiva. No entanto, dispositivos como esse acabam gerando a impressão de que práticas hospitalares podem ser reproduzidas em ambientes asilares, o que não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico brasileiro.

A regra constitucional é que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II). Portanto, a regra é a liberdade. Apenas a lei, em sentido formal, pode criar exceções a essa norma. No caso da contenção, há a Lei n. 10.216/00 aplicável apenas a internações em hospitais, logo em unidades de saúde. Assim, qualquer dispositivo normativo de hierarquia inferior à lei não pode criar hipóteses de restrição à liberdade das pessoas, o que torna o art. 34, da Resolução CFM n. 2.056/13, na parte em que se refere à contenção em unidades de assistência geriátrica, ilegal por falta de fundamento de validade em lei em sentido formal.

¹⁹ Art. 34. *É admissível a contenção física de paciente, à semelhança da contenção efetuada em leitos de UTI, nos serviços que prestem assistência geriátrica, cuidados paliativos e psiquiátricos, desde que prescrita por médico, registrada em prontuário e quando for o meio mais adequado para prevenir dano imediato ou iminente ao próprio paciente ou a terceiro (sem grifos no original).*

Por outro lado, por razão mais forte ainda, por inexistir qualquer lei que sequer as mencione, as outras modalidades de contenção (ambiental e farmacológica) consubstanciam, por igual, atos ilícitos.

Permite-se concluir, portanto, que a contenção, em qualquer de suas formas, constitui conduta vedada dentro das Instituições de Longa Permanência para pessoas idosas.²⁰

4. As contenções nas ILPIs e as formas de evitá-las

Nas ILPIs vem sendo identificado por promotores de justiça e equipes técnicas, com mais frequência, a prática da contenção mecânica e da ambiental, sem prejuízo das demais espécies de contenção que, por sua natureza, possuem uma complexidade ainda maior para constatação (física e farmacológica).

Especificamente quanto à contenção mecânica (faixas, gases, lençóis ou outro material limitando o movimento da pessoa idosa), deverá constar o registro no prontuário multiprofissional da pessoa idosa quanto à indicação para o seu uso (justificativa técnica), sua forma e a quem é atribuído o acompanhamento da pessoa idosa em contenção. Além disso, é preciso verificar a frequência deste acompanhamento.

Verificando-se, ainda, sinais de sofrimento cutâneo como hematomas, assaduras ou cortes na pele decorrentes da contenção mecânica, o prontuário deverá fazer menção a este sinal de sofrimento cutâneo e as rotinas de enfermagem para tratar estas situações, apurando-se, em caso negativo, os motivos da ausência deste registro técnico.

Importante enfatizar que o ambiente de uma ILPI deve primar por um cuidado reabilitante, proporcionando segurança aos seus moradores, além de estímulos à autonomia e ao pleno exercício da liberdade de locomoção e de movimento, principalmente das pessoas idosas com capacidade decisória preservada, promovendo a convivência familiar e comunitária.

Ocorrerá o fenômeno da contenção, seja mecânica ou ambiental, quando as pessoas idosas ficarem restritas a uma cadeira, um cômodo, ou forem impedidas de entrar e sair da ILPI sem “autorização de familiar” ou na ausência de acompanhante autorizado.

O confinamento proporcionado pela prática da contenção ambiental é nocivo e impacta na capacidade funcional das pessoas idosas, afetando-as também mentalmente, já que proporciona humilhação, medo, tristeza, impotência, entre outros sentimentos.

²⁰ Todavia, o Superior Tribunal de Justiça em decisão monocrática do Ministro Francisco Falcão, datada de 31 de outubro de 2017, proferida no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 88.182 - RJ (2017/0201335-5), entendeu como possível a aplicação da medida protetiva de abrigo em Instituição de Longa Permanência mesmo contra a vontade da pessoa idosa em razão de sua condição de vulnerabilidade. Na ocasião, a idosa foi abrigada por ter sido submetida a condições deploráveis de moradia, bem como a maus-tratos perpetrados pelo filho. Ao que tudo indica, o teor da decisão foi influenciado pela informação constante dos autos de que a idosa teria transtornos mentais. De todo modo, a vontade da anciã não prevaleceu.

O uso de contenção mecânica como castigo ou para conter alterações comportamentais ou para suprir a insuficiência de profissionais que possam supervisionar ou apoiar a pessoa idosa que precise de auxílio no seu cotidiano por dificuldades na execução das atividades da vida diária, sob o argumento de protegê-la (como nos casos de prevenção de quedas), configura grave violação de direitos (liberdade de locomoção, autonomia e dignidade).

Não se pode esquecer que, mantendo a pessoa idosa sua capacidade decisória, deverá ser respeitada a sua vontade, proporcionando-lhe os apoios necessários para que esta se desloque com autonomia e segurança, não podendo cercear sua liberdade de ir e vir ou conferi-la a terceiros, seja familiar, equipe de saúde, responsável financeiro ou quem quer que seja, falando em “autorização” para livre circulação.

Quando constatada alternância na capacidade de entendimento da pessoa idosa, como a que ocorre num estágio inicial da demência ou nos casos de alterações de comportamento, compreensão ou interação, cabe à equipe da ILPI avaliar a condição geral, fazer os devidos registros em prontuário e planejar multidisciplinarmente meios para garantir a segurança e para proporcionar a participação e o convívio social da pessoa idosa, evitando ao máximo que as perdas cognitivas ou funcionais levem ao confinamento daquela pessoa.

No que se refere ao tema contenção ambiental, é preciso ouvir o relato das pessoas idosas sobre seu processo de admissão/ingresso na ILPI, questionando se ela foi ouvida quando de sua admissão e em ambiente seguro, se assinou o contrato de prestação de serviços, identificando eventual coação, constrangimento ou até sua sedação para viabilizar sua entrada no local.

É preciso, ainda, verificar se consta nos registros individuais, se há alguma vedação à saída desacompanhada ou necessidade de “autorização de terceiro” para que esta ocorra. Nos casos de restrição ao direito de sair desacompanhada, as razões deste ato deverão aparecer, de forma detalhada, fundamentada e justificada, do Prontuário Multiprofissional e do Plano de Atenção à Saúde Integral da Pessoa Idosa, permitindo analisarmos se estamos diante de um ato ilegal que configure a contenção ambiental, ou seja, uma violação aos direitos da pessoa idosa.

5. Considerações finais

Através deste artigo chama-se a atenção para os diferentes tipos de contenção, ambiental, farmacológica, física e mecânica, praticadas contra a pessoa idosa e a necessidade urgente do tema ser discutido em espaços de cuidados e de ensino (Instituições de Longa Permanência para Pessoas Idosas, hospitais, residências, universidades etc.), por profissionais de saúde, operadores do direito, professores, universitários ou não, familiares e a população em geral, visando banir sua prática imotivada e injustificada, como forma de proteção aos direitos humanos fundamentais da pessoa idosa.

Isto porque a contenção, muitas vezes, importa na violação de direitos como a liberdade, a autonomia e a dignidade da pessoa idosa, causando danos físicos e emocionais de difícil reparação, com graves repercussões na vida cotidiana daquele que sofre com a limitação indevida ao seu direito de ir e vir.

O aumento da população idosa e de sua expectativa de vida, somada à limitação de sua capacidade funcional, refletida na dependência para a prática das atividades básicas e instrumentais da vida diária, gera uma demanda de cuidados e atenção por familiares, profissionais de saúde, poder público e gestores de entidades de atendimento à pessoa idosa que, não raro, são omissos no cumprimento de suas obrigações, acarretando aumento dos diferentes tipos de contenção (ambiental, física, farmacológica e mecânica).

O presente texto aproxima o leitor do conceito de contenção em ambientes de moradia, como as Instituições de Longa Permanência, destacando o prejuízo de sua prática e as vezes em que elas ocorrem sem necessidade e justificativa.

Destaca o avanço da discussão do tema em países como a Itália, mais precisamente na cidade de Trieste, e no Canadá, na província de Ontário, indicando conceitos e legislações que vedam expressamente a contenção, ressaltando hipóteses que, a despeito da restrição ao direito de liberdade, não são consideradas propriamente contenções. Além disso, arrola e indica, de forma exemplificativa, práticas abusivas e caracterizadoras desta que é uma forma de restrição de direitos, visando facilitar a sua identificação.

Ao tratar da contenção no Brasil, a contextualiza dentro do nosso ordenamento jurídico, destacando que sua prática fere a Constituição Federal Brasileira, os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, o Estatuto da Pessoa Idosa e as boas práticas de cuidado ao violar os direitos humanos à liberdade e à dignidade da pessoa idosa.

Sinaliza que suas práticas ocorrem em ILPs, entre outras razões, i) pelas limitações de recursos humanos desta instituição de cuidados e pela falta de formação profissional e ii) por hábitos cronicamente incorporados na cultura organizacional dos serviços assistenciais.

Ressalta, ainda, a necessidade de soluções personalizadas e de manejo multidimensional e interdisciplinar para o atendimento das pessoas idosas dependentes, em condição de extrema fragilidade, observando-se seus déficits, dor, problemas sensoriais de visão e audição e distúrbios de comportamento. Ensina que a não observância e compreensão destes fatores podem acabar por justificar indevidamente a contenção, ou seja, a prática de medidas restritivas que causam sérios prejuízos físicos e mentais aos indivíduos.

Realça, por fim, que evitar a ocorrência de violência por contenção ambiental, física, farmacológica e mecânica é maximizar a autonomia e a funcionalidade das pessoas idosas residentes nas ILPIs, garantindo-lhes qualidade de vida e de cuidado, respeito a sua liberdade e a sua saúde física e mental.

Com a leitura deste texto lança-se luz sobre uma terrível violência que precisa de atenção e combate. Normalizar e permitir a contenção, naturalizando-a em ambientes de cuidados, é um contrassenso e fere de morte direitos como a liberdade, a autonomia e a dignidade da pessoa idosa. É por isso que convidamos o leitor a, a partir daqui, compreender e se sensibilizar, atuando de forma responsável para identificar a prática de todos os tipos de contenção e, em especial, atuar para evitá-la e excluí-la dos espaços de atenção à pessoa idosa, lembrando que raras são as vezes em que se poderá justificar a sua utilização, como forma de defender, preservar e garantir o direito à vida e à saúde da pessoa idosa.

Referências bibliográficas

ANDRADE, M. R. S.; COUTO, M. B.; CARVALHO, A. C. S.; BARROS, P. F. A.; DELVALLE, R.; SANTANA, R. F. Perception of a multidisciplinary team on physical restraint use on older adults: care paradoxes. *Geriatr Gerontol Aging*. 2020, 14:181-188. Doi: 10.5327/Z2447-212320202000057.

BICEGO, Livia. Luci e Ombre Sulla Contenzione: premesse e risultati significativi. In MISLEJ, Maila e BICEGO, Livia. *Contro la Contenzione*. 2ª ed. Maggioli Editore, 2018.

DELVALLE, R.; SANTANA, R. F.; MENEZES, A. K.; CASIANO, K. M.; CARVALHO, A. C. S.; BARROS, P. F. A. Mechanical Restraint in Nursing Homes In Brazil: A Cross-Sectional Study. *Rev. Bras. Enferm.* 2020, 73 (suppl. 3):e20190509. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7167-2019-0509>.

GIACOMIN, K. C.; DUARTE, Y. A. O.; CAMARANO, A. A.; NUNES, D. P.; FERNANDES, D. Care and functional disabilities in daily activities – ELSI-Brazil. *Revista de Saúde Pública, [s.l.]*, v. 52, n. 2, p. 9, 2019. DOI: 10.11606/s1518-8787.2018052000650. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/154063>. Acesso em: 16 jan. 2021.

MASSA, Michele. La Contenzione. Profili costituzionale: diritti e libertà. In ROSSI, Stefano (Coord.). *Il Nodo Della Contenzione: diritto, psichiatria e dignità della persona*. Bergamo: Edizioni Alpha Beta Verlag, 2015.

MENEZES, Arianna Kassiadou; SANTANA, Rosimere Ferreira; CIMADOR, Fabio; DELVALLE, Romulo. Práticas Assistenciais Restritivas e o Paradigma da Cultura de Não Contenção da Pessoa Idosa. In FREITAS, Elizabete Viana; PY, Ligia (Editoras). *Tratado de Geriatria e Gerontologia*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2022.

MORAES, C. L.; MARQUES, E. S.; RIBEIRO, A. P.; SOUZA, E. R. Violência contra idosos durante a pandemia de Covid-19 no Brasil: contribuições para seu enfrentamento. *Cienc. Saúde Colet.* 2020, 25, suppl. 2:4177-84. Doi: <https://doi.org/10.1590/1413-812320202510.2.27662020>.

SANTANA, Rosimere Ferreira *et alii*. Contenção Mecânica em Instituições de Longa Permanência para Idosos. In *Revista de Enfermagem UFPE Online*. Recife, 12(12):3394-400, dez., 2018.

O reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial sob a luz do princípio da proporcionalidade na persecução criminal contemporânea¹⁻²

Luiz Eduardo da Silva Levy de Souza*

Sumário

1. A ponderação e o princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*.
1.1. A ponderação e os direitos fundamentais. 1.2. A mudança no papel dos magistrados e os limites à discricionariedade judicial. 1.3. O princípio da proporcionalidade como principal mecanismo à aplicação da técnica da ponderação na ocorrência de colisão entre direitos fundamentais. 1.3.1. Balizamentos iniciais. 1.3.2. Elementos constitutivos. 1.4. O duplo viés do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*. 1.4.1. A proibição do excesso de punição e a vedação à proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados. 1.4.2. Elementos constitutivos aplicados especificamente na seara penal e processual penal. 2. O novo enfoque constitucional dos bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal e processual penal. 2.1. Considerações iniciais. 2.2. O não desenvolvimento pelo Direito Penal e Processual Penal da mudança de paradigma na proteção dos bens jurídicos tutelados pela Constituição. 2.3. A Constituição como fundamento ao tratamento penal de condutas violadoras de bens jurídicos constitucionalmente relevantes. 3. O reconhecimento fotográfico de pessoas no sistema processual penal brasileiro. 3.1. Considerações iniciais. 3.2. O reconhecimento de pessoas e de coisas na legislação processual penal brasileira. 3.3. O reconhecimento fotográfico de pessoas e sua aplicação no sistema processual penal brasileiro. 3.3.1. O reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial. 3.3.2. O reconhecimento fotográfico de pessoas e seu valor probatório. 3.4. As orientações divergentes na jurisprudência pátria sobre a matéria. 3.4.1. O entendimento anterior vigente. 3.4.2. O novo paradigma do STJ. 3.5. A utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas ante a inexistência de regulamento especificamente editado – análise sob a ótica da dupla face do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

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

² Meus sinceros agradecimentos ao Professor Antônio José Campos Moreira por seus ensinamentos durante esses anos. Aos colegas e demais professores do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Penais do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso - IERBB/MPRJ, pelo incentivo e debates que enriqueceram meus estudos jurídicos.

* Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor da Pós-Graduação em Direito do Curso Merium / Universidade Católica de Petrópolis. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo

A crescente valorização dos direitos fundamentais acabou por gerar situações em que os mesmos passaram a entrar em conflito entre si. A solução para tal foco de tensão só pode ser alcançada através da técnica da ponderação, a qual se utiliza, principalmente, do princípio da proporcionalidade como mecanismo para sua implementação. Em se tratando de questão de natureza penal e processual penal, o referido princípio possui uma dupla dimensão, a qual não pode ser ignorada pelo legislador, tampouco, pelo julgador. A mudança de paradigma no Direito Penal e Processual Penal – existente dentro do moderno Estado Democrático de Direito – decorre da nova concepção que o bem jurídico penal passou a desfrutar. O presente artigo objetiva analisar a realização do reconhecimento fotográfico em sede policial, sua contextualização na legislação processual penal e seu valor probatório para a persecução criminal. O estudo abordará a necessária ponderação sobre o instituto em tela, sob a ótica do duplo viés do princípio da proporcionalidade e do processo penal brasileiro, diante das recentes decisões da jurisprudência pátria sobre a matéria.

Abstract

The growing appreciation of fundamental rights eventually generated situations in which they came into conflict with each other. The solution for such tension focus can only be achieved through the weighting technique, which is mainly used by the principle of proportionality as a mechanism for its implementation. In the case of a matter of a criminal and procedural criminal nature, that principle has a dual dimension, which cannot be ignored by the legislature, nor by the judge. The paradigm shift in Criminal Law and Criminal Procedure - existing within the modern Democratic State of Law - stems from the new conception that the criminal legal good has come to enjoy. This article aims to analyze the realization of photographic recognition in police office, its contextualization in criminal procedural legislation and its probative value for criminal prosecution. The study will address the necessary consideration of the institute on screen, from the perspective of the double bias of the principle of proportionality and the Brazilian criminal process, in view of the recent decisions of the national jurisprudence on the subject.

Palavras-chave: Ponderação. Princípio da proporcionalidade. Bem jurídico penal. Processo Penal. Prova. Reconhecimento por fotografia.

Keywords: *Weighting. Principle of proportionality. Criminal legal good. Criminal Proceedings. Proof. Recognition by photograph.*

Introdução

O Estado Democrático de Direito tem suas raízes no século XVIII, no qual surgiram os ideais iluministas que embasaram a forma anterior de organização estatal.

Em que pese tal origem, o Estado Democrático de Direito não se resume à garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. A evolução da sociedade durante os séculos fez com que valores de natureza coletiva surgissem e reclamassem idêntica proteção à conferida, até então, exclusivamente, àqueles referentes aos indivíduos *de per si*.

As relações sociais foram se ampliando, passando a abarcar centenas, milhares, milhões de pessoas. Em decorrência desta mudança de cenário, surgiram as denominadas pretensões transindividuais. E nesse sentido, no final do século XX, as Constituições contemporâneas passaram a positivar esses direitos de índole coletiva (*lato sensu*).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 trouxe em seu texto o reconhecimento de diversos valores de cunho transindividual, sem prejuízo de outros de natureza individual, todos gozando de idêntica hierarquia.

E diante dessa igualdade formal hierárquica, em determinadas situações fáticas, os direitos individuais e os transindividuais apresentarão um aparente conflito, eis que poderão tutelar aquele caso concreto de forma diversa. Em ocorrendo tal divergência, o intérprete se valerá das técnicas de interpretação constitucional para solucionar a aparente antinomia, visando harmonizar os direitos em colisão.

No presente trabalho será enfatizada a ponderação como técnica de decisão em conflitos envolvendo direitos fundamentais para se alcançar uma solução que efetive esses direitos e concretize a Constituição, validando sua força normativa.

Dentro do estudo da técnica da ponderação, utilizar-se-á o princípio da proporcionalidade, o qual configura o principal instrumento a ser utilizado quando da aplicação do referido método interpretativo, buscando o equilíbrio necessário na aplicação das normas constitucionais que veiculem direitos fundamentais aparentemente em conflito.

Embora não encontre previsão expressa no texto da Carta Constitucional brasileira de 1988, o princípio da proporcionalidade encontra sua validade na própria afirmação da adoção do Estado Democrático de Direito no país pelo constituinte originário.³

Especificamente na seara penal (*lato sensu*), o princípio da proporcionalidade possui característica própria, visto que deverá analisar os direitos do indivíduo que violou a norma de conduta de natureza penal e os direitos de proteção da própria coletividade em relação a tais condutas.

A questão mais conturbada do Direito Constitucional Penal e Processual Penal atualmente encontra-se justamente em buscar o necessário equilíbrio entre esses

³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Prefácio: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)” “Artigo 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* (...).” (*grifo nosso*)

direitos individuais do agente e os direitos da coletividade em ter uma proteção suficiente dos bens jurídicos que lhe são fundamentais.

Importante ressaltar que o conceito de bem jurídico passível de proteção pela norma penal e processual penal foi alterado com a ampliação subjetiva das relações sociais e o conseqüente surgimento da denominada sociedade de massa. E o Direito Penal e Processual Penal moderno não consegue acompanhar o desenvolvimento social, apresentando um atraso na regulamentação dos bens jurídicos essenciais, os quais necessitam de sua proteção.

Atualmente, às normas penais e processuais penais, não basta simplesmente a tutela do indivíduo que praticou condutas infracionais; deve-se proteger, também, a coletividade como um todo.

Nesse sentido, determinados direitos fundamentais, reveladores de valores relevantes à sociedade, necessitam de um grau de proteção maior, o qual só pode ser atingido plenamente através da tutela penal (em sentido amplo). Da mesma forma, os excessos punitivos na tutela penal *lato sensu* deverão ser evitados.

Tal equilíbrio na norma penal, em sentido amplo, deverá ser buscado não só pelo legislador, mas fundamentalmente pela jurisdição constitucional. Isto porque, caberá justamente à jurisdição constitucional corrigir os eventuais excessos da norma legal penal e processual penal, seja na punição do indivíduo e os meios de provas, seja na falta de proteção da sociedade.

Nesse contexto, o presente trabalho de conclusão de curso pretende analisar algumas questões tormentosas envolvendo o instituto do reconhecimento fotográfico de autores de crimes em sede policial, diante da falta de regulamentação normativa específica e das novas orientações jurisprudenciais acerca da matéria.

No artigo, serão analisados os valores divergentes que se apresentam no caso sob estudo, utilizando-se da técnica da ponderação, para adequada interpretação, buscando dirimir o conflito entre os direitos fundamentais em tela.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, considerando-se suas características específicas quando incidente em matéria penal em sentido amplo, isto é, seu duplo viés, será o instrumento na busca da solução do aparente conflito.

Será também verificado se as orientações da jurisprudência pátria observam justamente essa dupla face do princípio da proporcionalidade ou se, equivocadamente, só apresentam uma visão parcial do princípio, seja simplesmente por sua ótica negativa ou apenas por sua ótica positiva.

A relevância do presente estudo reside principalmente na contribuição social imediata que ele poderá produzir. O objetivo é fazer uma nova reflexão sobre o instituto do reconhecimento fotográfico em sede policial de autores de crimes, o qual se revela de grande importância na identificação de sujeitos violadores das normas penais, em especial, em crimes praticados com violência ou grave ameaça contra vítimas.

A presente pesquisa foi desenvolvida pelo método de abordagem dedutiva, com técnicas bibliográfica e documental, envolvendo coleta de doutrina nacional e estrangeira, e de jurisprudência sobre a matéria, valendo-se: a) da ponderação como técnica de decisão em conflitos envolvendo direitos fundamentais; b) do princípio da proporcionalidade e de sua dupla dimensão em matéria penal *lato sensu*; c) do conceito amplo dos bens jurídicos penais; d) do estudo das questões polêmicas envolvendo o reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial de autores de crimes, sob a ótica da ponderação e do princípio da proporcionalidade.

A pesquisa documental, a seu turno, foi fundamentada na Constituição da República de 1988 e na legislação infraconstitucional, bem como em acórdãos dos Tribunais Superiores relativos ao tema.

O presente trabalho busca analisar as divergentes orientações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o procedimento do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial, diante da carência de norma legal específica, buscando propor uma linha de raciocínio jurídico que preserve a segurança jurídica, instituto este essencial às ações humanas em sociedade.

O raciocínio a ser desenvolvido será pautado pelas diretrizes do método da ponderação na análise da colisão entre direitos fundamentais previstos na Constituição. O estudo será direcionado para a aplicação do referido mecanismo dentro dos pontos de tensão inseridos na tutela penal *lato sensu*.

1. A ponderação e o princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*

1.1. A ponderação e os direitos fundamentais

Uma das matrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito é a de que o ordenamento jurídico é composto por normas harmonicamente articuladas. E assim, em havendo uma determinada situação fática que possua disciplina em disposições legais que se contraponham, impõe-se a utilização direta de três critérios de solução de conflito de leis, quais sejam: o hierárquico, o cronológico e o da especialização.⁴

Situação diversa ocorre se a antinomia ocorrer entre normas dispostas diretamente no texto constitucional, onde tais critérios são insatisfatórios, uma vez que não há hierarquia entre normas constitucionais.

Nesse caso, havendo controvérsia entre normas constitucionais, especialmente se veicularem direitos fundamentais, surge a técnica da ponderação.

⁴ De acordo com o método hierárquico, a lei considerada superior, segundo o critério disposto na Constituição da República, prevalece sobre a inferior; com relação ao cronológico, aplica-se a lei posteriormente promulgada em detrimento da anterior; pelo método da especialização, a lei que confira tratamento específico à situação em tela tem prevalência sobre a lei de caráter genérico.

A ponderação se constitui em mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos, visando um resultado socialmente desejável.

Essa técnica deve ser aplicada nas situações onde há aparente conflito entre direitos previstos em normas constitucionais. A ponderação soluciona esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.

A utilização da ponderação em matéria constitucional penal apresenta-se como fundamental para solução de conflito entre os direitos do indivíduo praticante de uma infração criminal e o direito da sociedade à segurança e incolumidade, conforme veremos nos capítulos que se seguem no presente trabalho.

1.2. A mudança no papel dos magistrados e os limites à discricionariedade judicial

Questão fundamental que se coloca para os operadores do direito e, em especial, para os magistrados no exercício da jurisdição, consiste em observar os movimentos sociais. As inovações geradas pela sociedade criam novos direitos, que, eventualmente, podem entrar em conflito não apenas entre si, mas com aqueles surgidos no passado.

A interpretação das leis permite ao operador do direito se adaptar a tais mudanças rápidas do comportamento da sociedade.

A técnica da ponderação viabiliza a tomada de decisões judiciais mais justas, pois possibilita que pequenas incorreções do direito sejam corrigidas pelo juiz através da conjugação e da aplicação de mais de uma norma ao caso concreto. E assim, permite que o sistema jurídico se renove, acompanhando as mudanças sociais.

Torna-se imperioso, entretanto, que para que as decisões judiciais sejam legítimas, essas devem vir acompanhadas de fundamentação jurídica consistente.

O juiz moderno não pode se postar diante do caso concreto como um ser insensível. Sua atividade desenvolve-se com o objetivo de pacificar com justiça o conflito de interesses submetido a sua apreciação, observando os princípios e os valores existentes.

No exercício da interpretação das normas, especialmente quando houver direitos em conflito, incumbe ao intérprete buscar uma solução que melhor se adeque ao caso concreto, conciliando os valores em jogo.

Ao magistrado, no exercício da aplicação da lei, impõe-se a observância das desigualdades sociais e culturais.

O grande problema que se coloca atualmente reside nas limitações e nos riscos à discricionariedade judicial no exercício da interpretação das normas.

Os juízes, na análise do caso concreto, observando os valores em conflito, deverão se valer de uma dogmática interpretativa que harmonize os diversos princípios morais acolhidos pela Constituição.

A Constituição prevê orientações, muitas vezes distintas, ao tratar de um mesmo tema. A resolução via judiciário desses conflitos de valores impõe aos juízes um exercício interpretativo harmonizador.

Segundo leciona Canotilho, os aplicadores das normas constitucionais devem se pautar por dois objetivos: encontrar um resultado constitucionalmente justo, através da adoção de um procedimento racional e controlável; e fundamentar igualmente este resultado, de forma racional e controlável.⁵

Em “Juízes Legisladores”, Cappelletti ressalta que a possibilidade de criatividade na interpretação das normas não se confunde com uma suposta plena liberdade do intérprete.

Clemerson Merlin Cleve argumenta que a Carta de 1988 “demanda um Judiciário ativista no melhor sentido da expressão (não no sentido de um prisioneiro de um decisionismo subjetivista). E exige, ainda, uma atuação do Poder Judiciário voltada para a plena realização dos comandos constitucionais.”⁶

No Estado Democrático de Direito contemporâneo, com a evolução da *internet* e das redes sociais, aliada ao caráter dinâmico da sociedade, verifica-se que o efeito das decisões judiciais não mais se resume às partes presentes fisicamente em juízo. E dessa forma, os tribunais devem observar o espectro de alcance de suas decisões paradigmáticas no contexto social.

1.3. O princípio da proporcionalidade como principal mecanismo à aplicação da técnica da ponderação na ocorrência de colisão entre direitos fundamentais

1.3.1. Balizamentos iniciais

O princípio da proporcionalidade, a partir da segunda metade do século XX, passou a desfrutar de grande relevância no cenário jurídico mundial. Sua utilização é frequente nos tribunais, ainda que não haja referência expressa, implicitamente verifica-se sua utilização pelo julgador.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade se tornou de grande relevância com a promulgação da Constituição da República de 1988, a qual adotava expressamente o Estado Democrático de Direito, conforme referido no prefácio e em seu artigo 1º.⁷

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1193.

⁶ CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Prefácio: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar

Mariângela Gomes afirma ter o princípio da proporcionalidade três dimensões inerentes aos valores prescritos na Carta Constitucional, a saber: fundamentador, orientador e crítico. Fundamentador no sentido que se aplica a todo o ordenamento jurídico; orientador, pois predetermina os objetivos a serem alcançados pelo ordenamento; e, por fim, crítico, na medida em que torna possível o controle jurisdicional de todas as normas jurídicas, verificando sua compatibilidade com os valores esposados no texto constitucional.⁸

Embora seja utilizado, normalmente, para aferir a legitimidade nas restrições de direitos, o princípio da proporcionalidade revela as ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, proibição da prestação insuficiente, direito justo e valores afins.

O mencionado princípio atribui equilíbrio à posituação jurídica, inclusive a de natureza constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Atualmente, é um dos principais elementos da interpretação aplicados pelos julgadores na análise das demandas judiciais que envolvam direitos fundamentais aparentemente em conflito.

Essa grande utilização do princípio da proporcionalidade decorre do fato de ser o principal mecanismo de aplicação da técnica da ponderação – a qual será implementada sempre que no caso concreto ocorrer divergência entre direitos fundamentais.

1.3.2. Elementos constitutivos

O Tribunal Constitucional Alemão, asseverou a existência de três subprincípios informadores do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁹

O critério da adequação (ou conformidade) busca verificar a viabilidade do meio proposto ante o fim almejado. Em outras palavras, uma solução será adequada, sob o prisma do princípio da proporcionalidade, se a via que propõe for apta a alcançar o resultado pretendido.

Quanto à necessidade, deve-se analisar se a opção adotada restringiu da menor forma possível o direito fundamental em conflito. Isto é, deve-se adotar o meio restritivo menos gravoso para o direito que será por ele afetado. E assim, incumbe saber se o meio escolhido era efetivamente necessário, bem como se há outro que se apresente menos danoso.

o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).” “Artigo 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* (...).” (grifo nosso)

⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Já a proporcionalidade em sentido estrito só terá lugar após a verificação dos postulados acima descritos. Implica uma equação, onde as vantagens obtidas pela solução adotada sejam superiores às desvantagens geradas. Os prejuízos causados ao direito, que restou restringido, devem ser inferiores aos bônus alcançados com a opção eleita.

Frise-se, por oportuno, que a proporcionalidade em sentido estrito possui grande importância dentro desta íntima análise do princípio da proporcionalidade, posto que, muitas vezes, uma decisão perfeitamente adequada e necessária poderá vir a ser desproporcional (estritamente). Não por outro motivo, é qualificada como a verdadeira ponderação.

1.4. O duplo viés do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*

1.4.1. A proibição do excesso de punição e a vedação à proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados

Em se tratando de ponderação em matéria penal (em sentido amplo), por se referir a direitos fundamentais de proteção, o princípio da proporcionalidade deve ser entendido sob seu duplo aspecto. Não basta, apenas, a proteção contra os excessos no exercício do *jus puniendi* pelo Estado (viés negativo). Será necessária, também, uma proteção suficiente dos bens jurídicos que suscitam uma defesa estatal efetiva (viés positivo).

O viés de natureza negativa do princípio da proporcionalidade dentro do sistema punitivo estatal – vedação ao Estado em punir com excesso o indivíduo que violar a norma penal – é o mais conhecido, eis que aplicado há mais tempo na seara penal e processual penal.

Já a concepção do princípio da proporcionalidade em seu viés positivo – proibição à proteção insuficiente dos bens jurídicos que gozem de especial proteção no texto constitucional – ocorreu na Alemanha, na década de 70, quando seu Tribunal Constitucional decidiu sobre a questão do aborto, especificamente se o feto deveria gozar ou não de proteção jurídico-penal. No julgamento, a Corte alemã considerou que o legislador, ao implementar um dever de proteção que lhe foi imposto pela Constituição, considerando que este não possa ser garantido satisfatoriamente de outra forma, impõe-se-lhe recorrer às normas penais para assegurar tal defesa exigida. Na hipótese, restou assentado que o Direito Penal poderia ser utilizado para garantir o direito à vida do feto (*BverfG, Urteil v. 25.02.1975 – 1 BvF 1-6/74*).¹⁰

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 22 (julho/dezembro de 2005). Rio de Janeiro, 2006, p. 180-181.

Através deste *leading case*, e sua consequente solução pelo Tribunal Constitucional Alemão, o princípio da proporcionalidade em matéria penal passou a ter a sua dupla face judicialmente reconhecida.

Portanto, no âmbito penal e processual penal, não basta analisar a proporcionalidade somente pela ótica da proibição do excesso na punição (viés negativo), deve-se verificar, também, se a decisão tomada não gerou uma proteção insuficiente do bem jurídico tutelado (viés positivo). A proteção a ser conferida pelo legislador deve ser satisfatória, de modo que a exigência constitucional reste plenamente eficaz.

O Estado deve se manter inerte de forma a viabilizar o pleno exercício do direito à vida e do direito de liberdade do indivíduo e, concorrentemente, agir de forma a assegurar estes mesmos direitos à coletividade, quando violados por um de seus integrantes. Isto porque os direitos fundamentais devem ser observados não somente por uma ótica individual, mas, também, sob o prisma da coletividade.

Ingo Sarlet esclarece que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, devendo-se sempre preservar seu núcleo essencial, não sendo válida, porém, a fixação de uma regra imutável no sentido da existência de uma subordinação constante dos direitos fundamentais (do indivíduo) em prol dos interesses fundamentais da coletividade.¹¹

Assim, por diversas vezes, a segurança pública terá de ser objeto de proteção pelo Direito Penal e Processual Penal. Quando a incolumidade pública se encontrar violada, ou na iminência de sê-lo, por uma conduta transgressora da norma jurídica por um agente, deverá o Estado atuar para garantir aquele interesse público, reafirmando as premissas instituídas pela ciência jurídico-penal.

A incolumidade pública constitui um interesse público que deverá ser preservado pelo Direito, posto que é de interesse geral, de toda a coletividade. A norma penal, ao assegurar a incolumidade pública, está, implicitamente, garantindo direitos, também, de ordem individual, como o direito à vida e à integridade física de um incontável número de pessoas.¹²⁻¹³

No Estado Democrático de Direito, a Constituição obriga o legislador a proteger determinados bens jurídicos com sanções penais, posto que revelam valores de grande importância à coletividade. A cominação penal à transgressão de tais bens deve ser firme, não se é permitido a aplicação de medidas alternativas, menos severas. De

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano 03, nº 12, Sapucaia do Sul: Nota Dez. 2003, p. 86 et seq.

¹² JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal do Desarmamento*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2005. p.7.

¹³ Damásio exemplifica hipótese, em que a segurança pública encontra-se sendo violada com a ação de um indivíduo que efetua um disparo de arma de fogo em uma via pública, onde existem pessoas transitando. Inequivocamente, o agente põe em risco a vida daquelas pessoas que estavam no local, indistintamente. (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal do Desarmamento*. 5ª edição. São Paulo: Renovar, 2005. p. 8).

igual forma, os mecanismos para viabilizarem a aplicação das sanções – regidos pela norma processual penal – deverão ser aptos à obtenção dessa finalidade.

Como bem observa Lenio Streck, o princípio da proporcionalidade não deverá apenas se limitar à orientação de um “garantismo negativo”, posto que lhe é igualmente essencial a adoção das diretrizes do denominado “garantismo positivo”.¹⁴

Portanto, a proporcionalidade em matéria penal *lato sensu* possui uma dupla face: proíbe o excesso punitivo estatal, mas também veda a proteção insuficiente da sociedade.

O Estado, ao definir as condutas que configurarão delitos passíveis de punição, bem como, ao aplicar a correspondente sanção por tais deveres encontrarem-se inseridos na seara do Direito Penal, só poderá fazê-lo no justo e suficiente *quantum* à ação típica perpetrada pelo indivíduo, não sendo admitido eventual excesso na punição. Igual raciocínio se aplica às normas que instrumentalizem a aplicação da sanção penal, objeto do Direito Processual Penal.

Assim, a proteção conferida aos bens jurídicos que são importantes para sociedade, por configurarem direitos fundamentais especiais, não poderá ser insuficiente, sob pena de haver uma transgressão a tais declarações constitucionais.

Dessa forma, leciona Ingo Sarlet:

[a] noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões a direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal.¹⁵

Frise-se, por oportuno, que o sujeito que pratica uma conduta infracional penal, da mesma forma que é titular de direitos fundamentais, está violando direitos igualmente fundamentais de outro(s) indivíduo(s).

Eventual aplicação de restrição à liberdade do indivíduo transgressor da norma penal fundamenta-se na garantia à liberdade dos demais, sujeitos passivos de tal ação infracional.

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. Do Garantismo Negativo ao Garantismo Positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade. In: *Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Ano 08, nº 07 (janeiro de 2005). Rio de Janeiro. p. 233.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano 03, nº 12, Sapucaia do Sul: Nota Dez. 2003, p. 86 *et seq.*

Assim, deve-se proibir o excesso no exercício do direito de punir pelo Estado (*Übermassverbot*), bem como vedar-se uma proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados (*Untermassverbot*) ante o cometimento de crimes e seus executores. Em outras palavras, o garantismo deverá ser proporcional.

1.4.2. Elementos constitutivos aplicados especificamente na seara penal e processual penal

Conforme já verificado, o princípio da proporcionalidade é constituído pelos elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ocorre que, diferentemente de quando aplicado genericamente aos demais ramos do Direito, ao tratar da norma penal e processual penal, tais subprincípios revestem-se de características próprias.

Uma norma será adequada quando sua finalidade puder ser alcançada através do meio que propõe. Desta forma, ao ser aplicado tal elemento à seara penal e processual penal, a análise da lei deverá ser iniciada pela identificação do bem jurídico que visa proteger. Estando o mesmo em conformidade com os preceitos constitucionais, a referida norma estará adequada desde que tenha observado os limites negativos e positivos impostos na concretização da tutela do citado bem jurídico penal (*lato sensu*).

Já o subprincípio da necessidade, em matéria penal e processual penal, consiste em identificar se é necessária a utilização da norma sob análise para a efetiva proteção do bem jurídico visado. A tutela penal só se demonstrará necessária se a proteção do bem jurídico não restar suficiente com a utilização exclusiva dos outros ramos do Direito.

Assim, se um descumprimento contratual puder ser sanado no campo cível de forma que o bem jurídico tutelado reste suficientemente protegido, não há que se falar em incidência de norma penal nesta hipótese. Entretanto, se o inadimplemento de um contrato administrativo implicar, por exemplo, graves danos aos consumidores em geral, a tutela penal poderá fazer-se necessária para a proteção efetiva do bem jurídico violado.¹⁶

Em outro diapasão, na supressão de determinada norma penal do ordenamento jurídico deverá ser observado pelo legislador se tal medida se apresenta necessária à proteção do bem jurídico tutelado.¹⁷

Tal situação também deverá ser observada quando há falta de normatização de determinada conduta, ou de mecanismo de proteção do indivíduo, ou da sociedade.

¹⁶ Nas relações de consumo, a tutela penal far-se-á necessária nas hipóteses elencadas nos artigos 63 a 74 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), posto que constituem condutas de alta gravidade para a preservação do bem jurídico acima mencionado. Frise-se que em tais casos, a mera tutela nos âmbitos cível e administrativo não se apresenta suficiente à proteção do citado valor constitucional que o referido diploma legal visa garantir.

¹⁷ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 165.

A proporcionalidade em sentido estrito implica identificar se os benefícios trazidos com a opção eleita superam os prejuízos gerados pela restrição de determinado(s) direito(s) fundamental(is).

Aplicado ao Direito Penal e Processual Penal, tal elemento implica verificar se a intervenção da norma, ou sua eventual ausência, apresenta-se proporcional à relevância que lhe é conferida na ordem constitucional. A sanção cominada e os mecanismos para sua verificação e aplicação deverão ser proporcionais à gravidade da conduta tipificada, bem como à importância que o bem jurídico tutelado desfruta dentro do sistema de proteção instituído pela Constituição.

Portanto, só haverá incidência do Direito Penal e Processual Penal na tutela de um bem jurídico se a mesma se verificar adequada, necessária e proporcional à sua eficaz proteção pela ciência jurídica.

2. O novo enfoque constitucional dos bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal e processual penal

2.1. Considerações iniciais

As condutas infracionais praticadas em tempos pretéritos destoam das que ocorrem atualmente. O agravamento das infrações cometidas, grande parte com utilização de extrema violência física, colocam a comunidade em posição de absoluta impotência.

Confrontos armados entre criminosos pelo controle de ponto de venda de entorpecentes em plena luz do dia; disputas por territórios entre “milícias” e “traficantes de entorpecentes”, arregimentados em facções criminosas com grande poderio bélico; roubos cometidos com grande violência, inclusive com o resultado morte, tendo inocentes crianças como vítimas;¹⁸ homicídios cometidos por motivos insignificantes e repugnantes, tornaram-se fatos frequentes em uma sociedade que vive em constante insegurança.

O sentimento de impunidade impera na sociedade e funciona como mecanismo de propulsão da violência. O agente que pratica um crime tem o conhecimento de que o déficit operacional do Estado no combate à criminalidade, a deficiência dos métodos de persecução penal e a pouca eficácia das medidas sancionadoras tornarão difícil o recebimento da reprimenda punitiva.

¹⁸ Exemplo de tal circunstância, verificou-se na morte de João Hélio, de seis anos de idade, morto em 07 de fevereiro de 2007, no Rio de Janeiro, após ter sido arrastado por mais de sete quilômetros por criminosos que acabaram de subtrair mediante a grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo ao veículo que a mãe da criança conduzia. João Hélio não conseguiu se soltar inteiramente do cinto de segurança, ficando pendurado e sendo arrastado pelos criminosos por aproximadamente quinze minutos. (Notícia veiculada no sítio *Folha online* de 08/02/07. Disponível em :< <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u131469.shtml>>. Acesso em 10/02/07).

Como consequência imediata, tem-se a impossibilidade de efetividade do exercício dos direitos fundamentais pelo cidadão, gerando, assim, uma proteção insuficiente desses direitos fundamentais que deveria ser assegurada pelo poder público.

Conforme já visto, os direitos fundamentais não devem ter sua natureza jurídica restrita a meros direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, pois configuram, também, direitos objetivos, posto que, ante a força normativa da Constituição, representam normas de observância obrigatória pelos órgãos de poder (sob a ótica da divisão horizontal: Legislativo, Executivo e Judiciário).¹⁹

Diante de tal situação, a sociedade apresenta-se descrente do exercício de seus direitos fundamentais, em especial, para aqueles indivíduos pertencentes às camadas sociais mais excluídas.

Desta forma, torna-se fundamental a implementação de uma visão crítica da realidade, em substituição àquela estritamente descritiva e passiva até então existente. À ciência jurídica não é mais permitido que permaneça em aparente estado de inércia ante a grande velocidade na ocorrência dos acontecimentos, sobretudo aqueles relacionados à criminalidade.

Impõe-se a aplicação de uma política criminal com concepção consentânea com a atualidade do país.

¹⁹ Ingo Sarlet, ao tratar da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, leciona que: “apesar de encontrarmos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo neste sentido. Neste contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso “Lüth”, na qual, além de outros aspectos relevantes (notadamente a referência ao conhecido – mas nem por isso incontroverso – “efeito irradiante” dos direitos fundamentais), foi dado continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores, ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura. Que também a dignidade da pessoa humana – na condição precisamente de valor e princípio central e fundamental da ordem jurídico-constitucional apresenta uma dimensão objetiva (até mesmo pelo fato de os direitos fundamentais, pelo menos em princípio, nela encontrarem o seu fundamento e referencial) resulta evidente, dispensando aqui maior referência. (SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano 03, nº 12, Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003, p. 86 et seq.).

2.2. O não desenvolvimento pelo Direito Penal e Processual Penal da mudança de paradigma na proteção dos bens jurídicos tutelados pela Constituição

O caráter libertário da Revolução Francesa, com seus apelos à liberdade, à igualdade e à fraternidade, buscando limitar o poder estatal, reforçou o princípio da legalidade. As normas criadas visavam garantir a liberdade do indivíduo, limitando-se o governo a fazer somente o que a lei autorizasse, enquanto os cidadãos podiam fazer tudo o que a norma legal não vedasse.²⁰

Apesar de não se amoldar à realidade atual, os dogmas dos iluministas tiveram sua importância histórica, por representar a vitória de uma luta por ideais de liberdade e democracia,²¹ bem como, por ter ajudado a implantar na consciência ocidental os valores das garantias e liberdades individuais.

O surgimento das Cartas americana e francesa marca, respectivamente em 1787 e 1791, o primado da Lei. Interessante notar, como bem ressalta Norberto Bobbio, uma diferença essencial de concepção entre as duas escolas, já que “os constituintes franceses pretendiam afirmar primária e exclusivamente os direitos do indivíduo, enquanto os constituintes americanos relacionaram os direitos do indivíduo com o bem comum da sociedade”.²²

O Estado Liberal de Direito tinha, como primazia, a garantia da propriedade e das liberdades individuais.

Em paralelo ao liberalismo, evoluía uma nova realidade já concretizada no final do século XIX: o desenvolvimento das indústrias. A Revolução Industrial foi capaz de promover alterações sociais profundas.

A visão individualista passou a perder força na medida em que os relacionamentos sociais passam a assumir um caráter comunitário.

E assim, se desenvolveu nas sociedades dos séculos XX e XXI. O coletivo passou a preponderar sobre o individual.

A evolução das comunidades gerou novas modalidades de infrações à ordem social.

A autora Ruth Maria Chittó Gauer, ao analisar as sociedades pós-modernas, identifica como fatores fundamentais ao seu colapso a profunda desigualdade social e econômica, a miséria existente nas camadas mais excluídas da sociedade, a falta de programas de governo que garantam as condições mínimas de vida digna aos cidadãos e, também, a omissão estatal em implementar políticas de segurança dotadas

²⁰ Neste sentido rezava expressamente o artigo 16 da Declaração dos Direitos Homem, *in verbis*: “Toda sociedade que não assegura os direitos, nem a separação dos poderes, não possui Constituição”.

²¹ Democracia – Em sociologia política, diz-se do regime político ou forma de governo, em que a soberania reside no povo que, por sua maioria, mas sempre indiretamente, representado por uma elite reduzida de seus delegados, exerce o poder, sob o princípio da absoluta igualdade de direitos entre os cidadãos. Diz-se do governo do povo, pelo povo, para o povo”. NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: APM Editora, 1987.

²² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

de efetividade. Tais elementos, associados entre si, levam à explosão da violência dentro do corpo social.²³

Importante observar que a concepção ultrapassada da ciência jurídico-penal constitui uma das causas prováveis desta profunda desordem social.

Os delitos de natureza transindividual, os quais são de extrema relevância na atualidade, não receberam o devido tratamento pelo Estado. Tal deficiência explica, de certo modo, a explosão do número de casos de corrupção no país.

Os direitos fundamentais relativos aos interesses de cunho coletivo, para que sejam efetivamente assegurados, necessitam de uma real proteção pelo Direito, funcionando este como uma blindagem normativa a eventuais transgressões.

Entretanto, o Direito Penal e Processual Penal não consegue cumprir sua função precípua de proteção aos bens jurídicos que gozem de especial tratamento pela Constituição. Enquanto ao Direito incumbe assegurar a convivência pacífica da sociedade, à seara penal e processual penal impõe-se a proteção dos bens jurídicos fundamentais.

De certo, o Direito Penal só terá incidência quando o tratamento conferido pelos demais ramos do Direito não for suficiente à efetiva proteção do bem jurídico violado. Portanto, sua aplicação terá natureza subsidiária, ou seja, só ocorrerá nas hipóteses de grave violação a um direito especialmente protegido pela Constituição.

O caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, tido como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, acentuou ao longo dos anos a visão restritiva de sua aplicação, fruto do ideal iluminista, surgido no Estado Liberal. Tal visão unilateral da norma penal em face da Constituição cerceou a atividade punitiva estatal, gerando uma proteção insuficiente da sociedade.

Ocorre que os dogmas iluministas aplicáveis ao Estado Liberal (visão individual) se perpetuaram, passando a ter incidência, também, no Estado Democrático de Direito (visão comunitária), sem que houvesse a devida adequação da mudança de paradigma.

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal e Processual Penal deve ser interpretado à luz da Lei Maior, criando-se um “Direito Penal e Processual Penal Constitucional”. Consequentemente, as normas legais penais e processuais penais adquirem uma maior legitimidade, posto que tiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, e não de leis de igual hierarquia.

A evolução da dogmática jurídica leva Luciano Feldens a afirmar a existência de uma verdadeira “Constituição Penal”, a qual seria:

[o] conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pela Constituição, as quais compreendem os princípios e regras

²³ GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá. 2000, p. 34.

gerais respeitantes à matéria criminal (penal e processual penal) positivados na ordem constitucional.²⁴

De igual forma, Luigi Ferrajoli afirma que incumbe ao Direito, justamente, adotar uma posição positiva (e crítica) na efetivação dos princípios elencados no texto constitucional, sendo refutada uma norma legal que não os observe, posto que, restará inválida (*lato sensu*).²⁵

Ao Direito Penal e Processual Penal incumbe não só a defesa dos direitos individuais, mas, concorrentemente, a proteção aos direitos transindividuais, ante a nova concepção que lhe é atribuída pelos ideais do Estado Democrático de Direito.

E neste sentido, conforme ensina Cláudio Heleno Fragoso, caberá ao Estado, no exercício de sua função, combater as ações delituosas que atinjam diretamente “um bem ou interesse coletivo, ou seja, a segurança de todos os cidadãos ou de um número indeterminado de pessoas”.²⁶

Observando e respeitando ambas as esferas de direitos – individuais e coletivos –, ter-se-á o equilíbrio necessário ao desenvolvimento pacífico da sociedade, objetivo imediato da própria razão de ser do Estado.

2.3. A Constituição como fundamento ao tratamento penal de condutas violadoras de bens jurídicos constitucionalmente relevantes

A concepção construída sobre bem jurídico no Estado Liberal não mais se coaduna com o desenvolvimento social alcançado e com a nova forma de Estado, qual seja o Democrático de Direito.

Se anteriormente bastava ao Direito Penal e Processual Penal funcionar como um mecanismo de contenção à índole punitiva do legislador infraconstitucional, visando sempre a preservação dos direitos e liberdades individuais, tal visão isolada não se apresenta mais condizente com o aumento da criminalidade e o consequente desequilíbrio no exercício do *ius puniendi* e do *ius perseguendi* pelo Estado.

Há necessidade de um novo conceito de bem jurídico de caráter penal, com um reequilíbrio na tutela penal estatal, devendo o legislador, sem se descuidar de sua proibição em penalizar com excesso o agente infrator, observar uma proteção suficiente ao bem jurídico atacado e, via de consequência, à própria sociedade.

²⁴ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.

²⁵ Luigi Ferrajoli afirma que “*la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p.106).

²⁶ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal*. 3º volume. 2ª edição. São Paulo: Bushatsk, 1976, p. 765.

O Direito Penal e Processual Penal passa a funcionar como um instrumento de defesa aos bens jurídicos cuja proteção encontra-se necessária ante sua natureza constitucional.

Portanto, existindo um bem jurídico dotado de inequívoca relevância social, estará o legislador penal apto a deferir-lhe proteção, mesmo que não encontre expressa previsão na ordem constitucional.

Luciano Feldens sustenta que os bens jurídicos socialmente relevantes, mesmo que não possuam expressa previsão no texto constitucional, sempre terão ligação com algum valor constitucionalmente protegido. Caberia ao jurista justamente encontrar esses elos de ligação de forma a legitimar tal proteção. Enfatiza que tal conexão deverá ser devidamente fundamentada, sob pena de violar-se a noção precípua da Constituição como fonte exclusiva de validade dos bens jurídicos aptos a receberem a proteção jurídico-penal.²⁷

E, sob tal raciocínio, o mencionado autor afirma a existência de “mandados constitucionais de penalização”, os quais poderão estar de forma expressa (formalmente) no texto constitucional ou de forma implícita, extraídos de alguma norma constitucional expressa, em especial, as referentes aos direitos fundamentais e à efetivação do princípio da proporcionalidade na tutela penal.²⁸

Apresentado o Direito Penal e Processual Penal sob a nova roupagem que lhe foi conferida pela Carta da República de 1988, ampliando a concepção do bem jurídico objeto de sua proteção, em consonância com a moderna concepção do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*, o presente trabalho destacará no próximo capítulo um estudo de caso que dará efetividade aos ensinamentos das teses levantadas.

3. O reconhecimento fotográfico de pessoas no sistema processual penal brasileiro

3.1. Considerações iniciais

Um diploma legal de natureza infraconstitucional retira seu fundamento de validade da Constituição. Tal conclusão decorre do princípio da supremacia da Constituição.

Com efeito, a norma, ao ser elaborada, deverá observar um duplo aspecto: formal e material.

²⁷ *Ibidem*, p. 53-54.

²⁸ *Ibidem*, p. 60-68.

Formalmente, a lei deverá ter seu processo de formação em conformidade com os ditames formais previstos na Carta Constitucional. Tendo o processo legislativo respeitado tais regramentos, a referida norma estará apta a ter eficácia.²⁹

Para que a citada legislação possua validade, terá que possuir coerência substancial com o texto constitucional. Isto é, seu conteúdo deverá ter compatibilidade material com as regras e princípios esposados na Carta Magna.

Uma vez observados ambos os critérios, a norma legal estará dotada de legitimidade, atributo necessário à sua aceitação e, conseqüente, adoção pelos cidadãos, destinatários finais de sua elaboração.

A verificação da legitimidade constitucional da norma legal elaborada caberá, em última análise, ao julgador. A ele incumbe destrinchar o texto normativo, a fim de evidenciar a compatibilidade formal e material com a Lei Maior. Entretanto, tal processo não será meramente estéril; mas, sim, de natureza crítica.

Neste sentido, o mestre italiano Luigi Ferrajoli resume de forma bem didática esta função precípua do julgador, ao afirmar que *“la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como médio de controlar su legitimidad constitucional”*.³⁰

Portanto, somente as normas legitimamente constitucionais serão consideradas pela jurisdição. E, conseqüentemente, apenas essas vinculam o julgador na efetivação de seu mister.

O instituto da vigência encontra sua base constitucional nos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

O princípio da legalidade pode ser definido como o produto mais expressivo da orientação positivista, base da concepção moderna da Ciência do Direito.

Tal princípio, ao ser aplicado no campo do Direito Penal, possui relevância fundamental na própria sistematização da matéria e, via de consequência, em sua própria normatização. Isto porque, ao definir que *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”* – artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna e artigo 1º do Código Penal – adota um caráter restritivo e específico, diverso daquele aplicado às relações de natureza cível.

O princípio da segurança jurídica, o qual tem sua origem indireta no próprio princípio da legalidade, possui grande importância dentro da Ciência do Direito e, em especial, no próprio ordenamento jurídico. O citado instituto é essencial ao Direito Positivo, posto que garante a tranquilidade às pessoas sobre a possibilidade de praticarem determinada conduta (comissiva ou omissiva) e suas respectivas conseqüências legais.

²⁹ O artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/420) reza que “salvo disposição em contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada. §1º Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada. (...)”.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p.106

E quando um instituto não possui expressa normatização legal, porém possui aplicação decorrente de normas legais de outros institutos congêneres?

A problemática existente quanto à utilização do reconhecimento fotográfico em sede policial, em decorrência da falta de expressa regulação legal, gera um panorama de insegurança jurídica, justamente contrário ao que preconiza nossa Lei Maior e o próprio Direito Positivo.

Neste contexto, o objeto que dá origem ao presente estudo de caso reside justamente nas controvérsias geradas quanto à utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial. Serão analisadas as normas legais de referência, questionando-se tal viabilidade jurídica e o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o tema, bem como às consequências de tal insegurança jurídica criada.

Sem perder o enfoque crítico, serão levantadas as nuances atinentes à questão, em especial, as decorrências geradas pelos posicionamentos adotados inicialmente e os “novos” entendimentos jurisprudenciais que vêm se firmando quanto à recorrente problemática, com a verificação das posições adotadas pelos tribunais superiores.

O estudo será pautado pela verificação dos interesses em conflito, propondo-se como solução a utilização da técnica da ponderação sobre a *vexata questio* em tela, sob a ótica da dupla face do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*, buscando-se uma solução equilibrada, ante uma filtragem constitucional do Direito Penal e Processual Penal e, conseqüentemente, das normas que o compõem.

3.2. O reconhecimento de pessoas e de coisas na legislação processual penal brasileira

Os princípios da legalidade e da segurança jurídica fundamentam a regulamentação na legislação dos meios de provas que possam ser utilizados no processo penal brasileiro.

Nesse sentido, o Título VII do Código de Processo Penal prevê as espécies de meios de provas a serem utilizados.

Assim, possuem previsão legal o exame de corpo de delito e as perícias em geral, o interrogatório do acusado, a colheita do depoimento da vítima e das testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, dentre outros.

No presente trabalho será analisado o instituto do reconhecimento de pessoas e de coisas, sendo este a base legal para o reconhecimento por fotografia do autor de crime em sede policial.

A legislação brasileira prevê especificamente o reconhecimento de pessoas e de coisas nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal.

O reconhecimento de pessoas e de coisas constitui meio de prova, no qual determinada pessoa reconhece outra pessoa ou algum objeto que já tenha visto

anteriormente, através de ato formal perante a autoridade policial ou judicial, *in casu* relacionado à prática de crime que esteja sendo investigado ou objeto de ação penal.

Conforme ensina Renato Brasileiro, o reconhecimento de pessoas e de coisas não se confunde com o instituto do retrato falado, uma vez que este é realizado através da descrição de pessoa ao perito sobre o autor de crime, não se constituindo como meio de prova, mas, sim, como um meio de investigação.³¹

O reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial não possui previsão expressa legal, sendo realizado com base nos balizamentos estipulados pela legislação para o reconhecimento de pessoas e de coisas.

O artigo 226 do Código de Processo Penal prevê o procedimento a ser adotado para o reconhecimento de pessoas em sede policial e em juízo. São requisitos para realização de tal reconhecimento:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Cumpre observar, que se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Em se tratando de reconhecimento de pessoas, serão adotados os requisitos acima delineados no que for aplicável.

3.3. O reconhecimento fotográfico de pessoas e sua aplicação no sistema processual penal brasileiro

Conforme já delineado no presente trabalho, o reconhecimento por fotografia de pessoas não encontra previsão expressa por lei. Seja em sede policial ou em juízo, esse instituto não foi objeto de regulamentação específica pelo legislador quando da elaboração do Código de Processo Penal e nem em momento posterior.

A justificativa apresentada para tal omissão legislativa consiste no fato do reconhecimento fotográfico de pessoas utilizar-se da base legal dos institutos do

³¹ DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Juspodivum, 2021, p. 787.

reconhecimento de pessoas e de coisas na legislação processual penal, ante a natureza similar entre os mesmos.

De certo, a demora do legislador em acompanhar a necessidade da criação de mecanismos de combate à criminalidade com maior dinamicidade diante da própria velocidade da expansão da violência urbana constitui uma das questões mais importantes do Direito Penal e Processual Penal atualmente.

Em que pese o fato de o Direito ter um tempo próprio e não conseguir acompanhar a velocidade das novas condutas do corpo social e, mais especificamente, das condutas da sociedade, fato é que a ciência jurídica precisa dar uma resposta com maior celeridade às práticas dos indivíduos que violam a paz social ou o desenvolvimento regular da sociedade como um todo.

O aumento exponencial da violência urbana no século XXI, e mais especificamente, na última década, impõe um posicionamento mais dinâmico da ciência jurídica.

O incremento da prática de crimes com violência ou grave ameaça – sendo os mais comuns: o homicídio, o roubo e o estupro –, os quais são praticados via de regra apenas em face da vítima, sem testemunhas de *visu*, obrigam o sistema processual penal a adaptar seus mecanismos de combate à criminalidade.

Assim, o reconhecimento fotográfico de pessoas se tornou de fundamental importância nesse enfrentamento da prática de crimes atualmente.

3.3.1. O reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial

A ciência jurídica criou o instituto do reconhecimento fotográfico de pessoas com base nas diretrizes legais previstas para o reconhecimento pessoal de pessoas e coisas, previstas nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal.

Assim, o reconhecimento fotográfico de pessoas consiste na vítima e/ou testemunha proceder à identificação de um indivíduo diante de diversas fotografias de pessoas com características semelhantes às descritas previamente pelo reconhecedor.

Tal meio de prova é utilizado amplamente em sede policial, tendo se tornado o principal mecanismo de identificação de autores de crimes na atualidade, principalmente para aquelas condutas que são praticadas de maneira mais clandestina, sem a presença de muitas testemunhas.

Importante salientar que é fundamental para validar o reconhecimento fotográfico que o reconhecedor proceda previamente à descrição das características físicas do indivíduo a ser reconhecido, para só após serem-lhe apresentadas fotografias de sujeitos com características semelhantes às descritas, via de regra através de mosaico de fotos que são retiradas de álbuns fotográficos de suspeitos e/ou autores de crimes constantes dos registros policiais.

Em havendo mais de uma pessoa a fazer o reconhecimento, o que ocorre quando há mais de uma vítima ou testemunha do fato, o ato deverá ser realizado

individualmente, permanecendo os reconhecedores separados e sem comunicação, de forma que cada um proceda à tentativa de reconhecimento sem a presença dos demais potenciais reconhecedores.

Em sendo positivo o reconhecimento, isto é, conseguindo o reconhecedor identificar o autor do crime dentre as fotografias que lhe foram apresentadas, lavrar-se-á o denominado auto de reconhecimento de pessoa, bem como deverá o reconhecedor assinalar a fotografia do indivíduo que foi reconhecido, apondo sua assinatura.

Portanto, o procedimento do reconhecimento fotográfico de pessoas, especialmente em sede policial, utiliza-se dos regramentos legais do reconhecimento de pessoas e de coisas previstos na legislação processual penal (*ex vi* artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal).

3.3.2. O reconhecimento fotográfico de pessoas e seu valor probatório

Uma vez que o procedimento do reconhecimento fotográfico de pessoas, especialmente em sede policial, baseia-se nas regras previstas na legislação processual penal para o reconhecimento de pessoas e de coisas, impõe-se analisar se o mencionado instituto possui ou não valor probatório para investigação penal, para posterior ação penal e, conseqüentemente, eventual condenação criminal.

Aury Lopes Jr., ao tratar da existência da taxatividade ou não dos meios de prova – isto é, se somente as provas previstas expressamente no Código de Processo Penal podem ser admitidas –, apresenta entendimento de que a princípio o rol é taxativo. Para o citado autor, somente podem ser aceitas as denominadas “provas inominadas” que apresentem estrita observância aos limites constitucionais e processuais da prova.

Ao tratar do reconhecimento fotográfico, Aury Lopes Jr. afirma que tal meio de prova só pode ser admitido se for ato preparatório para o reconhecimento pessoal, nunca como substituto deste.³²

A posição mais restritiva do Professor Aury Lopes Jr. – na admissão do reconhecimento fotográfico apenas como ato preparatório do reconhecimento pessoal – apresenta-se como de valorosa contribuição para o debate sobre a validade desse meio de prova.

³² “Os sistemas processuais, ao longo de sua evolução, adotaram diferentes disciplinas em relação à taxatividade ou não dos meios de prova.

Na sistemática atual, existe uma restrição inicial em relação aos limites da prova penal, que vem imposto pela lei civil, nos termos do art. 155 do CPP, anteriormente comentado.

Superada essa questão, a pergunta agora é: somente as provas previstas no CPP podem ser admitidas no processo penal? O rol é taxativo?

Como regra, sim, é taxativo. Entendemos que, excepcionalmente e com determinados cuidados, podem ser admitidos outros meios de prova não previstos no CPP. Mas, atente-se: com todo o cuidado necessário para não violar os limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade dessa prova, conforme será explicado nos próximos itens.

Partindo da compreensão de que somente podemos pensar em provas inominadas que estejam em estrita observância com os limites constitucionais e processuais da prova, o processo penal – excepcionalmente – poderá admitir outros meios de demonstração de fatos ou circunstâncias não enumerados no CPP. Isso,

Isto porque, conforme já delineado no presente trabalho, o reconhecimento fotográfico de autores de crime, especialmente em sede policial, é um dos principais mecanismos que o sistema de segurança pública (*lato sensu*) possui no combate à criminalidade moderna.

De certo que, em alguns casos, nem sempre será possível a realização do reconhecimento pessoal do acusado pela vítima/testemunha em juízo. Tal poderá ocorrer, por exemplo, na hipótese de o reconhecedor vir a falecer; ou quando o réu for revel; ou quando o réu não comparecer ao ato processual do reconhecimento (audiência); ou até mesmo caso o réu se negue a participar do referido ato, alegando eventual direito de defesa. Cumpre observar que nessa última situação, o melhor entendimento é de que o réu não poderá ser obrigado a produzir essa prova contra si próprio, desde que expressamente alegado que o faz em razão de seu direito de defesa.

Assim, nos casos em que restar impossibilitada a realização do reconhecimento pessoal do acusado em juízo, entendemos pela manutenção da validade do reconhecimento fotográfico realizado em sede policial, o qual deverá ser valorado necessariamente com as demais provas produzidas na instrução criminal, conforme o *standard* probatório exigido para essa fase procedimental.

Uma das questões mais importantes para ciência jurídico penal na atualidade consiste em definir o grau necessário de prova apto a ensejar uma condenação em juízo.

Em outras palavras, qual densidade de conjunto probatório é necessária para que o julgador possa proferir uma sentença condenatória.

Assim, o estudo da valoração das provas implica a análise do denominado *standard* probatório.

A ciência jurídica, ao tratar dos denominados *standards* probatórios, busca trazer uma maior segurança jurídica ao sistema processual penal, através da adoção de critérios que tornem mais previsíveis as decisões judiciais e, em um aspecto mais amplo, a própria formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público.

em geral, decorre da própria superação dos meios existentes na década de 40, quando entrou em vigor a legislação processual penal em vigor.

Se admitirmos que existam provas inominadas, desde que observadas as regras de coleta, admissão e produção em juízo, e que outros importantes elementos de convicção possam ser obtidos com a utilização de outros sentidos que não o visual, a questão passa a ter grande relevância.

Mas, cuidado: o fato de admitirmos as provas inominadas tampouco significa permitir que se burle a sistemática legal. Assim, não pode ser admitida uma prova “disfarçada” de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas. Exemplo típico de prova inadmissível é o reconhecimento do imputado por fotografia, utilizado, em muitos casos, quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal exercendo seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*). O reconhecimento fotográfico, como explicaremos a seu tempo, somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I, do CPP, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada.

Em suma, como regra, somente podem ser admitidas as provas tipificadas no CPP. Excepcionalmente, podem ser admitidas provas atípicas ou inominadas, desde que não constituam subversão da forma estabelecida para uma prova nominada, e, ainda, guardem estrita conformidade com as regras constitucionais e processuais atinentes à prova penal.” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 468/470).

Importante observar que a análise do *standard* probatório não se restringe apenas à prolação da sentença condenatória.

Desde a fase de investigação policial é necessário que a polícia judiciária produza um conjunto de provas com densidade suficiente para que o Ministério Público possa formar sua *opinio delicti* e deflagrar a ação penal, através do oferecimento da denúncia. Impõe-se a existência de um *standard* probatório mínimo, apto a embasar uma acusação formal em juízo.

De certo que o *standard* probatório exigido para o oferecimento de uma denúncia não terá o mesmo grau de exigência, de robustez, que aquele necessário para a prolação de uma sentença condenatória criminal.

Para prolação da sentença penal, o magistrado utiliza o *standard* probatório de maior grau de exigência, o denominado *BARD* (*Beyond Any Reasonable Doubt*). Só será possível a condenação do acusado se o conjunto probatório produzido no sentido da demonstração de sua culpa (*lato sensu*) constituir embasamento que seja além da dúvida razoável de sua inocência.

Em outras palavras, a convicção trazida pelas provas para condenação do acusado deve ser muito superior à eventual dúvida razoável de sua inocência que possa ter sido veiculada pelas provas produzidas em sua defesa.³³

Fixada a premissa de que a sentença penal possui o maior grau de *standard* probatório, verifica-se possível uma menor exigência probatória nas fases anteriores do processo penal e, principalmente, na investigação penal.

Conforme leciona Aury Lopes Jr. “(...) É por isso que o CPP fala em indícios razoáveis, indícios suficientes etc. para decisões interlocutórias com menor exigência probatória (rebaixamento de standard).”³⁴

A investigação penal configura um procedimento formal realizado pela polícia judiciária (Polícia Civil ou Polícia Federal) para obtenção de provas que proporcionem a descoberta da verdade sobre o fato, supostamente delituoso, sob análise. É a fase inicial da formação da *opinio delicti*. Ainda, não há ação penal, acusação, réu.

Logo, o *standard* probatório exigido para eventual oferecimento de denúncia será muito menor do que o necessário na fase de prolação da sentença penal.

³³ Pensamos que, ao consagrar constitucional e convencionalmente a presunção de inocência, fez o legislador uma escolha de política processual importante. (...) O *in dubio pro reo* é uma manifestação da presunção de inocência enquanto regra probatória e também como regra para o juiz, no sentido de que não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável. Na dúvida, a absolvição se impõem. Essa opção também é fruto de uma determinada escolha no tema da gestão do erro judiciário: na dúvida, preferimos absolver o responsável do que condenar um inocente.

Portanto, ao consagrar a presunção de inocência e seu subprincípio *in dubio pro reo*, a Constituição e a Convenção Americana sinalizam claramente na adoção do *standard* probatório de “além da dúvida razoável”, que, somente se preenchido, autoriza um juízo condenatório. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Sobre o uso do standard probatório no processo penal*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em 14/02/2022).

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Sobre o uso do standard probatório no processo penal*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em 14/02/2022.

Tanto o reconhecimento de pessoas e de coisas quanto o reconhecimento fotográfico de pessoas são meios de prova que são produzidos, quase que em sua totalidade, justamente na investigação penal, em sede policial.

Como é cediço, as provas produzidas em sede policial devem ser novamente realizadas em juízo, salvo se impossível tal repetição.

O reconhecimento fotográfico de pessoas realizado em sede policial deverá ser preferencialmente substituído pelo reconhecimento pessoal em juízo e, caso impossível a realização deste, novamente aquele deverá ser feito perante o magistrado durante a instrução criminal.

Portanto, em que pese o reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial ser de grande valia para investigação penal, sua valoração probatória deverá ocorrer com a análise conjunta das demais provas produzidas pela polícia judiciária, quando da formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, com eventual oferecimento de denúncia e conseqüente deflagração da ação penal em juízo.

3.4. As orientações divergentes na jurisprudência pátria sobre a matéria

3.4.1. O entendimento anterior vigente

A divergência sobre a validade do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial e sobre seus respectivos requisitos sempre foi objeto de discussão na Doutrina e nos juízos criminais.

Conseqüentemente, tal discussão chegou nos Tribunais do país, tendo tais decisões divergentes alcançado os Tribunais Superiores.

Após a prolação de diversos acórdãos acerca dessa temática, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou entendimento no sentido da admissibilidade do reconhecimento fotográfico de autor do fato em sede policial como meio de prova, sendo que eventual inobservância dos requisitos do artigo 226 do Código de Processo Penal, quando de sua realização, não ensejam a nulidade do conjunto probatório, constituindo mera irregularidade, eis que os incisos do artigo 226 do CPP seriam uma recomendação a ser seguida.³⁵

Ademais, firmou-se a orientação que o reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial deverá ser valorado sempre em conjunto com as demais provas produzidas no caderno investigatório e, posteriormente, na instrução criminal em juízo.³⁶

³⁵ "(...) O Superior Tribunal de Justiça entende que a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente, quando amparado em outros elementos de prova (...) Agravo regimental não provido" (STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1266.170/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 25.08.2015, DJe 11/09/2015).

³⁶ "(...) Este Superior Tribunal sufragou o entendimento de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para a identificação do réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por

E, assim, houve certa pacificação na discussão sobre a matéria nos juízos criminais e Tribunais Estaduais.

3.4.2. O novo paradigma do STJ

A solidez do entendimento, até então sedimentado pelo STJ, foi quebrada em outubro de 2020, com a prolação do Acórdão no HC 598.886/SC, da lavra do Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, da 6ª Turma do Colegiado (julgamento em 27/10/2020, DJe 18/12/2020), cujo novo entendimento serviu de paradigma para as decisões judiciais acerca da matéria.³⁷

outros elementos idôneos de convicção (HC n. 22.907/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 4/8/2003), assim como ocorreu *in casu*, em que o reconhecimento pessoal feito na fase inquisitiva foi confirmado em juízo e referendado por outros meios de prova, este produzidos em sede judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. O reconhecimento pessoal isolado não anula o ato, sendo que a presença de outras pessoas junto ao réu é uma recomendação legal e, não uma exigência (HC n. 41.813/GO, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 30/5/2005). Agravo regimental improvido (STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.399.900/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior. J 17/03/2015, DJe 26/03/2015)".

³⁷ "HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA."

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, consequentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e traços corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, consequentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo

O Min. Rogério Schietti apresentou voto mudando sua orientação anterior, passando a entender que o reconhecimento de pessoas em sede policial, seja ele presencial ou por meio de fotografia, deverá sempre observar as formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade da prova (e não mais uma irregularidade), sendo que tal reconhecimento só terá validade

respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II).

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias).

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento - sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo - ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito - conforme reconheceu o Magistrado sentenciante - emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

12. Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

2) A vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;

4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo nº 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020)

para identificar o réu e fixar a autoria delitiva se for corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Ademais, o reconhecimento fotográfico em sede policial só terá validade como ato preparatório para o reconhecimento pessoal em juízo.

Conforme o novo entendimento, ainda que o reconhecimento fotográfico seja confirmado em juízo, se não tiverem sido observados os requisitos do artigo 226 do Código de Processo Penal quando de sua realização em sede policial, tal prova será nula, não podendo servir de base para eventual condenação.

O Min. Rogério Schietti ressaltou que:

O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de “mera recomendação” do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva.

Sem prejuízo, ressalva-se a possibilidade de o magistrado fazer novo ato formal de reconhecimento em juízo, desde que agora observadas as condições previstas no referido dispositivo legal.

A mudança de posicionamento se fundamenta nos casos de erros de reconhecimento realizados em sede policial – os quais não são ratificados em juízo –, em razão de falha da memória humana, corroborada pela não observância dos requisitos legais quando da realização do ato em sede policial.

E nesse sentido, o Min. Schietti sustenta a necessidade da adoção de novas rotinas pela Polícia Civil referentes ao tema.

Na mesma linha, o Min. Nefi Cordeiro afirma a necessidade da estrita observância dos requisitos previstos no artigo 226 do CPP, bem como que o reconhecimento fotográfico seja corroborado por outras provas colhidas em juízo.³⁸

Ao final do voto paradigma, visando dar maior amplitude à decisão e com vistas à mudança das rotinas das unidades de polícia judiciária sobre a necessidade de observância do correto procedimento do reconhecimento fotográfico, o Min. Schietti determinou a comunicação da presente decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como

³⁸ STJ, 6ª Turma, *Habeas Corpus* nº 631.706 - RJ (2020/0327362-1) – fevereiro/2021, Relator Min. Nefi Cordeiro; AgRg no *Habeas Corpus* nº 633.659 - SP (2020/0335817-9) março/2021, Relator Min. Nefi Cordeiro.

ao Ministro da Justiça e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, para que esses dessem conhecimento da mesma aos Delegados de Polícia (Federal e Estaduais).³⁹

3.5. A utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas ante a inexistência de regulamento especificamente editado – análise sob a ótica da dupla face do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*

A celeuma em torno do instituto do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial se baseia na falta de sua regulamentação específica na legislação processual penal.

O aumento exponencial do número de casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça impõe uma resposta mais eficaz do Estado no combate à criminalidade.

E nesse cenário a utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial constitui importante ferramenta para identificação do autor do crime e para formação do conjunto probatório.

Diante de tal assertiva, surge uma questão de extrema relevância a ser respondida pelos operadores do Direito: como conciliar o princípio da presunção de inocência do sujeito que vier a ser reconhecido por fotografia e a proibição de proteção insuficiente da sociedade na hipótese de vedação à utilização do instituto do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial?

Tais questionamentos reclamam uma verificação completa dos direitos em conflito, valendo-se da técnica da ponderação para harmonizá-los constitucionalmente.

O caso objeto do presente estudo comporta um conflito de natureza constitucional e não meramente legal. Isto porque, para que se obtenha uma resposta juridicamente correta e, consequentemente, justa na problemática envolvendo qual tratamento será conferido ao reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial é necessário que sejam ponderados dois direitos em conflito: o direito de liberdade do indivíduo (presunção de inocência) x o direito da coletividade à segurança pública.

Tais direitos são de natureza diretamente constitucional, posto que encontram previsão e tratamento expressos na Constituição da República, no artigo 5º *caput* e artigo 144.

Em outras palavras, a problemática envolvendo a utilização, ou não, do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial revela um foco de tensão entre dois direitos constitucionais. De um lado, temos o direito de liberdade do agente infrator consubstanciado em não ter sua garantia à inocência reduzida e de

³⁹ Como consequência da orientação expedida pelo Min. Rogério Schietti, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro publicou o Aviso 2º Vice Presidência nº 01/2022, de 07 de janeiro de 2022, recomendando aos magistrados que reavaliem, com a urgência necessária, as decisões em que a prisão preventiva do acusado foi decretada tão somente com base no reconhecimento fotográfico operado sem a observância do disposto no artigo 226 do CPP, realizado no bojo do procedimento investigatório respectivo, inclusive nos feitos suspensos na forma prevista no artigo 366 do CPP.

outro lado o direito da coletividade em não ficar desprotegida ante a prática de uma conduta criminosas.

A questão principal a ser dirimida encontra sua pedra de toque no conflito que se forma entre dois direitos que encontram sua sede no texto constitucional.

Assim, demonstra-se inviável a aplicação dos critérios tradicionais de solução de antinomias entre normas infraconstitucionais⁴⁰ ao caso objeto do presente estudo.

A solução do referido conflito só será possível através da aplicação da técnica da ponderação, posto que se trata de direitos de índole constitucional, não podendo negar-se eficácia a um em favor da aplicação integral do outro.

Em tal hipótese, deve-se buscar a harmonização entre os direitos em tela, de forma que a solução a ser utilizada preserve a essência de ambos, ante a opção que se apresente mais adequada, necessária e proporcional à solução do conflito em estudo. Assim, ao realizar a ponderação, será necessária a utilização do princípio da proporcionalidade.

Na seara constitucional penal e processual penal, o princípio da proporcionalidade possui um duplo viés: proíbe o excesso na punição estatal ao agente, mas, também, veda a proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado, ora violado, e, em última análise, à própria sociedade.

Assim, seja prevalecendo a solução que privilegie a presunção de inocência do indivíduo infrator, seja a que priorize o direito da coletividade à segurança pública, a opção eleita deverá ter observado, necessariamente, o princípio da proporcionalidade na dupla dimensão que lhe é conferida no Direito Penal e Processual Penal contemporâneo.

Logo, impõe-se a aplicação da técnica da ponderação à problemática decorrente da utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial, com a necessidade da observância do princípio da proporcionalidade por seu duplo viés.

Quid iuris a utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial, sem observância das regras dos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, torna nula a prova penal?

Conforme já asseverado anteriormente, a presente indagação constitui motivo de grande divergência, com reflexo na jurisprudência. Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, verifica-se que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para solução da questão.

O entendimento de que a falta de previsão legal específica do reconhecimento de pessoas por fotografia no processo penal (*lato sensu*) veda sua utilização demonstra que tal orientação observou somente a face negativa do princípio da proporcionalidade. Em se adotando tal posicionamento, o bem jurídico da segurança da coletividade restará protegido de forma insuficiente.

⁴⁰ Critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.

Isto porque, para que se obtenha uma correta resposta ao conflito em tela, não se pode perder de vista a real intenção do legislador ao criar os institutos denominados Reconhecimento de Pessoas e de Coisas. Desta forma, a interpretação dos dispositivos deverá ser feita em estrita congruência com o critério teleológico.

Resta evidente e indiscutível o objetivo do legislador ao criar os meios de prova no Código de Processo Penal, qual seja o de combater a prática de crimes, *in casu* possibilitando a descoberta da autoria dos crimes.

Neste sentido, observa-se que os dispositivos não podem ser interpretados de forma isolada e estritamente gramatical, posto que se inserem em um sistema de normas, o qual tem uma lógica encadeada de funcionamento.

Em outras palavras, as normas devem ser interpretadas sistemática e teleologicamente, *i.e.*, através de uma análise conjunta dos dispositivos, buscando-se a real intenção do legislador ao estabelecer aquela regra.

Portanto, apresenta-se absolutamente desarrazoado sustentar a impossibilidade de utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial pelo simples argumento de não ter previsão nominal específica.

A questão em tela, conforme já mencionado, envolve um conflito entre dois direitos constitucionais, quais sejam o direito de liberdade (presunção de inocência do agente infrator) e o direito da coletividade à manutenção de sua segurança. Em se tratando de colisão entre direitos de índole constitucional, inexistente norma específica para solucioná-lo, faz-se necessária a utilização da técnica da ponderação.

No manuseio da ponderação em matéria penal e processual penal, o intérprete terá como instrumento fundamental para a obtenção da solução que melhor harmonize os interesses em divergência o princípio da proporcionalidade. Tal princípio, quando aplicado ao Direito Penal e Processual Penal, possui uma dupla face: veda o excesso na punição ao agente infrator, ao mesmo tempo que proíbe a proteção deficiente do bem jurídico tutelado pela norma, conforme previsão constitucional.

Aplicando a técnica da ponderação ao caso em tela, o excesso punitivo estaria refletido na utilização do instituto do reconhecimento fotográfico de pessoas sem observância das regras dos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a proteção insuficiente do bem jurídico tutelado, *in casu* a incolumidade pública e, por conseguinte, da coletividade, ocorreria na hipótese da impossibilidade de utilização do referido meio de prova, ante a sua falta de previsão legal específica.

A aplicação da técnica da ponderação ao caso em tela, ante os bens jurídicos constitucionais em conflito, utilizando-se o princípio da proporcionalidade em sua dupla face, implica a necessidade da obtenção de uma solução equilibrada.

Neste diapasão, impõe-se realizar uma interpretação teleológica dos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal; isto é, buscar a real *mens legis* quando estes se referem ao reconhecimento de pessoas e de coisas.

Assim, o reconhecimento por fotografia de autor de crime deverá observar as regras contidas nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, devendo o reconhecedor descrever previamente as características físicas do autor do crime, para posteriormente ser montado um mosaico preferencialmente com no mínimo cinco fotos de pessoas que tenham características físicas parecidas com aquelas descritas. Em sendo positivo o reconhecimento, deverá o reconhecedor assinalar no mosaico de fotos o indivíduo reconhecido, apondo sua assinatura, e ser lavrado o auto de reconhecimento formal, assinado pela autoridade, pelo reconhecedor e por duas testemunhas presenciais. Em havendo mais de uma pessoa apta a fazer o reconhecimento, essas deverão ser separadas, evitando-se a comunicação entre as mesmas.

De certo que, ocorrendo o reconhecimento fotográfico do autor do crime em sede policial, a investigação penal deverá se valer, também, de outras provas para formação do conjunto probatório.

Em havendo deflagração de ação penal, na instrução criminal deverá ser realizado o reconhecimento pessoal do acusado pelo sujeito reconhecedor, excetuando-se tal realização apenas nas hipóteses em que tal ato se tornar inviável, tal como ocorre quando o reconhecedor vier a falecer, ou quando o acusado é revel e/ou se nega a participar do reconhecimento. Nessas hipóteses, o reconhecimento fotográfico realizado em sede policial deverá ser valorado em conjunto com as demais provas existentes nos autos, levando-se em conta o *standard* probatório aplicável à respectiva fase do procedimento.

Sob a ótica do princípio da proporcionalidade, a referida solução apresenta-se mais adequada, compatível e proporcional (em sentido estrito), configurando-se como a perfeita harmonização entre os bens em conflito.

Assim, a utilização do reconhecimento fotográfico obedecendo a tais balizamentos, apresenta-se como a solução ponderada e, conseqüentemente, proporcional à problemática em tela, posto que, desta forma, não haverá excesso na punição ao agente infrator, nem proteção insuficiente do bem jurídico tutelado, *in casu* a incolumidade pública.

4. Conclusão

O princípio da segurança jurídica constitui uma das bases do Estado Democrático de Direito.

O novo constitucionalismo imprimiu ao Estado Democrático de Direito uma série de modificações que se mostravam necessárias à sua modernização e à efetivação dos direitos fundamentais. A complexidade das relações sociais atingidas com a evolução já não mais se coadunava com o modelo fechado e restritivo, que remontava ao período liberal.

Os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante, ou seja, informam o ordenamento jurídico do qual fazem parte para orientar tanto a produção quanto a aplicação do direito.

Visando, portanto, dar concretude a esses proclamados direitos fundamentais, desenvolveu-se uma nova interpretação constitucional, convergindo para a necessária convivência da norma com o caso concreto, com a harmonização e convivência de direitos, que possuem o mesmo quilate e que não podem jamais ocupar lugar de preponderância. Devem ser compatibilizados e, em caso de conflito, a regra a ser utilizada para solucionar será a da ponderação.

A ponderação consiste numa regra de decisão, aplicada em casos onde há conflitos envolvendo direitos fundamentais. A técnica procede à interpretação das normas constitucionais segundo os cânones modernos.

O operador do Direito, ao se debruçar sobre uma situação fática que implique aparente colisão entre normas integrantes da Constituição da República, deverá, inicialmente, identificar os direitos constitucionais em conflito. Prosseguindo, buscará encontrar as normas aplicáveis à espécie. Uma vez relacionadas as normas com a situação fática, passar-se-á, efetivamente, à ponderação, que consiste em sopesar os valores em jogo, compatibilizando-os, de forma que possam conviver harmoniosamente.

Na ponderação, os direitos fundamentais coexistem, mas sofrem pequenas restrições para serem aplicados à situação fática. Apesar de possuir riscos, por aumentar o subjetivismo das decisões, ela aproxima a justiça do direito, pois não se subsume ao conteúdo da lei, comportando uma análise mais ampla, mais criativa do direito.

Não por outro motivo, se insere no atual discurso constitucional, pois, juntamente com as modernas regras e princípios constitucionais, utiliza-se de conhecimentos circundantes, advindos de outros campos, mas indispensáveis à uma interpretação mais justa e correta.

A implementação da ponderação implica a utilização de mecanismos próprio. Neste sentido, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como o principal instrumento na consecução da mencionada técnica.

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade a preservação dos direitos fundamentais, sejam de natureza individual, quanto coletiva (*lato sensu*).

Em que pese o mencionado princípio não gozar de previsão literal no texto constitucional brasileiro, sua existência é reconhecida inequivocamente, eis que decorre diretamente da cláusula do Estado Democrático de Direito, expressamente adotada pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 1º.

Frise-se que o princípio da proporcionalidade será fundamental na obtenção do equilíbrio necessário que deverá haver dentro da organização estatal e, sobretudo, na própria sociedade, razão de ser do Estado. Isto porque, conforme verificado, comumente surgirão focos de tensão entre direitos fundamentais, os quais precisarão ser dirimidos através da ponderação.

O princípio da proporcionalidade funciona, outrossim, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Através dele far-se-á o balanceamento necessário entre valores essenciais à coletividade como justiça, igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança, previstos expressamente na Constituição.

O referido princípio, ao ser utilizado na seara penal *lato sensu*, diante da ordem constitucional vigente, deverá ser observado em sua dupla dimensão: proíbe o excesso de punição ao agente infrator e, simultaneamente, veda a proteção insuficiente do bem jurídico tutelado.

Ao Estado não é lícito aplicar sanção ao agente transgressor da norma penal de forma excessiva, devendo ser, estritamente, justa e proporcional à conduta praticada. No mesmo sentido, não lhe é permitido conferir ao bem jurídico violado proteção em nível insuficiente, posto que necessita de um especial tratamento estatal ante a essencialidade do valor que traduz.

Em não se observando tal equação, inequivocamente quebrar-se-á o essencial equilíbrio que deve existir dentro da organização social e, por via de consequência, dentro do próprio Estado.

Assim, se o legislador excedeu na punição ou não conferiu proteção em nível suficiente ao bem jurídico tutelado, conforme lhe era exigido pela Carta Constitucional, tal excesso/omissão ensejará a inconstitucionalidade da opção política adotada.

Em um Estado Democrático de Direito, sob a ótica do neoconstitucionalismo, compete ao Direito Penal e Processual Penal focar suas normas no combate à prática das infrações que violam os direitos fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana, bem como as que inviabilizam a efetivação dos propósitos a serem cumpridos pelo poder estatal e expressamente esposados na Lei Maior. Assim, o Direito Penal e Processual Penal passa a ser interpretado à luz da Constituição.

Desta forma, sob o novo enfoque dado ao Direito Penal e Processual Penal, o Estado deixa de ocupar o lugar de oposição com a Sociedade e com o Indivíduo, passando a ser entendido como o responsável pela defesa e, conseqüente, efetivação dos direitos a esses inerentes.

Partindo-se dessa premissa, afirma-se a constitucionalidade da extensão da função de proteção penal a bens jurídicos de interesse da coletividade (interesses transindividuais). Supera-se, deste modo, o entendimento – que não mais se justifica – no sentido de que o Direito Penal, ao exercer a tutela dos denominados bens de natureza transindividual, estaria deslocando-se de sua posição de *ultima ratio*, passando a ter incidência de forma antecipada e não justificada.

Colecionando todos os pensamentos esposados, verifica-se de forma clara na Constituição do Brasil de 1988 um duplo objetivo a ser alcançado na proteção dos direitos humanos-fundamentais pelo Estado: deve-se defendê-los de excessos na punição e, da mesma forma, de omissões na penalização àqueles que os violarem.

Em outras palavras, só terão validade os dispositivos penais e processuais penais se o objetivo a ser alcançado for, sempre, o da proteção integral dos direitos.

Na hipótese de somente os direitos de o agente infrator serem observados, sendo deixados de lado os referentes à preservação do bem jurídico atingido, bem como os da efetiva proteção da coletividade, e vice-versa, o princípio da proporcionalidade não terá sido devidamente respeitado.

A Constituição funcionará como limite às práticas penalizadoras (viés negativo) e despenalizadoras (viés positivo), atendendo-se ao equilíbrio que deve existir nas normas penais e processuais penais, em observância à exegese do princípio da proporcionalidade.

O desenvolvimento dos direitos fundamentais, de simplesmente individuais para coletivos (*lato sensu*), não foi acompanhado pelo Direito Penal e Processual Penal. As escolas doutrinárias que pautaram a ciência jurídico-penal moderna não reconheceram a importância desses valores transindividuais que se sedimentavam dentro da sociedade. Desta forma, a norma penal insistia em restringir-se à tutela exclusiva dos bens jurídicos de cunho individual.

Atento a tal circunstância, o constituinte trouxe para o texto constitucional o reconhecimento de tais valores, conferindo-lhes especial proteção. Conseqüentemente, impõe-se ao legislador a obrigação de auferir a tais valores a devida proteção, em consonância com a orientação da Lei Maior.

Portanto, o bem jurídico penal, que no passado se limitava a valores de caráter individual, hodiernamente passou a abranger, também, os de natureza coletiva (transindividual). Assim, houve uma ampliação na dimensão do conceito de bem jurídico penal, comportando os valores de índole individual e metaindividual.

Diante do avanço da violência e, em especial, da prática de crimes de maior gravidade, tornou-se imperioso um tratamento mais adequado a tais condutas, em especial, com meios de provas consentâneos à velocidade do desenvolvimento da criminalidade.

A necessidade de uma adequada resposta estatal ao referido cenário, visando a defesa da incolumidade pública, levou à utilização do reconhecimento de pessoas por fotografia em sede policial, como uma adaptação ao reconhecimento de pessoas, quando estas não estiverem presentes.

Possui como objetivo imediato o combate mais eficaz à grande velocidade na prática de crimes, conferindo um tratamento processual penal condizente com a realidade.

Entretanto, sua utilização não transcorreu de forma tranquila, sendo motivo de grande controvérsia na doutrina e jurisprudência pátrias.

Decerto que, diante da nova perspectiva que o Direito Processual Penal passou a ter após a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, a análise da *vexata questio* presente no reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial necessita de um estudo devidamente pautado pelos novos dogmas da ordem constitucional vigente.

Nesse sentido, a análise da questão em tela implica a verificação dos interesses em conflito, propondo-se como solução uma interpretação com a utilização da técnica da ponderação. Esta, ante a natureza dos direitos em jogo, será feita através do princípio da proporcionalidade, o qual, quando aplicado em matéria penal em sentido amplo, deverá observar dois primas fundamentais: vedar o excesso punitivo estatal sobre o indivíduo, bem como proibir uma proteção deficiente ao bem jurídico protegido que tenha sido violado pela conduta infracional.

Partindo de tais premissas, foram obtidas as seguintes conclusões no estudo de caso veiculado na presente dissertação, pontualmente:

I - O reconhecimento fotográfico do autor de crime em sede policial possui validade, devendo observar as regras contidas nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, referentes ao reconhecimento de pessoas e coisas. Tal conclusão decorre de uma interpretação do citado diploma legal através dos critérios teleológico e sistemático.

II - Ocorrendo o reconhecimento fotográfico do autor do crime em sede policial, a investigação penal deverá se valer, também, de outras provas para formação do conjunto probatório. Dessa forma, observa-se o princípio da proporcionalidade em seu duplo viés.

III - Em havendo deflagração de ação penal, na instrução criminal deverá ser realizado o reconhecimento pessoal do acusado pelo sujeito reconhecedor, excetuando-se tal realização apenas nas hipóteses em que tal ato se tornar inviável, tal como ocorre quando o reconhecedor vier a falecer, ou quando o acusado for revel e/ou se negar a participar do reconhecimento. Nessas hipóteses, o reconhecimento fotográfico realizado em sede policial deverá ser valorado em conjunto com as demais provas existentes nos autos, levando-se em conta o *standard* probatório aplicável à respectiva fase do procedimento; estando tal raciocínio em consonância com o duplo viés que o princípio da proporcionalidade possui quando aplicado à norma penal em sentido amplo.

Há, na verdade, dois direitos em conflito: o direito de liberdade (presunção da inocência do indivíduo) X o direito da coletividade à segurança pública, os quais encontram expressa previsão no texto constitucional. Para a solução de tal divergência, a técnica da ponderação apresenta-se como a única forma viável para a harmonização dos mesmos. E, em se tratando de norma penal e processual penal, deverá ser aplicada valendo-se do princípio da proporcionalidade em sua dupla dimensão.

Assim, em observância a essa dupla face do princípio da proporcionalidade, a solução apresentada, obtida através do emprego da técnica da ponderação, observa o duplo viés que o princípio da proporcionalidade possui em matéria penal *lato sensu*, não punindo em excesso o agente infrator, bem como não conferindo proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado, qual seja a incolumidade pública.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Juspodivum, 2021.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p.106.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal*. 3º volume. 2ª edição. São Paulo: Bushatsk, 1976, p. 765.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. *Sobre o uso do standard probatório no processo penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>

MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. Niterói: Labor Juris, 2000. p. 65.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano 03, nº 12, Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico*. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 22 (julho/dezembro de 2005). Rio de Janeiro, 2006.

_____. *Do Garantismo Negativo ao Garantismo Positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade*. In: *Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Ano 08, nº 07 (janeiro de 2005). Rio de Janeiro.

Site do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br).

Site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br).

Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (www.tjrj.jus.br).

A admissibilidade e a racionalidade da prova: algumas notas a partir de um contexto subjetivista do direito probatório brasileiro

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. Introdução. 2. A necessidade de um conjunto probatório tendencialmente completo e o problema da exclusão da prova ilícita. 3. A racionalidade como elemento lógico para a admissibilidade da prova. 4. Valoração da prova, fundamentação e racionalidade. 4.1. Estândares probatórios. 4.2. Valoração da prova pericial. 5. Encerramento. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Se registros históricos mais remotos já indicam que a racionalidade é ignorada constantemente, tempos recentes ilustram enfaticamente que a irracionalidade está presente com surpreendente força e em variados campos.¹ Na área probatória, a compreensão sobre o conceito de racionalidade ou de racionalismo apresenta controvérsias filosóficas, mas em linhas gerais certamente se contrapõe a decisões a partir de conjunto de crenças subjetivas, ou seja, busca conferir objetividade à conformação da prova.

O caminho da visão racionalista da prova é longo,² está longe de ser infenso a controvérsias, como de resto toda linha doutrinária sobre qualquer assunto, mas inegavelmente traz discussões fundamentais para que se levem a sério os fatos no processo e o raciocínio probatório, permitindo um controle intersubjetivo do que é produzido e decidido no processo.

* Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP). Mestre em Raciocínio Probatório pela *Universitat de Girona*. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Sobre a racionalidade sob uma perspectiva histórica e com desconcertante otimismo sobre o futuro: VIETTA, Sílvio. *Racionalidade: uma história universal*. Nélio Schneider (Trad.). Campinas: UNICAMP, 2015. PINKER, Steven. *O Novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Motta, Soares (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Já para uma visão pessimista, bastaria acompanhar o noticiário, mas o próprio Pinker aponta bibliografia, em sua impressionante pesquisa. Sobre o racionalismo na ciência, com análise do pensamento de importante filósofo para o direito probatório e também com indicação bibliográfica geral: DIAS, Elizabeth de Assis. A concepção de racionalidade científica no pensamento de Susan Haack. *Perspectiva Filosófica – Revista do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFPE*, vol. 49, n. 2, 2022 (<https://periodicos.ufpe.br/revistas/perspectivafilosofica/index>).

² Cf. ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, v. 5, n. 39, p. 85-109, 2019 (<https://journals.openedition.org/revus/5559>). TWINING, William. La tradición racionalista en el estudio de la doctrina probatoria. *Repensar el Derecho Probatorio: ensayos exploratorios*. Paul William Cifuentes (Trad.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2022. FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021.

Diante de concepção persuasiva da prova – que conta com muitos adeptos teóricos e, ainda que inconscientemente, prevalece na jurisprudência brasileira³ –, a visão racionalista⁴ da prova, na síntese de Ferrer Beltrán, apresenta como notas essenciais (a) a valoração da prova a partir do método de corroboração e refutação de hipóteses; (b) opção por uma imediação limitada do princípio da imediação;⁵ (c) forte exigência de motivação sobre os fatos e (d) defesa de sistema de recursos que possibilite amplo controle da decisão.⁶

A essência dessa concepção é retirar a convicção subjetiva do julgador como componente do raciocínio probatório.⁷

O propósito deste texto, portanto, é registrar a necessidade de o raciocínio probatório seguir a concepção racionalista, superando um contexto de ampla subjetividade, ou seja, insistir no racionalismo em um ambiente que lhe é hostil.

³ No texto citado na terceira nota, Accatino defende que na doutrina latino-americana a concepção racionalista da prova entrou em debate apenas neste século.

⁴ Pela importância dos estudos de Marina Gascón Abellán, cumpre assinalar que também pode ser denominada de visão ou concepção cognitivista: “A concepção da prova que adotarei pode ser chamada, sem grande esforço, de *cognitivista*, a qual entende que a prova é uma atividade destinada a conhecer ou averiguar a verdade sobre fatos controvertidos ou litigiosos, sendo um *instrumento de conhecimento*, um conhecimento que é frágil e cujos resultados são meramente prováveis. De forma concisa, essa concepção entende que a prova é baseada no saber e não no poder, sendo aquele sempre imperfeito e relativo. O cognitivismo se opõe à concepção *persuasiva* da prova, esta que defende que a finalidade probatória é apenas persuadir o julgador com o objetivo de obter uma resolução favorável. Não se pode sequer contestar se a convicção do juiz está certa ou errada: simplesmente o julgador está persuadido. Essa forma de entender a prova é compatível com (e, mais ainda, implica) uma concepção irracional da decisão sobre os fatos (ou da valoração da prova, que é seu núcleo essencial), sendo difícil ou mesmo impossível a exteriorização e o controle. Por um lado, ‘porque a persuasão de um sujeito sobre algo é um estado psicológico e nada mais’; por outro, porque a persuasão pode fundar-se em qualquer coisa que tenha influenciado a formação desse estado psicológico e não necessariamente na produção de provas. Ao contrário, para o *cognitivismo*, a valoração da prova é concebida como uma atividade *racional*, consistente em verificar a verdade dos enunciados à luz das provas disponíveis e, portanto, suscetível de exteriorização e controle” (Prova e argumentação (I). Decidir sobre os fatos. *O Problema de Provar*. Livia Moscatelli (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 17/19).

⁵ Especificamente sobre esse ponto, FERRER BELTRÁN, Jordi. El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, vol. 33, 1-22, 2017. p. 3.

⁶ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 96. Do mesmo autor, reforçando a ideia racionalista, mas enfatizando a necessidade de padrões probatórios para o controle objetivo e intersubjetivo da decisão, refinando as ideias expostas no livro antes citado, é fundamental a leitura de *Prova sem Convicção*, também publicado em tradução de Vitor de Paula Ramos pela editora JusPodivm, cuja 2ª edição foi publicada em 2023.

⁷ A depender da visão sobre o raciocínio probatório, “convicção subjetiva” pode ser vista como uma tautologia, mas preferimos essa expressão para deixar bem clara a ideia em um contexto em que prevalece a concepção persuasiva da prova, cuja proeminência doutrinária vem sendo fortalecida até mesmo com a estranha empolgação com algumas ideias sobre direito e economia e também psicologia, além das novas tecnologias e a aplicação jurídica. O que importa neste texto, porém, é marcar definitivamente essa ideia do racionalismo probatório e sobre o tema é incontornável o livro de Ferrer Beltrán: *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021.

2. A necessidade de um conjunto probatório tendencialmente completo e o problema da exclusão da prova ilícita

Uma das características da concepção racionalista da prova é a relação entre a prova e a verdade⁸ e, nesse sentido, o primeiro ponto que se pode explorar da irracionalidade do sistema sobre determinado meio de prova é sua ilicitude. A assunção do objetivo da averiguação da verdade dos fatos como fim institucional da prova no processo tem um corolário claro: quanto mais rico o conjunto de elementos probatórios para a tomada de decisão, maior a possibilidade de acerto. Se isso é assim, do ponto de vista epistemológico temos que desenhar o procedimento de tal forma que se maximizem as possibilidades de que ingressem no processo todas e somente as provas relevantes, assim como se possa extrair das provas as informações sobre os fatos e também sua própria confiabilidade.⁹

A maior ou menor limitação à atividade probatória no processo depende do direito positivo, sendo frequente e bastante comum a existência de balizamentos vários que integram o direito à prova, que, como qualquer direito, não é absoluto. Toda inadmissibilidade de meio de prova é, porém, antiepistêmico,¹⁰ na medida em que se cria déficit de conhecimento, o que exige que as limitações probatórias sejam excepcionais. Entre os vários critérios utilizados para se limitar a prova, temos questões procedimentais, aspectos temporais, entre outros, mas especialmente existem regras de exclusão relacionadas à juridicidade da obtenção da prova ou de seu conteúdo,¹¹ rechaçando-se o que for considerado ilícito por um ordenamento jurídico específico (cf. art. 5º LVI, CR), ou seja, que violar uma norma jurídica (nesse sentido, é ao menos supérflua a distinção comumente encontrada entre prova ilícita e prova ilegítima),¹² havendo ainda a ilicitude por derivação (art. 157, §§ 1º, 2º, 3º e 5º, CPP).

⁸ Para Accatino, duas teses sintetizam o racionalismo probatório: “a) *la tesis de la búsqueda de la verdad como fin preferente de la prueba jurídica, que reconoce a la averiguación de la verdad respecto de los hechos del caso prioridad como fin de la actividad probatoria y de la regulación jurídica de la prueba, y b) la tesis, derivada de la anterior, de la justificación probatoria como caso especial de la justificación epistémica general, que afirma la debida aplicación a la valoración de la prueba de los criterios de la racionalidad epistémica general, mediante la construcción de inferencias inductivas basadas en generalizaciones empíricas que permiten justificar conclusiones de carácter probabilístico. Se trata de dos tesis normativas, que identifican las bases de un derecho y un razonamiento probatorio racionales en tanto instrumentalmente funcionales a la averiguación de la verdad y la minimización del riesgo de error*” (ACCATINO, Daniela. Teoria de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, v. 5, n. 39, p. 85-109, 2019), ressaltando que permanecem controvérsias sobre o alcance e a dimensão dessas teses e de outras questões filosóficas entre os próprios racionalistas.

⁹ FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 18, 22 e 66.

¹⁰ “Nenhum processo é apenas um instrumento epistêmico. Por mais que a descoberta da verdade seja relevante, como condição necessária para a justiça da decisão, a verdade não é um valor que deve ser perseguido a qualquer custo ou a qualquer preço.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 154)

¹¹ Ao mesmo tempo rigor com cadeia de custódia: AgRg no RHC n. 143.169/RJ, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 2/3/2023, mas não como critério inerente à formação da prova, mas como requisito legal com eficácia temporal a partir da vigência da regra e, portanto, apenas no processo penal: AgRg no HC n. 739.866/RJ, Quinta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022.

¹² Em sentido contrário, embora reconhecendo haver mínimas diferenças entre ambas as categorias: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 167/171.

Sabe-se, também, que a ilicitude de determinada prova pode significar grave déficit epistemológico¹³ em processo específico, subtraindo a possibilidade de acesso a fatos essenciais.¹⁴ Pode haver inclusive situações em que apenas a prova inicialmente ilícita pode efetivamente resolver o conflito submetido a julgamento. Em crimes sexuais, por exemplo, uma gravação ambiental pode ser a prova mais eloquente para se conhecer os fatos; ou a violação de mensagens veiculadas por meio de aplicativos próprios;¹⁵ ou ainda a obtenção sub-reptícia de material genético de terceiro; enfim, os exemplos podem se multiplicar.

É possível, portanto, que em determinado processo seja imprescindível a análise de determinada prova ilícita para que se configure o quadro fático mais próximo da verdade.

Na jurisprudência comumente encontramos com mais frequência o problema de uma prova ilícita ser imprescindível em determinado processo penal, configurando, assim, um quadro que pode ser denominado de estado de necessidade¹⁶ probatório.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 166.

¹⁴ “De todo modo, o fato de a exclusão da prova ilícita estar vigente em todos os estados constitucionais não pode ocultar a permanente tensão que existe entre os dois interesses em jogo: o interesse da sociedade em averiguar a verdade e punir o crime e o interesse dos indivíduos de que seus direitos sejam respeitados em todos os casos. Ao excluirmos provas obtidas ilicitamente, é certo que estamos outorgando uma proteção contundente aos direitos violados. Porém, ao efetivar tal exclusão, estamos nos privando de usar informações ou dados que poderiam conduzir ao esclarecimento da verdade. Relembrar essa obviedade não parece banal, já que ela é o que explica o fato de a exclusão de provas ilícitas ser permanentemente objetada ou contestada, especialmente quando há a sensação (fundada ou induzida) do grave aumento da criminalidade. Isso é mais ou menos o que acontece. Durante décadas, assistimos a um processo de constante articulação de exceções à regra de exclusão probatória, com as quais se pretende amenizar os efeitos supostamente distorcidos de sua rígida aplicação. Um processo de enfraquecimento progressivo que se traduz em um retrocesso em direção à *liberdade de prova*. Naturalmente, isso facilita a descoberta da verdade, mas à custa de rebaixar a garantia dos direitos em um contexto (da busca de provas) em que eles são particularmente vulneráveis”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Além da verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas. *O Problema de Provar*. Livia Moscatelli (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 126/127. A autora afirma que a exclusão da prova ilícita “está vigente em todos os estados constitucionais” e, mesmo que efetivamente seja essa uma regra geral, há que se ter em mente que se trata de uma questão de política legislativa que não integra o conceito de prova ilícito, mas, sim, de uma consequência diante da ilicitude, o que significa que, em tese, podem ser pensadas outras soluções normativas. E o fundamental problema das exceções à ilicitude da prova e seu aproveitamento está precisamente na possibilidade de exceções casuísticas, como a própria autora, após exame de várias situações, deixa claro: “Nem todas as ilicitudes probatórias são igualmente graves, nem simplesmente merecem a mesma sanção. Por isso, concordo com Ruiz Miguel no sentido de que o que é necessário é determinar ‘qual é a fronteira ante a qual a busca da verdade deve ceder’; combinar ‘um núcleo amplo e robusto de casos e uma periferia de exceções bem justificadas e delimitadas’. Em outras palavras, o que se deve fazer é *delimitar claramente o perímetro das exceções* à regra, ao invés de deixar essa tarefa para a apreciação inevitavelmente subjetiva dos juízes que ponderam em cada caso, possivelmente influenciados pelo ‘ambiente social’” (p. 153/154, itálico no original). Sobre as regras de exclusão que também são estudadas pela autora, há exemplos bem interessantes, sobretudo o denominado Caso Falciani, que também pode ser examinado, com outras questões, neste livro: LÓPEZ-CABELLO, Fernando Alday. *La Exclusión de la Prueba Ilícita en España y México*. Barcelona: Atelier, 2020. Para uma discussão sobre a exclusão ou não da prova ilícita: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. 2ª ed. Cidade do México, IBIJUS, 2018, capítulo II.

¹⁵ O Superior Tribunal de Justiça vem considerando reiteradamente ilícitas tais provas quando obtidas sem autorização judicial prévia: HC nº 422.299/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018; HC nº 542.293/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, por exemplo.

¹⁶ Registre-se antigo julgado do Supremo Tribunal Federal que tratou o caso como legítima defesa: HC nº 74678, Relator: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 10/06/1997, DJ 15-08-1997, PP-37036, Ement, Vol-01878-02, p-00232). Confira-se, ainda, ROQUE, Andre Vasconcelos. As provas ilícitas no novo Código de

Nesse contexto de penúria instrutória, a discussão está em saber se a ilicitude da prova estaria excluída, coonestando a utilização da prova; se estiver, há que se definir se apenas para beneficiar o réu ou também se pode ser utilizado para a condenação. A doutrina e a jurisprudência apontam para a ponderação, ou aplicação do princípio ou postulado da proporcionalidade, para resolução desse conflito entre o direito à prova e a vedação da utilização da prova ilícita.

Há, porém, forte divergência no debate quando se pretende utilizar a prova originalmente ilícita em desfavor do réu, enquanto não há maiores turbulências quando seu uso se dá em favor da liberdade individual,¹⁷ prevalecendo a ideia de que somente em favor da liberdade pode-se relativizar a ilicitude de uma prova no processo penal.¹⁸ Não há, porém, manifestação peremptória da jurisprudência nesse sentido,¹⁹⁻²⁰

processo Civil e o estado de necessidade processual. *Provas*. Macedo, Peixoto, Freire (Coord.). 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Há que se considerar, porém, que não basta admissão de determinado meio de prova para que se preencha a exigência racionalista do conjunto probatório pleno, mas também que se permita uma adequada produção e compreensão da prova. No caso de “estado de necessidade probatório”, por exemplo, o que comumente se dá em interceptações de mensagens, confira-se: RAMOS, Vitor P. Da Necessidade de Corroboração Probatória para a Reconstrução de Sentidos em Diálogos obtidos por Interceptações Telefônicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 537-566, jan./abr. 2021.

¹⁷ Cf. A discussão sobre a utilização da proporcionalidade como critério para admissão da prova ilícita no processo penal em ÁVILA, Thiago Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade. Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal*. Salgado, Kircher, Queiroz (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 611/645. Consta em recente ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal que há “necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas”, constando expressamente no voto do Relator que, “na verdade, o uso de eventual prova ilícita em favor do réu constitui a única exceção à regra estabelecida no art. 5º, LVI, da CF/88 (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos)” (Rcl 33711, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, DJe-184, Public 23-08-2019).

¹⁸ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 177, ainda que não seja peremptório no ponto. Na jurisprudência, parece ser essa a tendência atual nos Tribunais Superiores: STF - HC nº 103325, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, DJe-213, PUBLIC 30-10-2014; STF - Rcl nº 43007, Segunda Turma, julgado em 21/02/2022, PUBLIC 24-03-2022; STF - HC nº 164493, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021, PUBLIC 04-06-2021; STJ - REsp nº 1695349/RS, Sexta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019.

¹⁹ Encontram-se julgados em que se reconhece a litude da gravação ambiental por um dos interlocutores, não se tratando, portanto, de aproveitamento de prova ilícita, ao menos a partir da caracterização do tema pelos Tribunais: “[...] 2. A teor do disposto no artigo 157 do Código Penal são inadmissíveis as provas ilícitas, assim consideradas as que violam direito material do réu, devendo ser desentranhadas do processo, de modo a conferir efetividade ao princípio do devido processo legal e a tutelar os direitos constitucionais de qualquer acusado no processo penal. 3. No caso concreto, a genitora da vítima solicitou auxílio técnico a terceiro para a gravação de conversas realizadas através de terminal telefônico de sua residência, na qualidade de representante civil do menor impúbere e investida no poder-dever de proteção e vigilância do filho, não havendo ilicitude na gravação. Dada a absoluta incapacidade da vítima para os atos da vida civil – e ante a notícia de que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda – a iniciativa da genitora de registrar conversa feita pelo filho com o autor da conjecturada prática criminosa se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal” (REsp n. 1026605/ES, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 13/06/2014; ainda: RHC n. 127.477/PB, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021; registre-se, contudo, que o STJ modificou entendimento anterior e agora passou a exigir prova minuciosa de consentimento para ingresso em domicílio e obtenção de provas, o que afeta inclusive gravações encontradas: (HC n. 616.584/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/3/2021, DJe de 6/4/2021). Sobre o tema: MARTINS, C.; ÁVILA, T. P. de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua litude após a Lei n. 13.964/2019. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2022, 8(2). Disponível em: revista.ibraspp.com.br/RBDPPP/index.

²⁰ Não deixa de ser digno de nota a incrível indefinição do tema por parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, apenas com sinais ambíguos sobre eventuais

mas apenas uma tendência extraída a partir dos vários julgados existentes,²¹ além de a doutrina processual penal igualmente se mostrar favorável majoritariamente apenas no aproveitamento da prova ilícita em favor do réu, considerando-se a presunção de inocência e a proeminência da liberdade individual. Dificilmente há sustentação para afirmações absolutas nesse tema, mesmo em relação à defesa do réu, já que o uso da tortura é um limitador que se sobrepõe, por exemplo, mas é forte o discurso no sentido de que a liberdade individual deve prevalecer sobre o poder punitivo estatal, especialmente em tempos de perigosas relativização de direitos fundamentais, que a ideia de proteção social pode servir de pretexto para uma sobreposição estatal indevida, com o discurso da segurança pública a serviço da arbitrariedade.²² Não há dúvidas, portanto, de que se trata de tema sensível e mal resolvido pela jurisprudência, que raramente o enfrenta frontal e explicitamente, sem subterfúgios argumentativos. Inexistem padrões decisórios sobre tema tão sensível. E é precisamente essa postura claudicante e por vezes casuística que merecerá um pouco mais de desenvolvimento neste texto, não sendo nosso propósito examinar de modo exaustivo a questão do aproveitamento da prova ilícita, que apenas serve como exemplo de uma jurisprudência subjetivista sobre a prova.

tendências, a depender do momento histórico e da composição das Cortes, fazendo com que, na prática, haja contorcimentos conceituais e hermenêuticos caso a caso, ora esticando a denominada teoria dos frutos da árvore envenenada, ora se decidindo que determinada situação é lícita, mas em outro caso não é etc. Em um sistema no qual os Tribunais caminham para a concentração, abstração e a vinculatividade dos temas decididos, é de causar espécie a insistência em fórmulas linguísticas como “necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos” para adiar uma definição mais precisa sobre a matéria de inegável relevância, evidente sede constitucional e suficiente abstração para definição de teses, trazendo a propalada segurança jurídica na aplicação do direito, sem o risco de, anos após atos praticados, surgirem nulidades de algibeiras.

²¹ Renato Brasileiro de Lima entende ter havido sinalização do Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização da prova ilícita em desfavor do réu (*Manual de Processo Penal*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 666/667). Trata-se do seguinte excerto de ementa: “Objecção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência” (HC nº 79512, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1999, DJ 16-05-2003 pp-00108, ement, vol-02110-02 pp-00308). Entretanto, não se pode considerar estável entendimento do Tribunal proferido dentro de um mesmo ano, de modo que o julgado de quase vinte anos não pode ser considerado como vestígio do atual entendimento.

²² Cf. ARMENTA DEU, Teresa. *A Prova Ilícita*: um estudo comparado. Nereu José Giacomolli (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 64/67. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en el Sistema Estadounidense*: crónica de una muerte anunciada. Barcelona: Marcial Pons, 2019. POUCHAIN RIBEIRO, Pedro Melo. *La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*: un estudio comparado desde su origen em EEUU. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

3. A racionalidade como elemento lógico para a admissibilidade da prova

O procedimento probatório possui fases, etapas ou momentos que podem ser discriminados na proposição, na admissão, na produção e na apreciação ou valoração da prova. A fase de proposição antecede as demais e, em regra, basta o requerimento oportuno, mas como se pretende a admissão do que é proposto, cabe ao interessado demonstrar a relevância da prova e organizar sua postulação de modo a revelar que não abusará do seu direito à prova.

Já a fase de admissibilidade é mais complexa e deve partir da premissa do objetivo da averiguação da verdade dos fatos como fim institucional da prova no processo,²³ com um corolário claro: quanto mais rico o conjunto de elementos probatórios para a tomada de decisão, maior a possibilidade de acerto. Se isso é assim, do ponto de vista epistemológico o procedimento deve ser desenhado de tal forma que se maximizem as possibilidades de que ingressem no processo todas e somente as provas relevantes, assim como se possa extrair das provas as informações sobre os fatos e também sua própria confiabilidade.²⁴ Essa premissa e a abertura da redação das regras processuais indicam para a admissibilidade genérica das provas das partes, mas não é qualquer aporte de meios de prova que satisfaz os critérios epistemológico, racional e lógico da admissibilidade probatória.²⁵

Embora o processo possua sua dimensão epistemológica e necessite do aporte de meios de prova, não se trata de um ato ecumênico de que possam participar todos os instrumentos que as partes repute relevantes.

Há filtros para a admissibilidade de provas,²⁶ não se podendo confundir os planos de admissão com valoração e muito menos liberdade probatória com abolicionismo do regramento probatório.²⁷ Como todo direito, o exercício do direito à prova é regrado.

Com efeito, a liberdade probatória deve significar a admissão de provas que aumentem a qualidade das informações e possibilitem uma decisão justa e de acordo com o devido processo legal. Precisamente por essa razão é que o art. 17, § 10-F, II, inserido na Lei de Improbidade é caricatural se lido sem as devidas ressalvas, já que em nenhuma hipótese a mera especificação de meios de prova gera a obrigatoriedade de sua produção. Evidentemente há a outra face do problema e a admissibilidade da

²³ A verdade é um fim institucional, mas obviamente não é o único, já que o processo não possui apenas critérios epistemológicos (cf. FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 114/126).

²⁴ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 101.

²⁵ Cf. ALCOCEBA GIL, Juan Manuel. Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 215-242, jan./abr. 2018, disponível em: revista.ibraspp.com.br/RBDPP/index.

²⁶ A admissibilidade da prova foi objeto de recente monografia sob a perspectiva da racionalidade da prova: CARPES, Artur. *O Que Provar? Admissibilidade e eficiência no processo civil*. São Paulo: RT, 2023.

²⁷ FERRER BELTRÁN. La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi benthamiana. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Carmen Vázquez (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21/39.

prova não pode ser um filtro que impeça as partes de comprovar os fatos relevantes, não podendo haver indeferimento sem a específica fundamentação baseada na impertinência, irrelevância,²⁸ inutilidade ou ilicitude da prova.

Em tese, a admissibilidade da prova no processo deve ser inspirada pelo “princípio da inclusão”, o que significa que deve ser admitida qualquer prova que tenha informação relevante sobre os fatos submetidos a julgamento. Entretanto, por questões de política legislativa são impostos filtros de admissibilidade por meio de regras de exclusão, de modo que somente são admitidas as provas relevantes que não devam ser excluídas pela aplicação de filtros jurídicos.²⁹

Não basta a mera referência ao convencimento subjetivo do juiz ou à equivocada ideia de que o julgador é o destinatário da prova³⁰ para inadmiti-la, como se se tratasse de uma atividade sensitiva do magistrado e não um direito das partes. Por essa razão, na dúvida sobre a admissibilidade da prova deve imperar a abertura para o esclarecimento dos fatos.

A fase de admissibilidade é prospectiva e a aferição da relevância de cada meio de prova se dá por prognose, o que significa que se baseia em juízo hipotético sobre a relevância da prova. No caso concreto esse juízo pode não ser simples e a utilização do critério da inclusão pode significar uma abundância de provas redundantes (superinclusão probatória com sobrecarga ou transbordamento de informação), o que uma vez mais indica a importância do momento de organização do processo.³¹ Deve haver, portanto, uma preocupação com a prova redundante, isto é, aquela que corrobora algo já comprovado, mas nem toda prova redundante é supérflua, devendo-se aferir no caso concreto o equilíbrio entre a exigência de corroboração,³² já que a confirmação de uma hipótese por mais de uma prova é relevante, e a economia processual.³³ Essa parece ser a ideia, por exemplo, do limite

²⁸ A pertinência e a relevância são utilizadas como critérios de admissibilidade sem que haja exato consenso sobre os respectivos conceitos e se até mesmo são dois critérios distintos. Veja-se, por exemplo, esta definição: “relevantes são as provas que tenham utilidade para demonstrar ou negar uma determinada alegação fática, por terem pertinência em relação aos pontos controvertidos e por serem idôneas para auxiliar na compreensão dos fatos” (LESSA NETO, João Luiz. *Produção Autônoma de Provas e Processo Comparado*. Londrina: Thoth, 2021, p. 215). Há quem considere que relevante é a prova com aptidão para influenciar a decisão e a pertinência se refere à relação lógica entre o que se quer provar com o que se veicula pelo meio de prova, mas também pode ser considerada relevante a prova que aporta informação necessária para conhecimento dos fatos (cf. BADARÓ. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 159/166).

²⁹ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 63/64.

³⁰ Essas referências são repetidas cotidianamente na jurisprudência: “A finalidade da prova é o convencimento do juiz, de modo que a livre convicção do magistrado consubstancia a bússola norteadora da necessidade ou não de produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide, bem como da atribuição do peso que entender devido a cada um dos elementos probatórios constantes dos autos. Precedentes” (AgInt no AREsp n. 2.081.093/SP, Terceira Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 13/10/2022).

³¹ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 102/103, nota 15 e 110/111.

³² “É relevante a prova que puder, em tese, aumentar ou diminuir a corroboração das hipóteses fáticas que fazem parte do objeto litigioso.” (RAMOS, 2021b, p. 268)

³³ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 112, acrescentando o autor, p. 113, que, “se a corroboração de uma hipótese nunca é absoluta, então

máximo de testemunhas para cada fato (art. 357, § 6º, CPC), com o risco de a fixação abstrata não corresponder à complexidade do caso concreto e com o problema de se simplificar o que é “prova de cada fato”.

Outro ponto a se analisar brevemente versa sobre a admissibilidade da prova sob o aspecto da racionalidade e, para ilustrar o tema, mencione-se o caso da prova mediúnic ou psicografada. Embora haja diferenças entre ambas, parece-me que deve haver um enquadramento único na teoria geral da prova, cabendo assinalar que apenas a chamada prova psicografada possui efetiva relevância prática no direito brasileiro, com vários relatos sobre sua utilização,³⁴ especialmente em casos de júri popular.³⁵

Trata-se de situação que não se submete a controle de racionalidade³⁶ e que não pode, portanto, ser objeto de conhecimento de um processo jurisdicional, que não é campo para profissão de fé ou questões metafísicas.³⁷

novas provas confirmatórias (e refutadoras, claro) podem ser sempre relevantes. Entretanto, a partir de um determinado ponto de equilíbrio, a incorporação de novas provas confirmatórias pressupõe um grau adicional de corroboração muito pequeno, ao passo que cresce o perigo de transborde no manejo de informação pelo julgador. Nesse ponto, justificar-se-á epistemologicamente a exclusão da prova”.

³⁴ A própria psicografia já foi objeto de processo jurisdicional no Brasil, como se pode colher no interessante relato de Miguel Timponi, com transcrições das peças processuais: *A Psicografia antes os Tribunais: o caso Humberto de Campos*. 7ª ed. São Paulo: FEB, 2010. Favoravelmente à carta psicografada como prova, com o autor defendendo inclusive seu caráter científico: SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *A Prova Psicográfica no Direito Processual Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

³⁵ “Júri. Decisão absolutória. *Carta psicografada* não constitui meio ilícito de prova. Decisão que não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos. *Carta psicografada* não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do corrêu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido” (Apelação Crime, nº 70016184012, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em: 11-11-2009). Assunto: Direito Criminal. Júri. Decisão não manifestamente contrária à evidência dos autos. Decisão absolutória. *Carta psicografada* a favor da ré. Meio ilícito de prova. Inocorrência. Possibilidade de ser utilizada perante o Tribunal do Júri cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção” (TJRS – Apelação 70016184012 – Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas – publ. 25/11/2009). Sobre a valoração racional da prova no Tribunal do Júri: NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³⁶ Evidentemente esse controle de racionalidade depende do contexto histórico e adjetivar algo de irracional deve se relacionar com critérios contemporâneos: TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 20/21. Interessante considerar que mesmo para questões religiosas exige-se produção probatória racional hoje em dia, ainda que sobre fatos que exijam fé: KAZIRI, Pierre. *La Prueba de las Virtudes Heroicas y del Martirio en las Causas de Canonización*. Salamanca: Universidad pontificia de Salamanca, 2010. Sobre a evolução histórica de sistemas probatórios, há muita bibliografia citada por Michele Taruffo no livro citado nesta nota. Confirmem-se, ainda: MORAES, José Rubens de. *Sociedade e Verdade: evolução histórica da prova*. São Paulo: EDUSP, 2015. BERCOVICI, Milene Chavez Goffar Majzoub. *Juizos de Deus e Justiça Real no Direito Carolíngio: estudo sobre a aplicação dos ordálios à época de Carlos Margno (768-814)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

³⁷ O sobrenatural vez ou outra é levado aos tribunais e, além do recorrente tema da prova psicografada, o Superior Tribunal de Justiça julgou dois casos interessantes envolvendo questões espirituais, aqui referidas apenas para ilustrar: REsp n. 1.299.021/SP e HC n. 697.581/GO (neste último caso, julgado em 2023, felizmente se considerou que “o tipo penal, ao definir o delito de ameaça, descreve que o mal prometido deve ser injusto e grave, ou seja, deve ser sério e verossímil. A ameaça, portanto, deve ter potencialidade de concretização, sob a perspectiva da ciência e do homem médio, situação também não demonstrada no caso”, não sendo possível descortinar, porém, o porquê de a ciência estar em companhia da figura do homem médio, que é também ele quase uma figura sobrenatural).

No caso da carta psicografada, se for considerada como documento, portanto, prova típica, será imprestável como prova, já que se trata de testemunho escrito por quem não testemunhou os fatos. Se for prova atípica, o que nos parece mais correto, igualmente será ilícita, já que viola a laicidade estatal e a liberdade religiosa, além do contraditório, já que não haveria como se pronunciar sobre a produção da prova e da fundamentação da decisão.³⁸

Em todo caso, sua exclusão do processo deverá se dar sobretudo pela irracionalidade que lhe é intrínseca, já que não possui possibilidade de refutação ou confirmação científica e muito menos justificação controlável, excluindo assim a possibilidade de as partes participarem de sua produção ou mesmo de haver refutação, excluindo, também, uma motivação racional e, portanto, controlável, de acordo com o que dispõe o atual art. 315, §2º, CPP, que é cópia do art. 489, §1º, CPC.

Entre os limites de admissibilidade de determinada prova há o critério lógico, que importa na verificação abstrata da relação entre o fato e a prova, sem análise concreta de seu resultado no convencimento judicial.³⁹ Além dos limites lógicos, há também os limites extraprocessuais, como nos casos de provas ilícitas, e os limites epistemológicos, que se relacionam com a análise intrínseca da prova e sua aptidão para a construção do conhecimento sobre o fato controverso, excluindo-se o que não for útil para que se decida de forma racional,⁴⁰ sem “psicologismo”.⁴¹

Não basta que haja uma valoração racional da prova, mas é necessário também que a prova que se pretende admitir seja intrinsecamente racional.

Pode-se encontrar valorações não racionais⁴² sobre provas racionais, como nos casos em que há prova reconhecidamente científica, mas será impossível uma valoração racional de algo que não decorre da racionalidade, o que inclui a possibilidade controle e de refutação do meio de prova.

³⁸ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo. *Revista de Processo*, nº 234. São Paulo: RT, agosto de 2014, p. 33/61. No mesmo sentido, considerando que a carta psicografada não pode ser considerada prova por violar a liberdade religiosa, o contraditório e a fundamentação, e fazendo expressa adesão ao estudo de Didier Jr. e Braga: AMARAL, Paulo Osterneck. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 87/88.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 162. Difere, portanto, do critério da credibilidade da prova, que depende da análise do conteúdo concreto da prova e, portanto, autoriza sua admissão. (cf. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 88/89).

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 178/181. Com recorte sobre a prova documental: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

⁴¹ Isto é “não motivados por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis, porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos; não baseados em procedimentos cognitivos, pelo menos tendencialmente, e, por isso, expostos a controles objetivos e racionais, senão em decisões potestativas; não realizado mediante regras do jogo – como o ônus da prova e o direito de defesa – que garantam a ‘verdade processual’, mas confiado à sabedoria dos juízes e à ‘verdade substancial’ que eles possuem”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Sica, Choukr, Tavares, Gomes (Trad.). 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 46)

⁴² Sobre valoração racional da prova, com ampla bibliografia complementar: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2007. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

A racionalidade deve estar presente desde a admissibilidade da prova, incidindo a limitação epistemológica e excluindo aprioristicamente toda prova que intrinsecamente for incapaz de possibilitar a valoração e, conseqüentemente, a fundamentação racional da decisão.

4. Valoração da prova, fundamentação e racionalidade

Justificar ou fundamentar uma decisão não é expressar uma crença ou um subjetivismo e o direito probatório brasileiro encontra na jurisprudência⁴³ um campo pródigo em particularismos.⁴⁴

A aposta na utilização da ponderação⁴⁵ para a admissão de provas ilícitas, por exemplo, é ao mesmo tempo um lugar comum na prática jurisdicional e uma possibilidade imensa de adaptações discursivas para acomodações de soluções aprioristicamente selecionadas,⁴⁶ servindo quase como a estrutura do “leito de Procusto”. Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma hábil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que coonestem uma decisão solipsista. Para ilustrar essa situação, vale transcrever o método revelado com extravagante sinceridade e naturalidade por Ministro do Supremo Tribunal Federal: “Costumo dizer que, como magistrado, ao defrontar-me com uma controvérsia,

⁴³ “Não é nula a decisão se o julgador, fazendo alusão a fatos de seu conhecimento pessoal, advindos de sua experiência de vida, sopesa-os com aqueles extraídos dos autos, formando, assim, a sua livre convicção. Parte do processo decisório empreendido pelo julgador envolve a interpretação da consciência social, dando-lhe efeito jurídico. Esse processo exegético não deriva da apreciação das provas carreadas aos autos, mas da experiência de vida cumulada pelo julgador, não jungida aos limites impostos pela Súmula 07/STJ. A análise de proposições que sejam fruto exclusivo da experiência individual do julgador não implica reexame da prova. Isso caracteriza apenas a reapreciação de juízos de valor que serviram para dar qualificação jurídica a determinada conduta. Assim, o conhecimento de recurso especial, como meio de revisão do juízo de valor realizado por Tribunal Estadual, mostra-se absolutamente viável; sempre atento, porém, à necessidade de se admitirem os fatos tal como delineados pelo 1º e 2º grau de jurisdição” (STJ - REsp n. 1.105.768/RN, Terceira Turma, julgado em 1/6/2010, DJe de 15/6/2010).

⁴⁴ A utilização de particularismo aqui nada tem a ver com as especificidades únicas de fatos em determinados processos, mas, sim, em ausência de padrão normativo. Sobre o tema: FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción*: estándares de prueba y debido proceso. Barcelona: Marcial Pons, 2021.

⁴⁵ Cf. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade*: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁴⁶ Cf. A crítica abordagem de Marcelo Neves em sua recente tese: *Entre Hídra e Hércules*: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013: “a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e completas, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade” (p. IX/X), acrescentando que vive-se um “contexto em que o principialismo tem um enorme significado e, ao provocar certo fascínio, estimula, em geral, abusos de princípio mediante argumentações *ad hoc*, comprometidas imediatamente com os particularismos a que elas tendem a encobrir sob o manto retórico da justiça inerente aos princípios invocados” (p. 220). Registre-se que essa distorção no manuseio da teoria dos princípios não se confunde com uma inadequada compreensão do “neoconstitucionalismo”. Sobre o tema há ampla bibliografia, mas é fundamental a leitura de um específico trabalho de Humberto Ávila, onde se encontram outras referências: Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan., fev. e mar./2009, disponível em: www.direitodoestado.com.

primeiro idealizo a solução que entendo mais justa para a lide. Somente após, vou à dogmática buscar o indispensável apoio. E ao assim proceder, exerço – porque toda interpretação o consubstancia – um ato de vontade. Vou à dogmática, vou à ordem jurídica em vigor movido por uma inspiração. E essa inspiração atende ao terceiro instituto do trinômio ‘Lei-Direito-Justiça’. É, justamente, a busca da almejada justiça”.⁴⁷ Em contraponto a essa declaração, lembro conhecida passagem de Barbosa Moreira, também apropriada quando se pensa sobre a utilização de carta psicografada como fonte de prova: “É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, ‘iluminado pelo Espírito Santo’, mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença. Subsistira sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno (...)”.⁴⁸

Esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial.

A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal.⁴⁹

Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. O pensamento que persiste na antiga crença de que a prova serve unicamente à formação do convencimento do juiz e autoriza que a fundamentação indique apenas o que lhe formou o convencimento, desobrigando, aparentemente, da atividade de um exame completo do material probatório que vem assumindo ares de – perdoe o aparente trocadilho – verdade. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação.

Também se mostra atentatória à plenitude da motivação a referência parcial às provas, limitando-se a mencionar aquelas que confirmam a conclusão, desprezando as demais, como se fosse possível uma espécie de seleção artificial em matéria probatória. A valoração das provas também deve ser objeto de fundamentação plena: *“se, invece, la motivazione in fatto esiste effettivamente, è completa ed è coerente, allora si può dire che la narrazione dei fatti costruita del giudice è dotata di una valida giustificazione*

⁴⁷ Min. Marco Aurélio Mello em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 236948/MA, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 31/08/2001, p. 65 (o trecho transcrito está na fl. 778 dos autos, conforme cópia disponível no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal). Para algo ainda mais pitoresco e nocivo para o Estado Democrático de Direito, eis que vizinho da superstição: Min. Dias Toffoli: “Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. [...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes (STF - HC nº 103.412/SP - Publicação DJe: 23/08/12 - Relatora Min. Rosa Weber).

⁴⁸ Provas atípicas. *Revista de Processo*, nº 76. São Paulo, RT, outubro-dezembro de 1994, p. 115.

⁴⁹ Por isso, há que ser celebrada a redação do art. 489 do CPC e a nova redação do art. 315 do CPP. Ao mesmo tempo deve ser lamentado o fato de que um dispositivo tão didático seja celebrado, sem olvidar as tantas iniciativas para que houvesse veto presidencial quando da aprovação do CPC.

*razionale, in quanto risulta confermata dall'analisi critica de tutte le prove disponibili. In questo senso, si potrà dire che essa enuncia la verità".*⁵⁰

Insista-se neste ponto: não se trata de se averiguar se é possível atingir-se uma verdade absoluta no processo pela singela razão que essa impossibilidade não é exclusividade do campo processual.⁵¹ É evidente que diversos fatores inerentes ao processo, como o tempo de duração, a rigidez procedimental, o uso de presunções e as limitações probatórias, inclusive as negociais, não só dificultam como não raro impedem a descoberta de verdade factual.

Entretanto, a preocupação com a busca da verdade pode constituir um dos pilares de um processo democrático, efetivamente preocupado com a solução justa do caso concreto.⁵²

Dissociar a prova da busca da verdade tem levado ao protagonismo judicial que beira a sacralização idiossincrática, permitindo a "criação" do resultado do processo pelo Juiz, acrescida da nota da infalibilidade. Considerar que a afirmação sobre um fato está provado, nessa perspectiva, é considerar que a fixação de um fato como comprovado é apenas um ato de vontade daquele que é o "destinatário" do resultado da instrução processual.

Os enunciados probatórios, isto é, aqueles que consideram provados determinados fatos, possuem natureza constitutiva, normativa ou descritiva. Aqueles que consideram que a verdade processual é aquela encontrada no interior do próprio processo, abstraindo a verificação efetiva do fato exterior, também não que entender que todo enunciado processual é verdadeiro,⁵³ numa evidente posição solipsista sobre o tema.

Confundir a finalidade da prova com a convicção subjetiva do Juiz traz um sem-número de problemas.

A questão ideológica se faz fortemente presente na relação entre verdade e processo, na medida em que, se a verdade é uma finalidade necessária e uma condição para a justiça da decisão, há outros fatores que são levados em consideração

⁵⁰ Idem, p. 245.

⁵¹ Trata-se de tema que se relaciona profundamente com as denominadas provas científicas: RICCI, Ugo; PROVIDERÉ, Carlo; FATTORINI, Paolo; CORRADI, Fabio. *La Prova del DNA per la Ricerca della Verità: aspetti giuridici, biologici e probabilistici*. Milano: Giuffrè, 2006. COMANDÉ, Giovanni; PONZANELLI, Giulio. (Org.). *Scienza e Diritto nel Prisma del Diritto Comparato*. Torino: G. Giappichelli, 2004. TARUFFO, Michele. El juicio pronóstico del juez entre ciencia privada y prueba científica. *Sobre las Fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Beatriz Quintero (Trad.). Bogotá: Temis, 2006, p. 303/317. La prueba científica. *La Prueba*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 277/295. Ciencia y proceso. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 455/480. VÁZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de Prueba y Prueba Científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁵² Por todos: TARUFFO. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

⁵³ Sobre esse ponto: TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici. Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni. Vol. III, t. 2, sez. 1. Milano: Giuffrè, 1992, p. 1/66. Do mesmo autor, mais amplamente, e com enfoque um pouco diverso: *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009. Ambas as obras possuem tradução para o idioma espanhol e a última também foi traduzida para o português.

e inspiram escolhas para a estrutura e o funcionamento do processo que afetam sua dimensão epistêmica.⁵⁴

Há que se prestigiar, pois, uma ideia conceitual de prova compatível com essa dimensão epistemológica do processo, em que se deve buscar uma verdade relativa e objetiva, porque seu conhecimento é extraído das provas que representam a base cognoscitiva em que a decisão sobre determinado enunciado que corresponda à realidade dos fatos encontra justificativa e também porque não decorre de preferências subjetivas e arbitrárias do julgador, fundando-se em razões objetivas encontradas nas provas do processo.⁵⁵

A invocação do livre convencimento como convicção subjetiva do Juiz integra o quadro que deve ser superado e que se inicia com a equivocada ideia de que é o julgador o destinatário da prova, resultando em nefasto psicologismo e dá azo a uma confusão entre os planos de admissibilidade e valoração da prova, com frequentes decisões que invocam uma propalada suficiência cognitiva como critério para indeferimento de instrução da causa, antecipando para a admissão da prova um juízo que no máximo seria apropriado para sua valoração: “É notável, na jurisprudência, a percepção de que, paralelamente à confusão entre os momentos da atividade probatória, o psicologismo no estudo das provas conduz a uma ideia de livre convencimento peculiar, que permite ao Juiz cercear o direito à produção da prova sob o argumento de já está convencido pelos elementos probatórios dos autos”.⁵⁶

Há inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, incluindo aqueles que ainda tratam a decisão de admissão de provas como caso de juízo de conveniência e oportunidade, como este julgado: “No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil, nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o Juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção” (REsp nº 1175616/MT, DJe 04/03/2011).

Outro julgado ilustra bem essa confusão que mais parece revelar um afã de atribuir ao Juiz um controle subjetivo absoluto sobre a prova, o que faz com que se antecipe e se utilize a valoração quando é caso de juízo de admissibilidade: “A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que o Tribunal de origem é soberano na análise das provas, podendo, portanto, concluir pela desnecessidade da produção de provas periciais e documentais. [...] A tutela judicial seria nenhuma se quem precisa de medicamentos dependesse de prova pericial para obtê-los do Estado, à vista da demora daí resultante; basta para a procedência do pedido a receita fornecida pelo médico (AgRg no AREsp nº 96.554/RS, DJe 27.11.2013). *In casu*, o

⁵⁴ Amplamente: TARUFFO. *La Semplice* (...). *Cit.*, capítulo IV.

⁵⁵ TARUFFO. *La Semplice* (...). *Cit.*, p. 83.

⁵⁶ GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. *Revista de Processo* nº 240. São Paulo: RT, fevereiro de 2015, p. 30.

Julgador motivou a desnecessidade de realização de perícia, por entender suficientes os laudos médicos juntados pela parte requerente para atestar a necessidade do uso dos medicamentos pleiteados” (AgRg no Ag nº 1377592/RS, DJe 05/06/2015). Se a perícia é impertinente e desnecessária, não se trata de livre convencimento, mas de simples indeferimento de sua produção.

E aqui temos a síntese eloquente da confusão entre admissibilidade e valoração que grassa na jurisprudência, o que só pode ser explicado pelo afã de manter a atividade probatória como um exercício de discricionariedade judicial: “O princípio do livre convencimento racional, previsto no § 1º do art. 400 do CPP, faculta ao Juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Precedentes. (RHC nº 126853 AgR, DJe-182 de 15-09-2015)”.

A despreocupação com a fundamentação da prova é um ponto de especial vulnerabilidade em um quadro já onde o lacônico é uma prática recorrente. As previsões constitucionais e legais sobre a necessidade de uma adequada motivação não se refletem na prática ordinária nem conferem ânimo à jurisprudência para um controle efetivo das decisões mal fundamentadas. Como não se pode atribuir esse quadro débil à ausência de regras, outras são as causas e merecem pesquisas especializadas. Em relação à prova, podem ser apontadas duas razões básicas: ausência de critérios objetivos e racionais para a fundamentação e, em consequência, aposta-se em um modelo subjetivista de valoração da prova, especialmente, mas não só, adepto da concepção persuasiva da prova.⁵⁷ Já em uma concepção racionalista da prova, a crença do julgador é irrelevante para fins de valoração da prova, já que o método a ser utilizado deve ser objetivo a partir de refutação e corroboração de hipóteses, de acordo com as regras da racionalidade e da lógica (regras da epistemologia), com forte motivação dos fatos.⁵⁸

Note-se que a mera referência ao “livre convencimento do Juiz para apreciar as provas”, que tantas vezes funciona como uma espécie de fórmula mágica para coonestar o arbítrio, não atende a requisitos mínimos de fundamentação, além de, formalmente, estar em desacordo com a redação do art. 371, CPC. Também se mostra atentatória à plenitude da motivação a referência parcial às provas, limitando-se a mencionar aquelas que confirmam a conclusão, desprezando as demais, como se fosse possível uma espécie de seleção artificial em matéria probatória.

O art. 371 do CPC possui uma dimensão simbólica ao retirar o advérbio “livremente” que constava na legislação anterior precisamente para ser didático em relação a todas as limitações que integram a valoração da prova, especialmente a necessidade de uma motivação racional, além de tornar muito clara a aversão ao psicologismo e ao arbítrio. A valoração da prova possui limites, deve ser controlável e necessariamente fundamentada, de modo que é alvissareira a disposição, que não

⁵⁷ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 87/95.

⁵⁸ Cf. A síntese de FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 96/98.

significa engessamento ou artificial interferência na atividade do juiz, mas, sim, o enquadramento da atividade valorativa dentro do Estado de Direito. Evidentemente a doutrina⁵⁹ já apontava a inexistência de liberdade absoluta e a necessidade de fundamentação, mas ainda assim é frequente encontrar a mera invocação do “livre convencimento” como se fosse um cheque em branco cognitivo.

O art. 371, CPC, efetivamente não fornece nenhuma novidade no sistema de valoração, salvo sua força retórica ou simbólica, o que não é algo supérfluo, mas está distante de significar alguma inovação no método de valoração se examinadas as linhas teóricas da livre valoração, que jamais confiaram ao juiz o arbítrio ou a discricionariedade nesse tema. A valoração da prova pode se dar no decorrer do processo, sem a definitividade típica da sentença, quando se trata de exame de tutela provisória e o material probatório será aquele até então produzido e a decisão adquirirá a instabilidade própria daquela fase de cognição, de modo que os critérios objetivos da valoração devem incidir nos momentos de decisão e não apenas no final do processo.

E aqui temos a síntese eloquente da confusão entre admissibilidade e valoração que grassa na jurisprudência, o que só pode ser explicado pelo afã de manter a atividade probatória como um exercício de discricionariedade judicial: “O princípio do livre convencimento racional, previsto no § 1º do art. 400 do CPP, faculta ao juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Precedentes. (RHC nº 126853 AgR, DJe-182 de 15-09-2015)”.

Há, porém, uma exigência de motivação plena do Juiz sobre a valoração da prova, mas, abstraindo dos muitos problemas estruturais para a função jurisdicional, não há na lei critérios objetivos mínimos para aferição do grau de suficiência para o acervo probatório. Ou seja: exige-se, mas não se fornecem meios aptos.

4.1. Estândares probatórios

Há divergências sobre a possibilidade de regras objetivas para o estabelecimento de estândares para a valoração da prova. Desde logo convém examinar sinteticamente as divergências acerca de qual é o estândar exigido para se considerar uma hipótese provada. Primeiramente, é preciso estabelecer ao menos quatro tipos de discrepâncias possíveis nessa matéria, da mais geral para a mais específica: 1) há a discrepância teórica,⁶⁰ isto é, a discussão que vai desde a possibilidade de se estabelecerem regras objetivas sobre estândares de prova até qual(is) o(s) estândar(es) que deve(m) ser estabelecido(s), já que, uma vez fixada a possibilidade e a importância de haver um umbral de suficiência, podem ser concebidos critérios progressivos e variados; 2) há também a discrepância normativa, ou seja, a variedade decorrente de escolhas

⁵⁹ Cf. FERRER BELTRÁN, em seu livro sobre valoração da prova e também no recente sobre estândares probatórios.

⁶⁰ A discussão é analisada de forma profunda em FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estândares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, com ampla bibliografia.

políticas para estândaes de prova, o que idealmente deveria ser escolha do legislador, mas, diante da omissão que se vê na matéria, vem sendo implementada pela jurisprudência;⁶¹ 3) existe a discrepância jurisprudencial na prática decorrente da falta de regras abstratas, com juízes e tribunais aplicando estândaes variados (ou até mesmo não considerando nenhum estândar, como ocorre no direito brasileiro, em regra), de acordo com a própria convicção e, portanto, sem possibilidade de controle intersubjetivo, na explosiva combinação de particularismo com subjetivismo do decisor; 4) discrepâncias concretas, isto é, ausência de aplicação de padrões diante de casos semelhantes e com os mesmos graus de exigência de completude probatória.

Estândar probatório é o grau de suficiência mínima exigida para que uma hipótese fática seja considerada comprovada,⁶² podendo variar de acordo com os valores em conflito (isto é, previsão de mais de um estândar em determinado sistema jurídico), havendo muitas discussões sobre a fluidez dos termos utilizados, como “preponderância da prova” ou “dúvida acima do razoável”.⁶³

A fixação de estândaes de prova não só é possível como necessário para determinar o grau de confirmação que uma hipótese deve ter a partir do quadro probatório para ser considerada provada em uma decisão, distribuindo o risco de erro⁶⁴ entre as partes (aqui incide a dimensão política) e servindo como garantia para as partes;⁶⁵ por isso, há de a parte provar a verdade dos fatos afirmados e

⁶¹ Mesmo pela jurisprudência, é importante que a definição do estândar seja geral e abstrata (exemplo: fixada genericamente pela Suprema Corte, sem vinculação a um caso concreto que a encerre), evitando-se o particularismo (sobre o universalismo e o particularismo, veja-se em FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, item 2.2.1).

⁶² PEIXOTO, Ravi. *Standars Probatórios no Direito Processual Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 61.

⁶³ Cf. PEIXOTO, Ravi. *Standars Probatórios no Direito Processual Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021. MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. *Revista Judiciária do Paraná*. Curitiba, n. 17, Curitiba, p. 221-258, maio 2019. ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo* nº 282. São Paulo: RT, agosto de 2018. COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. Flávio Luiz Yarsehl; Camilo Zufelato (Org.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356/396. No processo penal, com outras referências bibliográficas, BADARÓ MASSENA, Caio. *Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021. Amplamente: FERRER BELTRÁN. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

⁶⁴ O erro material pode consistir em um falso positivo (é declarada provada uma hipótese falsa) e um falso negativo (uma hipótese verdadeira é declarada não provada), já que a verificação do erro, nesse sentido, dá-se no cotejo com o que realmente ocorreu no mundo (FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 115/116 e 121/124, esclarecendo nas páginas seguintes que as regras de estândaes não são o instrumento adequado para a diminuição, ainda que possa impactar nessa questão).

⁶⁵ Idem, com toda a obra citada dedicada ao tema, mas com síntese nas p. 24 e 109. E aqui há um dado muito importante sobre a possibilidade e a necessidade de estabelecimento de estândaes objetivos, que é a previsibilidade e, portanto, o controle intersubjetivo da decisão judicial sobre os mesmos fatos. Não se pode considerar correta uma decisão apenas pela autoridade ou crença na subjetividade do julgador, evidentemente. Se fosse assim, a segunda sentença sobre o caso *Fidel* seria necessariamente correta em razão de hierarquia burocrática e não pela correção objetiva do decidido. Isso mostra que a ausência de critérios que determinem o umbral de suficiência probatória torna potencialmente as decisões judiciais imprevisíveis (idem, p. 58/59).

receber a decisão judicial justificada sobre as provas aportadas ao processo;⁶⁶ nesse sentido uma decisão judicial está justificada se a proposição que se declara provada é verdadeira (justificação material) e se tem apoio nos elementos de juízo disponíveis (justificação procedimental);⁶⁷ ou seja: uma hipótese será considerada provada se estiver suficientemente corroborada ou acreditada a partir das provas disponíveis, com uma decisão que justifique a suficiência ou insuficiência da corroboração atribuída a cada uma das hipóteses em conflito, de acordo com critérios que determinem o umbral de suficiência probatória.⁶⁸

Não se pode discordar de que as decisões têm que ser racionais, o que inclui a racionalidade na valoração da prova e que as “leis da lógica e da experiência” devem ser respeitadas, mas isso diz muito pouco na medida em que não se esclarece o padrão necessário e efetivamente utilizado.⁶⁹ A mera invocação da racionalidade pode servir precisamente para perpetuar irracionalidade, mas com um verniz que dificulta seu controle. Também a referência a leis da lógica e da experiência (*afinal, quais seriam e quais aplicáveis ao caso?*) não é suficiente para retirar a grande vagueza da fundamentação, porque não determinam o umbral a partir do qual se entende justificada a decisão,⁷⁰ assim como justificar o caso com base em simples referência à *dúvida razoável*, que é, para dizer o mínimo, um critério que não necessariamente configura um umbral de suficiência probatória, dada sua vagueza.⁷¹ O problema, como já visto, que esse é um padrão vago, que na realidade serve para se adaptar a toda argumentação e, assim, acaba por ser mera invocação de rótulo ou *slogan* que não cumpre as funções esperadas do padrão digno desse nome. Todos na verdade permaneceram no subjetivismo, ainda que se extraia a ideia da *dúvida razoável* como critério.⁷²

São muitos os problemas provocados pela falta de determinação do umbral de suficiência probatória, decorrendo consequências graves para o devido processo legal e, assim, o Estado de Direito.⁷³ A fundamentação das decisões sobre as provas não será objetiva e intersubjetivamente controlável sem a determinação de umbral

⁶⁶ Também na obra já referida de Ferrer Beltrán, *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021 (por exemplo na p. 62), mas especialmente em *Valoración Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, *passim*, mas com síntese dessa ideia nas páginas 82/88.

⁶⁷ Também os dois livros antes referidos, mas cabe referência a TARUFFO, 2012a.

⁶⁸ FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 237.

⁶⁹ Cf. FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 221/223, em que se analisa caso semelhante com base nos padrões que possivelmente podem ser empregados, a partir dos exemplos formulados pelo autor nas p. 209/210.

⁷⁰ FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 34/35.

⁷¹ FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 35.

⁷² FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 173; demonstrando um caso de *dúvida* e “múltiplas possibilidades” e como pode ser resolvido com padrões que, claro, sempre exigem prévias opções políticas, veja-se o que o autor escreve nesse mesmo livro nas p. 228/229.

⁷³ FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 28.

de suficiência, abrindo porta para o arbítrio e para a impossibilidade de se controlar a racionalidade da decisão. Além disso, gera-se insegurança jurídica, já que toda a decisão se submeterá a subjetivismo e particularismo do julgador, dificultando qualquer forma de controle, até porque os órgãos de controle padecerão dos mesmos problemas ao examinar um recurso. Acrescente-se, ainda, a impossibilidade de as partes agirem estrategicamente, já que não se sabe abstrata e antecipadamente qual é a suficiência probatória exigida para aquele caso ou para determinada fase processual.

4.2. Valoração da prova pericial

Entre as diversas controvérsias envolvendo a valoração da prova, está o problema da força probatória da prova pericial, notadamente em razão da inclusão no processo de um discurso técnico-científico que, regra geral, é desconhecido do Juiz e das partes, não raro envolvendo complexas áreas do conhecimento e que, precisamente, constitui o ponto central da controvérsia a ser decidida.⁷⁴ Com efeito, os problemas decorrentes da prova científica são muito diversos e com maior complexidade no atual período, como as seguintes duas questões sensíveis: a) a primeira está na própria admissibilidade da prova pericial, na medida em que se trata de decisão “plenamente discricionária” e dependeria de qual “concepção da ciência o juiz adota, bem como da eventualidade de que ele se conscientize ou não de não possuir uma cultura suficiente para enfrentar de modo adequado os aspectos científicos dos fatos”; b) o “paradoxo da prova científica”: “por um lado, supõe-se que o juiz se decida nomear um perito técnico quando considera que ele próprio não possui os conhecimentos necessários para formular um juízo sobre os fatos; por outro lado, o juiz é *peritus peritorum* e, portanto, caberá inevitavelmente a ele valorar as conclusões às quais chegou o perito”. Observa, contudo, que o paradoxo é apenas aparente, já que ao juiz cabe apenas avaliar a validade dos argumentos e dos métodos utilizados pelo perito.⁷⁵

Os avanços científicos configuram nova realidade que, conseqüentemente, não pode ser vista com o mesmo repertório tradicional. Com o julgamento do caso

⁷⁴ Além disso, há o problema da fiabilidade que acompanha o discurso científico, como anota VÁZQUEZ. El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *Discusiones 24: Prueba pericial La valoración judicial del testimonio experto*. EdiUNS, 1/2020, p. 31: “*las discusiones que en la filosofía de la ciencia ha habido sobre el supuesto carácter científico de algo, conocido como el problema de la demarcación, han mostrado la insuficiencia de los diversos criterios de cientificidad que se desarrollaron para delimitar claramente lo que sería científico y lo que no sería científico. Además de ello, no todo lo científico es igualmente fiable y no solo lo científico es fiable, por lo que tampoco podemos asumir que científicidad es igual a fiabilidad. En cambio, para usar en las decisiones judiciales información experta de forma justificada necesitamos precisamente información sobre su fiabilidad, tanto sobre las generalizaciones usadas como en su aplicación al caso concreto en que se aplican*”.

⁷⁵ TARUFFO. *A Prova*. João Gabriel Couto (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 320/325. Problema complexo se apresenta no caso de laudos periciais conflitantes; sobre o tema há abordagem instigante de VITORELLI, Edilson. Da educação científica ao consultor técnico pericial: respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz. *Revista de Processo*, nº 339. São Paulo: maio de 2023, p. 39/71. Apostando na solução clássica, AVELINO, Murilo. Perícia e Convencimento: entre o laudo perfeito e o imperfeito. *Revista da ANEP de Direito Processual*. Vol. 2, nº 2, 2021 (<https://revistaanep.com.br/index.php/radp/article/view/86/pdf>).

Daubert⁷⁶ pela Suprema Corte dos Estados Unidos, modificaram-se especialmente os parâmetros de controle e de credibilidade da prova científica e que nitidamente inspirou a redação do art. 473, CPC. Na visão de Michele Taruffo esse julgamento também fortaleceu o que ele denomina de “mito” de que a ciência seria capaz de fornecer conhecimentos certos e indiscutíveis, o que não será possível em razão da falibilidade da ciência e de sua constante evolução, além de haver o que pode ser chamado de falsa ciência.⁷⁷ Entretanto, o próprio autor elenca uma série de situações em que a ciência apresenta uma “extraordinária importância” para a descoberta da verdade.⁷⁸ É importante assinalar que o CPC se inspirou apenas superficialmente naquela decisão e sequer considerou nos denominados “fatores Daubert” para prever critérios de valoração da prova pericial e não se considerou também a denominada “trilogia Daubert”. A ressalva de que, mesmo em relação a meios considerados de alta confiabilidade como os exames de DNA,⁷⁹ a prova científica pode apresentar falhas é correta, mas não obnubila a confiabilidade do resultado, desde que realizada em condições adequadas e mediante metodologia apropriada.⁸⁰ Na realidade, esse temperamento se refere a um problema na execução do meio de prova, ou seja, sua idoneidade individualizada, mas não se refere à sua aptidão abstrata para conferir um juízo de certeza. Eventual dúvida quanto à execução do exame, o que, repita-se, não atinge a validade científica da técnica, deve servir para afastar uma perícia específica e determinar uma nova, a fim de não desprezar um fundamental e seguro meio de prova.⁸¹ Aqui há um grave problema: há uma camada de discurso sobre a objetividade da fundamentação na valoração da prova, mas toda a ideia que se identifica nas entrelinhas é de uma antiga construção persuasiva da prova e baseada na convicção do Juiz.⁸² Nesse contexto há a questão envolvendo a dispensa da perícia e também o

⁷⁶ Esse julgamento é reconhecido como fonte de modificação da prova pericial em diversos ordenamentos do mundo: VÁZQUEZ, Carmen. *Prova Pericial: da prova científica à prova pericial*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021. VÁZQUEZ. La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert. *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. Puno: Zela, 2019, p. 193/230. Veja-se também este dispositivo do Código de Processo Penal Colombiano: Artículo 422. *Admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel. Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios: 1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada. 2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica. 3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial. 4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.*

⁷⁷ TARUFFO. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo* n° 248. São Paulo: RT, outubro de 2015, p. 418.

⁷⁸ TARUFFO. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo* n° 248. São Paulo: RT, outubro de 2015, p. 419.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo* n° 248. São Paulo: RT, outubro de 2015, p. 426/427.

⁸⁰ Cf. HERDY, Rachel; DIAS, Juliana M. Condensados pela ciência: a confiabilidade das provas periciais. In: SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Org.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 735-768. Isso não significa, evidentemente, que a prova pericial não tenha que ser controlada e devidamente valorada, já que pode apresentar muitos problemas, como os apontados exemplificativamente por DUCE, 2020.

⁸¹ Cf. REsp n° 397.013-MG, DJ 09/12/2003, p. 279; REsp n° 1229905/MS, DJe 02/09/2014.

⁸² Cf. AVELINO, Murilo. Perícia e Convencimento: entre o laudo perfeito e o imperfeito. *Revista da ANNEP de Direito Processual*. Vol. 2, n° 2, 2021 (<https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/86/pdf>).

problema da perícia necessária. Dispõe o CPC que a perícia pode ser dispensada se existirem outras provas técnicas,⁸³ o que traz problemas relacionados ao momento em que se dá essa análise, ou seja, se integra a valoração e a completude do quadro fático ou a relevância da prova.

De todo modo, permanece no direito brasileiro a ideia sintetizada na ementa a seguir transcrita, independentemente do grau de confiabilidade da prova produzida e da incapacidade (ou impossibilidade) de o Juiz confrontar o trabalho científico: “No ordenamento jurídico pátrio, o magistrado é livre para apreciar motivadamente as provas produzidas no processo, dando-lhes o valor que bem entender. No sistema de valoração de provas adotado pelo CPC, não há precedência de um tipo de prova sobre outro, como na idade média, período no qual as provas possuíam valores pré-estabelecidos” (STJ - AgRg no REsp nº 1459124/CE, DJe 10/10/2014).

A não adstrição ao laudo pericial sob o tradicional argumento de que o juiz é o perito dos peritos aparece em vários julgados.⁸⁴ O art. 479, CPC, estabelece que inexistente obrigatoriedade automática para adoção vinculativa do laudo pericial. Entretanto, isso está longe de configurar “livre convicção” do julgador, não só em virtude do que consta na parte final do artigo citado, mas também diante do disposto nos arts. 473, 477 e 480 e respectivos incisos e parágrafos, além do fato fundamental de que o conhecimento detido pelo perito simplesmente não é dominado pelo Juiz. Há perícias que envolvem temas de mais alta complexidade e não se pode, em nome da “livre convicção”, considerar o Juiz o perito dos peritos. Essa situação não é mais compatível com a evolução da ciência e do próprio direito probatório, além de não ser compatível com o atual Código de Processo Civil.

É conhecida a preocupação doutrinária de que haja “delegação de jurisdição ao perito”, já que, por inexistirem pesos preestabelecidos para as provas produzidas, não há vinculatividade hierárquica da prova científica, não podendo considerar a sentença como mera atividade de homologação do laudo pericial. De outro lado, há que se registrar que, em nome do “livre” convencimento, não pode o Juiz simplesmente desprezar a conclusão do perito – valendo-se da tradicional ideia, que enseja uma retórica perniciosa e autossuficiente de que o juiz é o “perito dos peritos”, como se essa onipotência fosse possível – pelo simples fato de que, insista-se, não detém conhecimento sobre o objeto da perícia. Caso haja dúvidas sobre a conclusão, mesmo após laudos críticos dos assistentes técnicos, cabe ao juiz requisitar esclarecimentos, sempre intimando as partes para que tenham ciência do ato, e, se for o caso, determinar nova perícia, igualmente submetendo-a ao contraditório. O que não é possível é desqualificar a conclusão pericial ou desprezá-la, sem que haja qualquer problema com o controle dos requisitos do art. 473, CPC.

No caso da prova pericial, há três requisitos de admissibilidade específicos, além do requisito genérico a todo meio de prova da relevância ou pertinência: necessidade

⁸³ “Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

⁸⁴ Exemplo: STF - RHC nº 120052, DJe-023 de 03-02-2014.

do conhecimento do experto (necessidade de complementação do conhecimento do tribunal, a fim de evitar prova supérflua ou redundante; a prova pericial deve ser útil e necessária para evitar um erro ou que informação relevante se perca), idoneidade do experto (verificação óbvia da qualificação do experto, isto é, da sua capacidade para se pronunciar como perito por meio de acreditação concreta) e a confiabilidade da informação experta (aporte da informação considerada razoável dentro da comunidade científica a que pertence ou na disciplina em que exerce seu ofício). A necessidade do conhecimento do experto é inerente à prova pericial, cuja incidência somente deve ocorrer sobre fatos que exijam aptidões técnicas ou científicas para que sejam compreendidos, gerando acréscimo relevante de informações ao julgador que por si só não lhe seria acessível, afetando ou impedindo sua compreensão. A perícia não pode ser supérflua ou redundante e muito menos pode substituir a função do juiz, como se fosse alternativa para a delegação de função que lhe é própria ou exclusiva. Há necessidade de um estandar alto de admissibilidade, não bastando que a prova seja útil, mas sim que acrescente conhecimento. Além disso, há a necessidade de que a informação relevante seja apenas por meio de perito, isto é, exclusivamente por meio de opinião técnica qualificada, o que nem sempre encontra respaldo na jurisprudência.⁸⁵ Já a idoneidade do perito se refere à confirmação da expertise, ou seja, aquele que se apresenta como experto efetivamente deve possuir aptidão para formular a avaliação técnica ou científica necessária para o caso, apresentando qualificação adequada para a análise do caso concreto. A idoneidade não se fixa apenas em títulos formais, cabendo às partes interessadas o ônus de fornecer elementos para a acreditação do experto, que deve ser na área de conhecimento necessária para a declaração em juízo e para sua admissibilidade. Por fim, a confiabilidade da perícia, que se relaciona com o conteúdo da declaração do perito, deve estar de acordo com a área de conhecimento e com os princípios da arte, técnica ou ciência a qual pertence. Diante desse quadro, resta evidente a maior complexidade da “liberdade” na valoração da prova e a necessidade da existência de estândares.⁸⁶

Se a valoração da prova pressupõe a compreensão pelos juízes do raciocínio inferencial feito pelos peritos para uma decisão racional sobre os fatos, há que se possibilitar o desenho processual de ferramentas aptas para isso,⁸⁷ a fim de que o entendimento da prova e a aferição de sua fiabilidade sejam objetiva e intersubjetivamente possíveis, o que exige investimentos na comunidade de expertos

⁸⁵ “A possibilidade da realização do laudo pericial por duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior, quando inviável a efetivação do exame por peritos oficiais, está amparada no art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal, sem nenhuma restrição ao fato delas serem policiais” (STJ - REsp nº 1416392/RS, DJe 25/11/2013).

⁸⁶ VÁZQUEZ, Carmen. *Prova Pericial: da prova científica à prova pericial*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 458/470.

⁸⁷ Sobre isso e com sugestões de ferramentas como “consultor experto”, possibilidade de “meta-periciais”, “perito tercero en discordia”, junta de peritos ou que um experto seja incorporado a determinado tribunal, por exemplo, confira-se VÁZQUEZ, 2020, p. 41/50.

e também na formação de advogados, juízes e membros do Ministério Público, em um processo de educação compartilhada.⁸⁸

Em suma, na atual quadra, em que a velocidade da evolução científica não é equiparável a nenhuma outra época, quando há imensas evoluções na neurociência e na psicologia cognitiva, além do estudo da argumentação jurídica e da filosofia da ciência, sem contar o novo sistema processual brasileiro, em que se concretizam efetivamente o contraditório e a fundamentação, preveem-se critérios específicos para o controle da perícia judicial, estabelece-se uma nova e mais objetiva disciplina sobre a figura do perito e ainda se prevê autonomia negocial das partes, não é mais possível pensar esse tema com o mesmo repertório utilizado nas últimas décadas, como se tudo houvesse mudado, menos a existência da figura de um perito dos peritos, expressão, aliás, de nenhuma cientificidade.⁸⁹

5. Encerramento

A teoria da prova, especialmente na parte da valoração do material probatório, é um tema fascinante e complexo, que pode receber abordagens variadas, com maior ênfase na dogmática processual, no direito positivo, na teoria da linguagem, na argumentação jurídica, na teoria do direito, na filosofia da ciência, na lógica, na neurociência, na psicologia cognitiva, na antropologia, na sociologia etc. Em tempos recentes, avolumam-se estudos de todas essas vertentes sobre aspectos envolvendo a prova judicial, mas, ainda assim, na parte do processo civil não é raro ter-se a impressão de que estamos vivendo ainda no mesmo contexto de cem anos atrás, com os mesmos jargões e as mesmas ideias, com poucos questionamentos sobre ideias que se travestem de dogmas e apenas revelam um contexto cultural estatalista que encontra explicação histórica, mas não deve ser eternizado.

Embora esse tema não dependa rigorosa e essencialmente do direito positivo e possa ser analisado a partir de conceitos lógico-jurídicos, a vigência de um novo Código de Processo Civil que apresenta novos paradigmas propicia uma ocasião adequada para pesquisar temas que aparentemente são considerados estabelecidos, quase que considerados como integrantes de um senso comum mínimo e perene. Não se espera que a mudança de leis signifique por si só a modificação de mentalidades, mas não há dúvidas de que há uma relação entre a cultura e a legislação que é de mão dupla, com influxos mútuos. Se a história é pródiga em exemplos de que a mudança legislativa não significou imediato impacto na prática forense – e é interessante lembrar que a própria positivação do livre convencimento motivado no início do século XIX não foi

⁸⁸ GASCÓN ABELLÁN. Ciencia forense en los tribunales. Los problemas de la deferencia y el reto de la educación. *Ciencia y justicia: El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Carmen Vázquez Rojas (Coord.). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 53/91. VÁZQUEZ, Carmen. La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. *Discusiones 24: Prueba pericial La valoración judicial del testimonio experto*. EdIUNS, 2020, p. 113/140.

⁸⁹ Cf. o “catálogo” de valoração da prova pericial em KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 2017, p. 194/201.

suficiente para que fosse adotada essa forma de valoração⁹⁰ –, não é exatamente raro encontrarmos exemplos de iniciativas legislativas que contribuíram decisivamente para alteração da cultura preexistente. De todo modo, a função da pesquisa acadêmica não é sedimentar o que está estabelecido, mas, sim, provocar questionamentos e buscar contribuir para novas construções. Nesse sentido, a presente monografia visa tão somente a oferecer alguns questionamentos sobre a relação entre o Juiz e a prova, com as necessárias limitações, que serão aprofundados em pesquisas futuras.

Em matéria probatória, ao menos no contexto doutrinário e jurisprudencial brasileiros, não é exagerado afirmar que estamos vagando entre dois mundos, um morto e outro incapaz de nascer.⁹¹

6. Referências bibliográficas

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, v. 5, n. 39, p. 85-109, 2019 (<https://journals.openedition.org/revus/5559>).

ALCOCEBA GIL, Juan Manuel. Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 215-242, jan./abr. 2018, (revista.ibraspp.com.br/RBDPP/index).

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2021.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII. São Paulo: Saraiva, 2020.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Vol. IV, tomo 1. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

ARMENTA DEU, Teresa. *A Prova Ilícita: um estudo comparado*. Nereu José Giacomolli (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Vol. II, tomo II. São Paulo: RT, 2015.

AUILO, Rafael Stefanini. *A Valoração Judicial da Prova no Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

AVELINO, Murilo Teixeira. Perícia e Convencimento: entre o laudo perfeito e o imperfeito. *Revista da ANNEP de Direito Processual*. Vol. 2, nº 2, 2021 (<https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/86/pdf>).

⁹⁰ Cf. GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013, p. 148: “a mera introdução nominal do princípio do livre convencimento na codificação francesa de 1806 – e em outras que nela se inspiraram, não teve o condão de alterar a mentalidade vigente à época, do mesmo modo que não determinou a supressão das antigas regras de provas legais nas legislações civis e processuais civis”.

⁹¹ Referência a poema de Matthew Arnold por DAMASKA, Mirjan R. *El Derecho Probatorio a La Deriva*. Joan Picó i Junoy (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 152.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo* nº 282. São Paulo: RT, agosto de 2018.

ÁVILA, Thiago Pierobom. Provas ilícitas e proporcionalidade. *Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal*. Salgado, Kircher, Queiroz (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019.

BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021.

COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. Flávio Luiz Yarsehll; Camilo Zufelato (Org.). São Paulo: Malheiros, 2013.

DAMASKA, Mirjan R. *El Derecho Probatorio a La Deriva*. Joan Picó i Junoy (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2015.

DENTI, Vittorio. Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez. *Estudios de Derecho Probatorio*. Santiago Sanís Melendo y Tomás A. Banzhaf (Trad.). Buenos Aires: EJE, 1974.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____; _____. Carta psicografada como fonte de prova no processo. *Revista de Processo*, nº 234. São Paulo: RT, agosto de 2014.

DUCE, Mauricio. Prácticas Probatorias y Riesgos de Condenas Erróneas: una visión empírica. *El Razonamiento Probatorio en el Proceso Judicial: un encuentro entre diferentes tradiciones*. Ferrer Beltrán; Carmen Vázquez (Eds.). Barcelona: Marcial Pons, 2020.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 5ª ed. Bogotá: Temis, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Sica, Choukr, Tavares, Gomes (Trad.). 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi benthamiana. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Carmen Vázquez (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *Prova e Verdade no Direito*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: RT, 2017.

_____. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021.

_____. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021.

FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 2º. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos em el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. *Ciencia forense en los tribunales. Los problemas de la deferência y el reto de la educación. Ciencia y justicia: El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Carmen Vázquez Rojas (Coord.). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

_____. *Prova e argumentação (I). Decidir sobre os fatos. O Problema de Provar*. Livia Moscatelli (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2022.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. *Revista de Processo nº 240*. São Paulo: RT, fevereiro de 2015.

_____. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. *Premissas para a construção de um léxico constitucional epistemologicamente adequado em matéria probatória*. 2010. – disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf.

HAACK, Susan. *Filosofía del derecho y de la prueba: perspectivas pragmatistas*. Carmen Vázquez (Trad.). Barcelona: Marcial Pons, 2020.

HERDY, Rachel; DIAS, Juliana M. Condenados pela ciência: a confiabilidade das provas periciais. In: SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 735-768.

KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 2017.

LESSA NETO, João Luiz. *Produção Autônoma de Provas e Processo Comparado*. Londrina: Thoth, 2021.

LÓPEZ-CABELLO, Fernando Alday. *La Exclusión de la Prueba Ilícita en España y México*. Barcelona: Atelier, 2020.

MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. *Revista Judiciária do Paraná*. Curitiba, n. 17, p. 221-258, maio 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI. 2ª ed. 2018.

MARTINS, C.; ÁVILA, T. P. de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após a Lei n. 13.964/2019. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 2022.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. 2ª ed. Cidade do México: IBIJUS, 2018.

_____. *Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en el Sistema Estadounidense*: crónica de una muerte anunciada. Barcelona: Marcial Pons, 2019.

MORAES, José Rubens de. *Sociedade e Verdade*: evolução histórica da prova. São Paulo: EdUSP, 2015.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri*: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La Valoración de la Prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

_____. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Barcelona: Marcial Pons, 2018.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, nº 285. São Paulo: RT, nov. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Problemas atuais da livre apreciação da prova. *Prova Cível*. C. A. Alvaro de Oliveira (Org). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Do Formalismo no Processo Civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEIXOTO, Ravi. *Standars Probatórios no Direito Processual Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

POUCHAIN RIBEIRO, Pedro Melo. *La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*: un estudio comparado desde su origen em EEUU. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

RAMOS, Vitor de Paula. Da Necessidade de Corroboração Probatória para a Reconstrução de Sentidos em Diálogos obtidos por Interceptações Telefônicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 537-566, jan./abr. 2021.

_____. *Prova Testemunhal*: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

SILVA, Paula Costa E; REIS, Nuno Trigo dos. *Efeitos Lícitos da Prova Ilícita em Processo Estadual e Arbitral*. Lisboa: AAFDL, 2019.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *A Prova em Processo Civil: ensaio sobre o raciocínio probatório*. São Paulo: RT, 2020.

STRECK, Lenio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Streck. Dierle Nunes. Leonardo Carneiro da Cunha (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.

TARUFFO, Michele. La Prova dei Fatti Giuridici. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni. Vol. III, t. 2, sez. 1. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Cândido Rangel Dinamarco (Trad.). *Revista Forense*, vol. 355. Rio de Janeiro: Forense, maio/junho de 2001.

_____. Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2012a.

_____. La Prova nel Processo Civile. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (Dir.). Milano: Giuffrè, 2012b.

_____. *A Prova*. João Gabriel Couto (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo nº 248*. São Paulo: RT, outubro de 2015.

_____. El concepto de “prueba” en el derecho procesal. *Hacia la Decisión Justa*. César E. Moreno More (Trad.). Puno: Zela, 2020.

_____. NIEVA FENOLL, Jordi (Dir.). *Neurociencia y Proceso Judicial*. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

TUZET, Giovanni. *Filosofía de la prueba jurídica*. Diego Dei Vecchi (Trad.). Barcelona: Marcial Pons, 2021.

TWINING, William. La tradición racionalista en el estudio de la doctrina probatoria. *Repensar el Derecho Probatorio: ensayos exploratorios*. Paul William Cifuentes (Trad.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2022.

UBERTIS, Giulio. *Elementos de Epistemología del Proceso Judicial*. Perfecto Andrés Ibáñez (Trad.). Madrid: Trotta, 2017.

VÁZQUEZ, Carmen. La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert. *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. Puno: Zela, 2019.

_____. El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *Discusiones 24: Prueba pericial La valoración judicial del testimonio experto*. EdiUNS, 1/2020.

_____. La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. *Discusiones 24: Prueba pericial La valoración judicial del testimonio experto*. EdiUNS, 2020b.

_____. *Prova Pericial: da prova científica à prova pericial*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021.

VILLAMARÍN LÓPEZ, María. *Neurociência e Detecção da Verdade e da Mentira no Processo Penal*. Roberto Barbosa Alves (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2020.

VITORELLI, Edilson. Da educação científica ao consultor técnico pericial: respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz. *Revista de Processo*, nº 339. São Paulo, maio de 2023.

WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Tomás Banzhaf (Trad.). Bogotá: Temis, 1985.

Controle da política pública de saúde por intermédio do monitoramento orçamentário: exemplos práticos de atuação coletiva pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro¹

Control of public health policy through budget monitoring: practical examples of collective action by the Public Defender's Office and the Public Ministry of the State of Rio de Janeiro

Tháisa Guerreiro de Souza*

Sumário

1. Introdução. 2. Controle de Políticas Públicas por intermédio do monitoramento orçamentário: um campo teórico e prático em construção. 2.1. A conexão entre os ciclos orçamentário e das políticas públicas e o caráter vinculante do planejamento: bases para um salto qualitativo no controle da política pública. 2.2. Limites à discricionariedade administrativa na alocação de recursos públicos de saúde: um diálogo entre o Direito Financeiro, Sanitário, Constitucional e Administrativo. 2.3. A complexidade da efetivação do controle orçamentário da política pública de saúde. 3. Exemplos práticos de atuação coletiva pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no controle judicial da política pública de saúde por intermédio do monitoramento orçamentário. 3.1. A Ação Civil Pública nº 0298494-15.2017.8.19.0001, em curso na 16ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 3.2. A Ação Civil Pública nº 0311224-24.2018.8.19.0001, em curso na 8ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 3.3. A Ação Civil Pública nº 0081261-21.2019.8.19.0000, em curso na 7ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Políticas Públicas e Tutela Coletiva do Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - IEP/MPRJ. Orientador: Prof. Fabrício Bastos.

* Doutoranda em Saúde Coletiva pelo IESC/UFRJ. Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - IEP/MPRJ. Mestre em Saúde Coletiva pela ENSP/FIOCRUZ. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo

Este artigo aborda a importância de se avançar em um controle da política pública, em especial da política pública de saúde, que, com base no monitoramento orçamentário e valendo-se da força normativa do orçamento e do caráter vinculante do planejamento como principais estratégias para a contenção da discricionariedade alocativa do gestor, contribua, de modo pedagógico, para a retroalimentação do planejamento e para a efetividade do Direito à Saúde. Para tanto, analisam-se o referencial teórico multidisciplinar em construção, a escassez de estudos e pesquisas sobre o tema e, como contribuição empírica, as ações civis públicas propostas pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos anos de 2017, 2018 e 2019, em face do Município do Rio, que configuram exemplos de atuação coletiva no controle judicial da política pública de saúde por intermédio do monitoramento orçamentário.

Abstract

This article discusses the importance of advancing in public policy control, especially public health policy, which, based on budgetary monitoring and taking advantage of the normative force of the budget and the binding nature of planning as the main strategies for containment of the manager's allocative discretion, contribute, in a pedagogical way, to the planning feedback and to the effectiveness of the Right to Health. To this end, we analyze the multidisciplinary theoretical framework under construction, the scarcity of studies and research on the subject and, as an empirical contribution, the public civil actions proposed by the Public Defender's Office and the Public Ministry of the State of Rio de Janeiro, in the years of 2017, 2018 and 2019, in the face of the Municipality of Rio, which are examples of collective action in the judicial control of public health policy through budget monitoring.

Palavras-chave: Direito à saúde. Planejamento. Orçamento. Controle de políticas públicas. Efetividade do direito à saúde.

Keywords: *Right to health. Planning. Budget. Public policy control. Effectiveness of the right to health.*

1. Introdução

Direito e Ética sempre impuseram que o Poder Executivo implementasse as suas políticas públicas conforme o seu planejamento, definido à luz das necessidades sociais e do real interesse público. Em outras palavras, sempre foi exigível que o gestor aderisse e cumprisse o que foi por ele mesmo planejado, não só para que haja coerência entre os seus atos (*nemo potest venire contra factum proprium*), mas sobretudo porque somente assim confere-se legitimidade e qualidade ao gasto público, sob a perspectiva de um gasto bem planejado. (PINTO, 2018)

Essa necessária aderência entre o executado e o planejado possui amplo respaldo no ordenamento jurídico, a partir de um rico diálogo entre o Direito Financeiro, Constitucional, Administrativo e Sanitário.

No Direito Administrativo, essa necessidade de compatibilização entre o executado e o planejado pelo gestor é, em essência, um exercício do controle da discricionariedade da Administração Pública pela já conhecida teoria dos motivos determinantes (o gestor se vincula aos motivos justificadores do ato declinado) e pela teoria do desvio de finalidade (o ato administrativo não pode ser praticado em desacordo com a sua finalidade e, sobretudo, em dissonância com o legítimo interesse público) (BUCCI, 2002). Afinal, lembre-se, tanto o ciclo da política pública quanto o ciclo orçamentário são materializados por uma sucessão de atos administrativos que, embora discricionários, se sujeitam a limites de legalidade (juridicidade) e legitimidade. Ademais, considerando o dever de motivação, transparência, acesso à informação, publicidade e eficiência administrativa, assegura-se, em qualquer circunstância, a possibilidade de cotejo dos fundamentos do ato atacado com a motivação apresentada. (BUCCI, 2009)

Não há, portanto, irrestrita discricionariedade do gestor no cumprimento dos programas de trabalho inscritos na lei orçamentária, com base no planejamento setorial, e que viabilizam, na prática, as políticas públicas consideradas prioritárias pelo próprio Administrador Público.

No campo da saúde coletiva, este dever exsurge de forma qualificada, haja vista que as normas específicas sobre o planejamento e a gestão no Sistema Único de Saúde (SUS) são categóricas ao afirmar que deve haver compatibilização entre os instrumentos de planejamento da saúde (Plano de Saúde e respectivas Programações Anuais, Relatório de Gestão), as leis orçamentárias (Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária Anual - LOA) e a sua execução. Fosse pouco, sob a perspectiva de que, no Brasil, as despesas em saúde se destinam, em regra, à concretização do seu núcleo essencial, assim consideradas as indispensáveis à garantia da fruição da vida em condições mínimas de dignidade (denominadas demandas de primeira necessidade por Duarte, 2020), elas assumem, efetivamente, caráter obrigatório. Em outras palavras, trata-se de despesas que devem ser sempre realizadas com prioridade, de modo que, somente depois de realizá-las é que o Poder Público poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros programas deverá investir.

É sob esta *ratio*, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal, de modo contundente, adverte que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Diante de um cenário de austeridade fiscal e de congelamento e contenção dos gastos públicos com políticas públicas sociais (EC nº 95/2016), e no qual se amplia

a defesa a argumentos em prol a uma agenda neoliberal, é preciso, mais do que nunca, reforçar, com base no monitoramento orçamentário, a força normativa do orçamento e o caráter vinculante do planejamento como principal estratégia para a contenção da discricionariedade do gestor na execução orçamentária e para um efetivo e necessário salto no controle da política pública (PINTO, 2018). Em especial, no que interessa a este trabalho, da política pública de saúde e da efetividade do Direito à Saúde.

Veja-se que um forte e firme monitoramento da execução orçamentária permite identificar, de antemão, os desvios de rota do gestor à luz do seu planejamento setorial e orçamentário, permitindo aos órgãos de controle uma atuação estratégica preventiva de intervenção para adequação e retroalimentação do planejado, com enfrentamento dos atos imotivados e abusivos da execução orçamentária. E capaz, portanto, de induzir um ciclo virtuoso de aperfeiçoamento da política pública (PINTO, 2018) e de prevenção a importantes violações ao direito humano e fundamental à Saúde.

Tal controle, no entanto, é tarefa complexa, não só pelo caráter técnico e multidisciplinar dos conhecimentos envolvidos (nas temáticas da política pública e do ciclo orçamentário), mas sobretudo pela rapidez e dinamismo com que o gestor dribla, na prática, o orçamento público. São diversas as manobras de flexibilização orçamentária utilizadas pelo gestor para se desvincular do seu planejamento setorial e orçamentário. Trata-se, portanto, de um campo teórico e prático em construção.

Nesse passo, não foram encontrados estudos e pesquisas que, de modo pragmático, didático e empírico, apresentassem, a partir de experiências anteriores, aportes teóricos e metodológicos para a realização de tal controle.

Nos anos de 2017, 2018 e 2019, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro conseguiu identificar, de modo empírico, algumas dessas manobras que conduziram a uma elevada e progressiva redução dos investimentos realizados pelo Município do Rio de Janeiro em Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) e que culminaram, em dezembro de 2019, com a paralisação de diversas unidades de saúde, substancial diminuição da cobertura da atenção básica no território e gravíssima insuficiência de medicamentos e insumos de saúde para atendimento às necessidades de saúde da população carioca.

Para combater a postura ilícita e ilegítima do gestor municipal, a Defensoria Pública ajuizou três ações civis públicas, em 2017, 2018 e 2019, sendo esta última em parceria com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

As ações civis públicas demonstraram que, nos anos de 2017, 2018 e 2019, a alegada crise financeira, o velho discurso da austeridade fiscal e o alegado cenário de escolhas trágicas foi criado artificialmente pelo Poder Público como reiterado subterfúgio para ocultar, na verdade, escolhas políticas ilegítimas que não encontravam aderência no planejamento setorial e orçamentário da saúde, e não atendiam, portanto, à Constituição Federal. Com isso, o poder público municipal manipulava e desconfigurava as suas peças orçamentárias, em um processo antidemocrático que

se distanciava cada vez mais do seu próprio planejamento e das reais necessidades de saúde da população.

As ações propostas, como se verá, apresentam algumas limitações. Todavia, podem ser consideradas exemplos práticos de aquecimento para o necessário avanço em busca de um controle da política pública de saúde que, prestigiando a força normativa do orçamento e as prioridades alocativas legítimas, supere a tese de escassez financeira e de reserva do possível cada vez mais sedutora ao Poder Judiciário em um contexto liberal.

Diante de um campo prático, ainda em evolução, acredita-se que este trabalho, ao analisar as três ações civis públicas propostas pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 2017, 2018 e 2019, como exemplos empíricos de atuação coletiva no controle judicial da política pública de saúde por intermédio do monitoramento orçamentário, pode contribuir para o aprimoramento e o conseqüente avanço do controle das políticas públicas no Brasil e para a efetividade do Direito à Saúde.

2. Controle de Políticas Públicas por intermédio do monitoramento orçamentário: um campo teórico e prático em construção

O presente trabalho articula abordagens teóricas dos campos da Saúde Coletiva, da Economia e do Direito, especialmente referenciais dos Direitos Humanos, Constitucional, Administrativo, Financeiro, Sanitário e da Sociologia, com enfoque nos conceitos centrais de direito à saúde, políticas públicas, planejamento e gestão em saúde e processo orçamentário.

A revisão da literatura baseou-se, fundamentalmente, em artigos de revistas científicas, teses, dissertações e livros, utilizando-se os descritores: “políticas públicas”, “orçamento”, “direito à saúde”, “controle de políticas públicas” e “direitos humanos”.

Como se verá adiante, são poucos os estudos e pesquisas que se dedicaram a analisar e sistematizar, teórica e empiricamente, os limites e as possibilidades do controle de políticas públicas por intermédio do monitoramento orçamentário, em especial, da política pública de saúde. Este trabalho insere-se, portanto, no contexto de um campo teórico e prático em construção.

2.1. A conexão entre os ciclos orçamentário e das políticas públicas e o caráter vinculante do planejamento: bases para um salto qualitativo no controle da política pública

Política pública é um termo equívoco e são inúmeros os esforços doutrinários para a sua conceituação.

Segundo Frey (2000) *apud* Barreiro e Furtado, que faz uma análise dos estudos já existentes de um modo geral sobre políticas públicas, a vertente de pesquisa em ciência política começa a se instituir, nos Estados Unidos, no início da década de

1950, conhecida como *policy science*. Na Europa, especificamente na Alemanha, a preocupação com determinados campos de políticas se inicia nos anos 1970. Já no Brasil, os estudos sobre políticas públicas foram realizados apenas recentemente.

Souza (2006), que buscou rever as principais formulações teóricas e conceituais próximas da literatura específica sobre políticas públicas para contribuir com as pesquisas brasileiras, avalia que alguns fatores conduziram a uma maior e recente visibilidade das abordagens no tema, destacando-se: (i) a adoção de políticas restritivas de gasto para ajuste fiscal; (ii) as consequentes restrições impostas à intervenção do Estado na economia e nas políticas sociais; e (iii) toda a complexidade inerente à formação de uma coalizão política capaz de compatibilizar o desenvolvimento econômico com a promoção da inclusão social de grande parte da população.

Ainda segundo a autora, o estudo das políticas públicas nasce como uma subárea da ciência política norte-americana para entender como e por que os governos optam por determinadas ações.

Após discorrer sobre diversas definições sobre políticas públicas, destacando os conceitos de Mead (1995), Lynn (1980), Peters (1986), Dye (1984) e Laswell (1936), a autora sintetiza política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). Assim, continua, políticas públicas constituem-se no estágio em que os governos democráticos traduzem os seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.

O conceito traz um aspecto crucial que diz respeito à relação entre as promessas eleitorais e as políticas públicas no contexto da Democracia. De fato, considerando que todo o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88), que custeia a atividade financeira do Estado, e, partindo-se do pressuposto de que o povo elege os seus representantes com base em suas propostas eleitorais, o correto, à luz da ética e dos princípios e diretrizes constitucionais mais basilares (moralidade, probidade e regime democrático), é que estas propostas orientem o planejamento, a execução das políticas públicas e a alocação dos recursos públicos, em busca dos resultados almejados pelo povo e dos objetivos fundamentais da República (bem-estar social, erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais – art. 3º da CRFB/88).

Com efeito, nas palavras de Ricardo Lobo Torres:

Em termos políticos, a evolução histórica do orçamento público é dignitária de todos os êxitos da luta da sociedade pela democracia e controle dos poderes do Estado em matéria financeira... Com o orçamento público, os povos conquistaram o direito de dominar as finanças do Estado e, ao mesmo tempo, o de controlar as escolhas democráticas, ante as preferências reveladas no processo eleitoral, no

que concerne à realização contínua dos fins do Estado, da efetividade dos direitos e da apuração do cumprimento dos programas dos governantes eleitos pelo voto popular. (TORRES, 2014)

Rodrigues (2014), invocando os ensinamentos de Maria Paula Dallari Bucci, aponta as dificuldades e os riscos de se tentar atribuir um conceito rigoroso e hermético para as políticas públicas, uma vez que podem escapar aspectos relacionados com ora a sua formulação, ora a sua execução e/ou controle. A exemplo, pode-se compreender políticas públicas tanto como o processo de escolha do objeto da atuação estatal e dos meios que serão utilizados para alcançar um determinado fim ou como o produto acabado desse processo, o programa de ação em si. De um modo geral, conclui que é possível compreender políticas públicas como uma atividade no sentido de normas e atos direcionados a determinado fim.

Entre os diversos modelos de formulação e análise de políticas públicas categorizados por Souza (2006), destaca-se, pela sua aplicação à linha de raciocínio aqui proposta, o do ciclo da política pública. Sob esta abordagem, a política pública é vista como um ciclo deliberativo, formado por vários estágios (definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação), em um processo dinâmico e de aprendizado. Esta abordagem, por sua vez, parece mitigar as preocupações invocadas por Rodrigues (2014), na medida em que consideraria as fases de formulação, execução e controle da política.

Para melhor compreensão dessa abordagem, segue o esquema representativo de Secchi (2010), que, dialogando com a doutrina de Souza (2006), representa visualmente a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes:

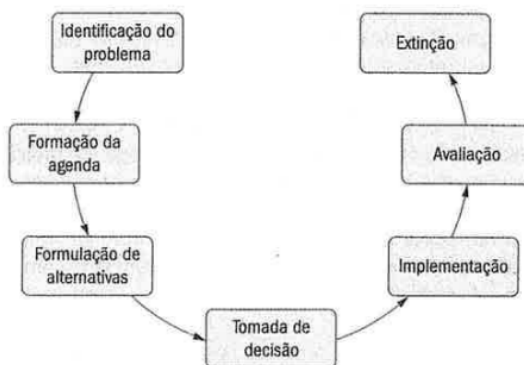


Figura 3.1 - Ciclo de políticas públicas.

Fonte: Secchi, 2010.

Secchi (2010) alerta, no entanto, que o ciclo da política pública não é linear e estanque, raramente reflete a real dinâmica ou vida de uma política pública, e as fronteiras entre as fases, em regra, não são nítidas. Algumas vezes, exemplifica, a fase de identificação do problema está mais relacionada ao fim do processo; as fases de avaliação geralmente acontecem antes do escrutínio do problema; e as soluções muitas vezes nascem antes da identificação daqueles. Apesar das críticas, continua o autor, o ciclo de políticas públicas tem uma grande utilidade, pois ajuda a organizar as ideias e ajuda políticos, administradores e pesquisadores a criar um referencial comparativo para análise e aplicação em casos heterogêneos.

Pinto (2018), traduzindo esta abordagem para o Direito, afirma que “a noção de política pública corresponde a um ciclo decisório, finalística e processualmente voltado ao cumprimento dos ditames constitucionais, organizado em torno dessas três grandes fases: planejar, executar e controlar”.

Para a autora, esta noção de política pública pode ser antevista – direta ou indiretamente – a partir do artigo 6º do Decreto-Lei nº 200/1967, que dispõe sobre a obrigatoriedade de as atividades da Administração Pública obedecerem aos princípios fundamentais do planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, os quais podem ser sintetizados nas fases de planejamento, execução e controle.

A teor do referido diploma, o planejamento compreende o plano geral de governo e os programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual, os quais, por sua vez, destaque-se, devem orientar não só a elaboração dos programas de trabalho definidos na lei orçamentária (art. 7º, “b” e “c”, 15, 16 e 18 do DL nº 200/67), como a sua própria execução. Para melhor compreensão, transcrevem-se os artigos 15 a 18 do DL de 67:

Art. 15. A ação administrativa do Poder Executivo obedecerá a programas gerais, setoriais e regionais de duração plurianual, elaborados através dos órgãos de planejamento, sob a orientação e a coordenação superiores do Presidente da República.

§ 1º Cabe a cada Ministro de Estado orientar e dirigir a elaboração do programa setorial e regional correspondente a seu Ministério e ao Ministro de Estado, Chefe da Secretaria de Planejamento, auxiliar diretamente o Presidente da República na coordenação, revisão e consolidação dos programas setoriais e regionais e na elaboração da programação geral do Governo.

§ 2º Com relação à Administração Militar, observar-se-á a finalidade precípua que deve regê-la, tendo em vista a destinação constitucional das Forças Armadas, sob a responsabilidade dos respectivos Ministros, que são os seus Comandantes Superiores.

§ 3º A aprovação dos planos e programas gerais, setoriais e regionais é da competência do Presidente da República.

Art. 16. *Em cada ano, será elaborado um orçamento-programa, que pormenorizará a etapa do programa plurianual a ser realizada no exercício seguinte e que servirá de roteiro à execução coordenada do programa anual.*

Parágrafo único. Na elaboração do orçamento-programa serão considerados, além dos recursos consignados no Orçamento da União, os recursos extra-orçamentários vinculados à execução do programa do Governo.

Art. 17. Para ajustar o ritmo de execução do orçamento-programa ao fluxo provável de recursos, o Ministério do Planejamento e Coordenação Geral e o Ministério da Fazenda elaborarão, em conjunto, a programação financeira de desembolso, de modo a assegurar a liberação automática e oportuna dos recursos necessários à execução dos programas anuais de trabalho.

Art. 18. *Toda atividade deverá ajustar-se à programação governamental e ao orçamento-programa e os compromissos financeiros só poderão ser assumidos em consonância com a programação financeira de desembolso. (Destacamos)*

A ratificar a necessidade de integração entre a execução orçamentária e o planejamento, o art. 75 da Lei nº 4.320/64 (Normas Gerais do Direito Financeiro) dispõe expressamente que o controle da execução orçamentária compreende, para além de um exame de legalidade dos atos que importam em arrecadação de receitas e realização de despesas, a análise da fidelidade funcional dos agentes da administração e do cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e de realização de obras e prestação de serviços.

É sob este ângulo que Pinto (2018) afirma existir uma importantíssima conexão entre o ciclo das políticas públicas e o ciclo orçamentário. Veja-se: o planejamento setorial da política pública (como os planos de saúde e educação, por exemplo) deve ser traduzido nos programas de trabalho² das mais diversas funções do Estado (acesso à Justiça, legislativa, educação, saúde, entre outras). E os programas de trabalho, por sua vez, estão consignados no plano plurianual e na lei orçamentária que compõem o ciclo orçamentário previsto na Constituição Federal (com destaque para os arts. 165 e seguintes e 35 do ADCT) e na Lei nº 4.320/64. Abaixo, para melhor visualização,

² Segundo a Portaria STN nº 42/99, que estabelece os conceitos de função, subfunção, programa, projeto, atividade, operações especiais, entende-se por programa “o instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no plano plurianual” (art. 2º, “a”).

reproduz-se o esquema utilizado por Giacomoni (2007) *apud* Sousa (2008) para representar o processo integrado de planejamento e orçamento:

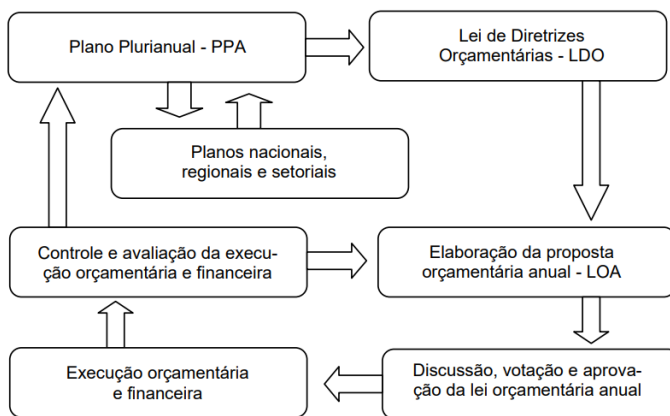


Diagrama 2 – O Processo Integrado de Planejamento e Orçamento

Fonte: Adaptado – James Giacomoni – UnB (FACE/CCA) STJ/TST (2008) – Slide 7, Color. – e Giacomoni (2007, p. 209).

Em contrapartida e de modo instrumental, a execução orçamentária deve nortear a execução dos programas de trabalho que compõem a política pública, a fim de realizá-la. Por isso, quando se verifica, de antemão, no controle e na avaliação da execução do ciclo orçamentário, que o gestor se distanciou do seu próprio planejamento, abre-se uma potente possibilidade de intervenção preventiva na política pública. O desvio de rota pode e deve ser prontamente considerado e reparado na avaliação da política, retroalimentando o seu planejamento e a revisão das peças orçamentárias.

Tudo, repare-se, de modo a restaurar o eixo inaugural, qual seja, a necessária aderência entre o planejado e o executado, contribuindo, assim, para a construção efetiva da política pública mediante uma oferta adequada das atividades e serviços programados com um gasto público de qualidade (no sentido de que foi planejado e sua execução não se distanciou desse planejamento – PINTO, 2018). No ponto, vale transcrever, pela singular clareza, trecho da obra citada de Élide Graziani:

Tanto nas etapas do planejamento, da execução e do controle, o eixo é a integração clara, consistente, nuclear do planejamento setorial com a previsão e a execução dos recursos orçamentários correspondentes.

Porque todo o restante, os processos licitatórios, os contratos celebrados, os convênios, a contratação de mão de obra (seja por concurso para provimento de cargos, empregos e funções públicas, como contratos temporários quaisquer, terceirização), enfim, quaisquer opções, *tudo isso decorre desse eixo inicial*. Mais ou menos atuação direta, mais ou menos parceria com o terceiro setor, mais ou menos renúncias fiscais como fomento indireto à atuação do mercado *são consequências que decorrem dessa escolha inaugural feita no plano setorial de cada política pública em cada ente da federação*. (Destacamos)

Nesse passo, sustenta a autora, para conferir eficiência à política pública e ao gasto público, é preciso avançar em um controle da política pública que, atento ao caráter vinculante do planejamento setorial e orçamentário, seja pautado não apenas por aspectos formais, mas sobretudo pela avaliação do cumprimento de seus programas de trabalho em termos de realização de obras e prestação de serviços, metas e alcance dos resultados, sob o prisma da economicidade e da legitimidade (art. 70 da CRFB/88).

Em outras palavras, é necessário investir em um controle efetivo da política pública que busque não apenas a correção dos desvios, mas, sobretudo, em um esforço pedagógico, uma atuação preventiva para a retroalimentação do seu planejamento. Por exemplo, Defensoria e Ministério Público poderiam, a partir da identificação de um contingenciamento abusivo (art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal), ou seja, sem correspondência em uma efetiva frustração de receitas, exigir, inclusive judicialmente, a recomposição do valor contingenciado em desacordo com o planejamento setorial e orçamentário. A recomposição, por sua vez, evitaria a redução da oferta de serviços públicos essenciais à população, prevenindo importante dano coletivo.

Nesse sentido, assinala Barros (2008) *apud* Duarte (2020) que o controle jurisdicional deve ser efetuado em virtude de seu efeito pedagógico à Administração, que restará com o sentimento de que o planejamento não é simples promessa constitucional.

Segundo Pinto (2018), este é um papel extremamente importante e subutilizado na tutela coletiva pelos atores do Sistema de Justiça: “Se queremos dar um salto qualitativo no controle de políticas/públicas, precisamos exigir o cumprimento do planejamento setorial, considerando suas metas e estratégias formalmente como obrigações legais de fazer e, portanto, exigíveis no ciclo orçamentário”. Ou seja, é preciso perseguir a máxima efetividade do ciclo orçamentário como o eixo garantidor da eficiência das políticas públicas e dos direitos fundamentais.

Esse salto qualitativo é ainda mais importante quando se trata do controle de políticas públicas sociais que se destinam à concretização dos direitos humanos e fundamentais, de alto valor axiológico na Carta Fundamental de nosso Estado. Para Barcellos (2018), o efetivo respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais

dependem sobretudo dos resultados concretos de políticas públicas existentes acerca desses direitos e não apenas da existência de normas ou mesmo de decisões judiciais esparsas sobre o tema. Para a autora, a existência de sistemas de monitoramento no contexto de políticas públicas de direitos fundamentais deve ser considerado um dever jurídico-constitucional.

Daí porque, de fato, associando os ensinamentos expostos, alinhar a tutela judicial e extrajudicial dos direitos fundamentais ao controle orçamentário da política pública representa dar um salto qualitativo na busca da concretização dos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da CRFB/88) e da efetividade da Constituição. É esse salto que, a nosso ver, precisa ser perseguido pelos órgãos de controle, em especial, Tribunais de Contas, Defensorias e Ministérios Públicos.

Nos próximos itens, este trabalho busca analisar como este referencial teórico do Direito Financeiro pode ser explorado e aperfeiçoado no campo da Saúde Coletiva, em diálogo com outros ramos do Direito, e os desafios para a sua utilização empírica em busca da efetividade do direito humano e fundamental à saúde.

2.2. Limites à discricionariedade administrativa na alocação de recursos públicos de saúde: um diálogo entre o Direito Financeiro, Sanitário, Constitucional e Administrativo

Como se viu, está posto, por expresse e cogente arcabouço legal no Direito Financeiro, que o planejamento (setorial e orçamentário) deve nortear a execução do orçamento. Não há irrestrita discricionariedade do gestor quanto ao que foi por ele mesmo planejado. Ou seja, quanto ao cumprimento dos programas de trabalho (inscritos na lei orçamentária conforme as metas e estratégias do planejamento setorial) que concretizam e operacionalizam as políticas públicas consideradas prioritárias pelo próprio Administrador Público.

O gestor deve cumprir o que planejou, pois, do contrário, seus atos são considerados nulos, dado o arcabouço normativo que veda, em homenagem à confiança depositada no cidadão e à necessária preservação da segurança jurídica, o comportamento contraditório da Administração Pública (*nemo potest venire contra factum proprium*). A preocupação normativa com a efetivação da segurança jurídica pode ser extraída a partir de uma leitura sistemática do ordenamento jurídico (art. 1º c.c. XXXVI, da CRFB/88, art. 2º da Lei nº 9.784/1999 e arts. 23, 24 e 30 da LINDB, a exemplo).

No campo da Saúde Coletiva e do Direito Sanitário, esse dever de coerência do Administrador e de necessária aderência entre a execução orçamentária e o planejamento é reforçado, pois há expressa previsão no microsistema específico sobre o planejamento e a gestão no SUS (art. 36 da Lei nº 8080/90, arts. 15 e 16 do Decreto nº 7.508/2011, art. 30 da LC nº 141/2011 e arts. 94, 95, 96 e 97 da Portaria de Consolidação nº 01/2017 do Ministério da Saúde), no sentido de que deve haver compatibilização entre os instrumentos de planejamento em saúde (Plano de Saúde e respectivas Programações Anuais, Relatório de Gestão), as leis orçamentárias (Plano

Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária Anual - LOA), e, conseqüentemente, a sua execução. Há, portanto, específico e reforçado tripé legal que não pode ser ignorado.

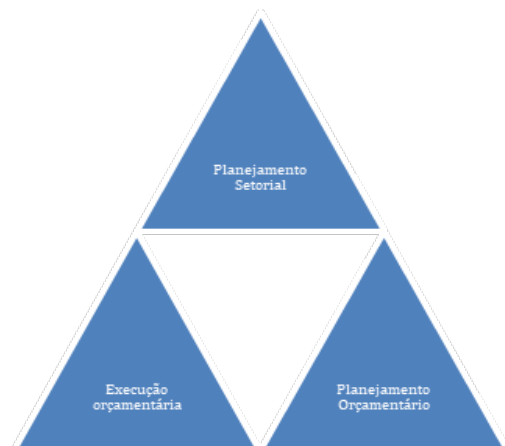


Figura 1 – Tripé da Aderência entre Planejamento e Execução Orçamentária

Fonte: elaboração própria

No Direito Administrativo, essa necessidade de compatibilização entre o executado e o planejado pelo gestor é, em essência, expressão de algumas das vias de controle do ato discricionário da Administração Pública. Para compreendê-lo, é preciso atentar que tanto o ciclo da política pública quanto o ciclo orçamentário são materializados por uma sucessão de atos administrativos sujeitos a regime jurídico de direito público e, portanto, a controle para sua adequação aos limites da legalidade e legitimidade (juridicidade).

Sob esta *ratio*, Bucci (2002) capta importante potencial na análise das políticas públicas: como a sua formulação e, portanto, planejamento, pressupõe a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, elas funcionam como uma espécie de controle prévio da discricionariedade do gestor. Nessa lógica, o processo de elaboração da política seria propício a explicitar e documentar os pressupostos da atividade administrativa e, dessa forma, tornar viável o controle posterior dos motivos.

Perfilhando-se a lógica de Bucci (2002) e associando-a à tese da necessária integração entre o ciclo da política pública e da execução orçamentária vista acima, conclui-se que seria possível controlar a formulação e a execução orçamentária da política pública por intermédio do exame de sua adequação e compatibilidade aos pressupostos de fato e de direito e à finalidade pública originariamente expostos

pelo gestor nos documentos, estudos e bases do planejamento setorial (art. 2º, “d” e “e” da Lei nº 4.717/65).

De forma simples, o que se quer afirmar é que o exame de compatibilidade entre a execução orçamentária e o planejamento, que contém os pressupostos de fato e de direito que motivaram a atividade administrativa, é, ao fundo, um exercício de controle do ato discricionário da Administração Pública pela já conhecida e vetusta teoria dos motivos determinantes (o gestor se vincula aos motivos justificadores do ato declinados) e pela teoria do desvio de finalidade (o ato administrativo não pode ser praticado em desacordo com a sua finalidade e em dissonância com o legítimo interesse público). Abaixo, também será incorporada a teoria do controle pelo princípio da razoabilidade (juridicidade).

Fosse pouco, considerando o dever de motivação (art. 5º, XXXIII, LIV e LV, e 93, IX, da CRFB/88), transparência, acesso à informação (Lei nº 12.527/2011), publicidade e eficiência administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB/88), assegura-se, em qualquer circunstância, a possibilidade de cotejo dos fundamentos do ato atacado com a motivação apresentada. (BUCCI, 2007)

À luz de tais fundamentos, é plenamente exigível que, por exemplo, ao expedir decretos de contingenciamento/limitações de empenho, de remanejamento de despesas e qualquer outro ato de natureza orçamentária e/ou financeira que acarrete a alteração do planejamento posto nos planos setoriais e na lei orçamentária, o Chefe do Poder Executivo exponha, de forma clara e transparente, as razões de fato e de direito que o conduziram a tanto (art. 37 da CRFB/88), sob pena de nulidade dos seus atos, por flagrante e odioso desvio das finalidades sociais do processo orçamentário previsto na Constituição Federal.

Não se ignora, é claro, a existência de doutrina clássica, inspirada em uma interpretação literal do art. 165, § 8º, da CRFB/88 (quanto ao termo “fixação de despesas”) e do art. 48, “b” da Lei nº 4.320/64 c.c. art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (que autorizam o contingenciamento de despesas para alcançar o equilíbrio fiscal), no sentido de que a lei orçamentária, ainda em seu sentido de orçamento-programa,³ é meramente autorizativa (TORRES, 1993; HARADA, 2014) e não impositiva.

Segundo esta doutrina, embora os gestores só possam realizar as despesas que estejam previstas no orçamento, eles não estariam obrigados a efetivá-las, e existiria uma margem de discricionariedade na execução orçamentária para ajustar os gastos públicos às necessidades e contingências advindas no exercício financeiro (PASCOAL, 2016; PISCITELLI, 2012). Daí, inclusive, a possibilidade do contingenciamento.

³ Compreende-se como Orçamento Programa, em contraposição a um conceito clássico e estático, de mera previsão de receita e fixação de despesas, uma metodologia de elaboração do orçamento público, adotada pela Lei nº 4.320/1964, que expressa, financeira e fisicamente, os programas de trabalho de governo, possibilitando a integração do planejamento com o orçamento, a quantificação de objetivos e a fixação de metas, as relações insumo-produto, as alternativas programáticas, o acompanhamento físico-financeiro, a avaliação de resultados e a gerência por objetivos.

Não existiria, portanto, um direito subjetivo à implementação das despesas previstas no orçamento.

Felizmente, sob os auspícios democráticos da Constituição Federal de 1988, a doutrina mais moderna e a jurisprudência brasileira caminham no sentido de reconhecer no orçamento público caráter impositivo, conferindo-lhe força normativa (ABRAHAM, 2018). Segundo Abraham (2018), a teoria clássica do orçamento adviria da dogmática de Paul Laband dos fins do século XIX, de essência autoritária. Segundo narra o autor, a doutrina foi elaborada para validar juridicamente, entre os anos de 1860-1866, a soberania do monarca prussiano que, mesmo sem a aprovação, pelo Parlamento, das elevadas despesas alocadas com fins bélicos no projeto de lei orçamentária, iniciou a execução da reforma militar pregada por Otto Von Bismarck.

Assim, conforme alerta e critica o autor:

[p]assados mais de 200 anos de construção democrática dos dois lados do Atlântico, e alcançada democratização perene no Brasil, não se compreende bem a que serviria hoje a teoria do orçamento como lei formal, a não ser para, como na origem, servir para submeter os demais Poderes à preeminência desmedida do Executivo e para justificar a impune maquiagem orçamentária. (DOMINGUES, 2008, apud ABRAHAM, 2018)

Nesse sentido, Dallari (2011), Pinheiro (2011), Oliveira (2014), Meirelles (1998) e Domingues (2008) sustentam que o orçamento possui caráter impositivo, ou seja, o gestor deve executar o que planejou e previu na lei orçamentária, salvo efetiva comprovação de não realização das receitas, quando, então, diante de uma escassez natural, poderá ser realizado de forma motivada o contingenciamento.

Em uma construção teórica intermediária, Abraham (2018) sustenta que o orçamento é híbrido: parcialmente impositivo, na parte cuja execução é obrigatória (despesas constitucionais e legais, além das previstas nas emendas parlamentares impositivas, instituídas pelas Emendas Constitucionais 86 de 2015, 100 e 102 de 2019) e, em parte autorizativo, na parcela remanescente, passível de contingenciamento e de não execução. De fato, ao dispor sobre a possibilidade de o gestor realizar contingenciamentos para fins de ajuste fiscal, o art. 9º, §2º, da LC nº 101/2000 veda a limitação das despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, confirmando, assim, a existência de despesas públicas cuja execução é vinculante para o gestor.

Mendonça (2010), de forma didática, propõe, ainda, que deve haver uma impositividade mínima à lei orçamentária, pois o Executivo não pode redefinir tudo e seguir uma pauta própria de prioridades, sem nem mesmo estar obrigado a motivar as suas escolhas. Haveria, portanto, duas modalidades de vinculação ao gestor: a primeira, decorrente dos princípios constitucionais, denominada de vinculação

autêntica. E a segunda, relativa ao dever do gestor de motivar eventuais desvios da rota planejada, uma obrigação de dar satisfações sobre os motivos que justificariam a decisão, chamada de vinculação mínima.

Nesse sentido, da existência de uma impositividade mínima da lei orçamentária, a importante decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida liminar postulada na ADI nº 4.663, ao afirmar expressamente que as normas orçamentárias ostentam, segundo a lição da moderna doutrina financeira, a denominada força vinculante mínima, a ensejar a imposição de um dever *prima facie* de acatamento, ressalvada a motivação administrativa que justifique o descumprimento com amparo no postulado da razoabilidade.

Aqui, volta-se, mais uma vez, ao dever do gestor de motivação dos atos administrativos e do controle pela teoria dos motivos determinantes, desvio de finalidade e, conforme bem acrescenta a Corte Maior, razoabilidade (juridicidade).

Nota-se, de um modo geral, que, tal como nos demais ramos do Direito que passaram por um processo de constitucionalização, o Direito Financeiro caminha para uma releitura constitucional do orçamento, que é erigido a *status* de verdadeira garantia constitucional e tratado como relevante instrumento para a concretização dos direitos fundamentais e das políticas públicas essenciais correlatas previstas na Constituição.

Ora, os direitos fundamentais exibem, para além de uma dimensão subjetiva, voltada aos seus titulares, uma dimensão objetiva direcionada ao Poder Público, contendo uma ordem de concretização e realização permanente e progressiva, sob pena de odioso retrocesso social.

Portanto, ao menos enquanto em vigor o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB/88), não se pode conceber como lícito e/ou legítimo que o gestor possa livremente ignorar os programas de trabalho previstos no orçamento, à luz de seu planejamento setorial, e dele fazer letra morta, frustrando a sua normatividade. Sobretudo sem uma motivação sólida, transparente e razoável.

Sendo a gênese do orçamento uma autorização do povo para a utilização dos recursos públicos, não é errado concluir que, ao não se efetivar sua aplicação conforme consentida, estar-se-á agindo à revelia daquilo que foi autorizado e, portanto, ao arrepio do próprio regime democrático, que exige a subsunção dos governantes aos objetivos e fundamentos constitucionais. (OLIVEIRA; FERREIRA, 2017)

Em outras palavras, em um Estado que se qualifique “democrático de direito”, não se deve conceber com naturalidade a possibilidade de o Executivo ignorar todo o processo legislativo ao qual foi submetida a lei orçamentária, permitindo que este possa não cumprir suas disposições sem nenhum ônus argumentativo. (TAVEIRA; MARÇAL, 2013)

Com maior razão, quando a execução orçamentária diz respeito a despesas públicas de saúde, para as quais a Constituição destina um microsistema específico de tutela de custeio (COMPARATO; PINTO, 2015) com previsão de receita vinculada

(vinculação autêntica) e percentuais mínimos de investimento (art. 198, §§ 2º e 3º, da CRFB/88), a margem de discricionariedade do gestor é ainda mais reduzida, e o seu dever de motivação, qualificado. Como indica a própria Carta Fundamental do Estado, são despesas que se destinam à concretização do direito fundamental à saúde e aos objetivos fundamentais da República, de elevada envergadura axiológica (arts. 3º, 6º e 196 da CRFB/88), e, portanto, com inegável prioridade constitucional alocativa. É intuitivo que, diante de inúmeras necessidades sociais, o gestor deve priorizar o investimento em ações e serviços públicos de saúde.

E mais: quando as despesas de saúde se destinam à concretização do seu núcleo essencial, assim consideradas as indispensáveis à garantia da fruição da vida em condições mínimas de dignidade (consideradas por Duarte, 2020, como demandas de primeira necessidade), elas assumem, efetivamente, caráter obrigatório. Ou seja, independentemente da ponderação com outros direitos, inclusive sociais, e princípios financeiros, elas vinculam os poderes públicos a sua concreção. Estas, a nosso ver, são as despesas de saúde obrigatórias e insuscetíveis de contingenciamento a que se referem a normativa fiscal (art. 9º, §2º, da LC nº 101/2000).

Esta compreensão é de fundamental importância porque, ainda que tais despesas ultrapassem o percentual mínimo formal de investimento em saúde previsto na Constituição (art. 198, §2º, da CRFB/88 c.c. Lei Complementar nº 141/2012), elas devem vincular o gestor, eis que, pela sua íntima conexão com o direito constitucional à vida e à dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88), compõem o mínimo material de investimento em saúde. (Pinto, 2017)

Com efeito, nessas hipóteses, como corretamente afirmou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 45, invocando Ana Paula de Barcellos, as despesas públicas de saúde constituem alvos prioritários dos gastos públicos. E “apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos dever-se-á investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” Ou seja, enquanto não realizadas as demandas de saúde prioritárias, ainda que o Poder Público invoque uma análise econômica do Direito, a tese da reserva do possível é falha, pois a escassez de recursos é artificial.

Invoca-se, ainda, no ponto, a doutrina de Galdino (2005), citada por Duarte (2020), cujo trecho, pela sua clareza, merece transcrição:

A despeito de sua concepção decorrente da aceitação da “teoria dos custos dos direitos”, Galdino (2005, p. 234) alerta para as muitas oportunidades em que os custos são “maquiavelmente” suscitados como óbices para a realização dos direitos com escusos objetivos ideológicos, enquanto são obstáculos, em certa medida, passíveis de superação. Assim, o autor refuta o argumento de que o orçamento pode não suportar determinada despesa, analisando

que o fenômeno de captação de recursos é incessante e que, dessa forma, um orçamento posterior poderá absorver despesas não pagas pelo primeiro. *Delata o autor que o que frustra a efetivação de um determinado direito não é a exaustão do orçamento, mas a opção política.*

É sob esta *ratio*, que o Supremo Tribunal Federal, de modo contundente, adverte que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Diversamente da Alemanha, da qual se importou a teoria da reserva do possível, aqui, no Brasil, ainda não estão asseguradas condições mínimas de existência e muito menos realizadas demandas de saúde de primeira necessidade. Inúmeros estudos científicos de análise de demandas judiciais de saúde comprovam que grande parte dos pedidos conduzidos ao Poder Judiciário é composta por medicamentos, inclusive básicos, e serviços de saúde incorporados em políticas públicas como necessários à fruição da vida em condições mínimas de dignidade. (SOUZA, 2018)

Por isso, em terras brasileiras, o direito à saúde se confunde, em regra, com o próprio direito à vida e à dignidade humana (arts. 5º e 1º, III, da CRFB/88) (DUARTE; CANEDO, 2022), e são inúmeras as ações judiciais que, com acerto, devem ser acolhidas, sob pena de completo esvaziamento e nulificação da condição humana. Nesse contexto, a teoria da reserva do possível deve ceder frente à impositiva necessidade de preservação do mínimo existencial (STJ, REsp nº 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 3/6/2014).

Na cátedra de Cunha Junior (2004):

Transladar para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política difere radicalmente da brasileira, é negar esperança àquele contingente de pessoas que depositou todas as suas expectativas e entregou todos os seus sonhos à fiel guarda do Estado Social do Bem-Estar. Obstáculos como esses, transplantados de ordens jurídicas de paradigmas diversos, só vêm robustecer a flagrante contradição entre a pretensão normativa dos direitos sociais e o fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços públicos essenciais à efetivação desses direitos, garantidores de padrões mínimos de existência para a maioria da população. Assim, as discussões travadas nos chamados países centrais sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos a

prestações não podem, em absoluto, ser carreadas para a realidade brasileira, onde o Estado Providência ainda não foi efetivamente implantado. (Destacamos)

Por isso, sustenta-se que, no Brasil, com maior razão, quando diante de despesas públicas de saúde, o Chefe do Poder Executivo não possui discricionariedade em realizá-las. A execução orçamentária deve seguir conforme o planejado no orçamento e no próprio plano setorial por ele mesmo elaborado. E que contém, segundo o seu próprio diagnóstico e racionalidade sanitária, as obrigações de fazer consideradas indispensáveis à realização das políticas públicas de saúde eleitas como prioritárias à promoção do bem-estar da população.

É, portanto, neste rico diálogo ente o Direito Financeiro, Constitucional, Administrativo e Sanitário, que é possível fincar as bases teóricas para o necessário salto qualitativo no controle das políticas públicas sociais, em especial, para este trabalho, da política pública de saúde.

Trata-se, de fato, em um cenário jurídico que clama por maior discricionariedade decisória (a pretexto de segurança jurídica e eficiência), impulsionado recentemente pela Lei nº 13.655/2018, de importantíssimo eixo teórico interdisciplinar que embasa a possibilidade de um avanço no controle (judicial e extrajudicial) da política pública de saúde por intermédio do seu monitoramento orçamentário.

Veja-se, inclusive, que, nesse caso, o controle jurisdicional supera, inclusive, a velha crítica de que impõe a realização de despesas ilegítimas e intervém nas escolhas alocativas do administrador público, em violação à separação de poderes, causando perigosa desorganização das contas públicas. Exatamente porque, em sentido diametralmente oposto, este controle intervém perante hipóteses nas quais é o próprio Administrador Público que, de forma arbitrária, manipula o orçamento com base em prioridades alocativas pessoais e, portanto, ilegítimas, desviando-se do seu próprio planejamento setorial e orçamentário.

Nesse tipo de controle, a intervenção judicial opera exatamente a favor da Saúde Coletiva, dos princípios do equilíbrio orçamentário, da segurança jurídica do processo de orçamentação e da força normativa do orçamento público, na medida em que requer exatamente que sejam observadas as escolhas alocativas realizadas pela própria Administração Pública de acordo com o devido processo legal, em seu planejamento setorial e orçamentário.

Nesse impulso da dogmática liberal, é preciso, mais do que nunca, impor ao gestor maiores ônus argumentativos em relação aos desvios de rota na execução orçamentária e ao não atingimento dos resultados e finalidades planejadas. (PINTO, 2018)

Afinal, é sempre importante retomar, todo o poder emana do povo, e o orçamento é, em essência, uma limitação do Poder Executivo no manejo dos recursos públicos. O mínimo que se espera do gestor, portanto, é que motive alocações financeiras discrepantes da lei orçamentária e do seu próprio planejamento.

2.3. A complexidade da efetivação do controle orçamentário da política pública de saúde

Infelizmente, a despeito do inegável avanço doutrinário, magistrados de todo o país ainda resistem ao caráter impositivo das despesas públicas de saúde e ao controle judicial da política pública de saúde, cedendo à atual agenda da austeridade fiscal e da necessidade de se conferir maior discricionariedade ao gestor na realização dos gastos em respeito ao princípio da separação de poderes. Tudo sob a pressão argumentativa da existência de uma eterna crise financeira e da necessidade de atendimento a uma reserva do possível imprescindível à prevenção de um alegado caos nas contas do erário, com ameaça à ordem e economia públicas. Cenário este, como se viu, muitas vezes criado artificialmente pelo gestor para mascarar suas reais escolhas políticas.

Em tal cenário, é crucial o já abordado salto qualitativo no controle da política pública de saúde, para desconstruir o argumento da reserva do possível, desnudando a execução orçamentária de modo a revelar a indevida manipulação do orçamento e as ilegítimas escolhas alocativas do gestor público.

Tal controle, como se viu acima, encontra bases sólidas em diversos campos científicos e ramos do Direito e permitiria, ainda, sob um viés pedagógico (subutilizado na tutela coletiva, como se viu, segundo Pinto), a retroalimentação do planejamento, acerca das suas falhas e insuficiências, adequando-o, de modo preventivo, às promessas plasmadas nas leis orçamentárias.

Trata-se, no entanto, de controle complexo, não só pela necessidade de conhecimentos multidisciplinares e técnicos, envolvendo o ciclo de políticas públicas e o ciclo orçamentário, mas sobretudo pela dinamicidade com que o gestor dribla o seu próprio orçamento.

A partir de sua experiência prática, como Procuradora do Ministério Público de Contas de São Paulo, Pinto (2018) aponta que o ponto mais frágil do ciclo das políticas públicas reside exatamente na transição do planejamento para a execução, haja vista a utilização de inúmeras manobras pelo gestor para a flexibilização da lei orçamentária e, conseqüentemente, do seu planejamento setorial.

Oliveira e Ferreira (2017) também apontam que, à margem de cumprir rigorosamente o orçamento, é comum ao Executivo promover inúmeras alterações na sua execução, as quais se efetuam, por exemplo, mediante remanejamento de dotações, pelo cancelamento de despesas ou pela mera inexecução das dotações. Várias manobras acabam, então, por frustrar a expectativa inicial estabelecida na lei orçamentária, instaurando-se uma efetiva crise no âmbito das finanças públicas no Brasil e uma constante tensão entre os poderes na esfera da gestão orçamentária.

Talvez, por isso, não tenham sido encontrados estudos que abordassem, a partir de experiências anteriores, como a realização deste controle pode ser realizada na prática pelos legitimados coletivos, em especial a Defensoria Pública e o Ministério Público, no controle da política pública de saúde.

Silva (2012) já havia alertado para um vácuo científico maior, relativo à notória carência de estudos dedicados a processos e metodologias de avaliação em geral de políticas públicas no Brasil. E cita as pesquisas de Farias (2009) e Heerdt (2010), que estudaram a evolução das despesas orçamentárias no município de Florianópolis, entre 2003 e 2008, e no município de São Paulo, no período de 2005 a 2009, como tentativas de preenchimento de tal lacuna.

Como nova contribuição e com o objetivo de demonstrar que o orçamento público é uma ferramenta que permite avaliar a execução das políticas públicas e identificar setores mais ou menos beneficiados na distribuição de recursos e na execução orçamentária, Silva (2012) analisa, a partir de dados levantados no SIGA BRASIL, a evolução das despesas públicas federais, segundo a classificação funcional estabelecida na Portaria MPO nº 42/1999, no período de 2001 a 2011.

Pinto (2017), que analisou o cumprimento dos patamares mínimos de gasto nas ações e serviços públicos de saúde e na manutenção e desenvolvimento do ensino público pela União, Estado de Minas Gerais e pelos 26 (vinte e seis) municípios mineiros que, em 2007, contavam com mais de 100 mil habitantes, destacou que a ocorrência de desvios ou ineficiências que não afetem o cumprimento dos pisos mínimos constitucionais é tema que, por si só, está a merecer outros esforços de pesquisa ainda não enfrentados.

De fato, conforme assinala Barcellos (2006) *apud* Duarte (2020), a averiguação do cumprimento do piso mínimo constitucional de saúde é a modalidade de controle mais simples e objetiva, relacionada, tão somente, com a verificação do investimento do valor relativo ao piso em ações e serviços públicos de saúde.

Queiroz (2018) analisou a execução orçamentária dos exercícios financeiros de 2011-2015 do governo federal para, a partir da comprovação do forte descompasso existente entre o previsto na lei orçamentária e o efetivamente executado em despesas de investimento relacionadas à concretização de direitos sociais, contribuir para o aprimoramento do controle externo a ser realizado pelos Tribunais de Contas.

A premissa lógica do autor é de que o grau de aderência entre o que foi planejado e executado no tocante a despesas públicas sociais espelha o grau de comprometimento do gestor com os auspícios da Constituição e, portanto, a legitimidade de suas decisões alocativas (art. 70, *caput*, da CRFB/88). Nesse passo, afirma que o controle da legitimidade das contas públicas pelos Tribunais de Contas deve ser aprimorado, e pode ser realizado quando da análise das contas do governo, no tópico relativo ao nível de execução orçamentária, do julgamento das contas de gestão (art. 71, II, da CRFB/88) e do acompanhamento dos Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária, que, segundo o §3º do art. 165 da CF/88, devem conter o demonstrativo das despesas e ser publicados pelo Poder Executivo em até 30 dias após o encerramento de cada bimestre.

Duarte e Canedo (2022), por sua vez, analisaram a execução orçamentária do Município de Simão Pereira, em Minas Gerais, entre os anos de 2013 a 2016 e 2017 a

2020, para demonstrar que, quanto maior o percentual de execução das despesas previstas na lei orçamentária anual com saúde pública, menor o número de demandas judiciais em saúde. O que, por sua vez, reflete positivamente na diminuição dos gastos com o fenômeno da judicialização da saúde.

É diante deste campo prático, ainda em evolução, que o presente trabalho, ao analisar exemplos empíricos de atuação coletiva da Defensoria Pública e do Ministério Público no controle judicial da política pública de saúde por intermédio do monitoramento orçamentário, pode contribuir para o aprimoramento e o consequente avanço do controle das políticas públicas no Brasil e para a efetividade do Direito à Saúde.

3. Exemplos práticos de atuação coletiva pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no controle judicial da política pública de saúde por intermédio do monitoramento orçamentário

3.1. A Ação Civil Pública nº 0298494-15.2017.8.19.0001, em curso na 16ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

A Ação Coletiva nº 0298494-15.2017.8.19.0001 foi a primeira de três ações civis públicas propostas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que objetivaram o controle da política pública de saúde a partir do monitoramento orçamentário.

Como narra a inicial, naquele ano, dada a divulgação nas campanhas eleitorais do novo governo de promessas audaciosas frente à complexidade e às históricas celeumas que envolvem o setor saúde (a exemplo: aumentar em R\$ 250 milhões os investimentos em saúde, criar o Programa Clínica de Especialistas com 20 unidades implantadas até o final de 2020, municipalização de 16 UPAs, adequação do Programa Cegonha Carioca),⁴ a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio de sua Coordenadoria de Saúde e Núcleo de Fazenda Pública e Tutela Coletiva da Comarca da Capital, monitorou atentamente o desempenho das Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) do Município do Rio (clínicas da família, centros de atenção psicossocial, hospitais, entre outros).

Já em agosto de 2017, a rede pública municipal de saúde deu sinais de que o caminho da expansão em ações e serviços de saúde não se concretizaria. Ao contrário: não só o prometido à população no programa de governo não foi cumprido como também os direitos e o patrimônio de saúde já realizados, conquistados e subjetivamente adquiridos pela população mais vulnerável do Município passaram a ser ameaçados, em nítido retrocesso.

⁴ <https://oglobo.globo.com/politica/promessas-de-campanha-para-cobrar-de-marcelo-crivella-20388003#ixzz4uNSX6ykX>.

O cenário na rede municipal de saúde, ao final de 2017, era extremamente grave: faltavam insumos, medicamentos, recursos humanos, alimentação suficiente e adequada para profissionais de saúde e pacientes. Na rede hospitalar, o destaque era a superlotação, o pagamento dos profissionais de saúde em atraso e a suspensão de inúmeros contratos com serviços terceirizados, como de manutenção, maqueiros e segurança. Na atenção psicossocial, diversos leitos de cuidado em saúde mental foram fechados, inclusive de atendimento à urgência e emergência. Os meios de comunicação denunciavam a desassistência em massa, como demonstram alguns exemplos abaixo:

03/10/2017 – Sem remédios e materiais, UPA Madureira restringe atendimento a pacientes graves (<https://extra.globo.com/noticias/rio/sem-remedios-materiais-upa-madureira-restringeatendimento-pacientes-graves-21900478.html>);

14/10/2017 – Prefeitura faz corte na Saúde e pacientes já relatam falta de atendimento e remédios (<https://extra.globo.com/noticias/rio/prefeitura-faz-corte-na-saude-pacientes-ja-relatamfalta-de-atendimento-remedios-rv1-1-21946441.html>). *Gasto de 2017 está abaixo do que foi investido em Saúde em 2016. Com base no portal Rio Transparente, o vereador Paulo Pinheiro, membro da Comissão de Saúde da Câmara, constatou que, até o dia 9 de outubro, a Secretaria municipal de Saúde havia empenhado R\$ 4,296 bilhões. Desse total, já foram pagos R\$ 3,262 bilhões. – Os hospitais da administração direta não podem, desde o dia 10, empenhar mais nada para compras e renovação de contratos. Por força de um decreto do prefeito, o que não foi empenhado e pago até essa data só poderá ser feito em março, salvo se ele publicar um decreto de excepcionalidade. Sem pagar fornecedores, os hospitais estão ficando desabastecidos e já temos cirurgias eletivas (que não são de emergência) sendo canceladas, leitos fechados. Nas unidades administradas por OSs, que estão recebendo repasses com atrasos, já vemos crise de abastecimento e profissionais com salários atrasados. Os hospitais estão funcionando à base de escambo, pegando emprestado material e remédios, principalmente com a rede federal, para manter o mínimo de atendimento – relata Pinheiro;*

18/10/2017 – Rio: funcionários da saúde protestam por salários atrasados no Rio 5 (<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-10-18/funcionarios-da-saude-protestam-por-salariosatrasados-no-rio.html>);

19/10/2017 – Hospitais do município sofrem com superlotação e falta de medicamentos (<https://extra.globo.com/noticias/rio/hospitais-do-municipio-sofrem-com-superlotacao-faltade-medicamentos-21964847.html>);

20/10/2017 – Rio: martírio na saúde municipal (<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-10-20/martirio-na-saude-municipal.html>). *Secretaria de Saúde precisa de R\$ 600 milhões este ano. O secretário municipal de Saúde (SMS), Marco Antonio de Mattos, informou que vai precisar de R\$ 600 milhões até o fim do ano para manter a rede do município funcionando. Mas não sabe se vai dispor da verba, já que os repasses estão condicionados à arrecadação municipal, que despencou. “A arrecadação de 2016 para 2017 caiu muito, dificultando a execução e pagamentos dos serviços realizados pela SMS”, afirmou Mattos. Mattos, que é médico, se disse profundamente incomodado com a crise da saúde e destacou que sua pasta não tem a chave do cofre. “A gente tem o orçamento, mas o dinheiro quem libera é a Secretaria de Fazenda”. O secretário alegou ainda que herdou da administração anterior um déficit de R\$ 400 milhões referente à ampliação da rede primária e mais R\$ 266 milhões de empenhos cancelados pelo ex-prefeito Eduardo Paes;*

15/11/2017 – Tribunal de Contas do Município cobra esclarecimentos da prefeitura sobre cortes na saúde. Suspensão de serviços em clínicas da família por atrasos de pagamentos a OSs é um dos principais sintomas da crise (<https://oglobo.globo.com/rio/tribunal-de-contas-do-municipio-cobra-esclarecimentos-da-prefeiturasobre-cortes-na-saude-22071294>). O relatório mostra, como O GLOBO revelou ontem, que a dívida da prefeitura com organizações sociais chega a R\$ 460 milhões, se levados em conta restos a pagar do ano passado. *Outro dado curioso é que os cortes foram feitos em um compasso bem maior que a queda de receitas: enquanto os repasses federais e estaduais do SUS caíram 5,28% na comparação com o exercício de 2016, a despesa empenhada pela prefeitura na Saúde sofreu queda de 10,77%. Sem dinheiro, o número de contratos emergenciais (60), segundo o TCM, representa 35% dos 173 documentos assinados este ano. (...) Também ontem o secretário municipal de Saúde, Marco Antonio de Mattos, se reuniu com vereadores e disse que, se não conseguir recursos para fechar o ano sem dívidas em 2017, vai precisar de R\$ 1 bilhão, além do que está previsto no orçamento do ano que vem, que é de R\$5,4 bilhões. Para chegar até o fim de 2017, ele afirma precisar de R\$ 600 milhões.*

Note-se que, conforme declarações públicas do Secretário Municipal de Saúde à época, a causa para a crise instalada (e para a garantia da saúde e da vida de toda a população carioca) consistia na falta de verbas. Segundo ele, a situação só poderia ser normalizada com a regularização dos repasses para o Fundo Municipal de Saúde de, no mínimo, R\$ 600 milhões. E finalizou: há “orçamento, mas o dinheiro quem libera é a Secretaria de Fazenda”.

Em síntese, mais uma vez, o Poder Público invocava a velha desculpa da escassez de recursos, traduzida para o Direito como princípio da reserva do possível, para justificar a falta de investimentos na saúde e a conseqüente suspensão e interrupção de ações e serviços públicos essenciais à preservação da vida em condições mínimas de dignidade. Ou seja, alegava-se a reserva do possível frente a demandas de saúde de primeira necessidade, o que não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito, como se viu.

De outro lado, também conforme noticiado nos meios de comunicação, o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro denunciava que a redução nas despesas empenhadas em saúde era desproporcional à queda na arrecadação das receitas. Havia ali, portanto, fortes indícios de que o gestor municipal, ao que tudo indicava, Prefeito e Secretário de Fazenda, se distanciou do planejamento setorial e orçamentário, remanejando verbas destinadas à saúde para outras funções, e a alegada escassez, mais uma vez, não se sustentava como argumento legítimo para a restrição ao mínimo existencial.

Com efeito, estudo técnico do Tribunal de Contas do Município do Rio enviado à Defensoria Pública comprovou que a alegada crise econômica e a queda nas receitas não justificavam os cortes nos investimentos destinados, por lei orçamentária, à área de atuação saúde. Isso porque, segundo o estudo, o contingenciamento na saúde (de aproximados R\$ 540 milhões – 10,77%) foi feito de forma desproporcional à redução das receitas vinculadas à saúde (em 5,28%) para aplicação em setores outros, não prioritários, como Secretaria de Fazenda, Gabinete do Prefeito, Secretaria Municipal de Conservação e Meio Ambiente. Afirma categoricamente o relatório:

Entre os anos de 2017/2016, a receita realizada foi reduzida em 5,28%, porém a despesa empenhada em saúde sofreu queda mais significativa de 10,77% (R\$ 4.086.475.710,56 ÷ 4.579.968.008,18), não obedecendo a mesma proporção de diminuição da receita. Ou ainda, a queda de receitas vinculadas ao Demonstrativo das Receitas e Despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde foi reduzida aproximadamente em R\$ 220 milhões, porém a dotação contingenciada do orçamento da saúde foi em torno de R\$ 547 milhões. (Destacamos)

Ainda conforme o estudo técnico, já no início de 2017, o Município do Rio de Janeiro contingenciou na pasta da saúde, cujo orçamento inicial era de aproximadamente R\$ 5,3 bilhões, cerca de R\$ 543 milhões, ou seja, valor bem próximo ao quantitativo de R\$ 600 milhões considerados necessários pelo Secretário Municipal de Saúde para a manutenção da rede do município funcionando até o final do ano de 2017.

Ora, tal postura, à luz dos ensinamentos acima abordados, configura uso abusivo da prerrogativa do contingenciamento por frustração de receita prevista no art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, e desconfigurou o orçamento aprovado pelo

Poder Legislativo com base no planejamento setorial pelos legítimos representantes da vontade popular (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88).

Havia, portanto, falha grave no tocante ao dever de aderência entre o planejado e o executado, corroborando o sustentado por Galdino (2005) de que o que frustra a efetivação de um determinado direito não é a exaustão do orçamento, mas a opção política.

Para combater tal quadro, e calcada no estudo técnico do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, foi ajuizada, ao final de 2017, a Ação Civil Pública nº 0298494.15.2017.8.19.0001, objetivando que o Município do Rio de Janeiro repassasse/transferisse (mediante remanejamento de verbas, utilização de reserva de contingência, abertura de créditos suplementares ou qualquer outro recurso contábil, financeiro e orçamentário), ao Fundo Municipal de Saúde, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, o valor de R\$ 543.570.700,00 (quinhentos e quarenta e três milhões, quinhentos e setenta mil e setecentos) reais, e autorizasse, até 31/12/2017, a emissão de todos os empenhos, liquidações e pagamentos necessários ao funcionamento ininterrupto da rede municipal de saúde e ao custeio integral das ações e serviços públicos de saúde previstos na função “Saúde” da Lei Orçamentária Anual de 2017 (Lei nº 6.122/2016).

Na ação, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro analisou a execução orçamentária à luz do planejamento setorial e orçamentário e demonstrou que (i) a despeito de uma diferença, o valor destinado à saúde na Lei Orçamentária (LOA – Lei nº 6.122/2016), R\$ 5.468.981.064, encontrava certa correspondência no total de recursos (R\$ 5.719.862.468,60) estimados para a função saúde em seu planejamento setorial, qual seja, Programação Anual de Saúde e Plano Municipal de Saúde; (ii) todavia, ao longo da execução orçamentária, sem qualquer motivação, o Poder Executivo adulterou a LOA, realizada à luz do planejamento setorial, frustrando a sua normatividade, em manifesta afronta ao disposto no art. 36 da Lei nº 8080/90, arts. 15 e 16 do Decreto nº 7.508/2011 e arts. 94, 95, 96 e 97 da Portaria de Consolidação nº 01/2017 do Ministério da Saúde.

Considerando que os instrumentos de planejamento setorial contêm as despesas consideradas necessárias para o cumprimento das obrigações legais de fazer que materializam os direitos fundamentais à saúde, à vida e à dignidade humana, e integram, portanto, o gasto mínimo material em saúde, era previsível (e até previsto) que nova redução de R\$ 543.570.700,00, em desacordo com o planejamento, afetaria a estrutura e a própria subsistência da rede municipal de saúde.

Para corroborar o estudo técnico do Tribunal de Contas, a Defensoria Pública analisou o portal de transparência do Município do Rio (<http://www.rio.rj.gov.br/web/contasrio#Resp>) e logrou demonstrar, por intermédio de uma tabela comparativa entre o orçamento inicial, planejado, e o atualizado que, diferentemente do que ocorreria no setor saúde, houve aumento de investimentos ao longo da execução orçamentária em funções e setores não prioritários. Confira-se:

Órgão	Orçamento Inicial	Orçamento Atualizado
Secretaria Municipal de Conservação e Meio Ambiente	R\$60.086.055,00	R\$268.696.684,77 Não houve contingenciamento. E sim aumento do orçamento na pasta de mais de R\$ 200 milhões
Controladoria Geral do Município	R\$61.194.686,00	R\$58.564.829,68 Contingenciamento de cerca de 4%, inferior ao da saúde
Secretaria Municipal de Desenvolvimento, Emprego e Inovação	R\$13.739.248,00	R\$54.473.880,76 Não houve contingenciamento. E sim aumento do orçamento na pasta
Secretaria Municipal de Fazenda	R\$307.258.765,00	R\$1.296.086.477,49 Não houve contingenciamento. E sim aumento do orçamento na pasta de mais de R\$ 988 milhões
Gabinete do Prefeito (Gabinete do Prefeito)	R\$ 36.142.318,00	R\$ 102.171.111,86 Não houve contingenciamento. E sim aumento do orçamento na pasta de mais de R\$ 66 milhões
Fundação Instituto de Geotécnica do Município do Rio de Janeiro GEO-RIO	R\$162.041.869,00	R\$155.485.928,05 Contingenciamento de cerca de 4%, inferior ao da saúde
Guarda Municipal do Rio de Janeiro	R\$526.363.505,00	R\$509.973.126,25 Contingenciamento de cerca de 3%, inferior ao da saúde
Secretaria Municipal de Ordem Pública	R\$32.097.305,00	R\$90.086.752,34 Não houve contingenciamento. E sim aumento do orçamento na pasta de mais de R\$ 57 milhões
Fundação Planetário da Cidade do Rio de Janeiro	R\$10.819.391,00	R\$11.194.440,77 Não houve contingenciamento. E sim aumento do orçamento na pasta
Reserva de Contingência	R\$75.071.522,00	R\$97.586.050,50 Houve aumento da reserva de contingência, demonstrando a disponibilidade financeira para aplicação na saúde
Empresa Municipal de Urbanização - RIORUBE	R\$33.851.941,00	R\$37.323.731,01 Não houve contingenciamento. E sim aumento do orçamento na pasta

Concluiu-se, portanto, que o Município do Rio reduziu as despesas no setor saúde além da queda da arrecadação das receitas vinculadas ao custeio do setor e priorizou investimentos em setores não prioritários de acordo com a Carta Constitucional, o que, como se viu, configura conduta ilícita e ilegítima à luz do ordenamento jurídico.

A gravidade da conduta municipal é ainda maior quando se observa, cotejando-se as provas técnicas, que houve indevido remanejamento e/ou bloqueio de receitas vinculadas ao custeio das ações e serviços públicos de saúde e que deveriam ficar sob a gestão exclusiva do Fundo Municipal de Saúde (art. 33 da Lei nº 8.080/90, art. 4º da Lei nº 8.142/90, art. 2º, parágrafo único, da LC nº 141/12 e arts. 71 e seguintes da Lei nº 4.320/1964).

Em dezembro de 2017, foi realizado acordo judicial, no qual o Município do Rio se comprometeu a investir, comprovadamente, até 31.12.2017, mais R\$ 100 milhões na aquisição de insumos e medicamentos, assim como R\$ 123 milhões na regularização do pagamento dos salários em atraso dos trabalhadores da saúde, de modo a cumprir os compromissos também assumidos junto ao Tribunal Regional do Trabalho. Atualmente, o processo encontra-se em fase de execução, pois não houve demonstração do cumprimento integral do acordo pelo Município, corroborado por levantamento do próprio Tribunal de Contas do Município do Rio.

3.2. A Ação Civil Pública nº 0311224-24.2018.8.19.0001, em curso na 8ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Em 2018, o quadro agravou. Uma das maiores unidades municipais de saúde, o Hospital Ronaldo Gazzolla, chegou a funcionar com apenas 7% de sua capacidade operacional de leitos, e o seu ambulatório de especialidades médicas, com capacidade para a oferta de 16.500 consultas mensais, suspendeu as suas atividades por falta de repasses da Secretaria Municipal de Saúde.⁵ De outro lado, inúmeros prestadores do serviço de hemodiálise ambulatorial se descredenciaram, em razão da ausência de repasse do custeio federal correspondente pelo Município do Rio de Janeiro.⁶

Com efeito, nos autos da segunda Ação Civil Pública nº 0311224-24.2018.8.19.0001 proposta pela Defensoria Pública do Rio (suspensa, até hoje, para a tentativa de realização de acordo), estudos da equipe técnica da instituição apontaram que:

(i) a despeito da maior arrecadação de receitas públicas vinculadas à saúde (em relação a 2017), o Município, logo no início de 2018, contingenciou, novamente em desacordo com o planejamento orçamentário e sem qualquer motivação, investimentos da ordem

⁵ <https://extra.globo.com/noticias/rio/paciente-tem-alta-sem-tratamento-em-acari-upa-madureira-serve-arroz-feijaoenoura-23152979.html>; <https://extra.globo.com/noticias/rio/calamidade-na-saude-publica-do-rio-real-para-pacientes23180406.html>; <https://extra.globo.com/noticias/rio/prefeitura-deve-30-milhoes-ao-hospital-de-acari-que-nao-pagasalarios-23160730.html>.

⁶ <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/11/30/pacientes-enfrentam-dificuldades-parafazer-tratamento-de-hemodialise-no-rio.ghtml>; <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/11/28/sem-pagamentomotoristas-que-transportam-pacientes-de-hemodialise-na-zona-oeste-estao-sem-trabalhar.ghtml>; *link do vídeo de transporte da terapia renal*: <https://globoplay.globo.com/v/7198249/programa/>.

de R\$ 367 milhões, equivalentes a uma redução de 6,12% na verba originalmente prevista para a Saúde;

(ii) ao longo da execução orçamentária, foram expedidos diversos decretos de abertura de crédito suplementar em razão do aporte de recursos advindos de Incorporação de Excesso de Arrecadação e Incorporação de Superávit Financeiro e Recursos não Previstos na LOA e Recursos com Destinação Específica, no valor aproximado de R\$ 750 milhões de reais. Todavia, apesar dos recursos adicionais, seis órgãos continuaram com dotação atualizada menor daquela aprovada pela LOA. Dentre esses seis órgãos, estava a Secretaria Municipal de Saúde, cuja dotação atualizada encontrava-se reduzida em R\$ 229 milhões (equivalente à uma redução de 3,81% da dotação original), sendo o órgão a sofrer a maior redução de dotação. Dentre os órgãos mais beneficiados, encontram-se a Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, que teve um aumento superior a 25% da sua dotação original. Ou seja, após o contingenciamento inaugural, houve aumento da arrecadação de receitas. Mas, em afronta ao disposto no art. 9, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, o aumento na receita não importou em recomposição proporcional das dotações cujos empenhos foram anteriormente limitados;

(iii) em decorrência, na Secretaria de Saúde, a diferença entre a dotação aprovada na LOA 2018 e a dotação atualizada aumentou, “passando de uma redução de 3,6% em 2017 para uma redução de 8% em 2018, reflexo dos decretos de contingenciamento dos recursos da pasta”. Com isso, a Saúde foi a pasta que sofreu a maior redução em valores absolutos em relação ao orçamento aprovado;

(iv) a despeito da estimativa de um aumento de receita 0,9% maior em relação a 2018, a PLOA de 2019 previa um corte de R\$ 725 milhões para a Secretaria Municipal de Saúde, equivalente a uma redução de 12,1% em dotação orçamentária. Para encaixar o planejamento setorial no orçamentário, foi necessária a redução de, pelo menos, 184 equipes de saúde da família.

O estudo técnico demonstrou, ainda, que, tanto em 2017 quanto em 2018, os decretos do Poder Executivo desviaram recursos de Programas de Saúde considerados estratégicos pelo próprio Município em seu planejamento setorial e no Projeto de Lei Orçamentária. E concluiu que:

A análise da execução orçamentária e financeira do Município do Rio de Janeiro em 2017 e em 2018 verificou que o Município do

Rio de Janeiro tem sido responsável por cerca de 57% do total das receitas para a Saúde. Também foi observada uma queda nas receitas totais para a Saúde desde 2015. A principal responsável por essa queda foram as receitas provenientes de operações de crédito e rendimentos, que entre 2013 e 2015 foram responsáveis por cerca de 25% das receitas. *Dessa forma, a redução das receitas da Saúde que vem ocorrendo desde 2016 não pode ser creditada a outros entes que não o próprio Município do Rio de Janeiro, uma vez que a União tem mantido seus repasses ao Município sem grandes alterações.*

Ainda assim, a Lei Orçamentária Anual de 2018 apresentou para a Saúde um aumento da sua dotação de 9,9%, o sexto maior aumento entre os órgãos da administração pública.

(...)

No entanto, em meados de fevereiro, ainda no início do exercício de 2018, foram publicados decretos de contingenciamento de recursos de diversos órgãos da administração. Embora baseado na crise financeira enfrentada pelo Município, o contingenciamento foi brutal em algumas pastas, como a de Assistência Social e Direitos Humanos, de Desenvolvimento, Emprego e inovação e da Saúde, enquanto aumentou a dotação inicial de pastas como de Transportes e o Gabinete do Prefeito. Na Saúde, o programa Clínica de Especialidades, indicado como prioritário pelo governo, sofreu uma redução de 26%, enquanto a Atenção Hospitalar e a Atenção Básica tiveram suas dotações reduzidas em torno de 7,5%. O Hospital Ronaldo Gazolla, originalmente beneficiado com um aumento de sua dotação, passou a ter uma dotação inferior à de 2017.

Entre a publicação do Decreto nº 44.253, que redefiniu o detalhamento da despesa do Município para 2018 e 16 de outubro, foram publicados 552 decretos de abertura de créditos suplementares, que entre as alterações, reduziram o contingenciamento da Saúde para R\$ 229 milhões. Por outro lado, embora em meio à uma crise financeira, a Prefeitura aumentou a dotação de Desportos e Lazer em R\$ 23 milhões, valor superior à dotação destinada ao funcionamento anual dos hospitais municipais Philippe Pinel (R\$ 13 milhões), Miguel Pedro (R\$ 11 milhões), Álvaro Ramos (R\$ 8,9 milhões), Nossa Senhora do Loreto (R\$ 17 milhões) e Barata Ribeiro (R\$ 22 milhões). Também aumentou a dotação de Publicidade, Propaganda e Comunicação Social em R\$ 28 milhões, *a despeito dos cortes em áreas prioritárias.*

Os dados analisados mostram que a crise financeira que atingiu o Município vem afetando de forma desigual às atividades da Prefeitura, sendo a Secretaria Municipal de Saúde prejudicada de

forma diferenciada, seja no corte de recursos como no atraso dos pagamentos. O contingenciamento e cortes de dotações da Saúde se refletem na execução financeira da Secretaria Municipal de Saúde, que vem atrasando os pagamentos às OSS e, com isso, prejudicando a qualidade da atenção à Saúde do Município.

A insuficiência na arrecadação das receitas que compõem a fonte de recursos 100, responsável pelo pagamento de cerca de 56% das despesas do Município, não pode ser utilizada como justificativa para o contingenciamento da Saúde, pois, como demonstrado, sua arrecadação já alcançou 90,3% do valor indicado pela LOA (...). Além disso, comparando-se a arrecadação das receitas vinculadas à Saúde de janeiro a agosto dos anos 2017 e 2018 verifica-se um aumento de 8,8%, o que contradiz a tese de insuficiência de recursos para custeio das ações de Saúde, que no mesmo período tiveram uma redução de 5,6% nos empenhos realizados.

A perspectiva para 2019 é que a Saúde tenha sua dotação reduzida em R\$ 725 milhões, uma redução de 12% em relação a 2018. Dada a insuficiência de recursos para manter a qualidade da atenção à saúde no Município vivenciada em 2018, essa redução pode aprofundar ainda mais a crise na Saúde. Analisando as distribuições dos cortes da Saúde, a atual gestão optou por reduzir os recursos destinados à Atenção Básica, o que virá a impactar no curto prazo, com o aumento da procura dos pacientes por atendimento nas Unidades de Pronto Atendimento (UPA) e emergências hospitalares; e no médio e longo prazo, com o aumento de internações hospitalares por condições sensíveis à atenção primária.

Demonstrou-se, assim, que fatores alheios ao volume da receita pública conduzem ao contingenciamento de verbas na Saúde, ao arrepio, mais uma vez, do comando do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Esta, aliás, foi a conclusão a que chegou a pesquisa “Política de Austeridade no Município do Rio de Janeiro e seus impactos no orçamento das políticas de Saúde”, depositada no Instituto de Estudos em Saúde Coletiva (IESC) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Em outras palavras, repita-se, o Município não só ignorou o caráter pedagógico do controle judicial realizado em 2017, como fez pior: aumentou, e novamente sem qualquer motivação idônea, a redução de investimentos na saúde em 2018, retirando da pasta valores indispensáveis para a manutenção da rede do município. Por fim, para encaixar o enxuto orçamento da saúde proposto no Projeto de Lei Orçamentária de 2019 ao planejamento setorial, impôs, em inadmissível contramão conforme a dinâmica normativa do planejamento (planejamento setorial orienta o planejamento orçamentário), substancial redução na cobertura da atenção básica em saúde, o que, a longo prazo, contraditoriamente, conduz ao aumento das despesas em saúde

mediante a consequente necessidade do aumento da oferta hospitalar para dar conta das demandas de saúde agravadas com a redução do papel e da resolutividade da atenção primária.

Daí, a propositura da Ação Civil Pública nº 0311224-24.2018.8.19.0001, em 11.12.2018, em face do Município do Rio de Janeiro, objetivando que, em caráter liminar: a.1) seja determinado as autoridades acima elencadas, que se abstenham de publicar outros decretos genéricos de contingenciamento do orçamento destinado à saúde pública (como os decretos: nº 44.248, nº 44.250 e nº 44.253), sem justificar expressamente as necessidades de cada política pública e sem observar o art. 9, §2, da LRF; a.2) a suspensão da validade dos decretos: nº 44.248, nº 44.250 e nº 44.253 na parte que se referem ao contingenciamento das despesas com saúde por violação do art. 9, §2, da LRF e o artigo 77, II, da Constituição Federal, aos princípios da proibição do retrocesso social, legalidade, moralidade e eficiência, por aplicação da teoria dos motivos determinantes, determinando as autoridades acima elencadas, que por ato próprio, até 31 de dezembro de 2018, efetuem o empenho do valor de R\$ 229.053.581.07 milhões de reais contingenciados no ano de 2018 através dos Decretos nº 44.248, 44.250 e 44.253/2018; a.3) dado o dever constitucional do Estado de financiamento adequado e progressivo das políticas públicas de saúde, requer, até final da lide, seja cominado ao município a obrigação de fazer consistente na comunicação ao juízo, mês a mês, dos resultados do monitoramento da produção das ESF, bem como o acompanhamento da alimentação do sistema de regulação com as solicitações de procedimentos de acesso às especialidades (atenção secundária, média e alta complexidade), determinando-se, desde logo, o acréscimo das equipes de saúde da família, por AP, à medida que os atendimentos ou as pendências pelo acesso às especialidades superem em 20% o patamar atual, que também deverá ser informado pela municipalidade.

Como se antecipou, o feito foi suspenso, a pedido do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para a tentativa de realização de acordo judicial, ainda não entabulado frente à resistência da Secretaria Municipal de Fazenda.

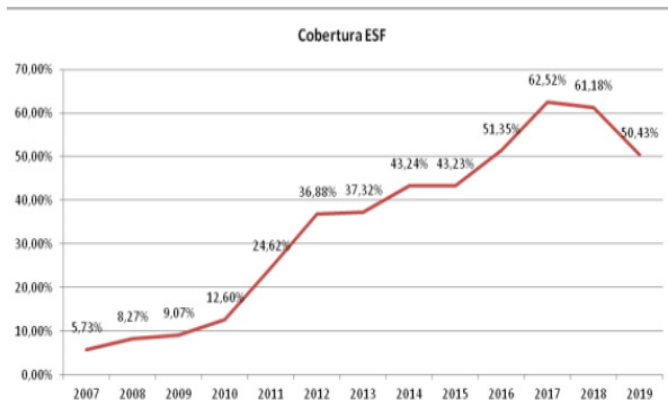
3.3. A Ação Civil Pública nº 0081261-21.2019.8.19.0000, em curso na 7ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Em 2019, mais uma vez, o quadro não se alterou. Novamente, com a manipulação do orçamento no decorrer da execução orçamentária, os parques investimentos em saúde não sustentaram o funcionamento da rede municipal de saúde até o fim do ano.

Em novembro de 2019, o cenário de precarização consome novamente as unidades municipais de saúde. Além das denúncias veiculados nos mais diversos meios de comunicação sobre a falta de medicamentos, insumos, materiais básicos e profissionais para o atendimento digno da população, com a consequente interrupção de serviços essenciais de saúde e aumento da taxa de mortalidade hospitalar, ofício encaminhado pelo Sindicato dos Médicos e vistorias realizadas em conjunto pelo

Ministério Público e pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nos dias 25 e 26 de novembro, corroboraram o contexto caótico e grave denunciado pela imprensa.

Durante os dois dias da operação conjunta, foram identificadas situações como insuficiência de leitos, superlotação das emergências, óbitos, desabastecimento expressivo de insumos e medicamentos e suspensão de cirurgias eletivas. De outro lado, relatório técnico da Defensoria Pública apontava, com base em dados disponibilizados pelo Ministério da Saúde, a expressiva redução da cobertura populacional estimada de Equipes de Saúde da Família (ESF) e da cobertura da Atenção Básica no Município do Rio no período de 2007 a 2019:



Por fim, ofício encaminhado à Defensoria Pública pelo próprio Município do Rio de Janeiro reconhece que um dos motivos que conduzem ao crescimento da fila do Sistema Municipal de Regulação (SISREG) consiste na redução da oferta de consultas e exames em razão da limitação orçamentária, sobretudo nas unidades

municipais e nas privadas conveniadas com o Município, destacando-se o Hospital Municipal Ronaldo Gazolla, clínicas da família e maternidades. Complementa que os esforços de ampliação do Projeto Corujão das cirurgias eletivas não recuperaram o patamar da oferta dos anos anteriores a 2017.

Daí, a necessidade da propositura de nova ação civil pública (0081261-21.2019.8.19.0000) pra denunciar e cessar os abusos praticados pelo Chefe do Poder Executivo Municipal no transcurso da execução orçamentária. Devido à postura ilícita, antidemocrática e recalcitrante do Chefe do Poder Executivo Municipal, à época, foi necessária a formulação de pleitos com caráter estrutural, preventivos e pedagógicos, na linha de Pinto (2018). A título de tutela de urgência postulou-se que o Município do Rio de Janeiro:

i) A fim de evitar a desestruturação diária e a paralisação da rede municipal de saúde, instaure, imediatamente, um Gabinete de Crise interinstitucional (pois que o setor Saúde interage diariamente com outras pessoas jurídicas, como a RioUrbe, a Comlurb, Organizações Sociais, RioSaúde, dentre outras) e intersetorial, com participação necessária das Secretarias Municipais de Saúde e Fazenda e de representantes dos órgãos com autonomia plena para tomar decisões pela gestão, com funcionamento ininterrupto até que seja superada a crise na rede municipal de saúde (não podendo ser inferior a março de 2020, tendo em conta que somente então serão sentidos os efeitos da abertura do novo orçamento), para, dentre outras medidas, a criação e execução de um plano de contingência que adote medidas emergenciais destinadas ao restabelecimento do funcionamento adequado, contínuo e ininterrupto de todas as unidades municipais de saúde assim como à mitigação e contenção dos impactos da crise na população, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) o prazo de vigência do plano;

b) as unidades de saúde que estão com todos os serviços em regular funcionamento, identificando os serviços ofertados;

c) as unidades de saúde que se encontram com alguma restrição/suspensão/paralisação no atendimento, identificando o motivo e os serviços afetados assim como as medidas adotadas para o restabelecimento célere e regular do funcionamento das unidades;

d) qual o mecanismo utilizado para comunicação entre a unidade de saúde e a regulação em caso de restrição/suspensão/paralisação do atendimento, sobretudo de urgência e emergência (*email*, *Whatsapp*, *telefone*), e o transporte a ser utilizado para eventuais transferências;

- e) apresentação de um protocolo único adotado por todas as unidades de acolhimento, classificação de risco e definição dos locais de atendimento destinados aos pacientes verdes e azuis;
 - f) apresentação de um protocolo único de referenciamento dos pacientes que não forem atendidos nas unidades de urgência e emergência, contendo o meio de formalização do encaminhamento dos pacientes por escrito, com assinatura e matrícula do servidor responsável, a previsão de transporte/transferência quando necessário e a indicação da unidade responsável pelo acolhimento;
 - g) garantia de que todas as unidades se responsabilizem pelo redirecionamento, referenciamento e/ou transferência do paciente quando for o caso;
 - h) previsão de reativação célere dos serviços paralisados, inclusive os serviços ambulatoriais e de atenção básica, e término da restrição de atendimento;
 - i) identificação das equipes e seus integrantes responsáveis pela fiscalização do cumprimento do plano em cada unidade, com os respectivos telefones de contato;
 - j) medidas destinadas à manutenção do abastecimento regular das unidades de saúde com medicamentos, insumos e materiais médico-hospitalares;
 - l) medidas destinadas à recomposição das equipes de recursos humanos, sobretudo aos finais de semana e datas festivas de fim de ano (Natal – 24 e 25/12 e Ano Novo – 31/12 e 01/01);
 - m) valor dos recursos destinados a cada unidade no período de contingência, fonte dos recursos, data de pagamento e previsão da forma de quitação dos valores devidos.
- ii) Dê ampla publicidade ao Plano de Contingência pelos diversos meios de comunicação, e informe, diariamente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, por e-mail, as unidades de saúde que se encontram com alguma restrição/suspensão/paralisação no atendimento, identificando o motivo e os serviços afetados assim como as medidas adotadas para o restabelecimento célere e regular do funcionamento das unidades;
 - iii) Também objetivando evitar a paralisação da rede municipal de saúde, repasse/transfira (mediante remanejamento de verbas, utilização de reserva de contingência, abertura de créditos suplementares ou qualquer outro recurso contábil, financeiro e orçamentário), ao Fundo Municipal de Saúde, no prazo máximo

de 24 (vinte e quatro) horas, o valor de R\$ 284 milhões, e autorize, até 31/12/2019, a emissão de todos os empenhos, liquidações e pagamentos necessários ao funcionamento ininterrupto da rede municipal de saúde e ao custeio integral das ações e serviços públicos de saúde previstos na função “Saúde” da Lei Orçamentária Anual de 2019;

iv) Antes de implementar qualquer decisão no sentido do bloqueio, contingenciamento, cancelamento ou qualquer outra forma de restrição ou limitação ao poder de gasto ou repasse de recursos pelos órgãos municipais relativos a Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) ou a qualquer ação ou programa previstos no Plano de Saúde, na Programação Anual de Saúde ou na Lei Orçamentária Anual como referente à Função de Governo Saúde, decline, mediante publicação nos meios oficiais de comunicação, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, em linguagem clara, didática e objetiva, passível de compreensão pelo cidadão comum, as suas motivações para tanto, explicitando, no mínimo:

a) as razões que tornam a decisão proposta imprescindível, incluindo a comprovação efetiva dos fatores concretos que conduziram à frustração de receitas e o risco de afetação das metas de resultado nominal e primário e, conforme o caso, a justificativa para o erro de previsão de receita ou despesa feita para os meses remanescentes do exercício financeiro;

b) os valores nominais e percentuais de dotações de cada Função de Governo e unidade orçamentária correspondendo às alterações de poder de gasto – para mais ou menos – por força da decisão proposta;

c) informação se as alterações de poder de gasto (para mais ou para menos) atingiram de forma uniforme todas as demais Secretarias assim como todas as subfunções, programas e ações da função Saúde;

d) detalhamento e quantificação de ações e seus programas de trabalho que deixariam de ser implementados por força da decisão proposta;

e) impactos negativos esperados a partir dos efeitos da mudança da programação detalhada nos itens acima;

f) ao menos 3 (três) alternativas de restrições de menor magnitude quanto ao poder de gasto afetado para as ações e programas previstos no Plano de Saúde, na Programação Anual de Saúde ou na Lei Orçamentária Anual como referente à Função de Governo Saúde;

g) justificativa sobre como o saldo de bem-estar social esperado a partir da decisão proposta é maior do que as alternativas relacionadas no item acima, levando em conta a equidade na distribuição dos efeitos da decisão;

h) quais os dados e sua análise que embasam as estimativas e justificativas previstas nos dois itens anteriores;

i) quais os indicadores, e como será seu monitoramento, que permitam o fiel e tempestivo acompanhamento dos efeitos e impactos produzidos a partir da decisão proposta, para averiguar se e enquanto são compatíveis com as estimativas e justificativas relacionadas nos itens e) e f) acima;

j) declaração de que a decisão não importará em nova redução dos serviços de saúde já ofertados à população nem impactará sua fiel execução;

v) atualize, publique nos meios oficiais de comunicação e apresente nos autos, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, nos moldes da Resolução SMS nº 3074/2016 (publicada no Diário Oficial do Município de 19/09/2016), o inventário dos serviços de saúde ofertados na rede municipal (própria, contratada e conveniada), identificando com precisão o quantitativo de unidades de saúde (de todos os níveis de complexidade), de servidores e profissionais de saúde contratados, de exames, consultas, cirurgias e procedimentos em geral, de leitos de urgência/emergência e leitos hospitalares) e equipamentos existentes em janeiro de 2017, assim como os serviços que sofreram redução até a data de apresentação do inventário atualizado, destacando-se os existentes na atenção básica e nas redes temáticas e prioritárias de atenção à saúde (Rede Cegonha, Rede de Atenção às Urgências e Emergências. Rede de Atenção Psicossocial, Rede de Atenção às Doenças e Condições Crônicas e Rede de Cuidado à Pessoa com Deficiência);

vi) se abstenha de realizar qualquer redução no quantitativo de unidades de saúde, de servidores e profissionais de saúde e serviços de saúde (consultas, exames, cirurgias, procedimentos, leitos de urgência/emergência e leitos hospitalares) ofertados à população que não aqueles que já sofreram redução conforme atestado no inventário a ser publicado e apresentado conforme item anterior;

vii) apresente, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, plano de ação para a recomposição, no prazo máximo de 1 ano, da rede municipal de saúde com o restabelecimento do quantitativo de unidades de saúde, servidores e profissionais de saúde contratados,

equipamentos e serviços ofertados (consultas, exames, cirurgias, procedimentos em geral, leitos de urgência/emergência e leitos hospitalares) que foram reduzidos, destacando-se os existentes na atenção básica e nas redes temáticas e prioritárias de atenção à saúde (Rede Cegonha, Rede de Atenção às Urgências e Emergências, Rede de Atenção Psicossocial, Rede de Atenção às Doenças e Condições Crônicas e Rede de Cuidado à Pessoa com Deficiência).

Na nova ação civil pública proposta pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, estudos da equipe técnica da Defensoria comprovaram que, mais uma vez, em postura similar à adotada em 2017 e 2018, o Chefe do Poder Executivo Municipal, já em fevereiro de 2019 (quando ainda não havia tempo para uma efetiva frustração de receitas), realizou novo contingenciamento desproporcional no setor Saúde, no valor total de R\$ 416 milhões (78% do contingenciamento total do orçamento), remanejando, inclusive, valores destinados na lei orçamentária à pasta para outros setores, não prioritários.

O estudo técnico apontou que:

Em 15 de fevereiro de 2019, a Prefeitura publicou o Decreto Rio nº 45.675, que contingenciou R\$ 523 milhões, além de transferir dotações entre os órgãos e programas. Cabe ressaltar que o contingenciamento se justifica pela expectativa da ocorrência de frustração de receitas, uma vez que não é possível realizar empenhos sem que haja uma fonte de recursos viável para sua execução. Dessa forma, havendo a necessidade de se realizar o contingenciamento de despesas por ausência de recursos para seu pagamento, não se espera que, enquanto alguns órgãos sofrem com cancelamento de programas e ações, que outros recebam aumentos de dotação. A Tabela 3 mostra as alterações realizadas por esse decreto sobre a distribuição das despesas do Município. Enquanto a Secretaria Municipal de Saúde sofreu uma redução de R\$ 416 milhões, equivalente a uma perda de 7,9% do seu orçamento inicial, as Secretarias de Fazenda, a Procuradoria e a Controladoria do Município foram beneficiadas com aumento de suas dotações em um total de quase R\$ 15 milhões. Um total de R\$ 532 milhões foram contingenciados, dos quais 78% foram provenientes da Saúde, redução totalmente desproporcional em relação às demais pastas e que não encontra justificativa cabível para sua realização.

E o pior: novamente, a despeito do aumento da receita prevista ao longo do ano e da expedição de inúmeros decretos de abertura de créditos suplementares, as dotações da Saúde continuaram a sofrer contingenciamento em extensão muito díspar da realizada nos demais órgãos, mantendo uma redução na dotação de R\$

279 milhões, que representa uma queda de 5,3% na sua dotação inicial, realizada à conta do planejamento setorial. O estudo aponta, ainda, que o Município se utilizava de outras estratégias orçamentárias (bloqueio interno de despesas) para reduzir os investimentos na função Saúde. Confira-se:

[a]lém da prática do contingenciamento, que pode ser acompanhada pela sociedade por meio do portal da transparência e das publicações do Diário Oficial do Município, existe uma outra prática de gestão interna utilizada pela gestão pública: o bloqueio interno de despesas. Isso pode ser identificado mais claramente em ações que, embora não tenham sofrido nenhum contingenciamento e talvez até mesmo tenham recebido aumento de dotações, até o momento não realizaram nenhum empenho. *A Tabela 19 mostra as 30 ações de Saúde que até o dia 30 de setembro de 2019 não realizaram nenhum empenho. Essas ações na dotação original da LOA eram responsáveis por R\$ 3,8 milhões das despesas da Saúde (0,07%), tendo recebido aumento de dotação de R\$ 1,9 milhões, atualmente representando 0,11% da despesa total da área. No entanto, apesar do aumento de dotação, nenhuma dessas ações até o momento foi executada, o que torna incompreensível o aumento de dotação recebido. Também é interessante observar que nenhuma das ações criadas por meio de Emenda Legislativa, durante o processo de aprovação da LOA, foi executada. Isso demonstra um desinteresse do Poder Executivo de colocar em prática atividades e projetos elaborados por terceiros, tornando a participação da sociedade, por meio dos seus representantes legislativos, mera formalidade; e suas alterações ao orçamento, reversíveis ao projeto original do Executivo.* Dessa forma, se forem considerados: i) a redução de R\$ 711 milhões realizada na LOA 2019 em relação à LOA 2018; ii) o contingenciamento de R\$ 279 milhões e; iii) o não empenho de R\$ 3,8 milhões, a Prefeitura do Rio de Janeiro em 2019 retirou R\$ 995,5 milhões da Saúde, como mostra a tabela:

Valores retirados da Saúde em 2019	
Instrumento	Redução
LOA 2019	710.748.795,00
Decretos Suplementares	279.035.768,67
Ações sem empenho	5.751.054,89
Total retirado da Saúde em 2019	995.535.618,56

(Destacamos)

(Destacamos)

Em dezembro de 2019, após a propositura da ação civil pública e sua publicidade, o Chefe do Poder Executivo Municipal editou decretos, remanejando verbas para a pasta da Saúde em valor muito próximo ao valor de 284 milhões apontado como contingenciamento ilegal.

De outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio acolheu, em parte, o pedido da Defensoria Pública e do Ministério Público e, em decisão inédita, com efeitos prospectivos e estruturais, determinou, entre outros comandos, que o Município do Rio:

(d) antes de implementar qualquer decisão no sentido do bloqueio, contingenciamento, cancelamento ou qualquer outra forma de restrição ou limitação ao poder de gasto ou repasse de recursos pelos órgãos municipais relativos a Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) ou a qualquer ação ou programa previstos no Plano de Saúde, na Programação Anual de Saúde ou na Lei Orçamentária Anual como referente à Função de Governo Saúde, se decline, mediante publicação nos meios oficiais de comunicação, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, em linguagem clara, didática e objetiva, passível de compreensão pelo cidadão comum, as suas motivações para tanto, explicitando, no mínimo:

(d.1.) as razões que tornam a decisão proposta imprescindível, incluindo a comprovação efetiva dos fatores concretos que conduziram à frustração de receitas e o risco de afetação das metas de resultado nominal e primário e, conforme o caso, a justificativa para o erro de previsão de receita ou despesa feita para os meses remanescentes do exercício financeiro;

(d.2.) os valores nominais e percentuais de dotações de cada Função de Governo e unidade orçamentária correspondendo às alterações de poder de gasto – para mais ou menos – por força da decisão proposta;

(d.3.) a informação se as alterações de poder de gasto (para mais ou para menos) atingiram de forma uniforme todas as demais Secretarias assim como todas as subfunções, programas e ações da função Saúde;

(d.4.) o detalhamento e quantificação de ações e seus programas de trabalho que deixariam de ser implementados por força da decisão proposta;

(d.5.) os impactos negativos esperados a partir dos efeitos da mudança da programação detalhada nos itens acima;

(d.6.) ao menos 3 (três) alternativas de restrições de menor magnitude quanto ao poder de gasto afetado para as ações e programas previstos no Plano de Saúde, na Programação Anual

de Saúde ou na Lei Orçamentária Anual como referente à Função de Governo Saúde;

(d.7.) a justificativa sobre como o saldo de bem-estar social esperado a partir da decisão proposta é maior do que as alternativas relacionadas no item acima, levando em conta a equidade na distribuição dos efeitos da decisão;

(d.8.) quais os dados e sua análise que embasam as estimativas e justificativas previstas nos dois itens anteriores;

(d.9.) quais os indicadores e como será o seu monitoramento, que permitam o fiel e tempestivo acompanhamento dos efeitos e impactos produzidos a partir da decisão proposta, para averiguar se e enquanto são compatíveis com as estimativas e justificativas relacionadas nos itens d.5 e d.6;

(d.10.) a declaração de que a decisão não importará em nova redução dos serviços de saúde já ofertados à população nem impactará sua fiel execução.

4. Conclusão

Em suma, o que se demonstrou nas ações civis públicas referentes aos anos de 2017, 2018 e 2019, é que, de fato, muitas vezes, o velho discurso da austeridade fiscal e o alegado cenário de escassez e de escolhas trágicas é criado artificialmente pelo Poder Público como reiterado subterfúgio para ocultar, na verdade, escolhas políticas ilegítimas que não encontram aderência no planejamento e não atendem à Constituição Federal. Com isso, o Poder Público continua a manipular e a desconfigurar o processo orçamentário que, em um processo antidemocrático, se distancia cada vez mais das reais necessidades de saúde da população.

As três ações públicas exploraram o referencial teórico interdisciplinar exposto, fncado na impositividade mínima do orçamento e na indispensável vinculação do gestor ao planejamento setorial e orçamentário, para embasar a nulidade das condutas ilícitas e ilegítimas do gestor municipal (contingenciamentos, remanejamento e bloqueio de despesas públicas de saúde), limitando, assim, a sua discricionariedade na execução orçamentária. Configuram, portanto, pode-se dizer, exemplos práticos do controle judicial da política pública de saúde pelo monitoramento orçamentário.

Também é possível constatar que as ações civis públicas funcionaram como um potencial instrumento de restauração da necessária aderência da execução orçamentária ao planejamento e de consequente reposição dos valores desviados da Saúde, funcionando, assim, como importante estratégia pedagógica para a prevenção de violações ao direito humano e fundamental à Saúde.

A tutela estrutural concedida na ação civil pública de 2019, que exigiu motivação circunstanciada dos atos administrativos de bloqueio, contingenciamento,

cancelamento e/ou restrição ou limitação de despesas públicas de saúde, impôs, com singular importância, balizas mínimas prospectivas de conduta ao gestor municipal na execução orçamentária que concretizam a teoria da impositividade mínima do orçamento encampada pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do princípio constitucional da razoabilidade.

Todavia, decorridos alguns anos da propositura das ações civis públicas, verifica-se que existem, ainda, importantes desafios a serem enfrentados e superados para uma efetivação a contento de tal controle pelos órgãos do Sistema de Justiça, afetos não só ao já explicitado conservadorismo do Poder Judiciário (contaminado cada vez mais por uma dogmática liberal), como também à necessária e importantíssima manutenção de sua atualidade e sustentabilidade ao longo dos anos (veja-se que os casos práticos analisados se referem a ações judiciais propostas ao final dos anos de 2017, 2018 e 2019, limitando o seu potencial pedagógico). Para alcançar esse desempenho, atual e sustentável, é imprescindível a existência de uma equipe técnica na Defensoria Pública e no Ministério Público qualificada e alocada exclusivamente para a realização do monitoramento orçamentário de modo sistemático e contínuo, o que, por óbvio, esbarra em inúmeras dificuldades operacionais e também financeiras das instituições. É nesse ponto, inclusive, que se destaca a importância do aprimoramento sustentado por Queiroz (2018) no controle efetuado pelos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, como um importantíssimo fator de instrumentalização do valioso salto qualitativo no controle da política pública de saúde sustentado por Pinto (2018).

Seja como for, as ações civis públicas ajuizadas em 2017, 2018 e 2019 pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Rio de Janeiro podem ser consideradas exemplos práticos de aquecimento para esse necessário avanço em busca de um controle da política pública de saúde que, prestigiando a força normativa do orçamento e as prioridades alocativas legítimas por intermédio do monitoramento orçamentário, atue com efeito pedagógico em prol da maior efetividade do direito humano e fundamental à saúde.

Referências Bibliográficas

ABRAHAM, Marcos. *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula. *Políticas Públicas e o dever de monitoramento: "levando os direitos a sério"*. Brasília: Revista Brasileira de Políticas Públicas. Volume 8. N. 2. 2018, p. 252.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União 1988, 5 out.

_____. *Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União 1990, 05 de maio de 2000.

_____. *Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União 1990, 19 set. 1990.

_____. *Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União 1964, 23 mar. 1964.

_____. *Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Diário Oficial da União 1965, 05 jul. 1965.

_____. *Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União 1965, 18 nov. 2011.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria de consolidação nº 1, de 28 de setembro de 2017*. Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF, 2017.

_____. Presidência da República. *Decreto nº 600 de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF, 1967.

_____. Presidência da República. *Decreto nº 7508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento Federal nº 45, do Pleno do Tribunal*. Brasília, DF, 04 de maio de 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites*. Fórum Administrativo: Direito Público [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 9, n. 103, p. 7-16, set. 2009. Disponível em: <<http://dSPACE/xmlui/bitstream/item/5800/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 de maio de 2013.

COMPARATO, F. C.; PINTO, E. G. Custeio Mínimo dos Direitos Fundamentais, sob máxima proteção constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protexao-cf>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 307.

DALKEY, N. C. *The Delphi method. An experimental study of group opinion*. Santa Monica: Rand Corporation, 1969.

DALKEY, N.; HELMER, O. *An experimental application of the Delphi method to the use of experts*. *Management Science*, v. 9, n. 3, p. 458-467, 1963.

DALLARI, Dilson de Abreu. Orçamento impositivo. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 325.

DOMINGUES, José Marcos. O Desvio de Finalidade das Contribuições e o seu Controle Tributário e Orçamentário no Direito Brasileiro. In DOMINGUES, José Marcos (Coord.). *Direito Tributário e Políticas Públicas*. São Paulo: MP, 2008.

DUARTE, Luciana Gaspar Meloquiades. *Possibilidades de Limites do Controle Judicial das Políticas Públicas de Saúde*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2020.

_____; CANEDO, Vívilyn Hagen Antônio. Fortalecimento das políticas públicas sanitárias e a judicialização da saúde: a experiência do município de Simão Pereira (MG). *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2022. Acesso em: 01 de fevereiro de 2023. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/66045.

DYE, Thomas D. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1984.

FARIAS, Sueli. *Composição e evolução das despesas orçamentárias do Município de Florianópolis no período de 2003 a 2008*. (Monografia) – Departamento de Ciências Contábeis, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

FERRARIS, Giselle Klabund. *Política de austeridade no Município do Rio de Janeiro e seus impactos no orçamento das políticas de saúde*. 2019. 60 f. Monografia (Residência Multiprofissional em Saúde Coletiva) – Instituto de Estudos em Saúde Coletiva, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.

HEERDT, Anahí Valeria Alauzet. *Composição e evolução da despesa pública do município de São Paulo no período de 2005 a 2009*. (Monografia) – Departamento de Ciências Contábeis, Centro Socioeconômico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

LASSWELL, H. D. *Politics: Who Gets What, When, How*. Cleveland: Meridian Books, 1936/1958.

LYNN, L. E. *Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis*. Santa Monica, Calif.: Goodyear, 1980.

MEAD, L. M. *Public Policy: Vision, Potential, Limits. Policy Currents*, fevereiro: 1-4, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 569.

OLIVEIRA, C. L.; FERREIRA, F. G. B. C. *O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil*. Sequência (Florianópolis) [online]. 2017, n. 76, p. 183-212. ISSN 0101-9562. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p183>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552017000200183&script=sci_abstract&tlng=pt.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 589-560.

PASCOAL, Valdecir. *Direito Financeiro e Controle Externo*. São Paulo: Método, 2016.

PETERS, B. G. *American Public Policy*. Chatham, N.J.: Chatham House, 1986.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. Rumo ao Orçamento Impositivo. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINTO, Élda Graziane. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. In: PINTO, Élda Graziane et al. *Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 153 p. ISBN 978-85-450-0557-5.

_____. *Financiamento dos Direitos à Saúde e Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PISCITELLI, Tathiane. *Direito Financeiro Esquemático*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de políticas públicas pelos tribunais de contas. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, Paraná, v. 1, n. 1 (2014): novembro/maio. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/60>

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas*. Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. 1ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SILVA, Priscilla Teresinha Pyrrho de Souza. *O orçamento público como ferramenta de análise de políticas públicas*. (Trabalho de Conclusão de Curso). Brasília: Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União, 2012.

SOUSA, Francisco Hélio. *O caráter impositivo da lei orçamentária anual e seus efeitos no sistema de planejamento orçamentário*. (Trabalho de Conclusão de Curso). Brasília: Departamento de Ciências Contábeis e Atuariais da Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação da Universidade de Brasília, 2008.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Caderno Sociologias, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SOUZA, Thaís Guerreiro de. *A judicialização residual da saúde e sua relação com o desempenho dos serviços públicos de saúde e a efetividade do direito à Saúde em dois Municípios do Estado do Rio de Janeiro*. 2018. 191 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2018.

TAVEIRA, C. de O.; MARÇAL, T. B. (2013). Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista de Direito Administrativo*, 264, 161-186. <https://doi.org/10.12660/rda.v264.2013.14080>.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



Lei da Boa Razão

MCCCXXV

Con
solidac

Observatório Jurídico



Dns
Lris
Civis

Dns
Lris
Civis

Na Era da pós-verdade, operadores do Direito devem respeito à linguagem

Cláudio Henrique da Cruz Viana*

Felipe Ribeiro**

“Toda Rosa é Rosa porque assim ela é chamada”. O verso de Marcelo Camelo, na música “Todo Carnaval tem seu fim”, diz muito sobre a função criadora da linguagem. Antes de atribuímos conteúdo ao que existe, o que havia?

Não há dúvidas: somos nós, seres humanos, por meio da linguagem, que conferimos significado às coisas do mundo (no sentido mais amplo possível). Ninguém, numa bela tarde de sol, decretou que “rosas” seriam “rosas” e a partir daí passamos todos a chamá-las desta maneira. Seu significado surgiu de uma espécie de combinado entre os falantes de uma mesma língua, que decidiram como passariam a designá-las. Antes, como nos lembra William Shakespeare, não havia rosa, só perfume.

O Direito segue a mesma lógica. É igualmente resultado do uso da linguagem. O significado de suas regras e princípios não emerge da mente de uma única pessoa. Enquanto linguagem, o sentido das normas também exsurge do coletivo. Nem mesmo um Ministro da Suprema Corte pode chamar rosa de margarida; carecer-lhe-ia de poderes para romper com a linguagem estabelecida com o propósito de instituir seu próprio reino, não compartilhado pelo restante da comunidade da qual é integrante.

Operadores do Direito solipsistas, ou seja, aqueles que interpretam com perigoso subjetivismo, quase sempre flertam com o arbítrio linguístico; chamam quadrado de redondo apenas para dar vazão aos próprios fantasmas e pré-compreensões. Como não querem fundir seu horizonte a nada ou a ninguém, ignoram texto e contexto para impor à comunidade seu modo de ser. É nessa hora que o Direito deixa de ser linguagem. Vira força.

Na modernidade, a situação tornou-se ainda mais complexa. O Direito foi invadido por linguagem rarefeita. Termos como “ordem pública”, “moralidade”, “decoro”, “eficiência”, “interesse social” e tantas palavras e expressões de difícil definição foram inundando a linguagem jurídica. Princípios gerais, com amplo alcance, juntaram-se às leis na interpretação de casos concretos. Diante de tantas abstrações, observa-se cada vez mais um crescente aumento do poder de quem opera o Direito.

Emblemático é o caso da apreensão de livros infanto-juvenis com a imagem de um beijo gay na Bienal do Livro do Rio de Janeiro em 2019. Àquela altura, tanto os

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj).

** Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Diretor da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj).

organizadores do evento quanto os representantes da prefeitura evocavam, em favor de suas teses, o mesmo princípio constitucional (a preservação do melhor interesse de crianças e adolescentes) para interpretar o artigo 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo texto autoriza apenas a apreensão de materiais considerados “pornográficos”. As partes, em face da vagueza do referido princípio, apegavam-se, com fins diametralmente opostos, ao significado que subjetivamente lhe atribuíam, como se o Direito admitisse qualquer das duas conclusões, a depender do humor do julgador sorteado.

Desembargadores e o Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro divergiram. Fazendo alusão a expressões como “manifesto interesse público” e “grave lesão à ordem pública”, a chefia da Justiça fluminense conjugou todas as abstrações relacionadas ao tema para concluir que aquele beijo ofendia a ordem jurídica. Esquivando-se da norma jurídica aplicável ao caso e das inúmeras decisões do mesmo tribunal – todas no sentido de autorizar apreensões apenas de material pornográfico –, o magistrado, em alegada defesa da família, autorizou a apreensão daquelas publicações e a restrição da liberdade de expressão.

Como não podia deixar de ser, decisão do Supremo Tribunal Federal pôs fim ao debate: o beijo era só um beijo e não pornografia.

Em miúdos, o Direito não é o foro adequado para considerações puramente subjetivas de seus operadores. O significado de suas regras e princípios deve ser extraído do sentido que todos atribuímos à linguagem. Argumentar com ampla liberdade, atribuindo unilateralmente às normas jurídicas significados com origem nas próprias visões de mundo, pode até ser prazeroso para alguns. Contudo, o Direito não pode definitivamente ser visto como uma tela em branco, sujeita ao sentimentalismo de quem detém parcela do poder. No mundo complexo de hoje, a opção por uma linguagem onde quase tudo cabe não pode nos fazer esquecer de que o Direito é necessariamente uma produção coletiva, fruto do desenvolvimento em cadeia de suas tradições históricas e culturais. Quando nos afastamos de tais premissas, nem mesmo a Democracia poderá ser assim chamada.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico



A dúvida filosófica e a dúvida jurídica. Reflexos da dúvida na esfera do processo penal: o princípio do *in dubio pro reo*

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Introdução: o surgimento da *Filosofia da Dúvida*, em rápidas pinceladas. 2. A dúvida no mundo jurídico-penal. O aforismo *in dubio pro reo*. 3. A provável origem histórico-literária do *in dubio pro reo*. O voto de Minerva. 4. O Direito em atuação. A dúvida como tese defensiva. 5. O grande palco da *Filosofia da Dúvida* no Direito Penal: o júri popular. 6. Conclusão: O *princípio da presunção de inocência* como fundamento do *in dubio pro reo*. Referências bibliográficas.

Resumo

O propósito principal deste artigo é analisar a importância da *dúvida* na decisão de um processo criminal, apontando a provável origem do aforismo *in dubio pro reo*.

Abstract

The main purpose of this article is to analyse the importance of doubt in a criminal trial, pointing to a probable source of the aphorism in dubio pro reo.

Palavras-chave: Filosofia da Dúvida. Sócrates. Descartes. Kant. *In dubio pro reo*. Processo Penal. Presunção de Inocência.

Keywords: *Philosophy of Doubt. Socrates. Descartes. Kant. In dubio pro reo. Criminal Procedure. Presumption of Innocence.*

1. Introdução: O surgimento da *Filosofia da Dúvida*, em rápidas pinceladas

A existência do universo e de tudo o que ele abriga, quando se tornam objeto de reflexão na mente humana, acabam enfrentando a *dúvida* que pode se manifestar através da própria perplexidade e, mesmo, da incredulidade diante de tanto mistério que não conseguimos desvendar; mesmo que teorias emanadas de inteligências

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro inativo. Vice-Diretor da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-Rio.

privilegiadas tentem apresentar esclarecimentos aparentemente palatáveis e críveis, esbarra-se sempre com questionamentos que nublam a nossa compreensão. Diante da amplitude de tudo o que nos cerca, da multiplicidade e complexidade de coisas que povoam o nosso cotidiano, é possível afirmar que a *Filosofia da Dúvida* antecede o vasto campo do conhecimento humano.

Sócrates, o grande filósofo grego, conhecido por sua sabedoria, exerceu, por exemplo, enorme influência nos pensamentos aristotélico e platônico. Ressalte-se que no longínquo século V a.C. ele afirmava que “só sei que nada sei”. O enaltecimento da ignorância nada mais era do que o reconhecimento da própria *dúvida* que impulsionava o ser humano a buscar novas fontes de conhecimento, não se detendo numa sabedoria estagnante. A maiêutica e a ironia, concretizadas através das perguntas dirigidas a seus discípulos e interlocutores, não tinham o condão de diminuí-los ou de torná-los alvos de zombaria, mas de mergulhá-los nas águas turbulentas da *dúvida* no afã de buscarmos a verdade. Evitavam-se as falsas opiniões aprisionantes que, aparentemente, davam a seus criadores, um *status* de sábio e, com isso, a certeza se tornava cada vez mais inalcançável. O mestre grego já pregava, já naquelas priscas eras, a autoanálise como forma de parada obrigatória, realizada de tempos em tempos, para que o ser humano não se tornasse um seguidor cego de “certezas” já firmadas por semelhantes, mas que, despido de qualquer vaidade, assumisse a *dúvida* como fonte de novos conhecimentos, com a abertura de novos saberes.

No fecundo terreno da Filosofia, a *dúvida* atinge o seu ponto culminante com Descartes que, a nosso juízo, pode ser considerado como o criador da *Filosofia da Dúvida*. Ele resolveu construir, já no longínquo século XVII, o que o Professor Julián Marias definiu como sendo “uma filosofia totalmente certa, da qual não se possa duvidar; e se vê profundamente mergulhado na *dúvida*. E esta há de ser, justamente, o fundamento em que se apoiar; ao começar a filosofar, Descartes parte da única coisa que tem: de sua própria *dúvida*, de sua radical incerteza. É preciso pôr em *dúvida* todas as coisas, pelo menos uma vez na vida, diz Descartes. Não irá admitir nenhuma verdade de que possa duvidar” (Marias, 2004:231).

Para Descartes, tudo é inseguro. Nossos sentidos não são confiáveis. Somos passíveis, inclusive, de alucinações e devaneios; e os erros que cometemos nos desautorizam a formular conclusões definitivas acerca de tudo o que nos cerca. Para ele, só existe algo que realmente pode ser tido como verdade indubitável: a nossa *existência*. E declarou:

Enquanto pensava que tudo era falso, era preciso necessariamente que eu, que o pensava, fosse algo; e observando que esta verdade: *penso, logo existo*, era tão firme e tão segura que todas as mais extravagantes suposições dos cétricos não eram capazes de quebrantá-la, julguei que podia admiti-la sem escrúpulos como o primeiro princípio da filosofia que buscava (Discurso do Método, 4ª parte).

Pode-se afirmar que a confiança depositada no *pensamento* por Descartes traz consigo a marca de uma verdade absoluta. Isso porque a própria existência de Deus só se torna viável através do pensar. Ele não duvida da existência de Deus e não o faz por uma razão muito bem colocada por Levinas, quando assinala que “há que admitir um Deus infinito que pôs em nós a ideia do infinito”. E acrescenta:

Para Descartes, reside aqui uma das provas da existência de Deus: o pensamento não pôde ter produzido algo que o ultrapassa: era necessário que este algo tivesse sido posto em nós. Logo, há que admitir um Deus infinito que pôs em nós a ideia do Infinito (Levinas, 2007:74).

Concluímos esse esboço filosófico introdutório, fazendo menção a Kant que, nos dizeres do professor Georges Pascal (Pascal, 2005:46):

Como Sócrates, ou como Descartes, Kant quis saber o que dizia, e sob que condições tinha o direito de dizer. Nada mais alheio ao dogmatismo do que esse empenho de fundamentar o seu pensamento. Nada mais afim à crítica de Kant da que a ironia socrática ou a dúvida cartesiana. Como Sócrates e como Descartes, Kant poderia ter adotado a divisa do filósofo chinês: “o que sabemos, saber que o sabemos; o que não sabemos, saber que não o sabemos”. Tal seria, talvez, a fórmula mais exata para definir a atitude racionalista. Pois a busca dos fundamentos e dos limites da razão não redundam em prejuízo da razão, mas sim, em sua justificação. É da natureza da razão o não se fiar cegamente em si mesmo. Com demasiada frequência o espírito de sistema nos leva a ignorar o que não gostamos de ver, e a crer evidente ou demonstrado o que desejamos crer. O espírito crítico é a recusa dessa cegueira voluntária.

2. A dúvida no mundo jurídico-penal. O aforismo *in dubio pro reo*

É na prática do Direito, mais precisamente, no andamento de um processo judicial, que a *discussão* entra em cena para que se tente alcançar a denominada *verdade real*. Os acontecimentos da vida diária nos mostram que existe sempre uma *verdade* que respalda as ações humanas. E quando essas ações se transformam em ilícitos penais, o Estado-Juiz passa a investigá-los e, como consequência final, poderá punir ou absolver os acusados.

No curso de um processo penal, mais precisamente na sua fase instrutória, são adunados ao feito documentos de várias espécies e muitos deles dão ensejo a laudos

periciais. A prova oral, resultante do interrogatório e da oitiva de testemunhas, fornece elementos de suma importância para o deslinde da controvérsia. E nas alegações finais, as partes, após a análise de todo arsenal probatório coligido, sustentam seus posicionamentos para apreciação final do magistrado. Se a competência para julgar o processo for do tribunal popular, sete jurados chegarão a um veredicto. E qual seria a importância da *dúvida* nesse contexto? O brocardo *in dubio pro reo* servirá como balizador final para a prolação do *decisum*.

3. A provável origem histórico-literária do *in dubio pro reo*. O voto de Minerva

Direito e Literatura se relacionam intimamente e propiciam, entre si, uma troca extremamente produtiva, não só na área do aprendizado jurídico como também no fornecimento de material fático para a produção literária. Júris simulados podem ser realizados com base em histórias ficcionais produzidas por grandes escritores. Cite-se, por exemplo, o conto *A Cartomante* do grande Machado de Assis. Por outro lado, aforismos jurídicos podem ser extraídos de obras clássicas como a engendrada por Ésquilo, na obra *Oresteia*, onde se aponta o surgimento do famoso voto *de Minerva*, que teria dado origem ao brocardo *in dubio pro reo*. A propósito, transcrevem-se, nas linhas que seguem, excertos dessa última obra citada, justamente no drama *Euménides* que interessa à nossa digressão.

1º excerto: A fala de ATENA:

Cabe-me pronunciar-me em último lugar. Juntarei o meu voto aos que foram dados a Orestes. É que eu não tive mãe que me desse à luz e, por isso, sou em tudo e de todo o coração pelo homem, pelo menos até que um dia eu venha a celebrar as minhas núpcias. Sou inteiramente a favor do pai. Assim não terei em conta especial a morte de uma mulher, que matou o marido, guarda do seu lar. *Orestes será absolvido, mesmo em caso de igualdade na votação*. Tirai depressa os votos das urnas, juízes a quem compete esta tarefa. (Oresteia, 2019:223)

2º excerto: Outra fala de ATENA:

Escutai-me: não vos entregues a tantos queixumes. Vós não fostes vencidas: *foi a igualdade dos votos que verdadeiramente determinou a sentença, não houve o desejo de vos humilhar*. Em tudo isto brilhavam claros testemunhos de Zeus, ele próprio o autor do oráculo, segundo o qual Orestes, agindo como agiu, não incorreria em nenhum castigo. Quanto a vós, não lanceis sobre esta terra a vossa pesada

cólera, não vos indignéis, não gereis esterilidade, das vossas bocas vomitando infernais gotas, selvagens destruidoras, como lanças, de todos os germes. Com toda a lealdade vos garanto que tereis nesta justa terra assento e asilo e um trono luzente de azeite onde, sentadas, receberéis as homenagens dos cidadãos. (Ibidem: 226) (Grifamos)

4. O Direito em atuação. A *dúvida* como tese defensiva

Voltando-se para a prática jurídica, o que se pode constatar é que a *dúvida* acaba sendo uma das teses mais sustentadas pela defesa de um réu para pleitear a sua absolvição. Nublar a prova, o máximo possível, passa a ser uma das finalidades do advogado no interesse de seu cliente. Mesmo nas hipóteses de prisão em flagrante, quando as circunstâncias fáticas militam claramente em prol da culpabilidade do agente, ainda assim, o causídico insistirá no argumento de que a prova é insuficiente para uma condenação. É claro que em casos de *legítima defesa* ou de *estado de necessidade*, por exemplo, desde que evidentes, o argumento da dúvida poderá ser dispensado.

Pondo-se em foco a legislação processual penal brasileira, nos crimes de ação penal pública, cabe ao órgão do Ministério Público, ao receber autos de prisão em flagrante ou de inquérito policial, analisar de maneira percuciente os elementos probatórios coligidos para a formação da *opinio delicti*. Nesse momento, caso parem *dúvidas* que possam ser deslindadas no curso do processo, abre-se a exceção para que o brocardo aplicado seja o *in dubio pro societate*. Mas, uma vez instaurado o processo criminal, caso essas dúvidas permaneçam, o próprio membro do *Parquet*, em alegações finais, poderá pedir a absolvição do acusado. À guisa de ilustração, o direito anglo-saxão fala em *reasonable doubt* (dúvida razoável).

Interessante assinalar que doutrina e jurisprudência concluíram pela classificação da verdade em *real* e *formal*; hoje, a linguagem mais apropriada seria *verdade processual*. No âmago dessa classificação, o que se percebe, de forma nítida, é a própria *dúvida* como ensejadora dessa anatomia da verdade. Apelando-se para a analogia, na citação do excerto da obra de Ésquilo, o órgão julgador passa a figurar como sendo a deusa Atena, optando pela absolvição do réu, mormente quando acusação e defesa acolhem a *dúvida probatória* conjuntamente.

Finalizando este item, pode-se afirmar que a *justiça consensual*, no sistema jurídico-penal brasileiro, dentro dos limites preconizados pela legislação, representa um avanço em direção à *verdade*, ao beneficiar o autor da infração quando ele admite o cometimento do delito, acordando com a vítima o ressarcimento do dano sofrido, em delitos de menor potencial ofensivo. Nessa hipótese específica, espanta-se a *dúvida* como foco da tese defensiva, já que a questão acaba sendo decidida através de um “acordo de não persecução penal”. O *nolo contendere*, cuja tradução seria “eu não desejo contestar”, já existe há muito tempo no direito anglo-saxão, propiciando uma sanção penal mais branda para o réu.

O “acordo de não persecução penal” foi introduzido na legislação brasileira através da Lei nº 13.964/2019, acrescentando uma alínea ao artigo 28 de nosso CPP:

Artigo 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 quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

E, uma vez formalizado o acordo, o investigado ficará sujeito a condições especificadas pelo próprio dispositivo supracitado, como, *v.g.*, “reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo”. Uma vez cumprido o acordo firmado, o juiz competente decretará a extinção de punibilidade do autor do ilícito penal.

5. O grande palco da *Filosofia da Dúvida* no Direito Penal: o júri popular

O Júri popular se assemelha ao palco de uma peça teatral, cujo enredo é o próprio ilícito penal perpetrado por um ou mais agentes. E a performance chega ao seu auge no debate oral produzido pelas partes litigantes. A *verdade real* existe e pode ser confirmada ou desconstruída, dependendo dos “estratagemas” trazidos a lume pelo promotor e pela defesa. Falamos, *in casu*, dos “estratagemas” criados pelo grande filósofo Schopenhauer e que estão descritos no seu livro “A arte de ter razão”. No ensejo, remetemos o leitor para as edições de números 62 e 75 desta Revista, onde a *dialética erística*, teoria que embasa os “estratagemas”, foi tratada em dois artigos que se complementam. A propósito, transcrevemos trecho da segunda publicação infracitada:

Segundo Guilherme Marconi Germer, “A verdade, conforme Schopenhauer, ‘é o indestrutível diamante. É a única coisa que permanece firme, que persevera e se mantém fiel’ (Schopenhauer, 1851 [1896], II, p. 146). Sempre é um grande risco se afastar dela; porém, tê-la em mãos nunca é suficiente em qualquer debate. Assim, tão importante quanto possuí-la é saber preservá-la de seus deparadores desleais, e, para tanto, sempre valerá a regra da justeza de que os combatentes duelem com as mesmas armas. Com esse fim, sobretudo, de defesa da verdade contra os erísticos trapaceiros e com os recursos da própria erística, bem como com o de denunciar, ironicamente, o comportamento dos últimos, Schopenhauer escreveu ‘A arte de ter razão’, cuja leitura é uma porta de entrada privilegiada, e de grande valor atual, ao cerne de sua filosofia.”

Schopenhauer afirma, no seu livro “A Arte de Ter Razão” que “A dialética erística é a arte de disputar, mais precisamente a arte de disputar de maneira tal que se fique com a razão, portanto, *per fas et nefas* [com meios lícitos e ilícitos]. De fato, é possível ter razão objetiva na questão em si e, no entanto, aos olhos dos presentes, por vezes mesmo aos próprios olhos, não ter razão” (página 3).

Como bem asseverado por Emerson Garcia, no seu artigo *O Uso da Dialética Erística na Argumentação Jurídica: o que se faz e não se deveria fazer*:

Conhecer alguns dos estratagemas comumente utilizados é de grande utilidade para compreendermos as técnicas de deturpação e encobrimento da verdade. Utilizá-las, ou não, depende dos padrões éticos que cada um de nós decide adotar em sua vida. A glória momentânea, embora suficiente para massagear o ego dos mais vaidosos, dificilmente produzirá bons frutos, máxime quando os estratagemas utilizados puderem ser identificados com alguns poucos minutos de reflexão suplementar, que, cedo ou tarde, será realizada pelos demais participantes do debate.

No âmbito desses 38 (trinta e oito) estratagemas, pode-se citar, como exemplo prático, a “prova obtida do sobrenatural”, como sói acontecer em julgamentos, onde a carta psicografada é introduzida nos debates como matéria principal de discussão, desviando os jurados para uma outra dimensão onde se lhes é inculcada versão do fato delituoso que, na pior das hipóteses, acarreta, *v.g.*, a desclassificação de um homicídio doloso para homicídio culposo; fato que já ocorreu em um julgamento famoso no estado de Minas Gerais. Outro exemplo é a exploração de depoimentos prestados por testemunhas que, “bombardeadas” por perguntas insidiosas, terminam expressando “falsas memórias”, ensejadoras de dúvidas no processo de *livre convicção* dos jurados.

6. Conclusão: O princípio da presunção de inocência como fundamento do *in dubio pro reo*

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal dispõe que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Observe-se, de pronto, que a *culpabilidade* exige certeza e quando não se consegue atingi-la, na fase instrutória do processo criminal, a *dúvida* assume posição de destaque, acarretando a absolvição por *insuficiência de prova* (artigo 386, inciso VII, do CPP). Leia-se, a propósito, trecho de ementa exarada em acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na apelação criminal 20188120800:

A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando

nem mesmo a alta probabilidade. Assim, *in casu*, milita em favor dos acusados a *dúvida* e em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*, deve ser mantida a absolvição. (Grifamos)

Concluindo com o ilustre professor Emerson Garcia, ao comentar o artigo 5º, inciso LVII, da nossa Carta Magna:

A presunção de inocência assume contornos *iuris tantum*, somente podendo ser afastada do modo indicado pela ordem constitucional. É importante ressaltar que ela é a antítese da “presunção de culpado”, o que significa dizer que o *status* de culpado somente pode ser configurado a partir de um juízo de certeza, indicativo de que as razões convergentes à tese acusatória subjagam, por completo, as divergentes, que se mostram insuscetíveis a gerar qualquer estado de dúvida no julgador. É nessa perspectiva que se costuma invocar o brocardo latino *in dubio pro reo*. O benefício da dúvida, enquanto emanação direta da presunção de inocência, busca evitar a injustiça suprema de condenar-se um inocente. Daí a lógica da concepção de que só se pode transitar do status de inocente para o de culpado quando a materialização desse risco for afastada em todas as suas nuances. Martin Luther (2007:100), referindo-se à autoridade temporal, observava:

“Ora castiga pouco, ora castiga demais. Seja como for, peca menos gravemente com a primeira dessas duas maneiras, castigando muito pouco, pois é sempre preferível deixar um patife vivo que fazer perecer um homem de bem, porquanto o mundo contém e só pode conter muitos patifes, ao passo que há muito poucos homens de bem.” (Garcia, 2023:458)

Referências bibliográficas

ÉSQUILO. *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*. Tradução do grego e notas de Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: EDIÇÕES 70, Lda., 2019.

GARCIA, Emerson. *Comentários à Constituição Brasileira*, volume 2. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023.

LEVINAS, Emmanuel. *Ética e Infinito*. Tradução João Gama. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2007.

MARÍAS, Julián. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PASCAL, Georges. *Compreender Kant*. 2ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Literário



Literatura e Direito: encontro e possibilidades

Gilda Carvalho*

Sumário

1. Introdução: Literatura e Direito em diálogo. 2. Por que falar de Literatura e Direito? 3. Para quê falar de Literatura e Direito? 4. O sentido de um sopro. Referências bibliográficas.

Resumo

O propósito desse artigo inicial é apresentar as possibilidades da relação interdisciplinar entre a Literatura e o Direito, explorando as contribuições possíveis para os dois campos do conhecimento e para a sociedade brasileira.

Abstract

The purpose of this initial article is to present the possibilities of the interdisciplinary relationship between Literature and Law, exploring possible contributions to both fields of knowledge and to Brazilian society.

Palavras-chave: Interdisciplinaridade. Antonio Candido. Direito e Literatura. Ficção. Cidadania.

Keywords: *Interdisciplinarity. Antonio Candido. Literature and Law. Ficción. Citizenship.*

1. Introdução: Literatura e Direito em diálogo

“Os cientistas dizem que somos feitos de átomos, mas um passarinho me contou que somos feitos de histórias.”

Eduardo Galeano

* Mestre em Literatura Brasileira pela PUC-Rio. Diretora do Instituto Interdisciplinar de Leitura da PUC-Rio. Coordenadora da Cátedra Unesco de Leitura da PUC-Rio.

Literatura e Direito são compostos da mesma matéria-prima: a pessoa humana. Considerada em suas relações, conquistas, tragédias, potencialidades e perversidades, é essa pessoa que está no centro das narrativas e dos tribunais.

A trama das histórias representa e produz a identificação de sujeitos, humanizando-os. Em sua concepção mais primária, é também o processo de humanização da pessoa que está na base dos códigos legais que regem a vida de uma sociedade. Portanto, colocar em diálogo dois campos do conhecimento aparentemente distintos revela uma distância que se apresenta maior entre as formas e nem tanto quanto ao seu conteúdo. A mensagem e a narrativa com seus dilemas são fundamentalmente os mesmos – por isso a facilidade de representação entre um e outro e a facilidade do diálogo entre o texto literário e o jurídico.

Contudo, essa relação ultrapassa os limites da representação textual, expandindo-se à Literatura como Direito, ou seja, aquele direito pelo qual se luta: o direito de acesso ao livro e ao texto, o direito à uma cadeia de produção literária justa e equânimes entre editores – autores – leitores e, o mais sublime, a conquista da literatura como direito humano.

Este texto, que inaugura o Observatório Literário da *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, dialoga com as duas perguntas que intitulam essa *Introdução* em uma perspectiva de complementaridade: “Por que falar sobre Literatura e Direito” quer remeter ao encontro entre os textos literário e jurídico, destacando questões de leitura, interpretação e representação. De seu lado, “Para quê falar de Literatura e Direito” pretende delinear caminhos para a consolidação daquele mesmo encontro, porém, considerando aqui dois campos do conhecimento cujo diálogo está para além do texto. Como dito, este é um artigo inaugural, que se coloca com a pretensão de aperitivo para muitas outras possibilidades e reflexões que virão a ser aprofundadas por pesquisadores associados à Cátedra Unesco de Leitura da PUC-Rio, como contribuição para uma reflexão interdisciplinar autêntica e produtiva.

2. Por que falar de Literatura e Direito?

Era uma vez uma madrasta que se deixou tomar pela inveja ao ouvir de seu espelho que não era a mais linda mulher, mas sim Branca de Neve, sua pura e bela enteada. A partir daí, cria-se a trama: um ardil, um pretense crime, a salvação de uma e a perdição da outra.

Estão aí, num simples conto de fadas, contado e recontado por gerações, os elementos básicos de uma boa história e de um complexa peça jurídica. Nas pontas de um crime existe de um lado os sentimentos imorais motivadores e, de outro, o desejo de justiça que o repara. O bem e o mal em constante tensão ou por assim dizer, a própria alma humana.

De um modo simples, o Direito tem uma origem que remonta ao momento em que os homens passam a viver em grupos organizados e percebem que precisam de regras que regulem o convívio comum, as condutas, os limites do respeito ao outro

e as relações de troca. De lá para cá, tornou-se complexo, elaborou uma linguagem própria, enveredou por caminhos traçados pela humanidade em seu processo de desenvolvimento social e tecnológico, porém, sem nunca perder o poder humanizador e regulador que lhe é conferido desde sempre.

Por sua vez, a Literatura, que surge do registro das histórias contadas ao redor do fogo, assume, com o correr do tempo, o papel organizador de sentidos, desde os mais primários guardados no interior do sujeito, até aqueles que determinam relações em uma comunidade. Antonio Candido, em seu célebre artigo “Direito à Literatura”, fala sobre esse papel organizador do texto literário:

Mas as palavras organizadas são mais do que a presença de um código: elas comunicam sempre alguma coisa, que nos toca porque obedece a certa ordem. Quando recebemos o impacto de uma produção literária, oral ou escrita, ele é devido à fusão inextricável da mensagem com sua organização. Quando digo que o texto me impressiona, quero dizer que ele impressiona porque a sua possibilidade de impressionar foi determinada pela ordenação recebida de quem o produziu. [...] Toda obra literária pressupõe essa superação do caos, determinada por um arranjo especial das palavras e fazendo uma proposta de sentido. (Candido, 2014)

Decorrente disto, embora o Direito e a Literatura tratem de questões e objetos muito próximos, cada um assume uma linguagem própria. Decodificar tais linguagens é o pretendido por quem a lê que, para tanto, necessita dominar um código específico. Falando sobre a importância da interpretação e da leitura, a professora Eliana Yunes ensina:

O arranjo das sociedades passa necessariamente por acordos que viabilizam deveres e direitos assentados em discursos em que vão dos jurídicos aos científicos. E, com frequência, por mais emblemáticos e representativos que sejam enquanto simbólicos, abrem-se aos ficcionais, entre eles o literário. E aí nascem os problemas com as narrativas, desde Platão. (Yunes, 2020)

Narrativas são, em si, o *corpus* literário ou jurídico. De certa forma, aos olhos daqueles não familiarizados com o código linguístico do Direito pode parecer que o texto literário seja mais “fácil” ou “agradável, prazeroso” de ser lido. Esta é, porém, uma percepção fragmentada, pequena talvez, pois a Literatura pode ser bastante complexa para aquele que não domina a sua própria língua. Retomando Antonio Candido, explica-se o poder da forma literária:

Dou sempre como exemplo os provérbios: “água mole em pedra dura tanto bate até que fura”. Isso é uma formulação rigorosamente formal. São dois setissílabos com acentuação e que justamente porque são setissílabos se gravam no meu espírito e me fazem ver a importância daquela mensagem. Se eu disser, por exemplo, “a pessoa com uma certa tenacidade sempre consegue o que quer”, isso tem muito menos efeito do que se eu disser “água mole em pedra dura...”, porque eu criei uma imagem, entrei no domínio da metáfora e a metáfora se tornou uma experiência. Essa é a grande força social e educativa da Literatura. (Candido, 2013)

Ora, se Literatura e Direito se debruçam sobre as narrativas humanas e tem, ambos, a possibilidade de organizar e regular as relações sociais. A primeira, contudo, pode servir ao outro como o instrumento de aproximação de um texto dito difícil para a maioria das pessoas que não domina o discurso jurídico, mas que consegue compreender através do jogo ficcional como aquele funciona. É assim que entra em cena o poder da representação, na perspectiva da encenação de um texto que absorve elemento de ambos os campos para aproximá-lo do leitor ou espectador. Roland Barthes ajuda a compreender esse movimento:

(...) Entretanto, e nisso verdadeiramente enciclopédica, a literatura faz girar os saberes, não fixa, não fetichiza nenhum deles; ela lhes dá um lugar indireto, e esse indireto é precioso. Por um lado, ela permite designar saberes possíveis – insuspeitos, irrealizados: a literatura trabalha nos interstícios da ciência: está sempre atrasada ou adiantada com relação a esta, [...]. A ciência é grosseira, a vida é sutil, e é para corrigir essa distância que a literatura nos importa. (Barthes, 2013)

É essa potência da ficção que pode explicar os incontáveis textos – escritos, falados, filmados – que têm como trama questões que tocam o Direito. Vilões, assassinos, traidores, corruptos e outros tipos são personagens que recheiam narrativas onde a busca pela justiça se atualiza desde os tempos em que a humanidade começou a contar histórias. Cenas de tribunais se somam àquelas em que a própria trama discute questões de garantia ou conquistas de direitos. Definitivamente, a ficção esclarece e configura o pensamento de massa e, se o faz menos pelo livro, potencializa-se na produção e adaptação para TV, cinema, teatro e – porque não? – internet. Arte a serviço do Direito, regulando a sociedade, educando pessoas, estabelecendo novas relações e ordenamento social.

3. Para quê falar de Literatura e Direito?

Estabelecida a possibilidade de diálogo entre textos de dois campos do conhecimento distintos, há que se pensar em outras formas de contribuição que se originam desse encontro. Se a Literatura oferece ao Direito a sua “popularização” mediante o seu poder de ficcionalização e representação, este lhe abre as portas para discussões mais profundas, que tocam tanto a cadeia produtiva do livro quanto o direito ao acesso daquela como Arte e Educação.

Regular as ações comerciais que se relacionam com a produção e a comercialização da Literatura se circunscreve a campos específicos do Direito, voltados para a garantia de uma relação harmônica e justa entre editoras, autores e livreiros comerciantes. Esse conjunto de leis, contudo, é apenas uma das faces de uma imbricada relação em cujo horizonte está o acesso à Literatura enquanto expressão artística e cultural de um povo.

É o mesmo mestre Antonio Candido, já citado, que lança a base dessa discussão no seu texto *O direito à Literatura*, reproduzido com a devida autorização do autor, na coletânea homônima organizada por Aldo de Lima publicada pela Editora Universitária da UFPE, em 2014. Na epígrafe que introduz a *Apresentação* do livro, diz Candido:

A literatura corresponde a uma necessidade universal que deve ser satisfeita sob pena de mutilar a personalidade, porque pelo fato de dar forma aos sentimentos e à visão de mundo ela nos organiza, nos liberta do caos e portanto nos humaniza. Negar a fruição da literatura é mutilar nossa humanidade. (Candido, 2014)

Para que a Literatura seja um bem de livre acesso a toda sociedade, deixando de ser privilégio de um determinado grupo, é preciso pensá-la para além da sua forma textual – escrita ou não. Há que se estabelecer primeiramente a garantia de uma Educação transformadora, que considere a Alfabetização enquanto domínio do código linguístico e a Leitura como força motriz da construção de cidadania, que possibilitará ao indivíduo o pleno cumprimento de direitos e deveres. Em segundo plano, tendo em vista as desigualdades sociais brasileiras, há que se garantir a plena circulação de livros, mediante custos de produção justos, que, por sua vez, impactarão em preços acessíveis, sem abandonar o estabelecimento e cumprimento de políticas públicas que deem condições de acesso ao livro e à leitura.

Essa reflexão amplia a relação entre o Direito e a Literatura, aproximando-a daquilo que preconiza o artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.¹

Se a Literatura nos possibilita sonhar o sonho de quem pensou um mundo diferente daquele que conhecemos; o Direito nos ajuda a construí-lo. Assim, pensar em *para quês?* amplia a reflexão e a lança rumo a um futuro diferente para a sociedade brasileira, que há de ser melhor, mais humano e igualitário.

4. Conclusão: o sentido de um sopro

“*Literatura para quês?*” é o título de um pequeno livro publicado pela Editora da UFMG e que traz a Aula Inaugural do professor Antoine Compagnon, no Collège de France, em 2006. Nela, o conferencista faz menção a Roland Barthes, citando-o: “[A] literatura não permite andar, mas permite respirar”. (Barthes apud Compagnon, 2009, p. 41)

Possivelmente, a Literatura sozinha não fará o mundo andar em direção a um sentido melhor, mas, sem dúvida, o texto literário forma e transforma. Seu encontro com outros campos do conhecimento tem, portanto, o papel de sopro: aquele que regenera, que refresca, que clareia o olhar e produz novos sentidos. Essa conversa já existe há algum tempo, mas aqui está apenas começando.

Referências bibliográficas

BARTHES, Roland. *Aula*: aula inaugural da cadeira de Semiologia Literária do Colégio de França, pronunciada dia 7 de novembro de 1977. Tradução e posfácio de Leila Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix, 2013.

COMPAGNON, Antoine. *Literatura para quês?* Trad. Laura Taddei Brandini. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2009.

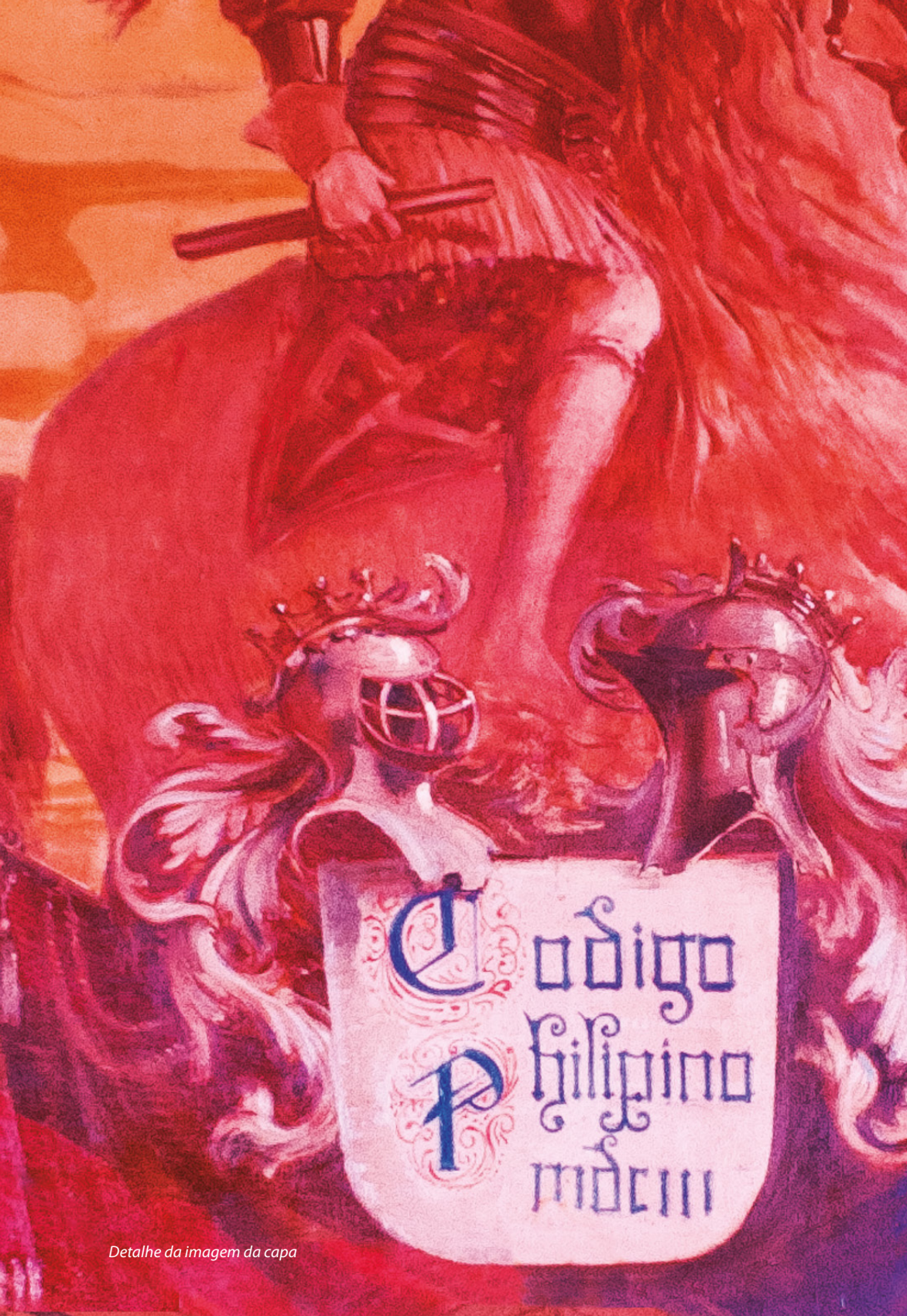
LIMA, Aldo (Org.). *Antonio Candido* – O observador literário. Recife: Editora Universitária UFPE, 2013.

_____. (Org.). *O direito à Literatura*. 2ª edição. Recife: Editora Universitária UFPE. 2014.

YUNES, Eliana. *Tecendo um leitor*: uma rede de fios cruzados. Curitiba: Aymará. 2009.

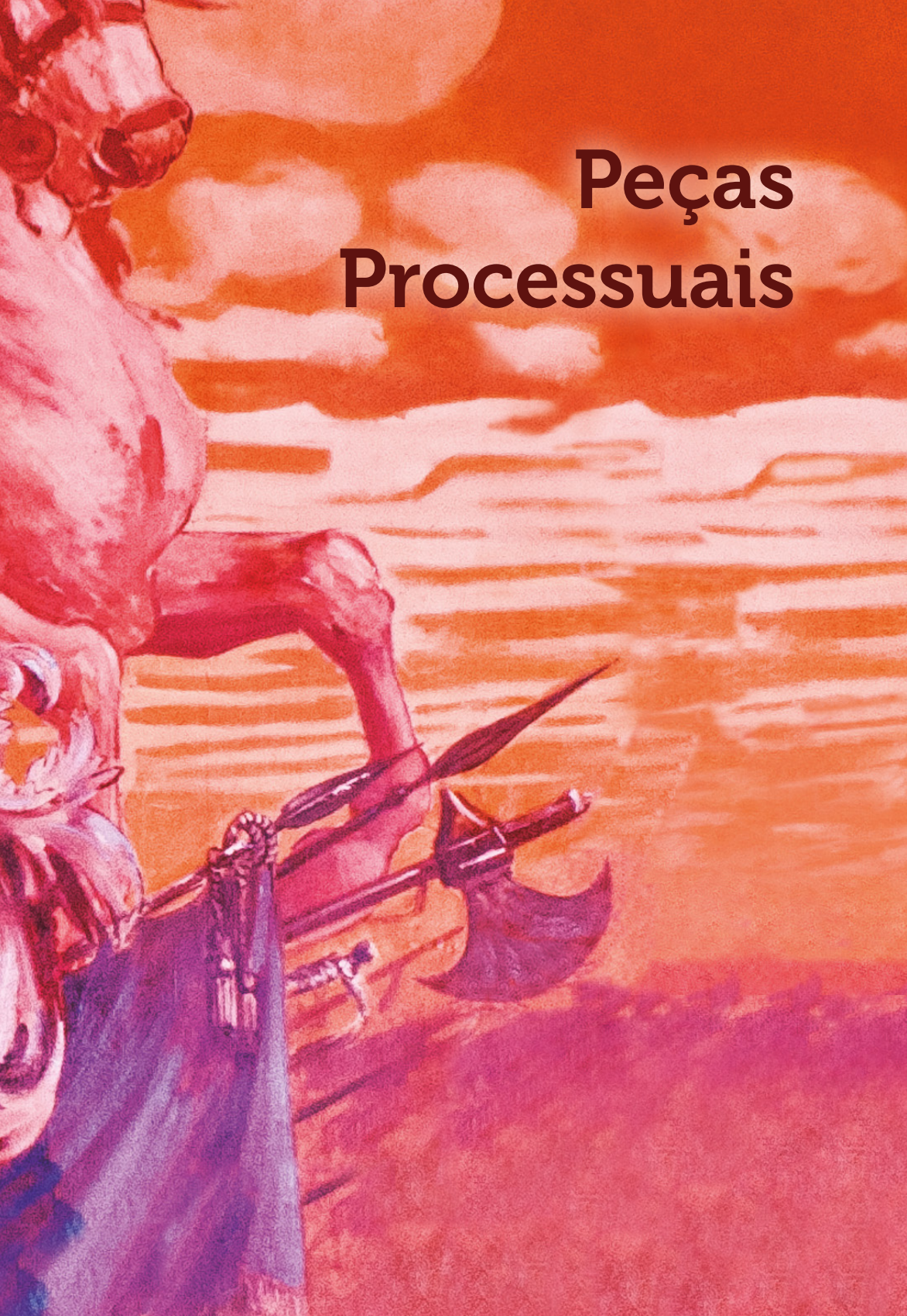
¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>, acessado em 02/09/2023, às 16h10.

_____. Leitura Políticas Públicas e... Literatura, Direito do Público. In *Miscelânea, Revista da Faculdade de Ciências e Letras de Assis*, Universidade Federal Paulista, São Paulo: Editora UNESP, 2020, p. 27-36.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Parecer

• • •

Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça

Processo SEI nº 20.22.0001.0086724.2022-81

Origem: Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Execução Penal

Assunto: requerimento para fins de que seja estipulado o patamar mínimo de R\$ 3.000,00, para a execução judicial da pena de multa

EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,

I

Trata-se de expediente instaurado pela douta Coordenação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Execução Penal, por meio da Portaria nº 02/2022, na qual solicita à Chefia Institucional avaliar a possibilidade de ser estabelecido um valor mínimo para que o Ministério Público promova a execução da pena de multa.

Em seus argumentos, devidamente delineados na Portaria inaugural, a requerente fundamenta o seu pedido em três alicerces básicos: (i) no mês de novembro de 2022, a execução das multas arbitradas criminalmente passou a ser realizada pelo Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU); (ii) é alto o custo do Estado no processamento de processo de execução, havendo com baixa arrecadação; e (iii) é baixo o número de membros e servidores junto à Vara de Execuções Penais, que apresenta excesso de acervo.

O pleito foi instruído inicialmente com os seguintes documentos: (i) Ato Normativo TJ nº 1/2020, que dispõe sobre a implantação do Sistema Eletrônico de Execução Unificado - SEEU, no Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro; (ii) Ofício da Assessoria de Inf. e Proc. Matéria Criminal do TJ, dirigido ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, contendo orientação sobre a execução das penas de multa através do SEEU; e (iii) manual que orienta sobre o cadastro eletrônico de processo de Execução de Pena de Multa.

Considerando a natureza da temática, o feito, inicialmente, foi encaminhado à Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Criminais, com vistas à Assessoria Criminal.

No âmbito da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Criminais, foi solicitada a manifestação da sua Assessoria Criminal e, em paralelo, que fosse esclarecido pela douta Coordenação requerente a fórmula do cálculo efetuado, para se chegar ao patamar de três mil reais como valor mínimo a ser considerado.

Pela Coordenação do CAO de Execução Penal, foi informado, em síntese, que: (i) em reunião com a então Coordenadora deste Centro de Apoio e alguns membros das Promotorias de Justiça de Execução Penal da Capital, restou ajustado, pela maioria, que o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) seria um patamar mínimo razoável para a execução da pena de multa por via judicial; (ii) a discussão realizada levou em consideração o contido no art. 2º do Decreto Estadual nº 41.400/2008, que autoriza a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro a requerer a extinção dos processos de Execução Fiscal, qualquer que seja o ano de seu ajuizamento, quando o crédito em execução tiver valor atualizado inferior a 2.136,03 UFIRs; e (iii) o teor da Resolução PGE nº 2.436, de 14 de janeiro de 2008, em que é estabelecido valor mínimo para ajuizamento de Execuções Fiscais.

O Decreto Estadual nº 41.400/2008 consta do *index* 2126048 e a Resolução PGE nº 2436/2008 veio no *index* 2126067.

Manifestação da Assessoria Criminal indicando, em síntese, que a particularidade do tema reclama diretrizes administrativo-institucionais.

O feito retornou à Chefia Institucional, que o encaminhou a esta Consultoria Jurídica para manifestação.

II

A legitimidade ativa do Ministério Público para a execução da pena de multa foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.150. Na ocasião, foi conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 51 do Código Penal e fixadas as seguintes teses: “(i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei nº 6.830/1980” (red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, j. em 13.12.2018, DJe de 6.8.2019). Em sede de Embargos de Declaração, foi acrescido que, “por razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, devem ser modulados temporalmente os efeitos da decisão, de modo a estabelecer a competência concorrente da Procuradoria da Fazenda Pública quanto às execuções findas ou iniciadas até a data do trânsito em julgado da presente ação direta de inconstitucionalidade” (rel. Min. Roberto Barroso, j. em 20.4.2020, DJe de 20.5.2020).

A discussão veio a ser reacendida com a alteração promovida no art. 51 do Código Penal pela Lei nº 13.964/2019, de modo que o preceito passou a ter o seguinte teor: “transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas

interruptivas e suspensivas da prescrição”. Como o juízo competente passou a ser, única e exclusivamente, a Vara de Execução Penal, argumenta-se com a supressão da legitimidade ativa subsidiária da Fazenda Pública. Não há dúvidas de que a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 ressaltou o caráter penal da multa imposta em processo criminal e, com o reconhecimento da competência exclusiva da Vara de Execuções Penais, aumentaram as vozes no sentido de reconhecer que não mais subsiste a legitimidade subsidiária da Fazenda Pública.

Em relação ao presente processo administrativo, a questão que circunscreve a temática a ser enfrentada está intrinsecamente relacionada a duas teses relacionadas à pena de multa. A primeira, que fundamenta a função social da pena de multa dentro dos atributos da retribuição (caráter aflitivo ou retributivo)¹ e da prevenção (natureza preventiva). A segunda, com grande obviedade pragmática, decorre do aspecto pecuniário da pena de multa, em que sua natureza é compreendida a partir de uma lógica meramente arrecadatória.

No âmbito desta Instituição, já em meados de 2020, a Promotora de Justiça Maria Fernanda Dias Mergulhão publicou o artigo intitulado “Pena de multa criminal – uma abordagem realística”, no qual estabelece uma premissa acadêmica significativamente contrária ao estabelecimento de parâmetros mínimos para a execução de multa penal pelo Ministério Público, *verbis*:

Multa criminal não guarda qualquer semelhança com outras sanções pecuniárias, a exemplo de *composições civis* ou *transações penais* no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, quando essas girarem em torno de valores em pecúnia, por se tratar de medidas despenalizantes.²
(...)

Problema sério se apresenta quando o crédito exequendo é oriundo de multa penal, vez que uma das características da sanção penal é sua *inderrogabilidade*, ou seja, a certeza de seu cumprimento, traduzindo-se em verdadeiro princípio vetor do direito penal. Como compatibilizar o Princípio da Inderrogabilidade com os valores estabelecidos por atos administrativos inerentes à legislação tributária na execução da pena de multa?
(...)

Cada Estado da federação possui competência normativa para fixar valores mínimos para a execução do crédito tributário. Não se exige lei formal, à medida que o juízo de oportunidade de conveniência

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, volume 1, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 72.

² MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. Pena de multa criminal – uma abordagem realística. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 76, abr./jun., p. 159-176, 2020.

para esse fim pode ser disciplinado por ato administrativo normativo, via de regra, por Portarias ou Resoluções.

Questiona-se, no entanto, se essa diretriz se coadunaria com o princípio da inderrogabilidade da pena de multa. É razoável determinar valores mínimos para a execução da pena de multa? E os fins da pena? Determinar valor mínimo para executar pena de multa não violaria as funções da pena (retributiva e pedagógica), também aplicáveis às penas pecuniárias, na medida em que a coercitividade estatal não seria de plano impedida em face da não propositura da ação pelo valor mínimo imposto?

Assim sendo, a multa penal, se não adimplida voluntariamente pelo condenado, no Juízo de Execução Penal, o Promotor de Justiça tem o poder-dever de cobrar o valor do referido crédito (...).

Apesar dos argumentos contrários, não podemos ignorar que o direito não é infenso a custos. Aliás, toda construção teórica da análise econômica do direito decorre dessa constatação. O posicionamento da Coordenadora é justamente direcionado ao não ajuizamento das execuções de multas criminais de pequeno valor, com fundamento na lógica do custo-benefício econômico-financeiro, empregado em defesa da Fazenda Pública, no exercício da sua função arrecadatória, bem como diante das carências organizacionais dos serviços internos deste Ministério Público.

A posição a ser adotada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro há de incursionar em aspectos bem mais amplos que aqueles afetos a um valor mínimo para a execução da pena de multa, a exemplo do protesto da certidão da existência dessa pena, como fez o congênere de São Paulo (Resolução nº 1.229/2020-PGJ-CGMP, de 24 de setembro de 2020), que também entende ser imprescindível a execução, independentemente do valor, quando, entre outras situações, o condenado possuir renda ou bens suficientes (art. 3., § 2., I). Também há de ser considerados no debate os efeitos do Tema 931 dos Recursos Repetitivos da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o inadimplemento da multa não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade da pena privativa de liberdade, caso o condenado comprove a impossibilidade de pagamento. Cada um desses aspectos será influenciado pelo caráter essencialmente penal da multa, o que foi acentuado com o advento da Lei nº 13.964/2019.

III

Considerando o acima exposto, que demonstra que a solução proposta pela então Coordenadora de Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Execução Penal exige debates mais amplos, o que envolve, inclusive, maiores considerações valorativas e propedêuticas sobre a temática, sob pena de mácula à

própria indisponibilidade da persecução penal em sentido amplo, esta Consultoria Jurídica sugere seja constituído grupo de trabalho para analisar a temática e apresentar proposta de regulamentação interna a ser editada pela Chefia Institucional.

Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 2023.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

Peças

• • •

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA E DEFESA DO CONSUMIDOR
E DO CONTRIBUINTE – COMARCA DA CAPITAL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA
ANTECIPADA

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL,

Ação coletiva de consumo. Direito do consumidor. Comércio digital. Medicamento de uso controlado. Hospedagem de vendedor. Abusividade. Concorre para a prestação defeituosa do serviço o provedor de acesso a conteúdo virtual que aceita contratação para a publicação de conteúdo irregular em sua plataforma digital, como a comercialização de medicamento de uso controlado “tarja preta” sem receita. Controle posterior do conteúdo das postagens burlado por falsificação grosseira. Necessidade de garantir a efetividade da vedação de publicação do conteúdo irregular para cumprir o dever de segurança do serviço. Art. 14, Parágrafo Primeiro, I a III, CDC. Medicamento de uso controlado. Tolerância e resistência como variantes da eficácia de psicotrópicos a justificar o controle estatal da comercialização respectiva. O risco à vida e à saúde dos efeitos colaterais do uso descontrolado. A liberdade de expressão, enquanto preceito constitucional, não se compadece do abuso de direito, assim compreendido o exercício do direito para causar dano. A necessidade de desestimular o autodiagnóstico como política de Estado de saúde pública. Receita que limita dosagem e prazo de administração a ficar retida pelo estabelecimento portador de autorização sanitária expedida pela ANVISA para o comércio de medicamentos. Ré que não se enquadra no modelo legal de fornecedora do produto, mas, ao oferecer à contratação espaço do seu sítio de *e-commerce* para o público em geral, assume a responsabilidade pela segurança da prestação do serviço. Dever inerente ao controle/conhecimento prévio do conteúdo contratante. Descumprimento reconhecido administrativamente com sistema de controle posterior, visando a retirar conteúdos irregulares de

circulação. Requerimento de tutela antecipada de urgência para determinar a implantação de sistema de controle prévio do conteúdo a ser publicado no prazo de 72 (setenta e duas) horas. Pedido de indenização do dano moral e material, individual e coletivo.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por intermédio do Promotor de Justiça, que ao final subscreve, vem, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro nas Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90, propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

em face de **MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 03.361.252/0001-34, com sede na Rua Gomes de Carvalho, 1.306, 7º andar, Itaim Bibi, São Paulo/SP, CEP 04547-005, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público possui legitimidade para a propositura de ações em defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos, nos termos do art. 81, parágrafo único, II e III c/c art. 82, I, da Lei nº 8.078/90.

Ainda mais em hipóteses como o caso em tela em que é sabido que os fatos a serem narrados afetam um número indeterminado de consumidores, expondo-os a práticas lesivas, danosas à sua saúde e segurança. Claro é, portanto, o interesse social que justifica a atuação do Ministério Público.

Nesse sentido, podem ser citados vários acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça, entre os quais:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, inclusive para tutela de interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos. (AGA 253686/SP, 4ª Turma, DJ 05/06/2000, pág. 176). (g.n.).

Nestas condições, a atribuição da Instituição autora decorre do mister que lhe confere o Título IV, Capítulo IV, Seção I, da Carta Constitucional de 1988, mais precisamente do inciso III, do art. 129, onde se lê que “são funções institucionais do Ministério Público (III) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Com fundamento no dispositivo citado, o artigo 25, inciso IV, alínea “a”, da Lei Federal nº 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – estatui que “além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público (...) promover o inquérito civil e ação civil pública (...) para a *proteção, a prevenção e a reparação dos danos* causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, *ao consumidor*, aos bens e direitos de valor artístico, e a outros interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis” (g.n.).

Além de todo o arcabouço normativo referido, a Lei n. 7.347/85 (LACP) ainda atribui legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública para a prevenção ou reparação dos danos causados ao consumidor, em decorrência de violação de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (v. artigos 1º, 3º, 5º, *caput*, e 21), razão por que o Ministério Público é parte legítima para, na qualidade de substituto processual da coletividade consumidora, titular do direito básico à saúde, à vida e à segurança contra os riscos provocados pela comercialização de produtos considerados perigosos ou nocivos, ajuizar a presente ação.

DOS FATOS

A empresa ré atua no ramo de comércio eletrônico oferecendo ao consumidor plataforma virtual conhecida como “MercadoLivre.com” no âmbito da qual são realizadas compras, vendas, pagamentos, anúncios e envio de produtos por meio da *internet*.

Ocorre que foi noticiado, por meio de representação anônima oferecida junto ao sistema de Ouvidoria-Geral do MPRJ, que a “MercadoLivre.com”, ora ré, estaria viabilizando aos usuários de sua plataforma virtual a livre comercialização de medicamentos de uso controlado, conhecidos popularmente como “tarjas preta”, tais como *Fluoxetina*, *Clonazepam*, e *Diazepam*, sem receita, justificando, assim, o início da investigação constante do Inquérito Civil (IC) n. 642/2018 (anexo).

Disparada a investigação, foi encaminhada notificação, via ofício, para que a investigada se manifestasse administrativamente quanto aos aspectos inadequados da prestação dos serviços oferecidos no bojo de sua plataforma digital, inclusive sobre a possibilidade de contrair compromisso de ajustamento de conduta para regularizar as falhas noticiadas, sobretudo com a implantação de medida que represente o cumprimento do dever de segurança do serviço.

Além disso, foi notificada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, na qualidade de órgão competente para fiscalizar a comercialização de medicamentos controlados, para que se pronunciasse nos autos do IC instaurado.

No curso da investigação ministerial, a investigada apresentou resposta ao ofício encaminhado, esclarecendo, em síntese, que não permite a venda de medicamentos sujeitos a controle especial, possuindo diversos mecanismos para *remoção* de tais anúncios irregulares de sua plataforma virtual, tendo, inclusive,

firmado parceria consubstanciada em termo de cooperação com a ANVISA, a quem, segundo seu entendimento, caberia a emissão de ordem de retirada dos anúncios de venda de medicamentos “tarja preta” de sua respectiva página de *e-commerce* na internet. Segundo a então investigada, “o Mercado Livre não tem o dever de realizar o monitoramento do conteúdo gerado por terceiros”, pois tal prática poderia implicar “verdadeira censura e violação à liberdade de expressão”.

Logo em seguida, em sede de audiência administrativa solicitada pela investigada, para debater solução conciliada da irregularidade, foi informado a este órgão de execução, pelo representante da empresa, que esta vem celebrando termos de cooperação com diversos entes públicos, com intuito de viabilizar a remoção de conteúdos que tratem de comercialização de produtos ilícitos. Deixou, porém, de acrescentar se, além do mero controle, *a posteriori*, dos anúncios já veiculados na página eletrônica da investigada, representado por varredura periódica feita pelos órgãos de fiscalização parceiros, notadamente a ANVISA, também tem mecanismos que impeçam efetivamente a entrada em circulação do anúncio de tais medicamentos, que consuma a violação ao dever de segurança do serviço.

Vale dizer, nesse ponto, que a própria ANVISA, se manifestou às fls. 187/190 dos autos do inquérito civil, afirmando que, no exercício do seu poder de polícia administrativa, promove constantemente o monitoramento de anúncios e vendas eletrônicas de medicamentos controlados, inclusive, daquelas realizadas por meio da plataforma virtual Mercado Livre, em razão de parceria firmada, com uso de ferramenta específica, que bloqueia e exclui publicidades irregulares já veiculadas. Nada declarou, outrossim, acerca do dever não autorizar a entrada em circulação de referidas publicidades, decorrente de sistema de controle prévio do conteúdo que será publicado, nem de punir administrativamente quem quer que venda medicamento de uso controlado sem retenção de receita.

Considerando a imprescindibilidade da implantação de mecanismo de controle *prévio* dos anúncios ilícitos de medicamentos controlados, visando a impedir o acesso ilegal aos mesmos, o Ministério Público requisitou à investigada que se manifestasse acerca do interesse em subscrever Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) se comprometendo a condicionar a publicação de anúncio de medicamento de uso controlado à prévia aprovação da ANVISA.

Em resposta, a investigada informou, consoante fls. 195/259 do IC, que teria interesse em encerrar a investigação por meio de um TAC, contudo seriam necessárias adaptações para que a fiscalização prévia não configurasse censura, afirmando, ainda, que não seria atividade intrínseca dos provedores de plataformas virtuais o controle prévio dos anúncios veiculados, em razão de suas limitações técnicas e da natureza do serviço de “*marketplace*”.

Realizada nova audiência administrativa em sede do presente IC, foi solicitado prazo pelos representantes da investigada, para apresentarem proposta de redação do TAC no sentido da manutenção da forma de controle *a posteriori* da publicação de anúncios na plataforma virtual, porém, com a implantação de mecanismo de

controle consistente na autodeclaração do anunciante de que a comercialização do medicamento não é, de qualquer forma, vedada pela legislação ou autoridade sanitária, visando a, com isso, inibir a venda de medicamento tarja preta sem prescrição médica.

Nesse sentido, foi apresentada nova proposta de redação de TAC para a investigada, o que, após renovados debates, revelou impasse. Senão vejamos:

O impasse entre a investigada e este órgão ministerial quanto à redação do TAC limitou-se, basicamente, ao conteúdo da mensagem que seria exposta na “caixa de checagem” do site, que deveria ser “clificada” pelo anunciante ao final do procedimento de publicação do anúncio. Como forma de assegurar que o anunciante leu e estava ciente de que seu produto, a ser exposto à venda, não poderia constar da lista de produtos proibidos apontada nos termos gerais de utilização da plataforma, o MP, que intentava a inclusão de advertência efetivamente intimidatória e inibitória para o anunciante, sugeriu a inserção de aviso de que este estaria sujeito às penas do art. 299 do Código Penal, que define o crime de falsidade ideológica. A investigada, por sua vez, insistiu na existência de dificuldade técnica para inserir tal advertência na “caixa de checagem”.

Em outras palavras, considerando as questões técnico-operacionais alegadas pela investigada, o Ministério Público, ainda movido pelo espírito de conciliação, veio a ceder para que constasse da mensagem de advertência apenas que o anunciante estaria sujeito “a crime de falso sujeito a pena e reclusão”. Porém, ainda assim, a investigada afirmou não ser capaz de implementar o aviso reduzido, insistindo que seria suficiente a mera inclusão na advertência ao anunciante da expressão “*violar esta regra pode ter implicações legais, inclusive criminais, sob pena de reclusão*”.

Finalmente, apesar das quatro audiências administrativas no curso do inquérito civil público que serve de base à presente, com os representantes da investigada, ora ré, para debater os termos do TAC a ser celebrado, não se logrou êxito em alinhar a redação final efetivamente capaz de resguardar o direito do consumidor de não ser submetido a práticas abusivas, resguardando o direito ao livre exercício da sua atividade no âmbito do comércio eletrônico pela internet. Considerando que se trata de comercialização de medicamentos controlados por política de Estado relativa à saúde pública (sistema de tarjas), dada a potencial nocividade dos mesmos, sobretudo se consumidos sem orientação médica, não restou ao *Parquet* alternativa senão a judicialização da questão para compelir a “MERCADOLIVRE.COM”, ora ré, a adequar o fornecimento de seus serviços no âmbito da plataforma virtual.

DA FUNDAMENTAÇÃO OS RISCOS À SAÚDE DOS CONSUMIDORES

Como não poderia deixar de ser, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), no inciso I de seu art. 6º, assegura a proteção à vida, à saúde e à segurança como direito básico do consumidor. O rol dessa espécie de direitos (*básicos*) é extenso, contando com dez incisos, mas é o direito básico sem o qual nenhum outro tem qualquer relevância que encabeça a opção do legislador ordinário. Sem promover a

proteção da saúde e da vida do consumidor, a ré agrava o risco que a sua atividade comercial pode representar.

Não que todo e qualquer produto nocivo seja via de regra excluído do comércio. Nesta toada, o legislador ordinário fez questão de ressaltar expressamente a única possibilidade de comercialização de produtos nocivos à saúde, invocando a proteção legal prevista no art. 8º do diploma consumerista, que abriga a possibilidade jurídica da comercialização de produtos nocivos *cuja nocividade fosse inerente ao fim a que se destina*, como é o caso do medicamento de uso controlado. Vejamos:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Assim é que o juízo de proporcionalidade entre os benefícios dos efeitos diretos e os malefícios dos efeitos colaterais de medicamentos tarja preta, assim classificados pelo Ministério da Saúde por conta da sua nocividade intrínseca, deve sempre anteceder a autorização profissional para o respectivo uso, cuja emissão será formalizada em prescrição médica a ser retida por quem o comercializar para efeito de rigoroso controle oficial do cumprimento da política de Estado quanto à proteção à saúde e à vida do usuário do medicamento.

A fiscalização eventual e posterior, com a qual a ré pretende se defender, revela, *data venia*, gravíssima falha na prestação do serviço, já que burla o núcleo central do sistema de regulamentação da forma de comercialização de medicamento de uso controlado pela classificação por tarjas (amarela, vermelha e preta), acessível que é, neste momento mesmo, a qualquer internauta que pretenda usar e/ou abusar da nocividade do produto à revelia do controle estatal, adquirindo-o como se mera aspirina fosse, ou seja, sem ter deixado retida a respectiva prescrição médica. Neste aspecto, a própria comercialização de medicamentos, independente da tarja que o classifique, é incompatível com o meio virtual, pois passa ao largo da fiscalização da respectiva validade, expondo, aqui também, a vida e a saúde do usuário a grave risco, além de burlar igualmente a regulamentação respectiva.

Na realidade, a forma de prestação do serviço da ré ainda é defeituosa porque estimula o autodiagnóstico. O autodiagnóstico é grave problema de saúde pública, justamente porque induz ao tratamento talvez equivocado, causando mais males onde teria a intenção de solucionar os já existentes. No caso de *medicamentos de uso controlado* pelo Estado, partiu-se da premissa de que, se o abuso das substâncias que integram a fórmula dos mesmos criar tolerância e/ou dependência, a respectiva comercialização deixa de ser livre, condicionando-se a parecer médico especializado que indique a utilização daquela substância na dosagem determinada e por período

certo e que será recolhido pela autoridade sanitária contrastá-lo com o inventário de produtos vendidos.

O oferecimento do sítio em que estarão hospedados a quem pretende a livre comercialização de *medicamentos de uso controlado* viola o princípio constitucional individual fundamental da dignidade da pessoa humana na medida em que permite que o interesse privado se sobreponha ao público, no caso ao próprio funcionamento do sistema de controle da comercialização por classificação por tarjas (amarela, vermelha e preta) já que a receita não será retida.

A finalidade do Estado, enquanto sociedade politicamente organizada, é a promoção do bem comum, no caso, com a garantia de que o controle da dependência química, assim como a maximização da eficácia de medicamentos, enquanto aspecto da política de Estado em relação à saúde pública, esteja acima do interesse patrimonial indevido advindo da venda ilegal desses produtos.

Por outro lado, os malefícios do autodiagnóstico são de tal maneira graves que o abuso de antibióticos, até recentemente comercializados livremente, justificou a alteração da regulamentação da respectiva política de comercialização, com a extensão aos mesmos da restrição de venda somente com a apresentação de prescrição médica. Neste caso, o uso indiscriminado de antibióticos vem sendo apontado como causa do aparecimento de superbactérias, resistentes às fórmulas mais recentes do medicamento, comprometendo o tratamento de diversas doenças já consideradas erradicadas, como a tuberculose, devido ao abuso que a atual regulamentação pretende combater, autorizando a venda, inclusive, somente da dose que corresponda rigorosamente à prescrita.

O uso de medicamento de uso controlado, por sua vez, vendido sem prescrição médica, é corolário do desenvolvimento de tolerância e dependência a tais medicamentos, a demandar doses sempre maiores de substâncias ativas que podem auxiliar o tratamento de diversas condições psiquiátricas, desde que prescritas por profissional da área de saúde que conheça os riscos da sua administração, tanto em relação à dosagem, como ao período de administração respectivos. Já o livre consumo de tais medicamentos, sem prescrição médica, não só acaba por comprometer a eficácia daquele princípio ativo, como pode causar efeitos colaterais capazes até de induzir novas doenças.

Para ilustrar, antecipando, neste momento, a abordagem da questão, a ser abaixo mais detalhadamente explorada, breve consulta à bula de um desses medicamentos de uso controlado e livremente comercializados pela ré, ainda que sem prescrição médica, informa categoricamente que a dose ideal para o caso somente o médico poderá determinar, *verbis*:

O diazepam é um sedativo e também exerce efeito contra ansiedade, contra convulsões e é relaxante muscular. Somente seu médico sabe a dose ideal de diazepam para o seu caso. Siga as suas recomendações. Não mude as doses por conta própria.

O mesmo pode-se dizer em relação à informação relativa ao fenômeno da tolerância ao benzodiazepínico, constante expressamente da bula do medicamento, *verbis*:

Tolerância: pode ocorrer alguma redução na resposta aos efeitos, após uso repetido de diazepam por período prolongado.

A bula do medicamento ainda relata que a sua interação com o álcool pode causar parada cardiorrespiratória e acidente vascular cerebral, dado ao seu efeito de, *verbis*:

[a]umentar os efeitos clínicos de diazepam, incluindo possivelmente sedação grave, depressão cardiovascular e/ou respiratória clinicamente relevantes.

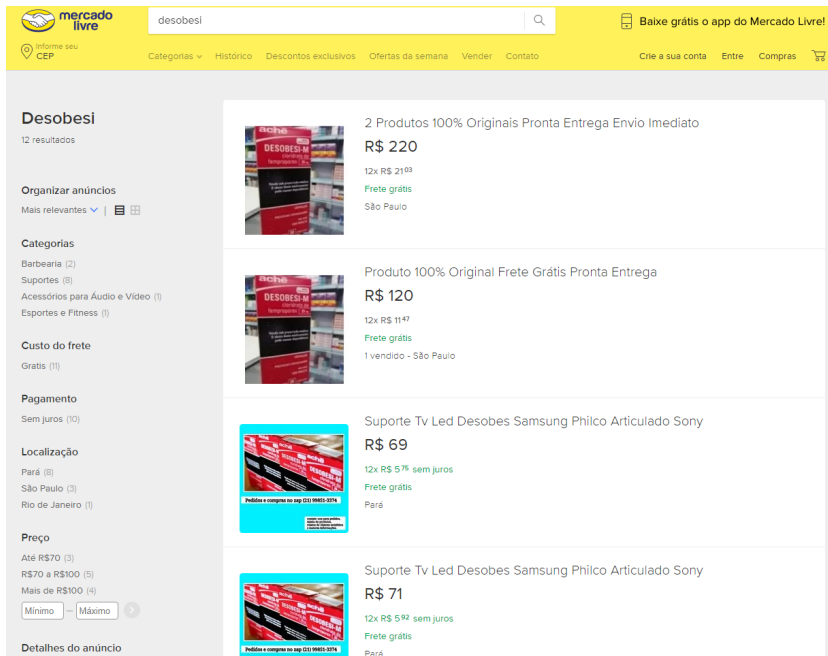
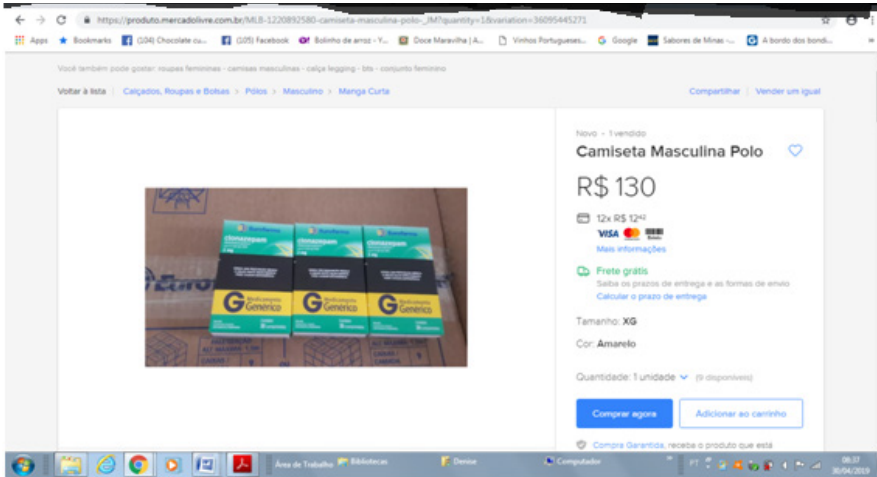
Finalmente, ainda por leitura direta da bula do diazepam, aflora a advertência quanto a efeitos colaterais graves capazes de agravar o quadro clínico sobre o qual a substância ativa da sua fórmula deveria incidir, em vez de atenuá-lo, chegando mesmo a causar psicose, *verbis*:

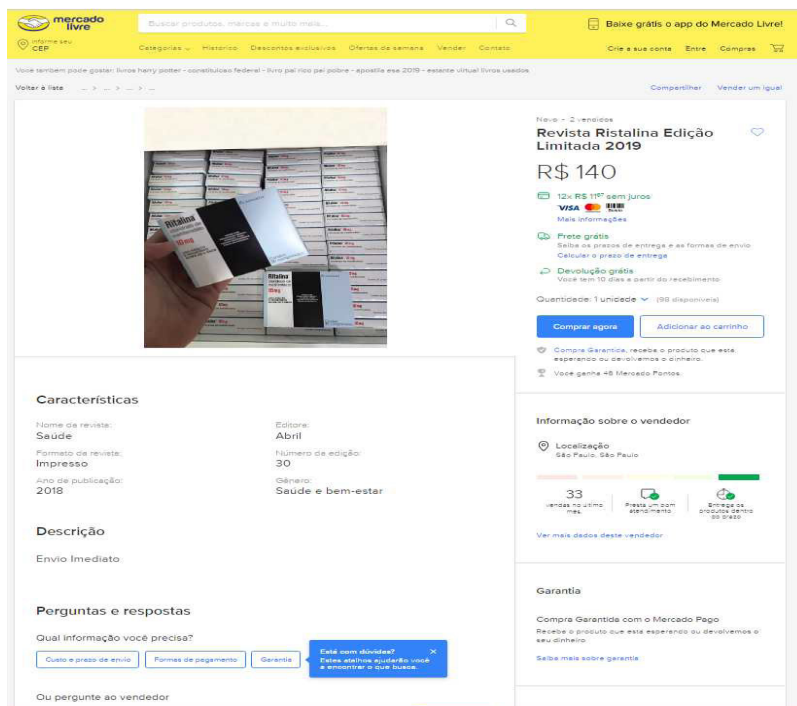
Reações psiquiátricas e "paradoxais": reações psiquiátricas, como inquietude, agitação, irritabilidade, agressividade, ilusão, raiva, pesadelos, alucinações, psicoses, comportamento inadequado e outros efeitos adversos comportamentais, podem ocorrer com o uso de benzodiazepínicos. Quando isso ocorre, deve-se descontinuar o uso da droga.

A essa altura, já se terá alcançado nível de conhecimento da causa que permite a compreensão da justificativa de restrição, ao aviso médico, do uso de tais medicamentos ilegalmente comercializados, no momento, na plataforma digital da ré. Ocorre que, ainda que não tenha implantado sistema que não permita efetivamente a utilização de seus serviços para tal finalidade, aquele com que hoje o anunciante dos mesmos interage é singelamente burlável.

Fraudes grosseiras passam despercebidas pelo sistema de monitoramento da ré, como no caso das "revistas diazepam", já que, com o simples registro da palavra "revista", "camiseta" ou "suporte" antes ou depois do nome fantasia do medicamento de uso controlado, ou da sua substância ativa, a inserção de anúncio é autorizada pela sua plataforma virtual, transformada, assim, em verdadeiro *mercado negro* onde nem o específico monitoramento *a posteriori* em parceria com a ANVISA consegue penetrar.

Vejamos:





A potencial lesividade dos efeitos causados pelo consumo de medicamento de uso controlado, sem prescrição médica, atrai também a responsabilidade jurídico penal da ré, que expõe à venda mercadoria em condições impróprias para o consumo, na medida em que dá acesso sem receita a medicamento de uso controlado, cuja comercialização deve seguir rigorosa regulamentação própria. A conduta é definida como crime contra as relações de consumo, punido com pena de reclusão de dois a cinco anos, *verbis*:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

(...)

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em *condições impróprias ao consumo*; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a *modalidade culposa*, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

A título de ilustração, releva invocar ainda alguns exemplos de reações adversas ao uso sem orientação médica dos medicamentos de uso controlado, publicados no site da própria ANVISA:

RITALINA®:

Algumas reações adversas podem ser sérias: Informe ao seu médico imediatamente se você apresentar: · inchaço dos lábios ou língua, ou dificuldade de respirar (sinais de reação alérgica grave); · febre alta repentina, pressão arterial muito elevada e convulsões graves (Síndrome Neuroléptica Maligna); · dor de cabeça grave ou confusão, fraqueza ou paralisia dos membros ou face, dificuldade de falar (sinais de distúrbio dos vasos sanguíneos cerebrais); · batimento cardíaco acelerado; dor no peito; · movimentos bruscos e incontáveis (sinal de discinesia); · equimose (sinal de púrpura trombocitopênica); · espasmos musculares ou tiques; · garganta inflamada e febre ou resfriado (sinais de baixa contagem de células brancas do sangue); · movimentos contorcidos incontáveis do membro, face e/ou tronco (movimentos coreatetoides); · ver ou sentir coisas que não existem na realidade (alucinações); · desmaios (convulsões, epilepsia ou crises epiléticas); · bolhas na pele ou coceiras (sinal de dermatite esfoliativa); · manchas vermelhas sobre a pele (sinal de eritema multiforme). (http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=8947712014&pIdAnexo=2250884)

CLONAZEPAM

Evento adverso Placebo (%) (n = 294) 1 a < 2 mg/dia (%) (n = 129) 2 a < 3 mg/dia (%) (n = 113) > 3 mg/dia (%) (n = 235) *Sonolência* 15,6 42,6 58,4 54,9 *Cefaleia* 24,8 13,2 15,9 21,3 *Infecção de vias aéreas superiores* 9,5 11,6 12,4 11,9 *Fadiga* 5,8 10,1 8,8 9,8 *Gripe* 7,1 4,7 7,1 9,4 *Depressão* 2,7 10,1 8,8 9,4 *Vertigem* 5,4 5,4 12,4 8,9 *Irritabilidade* 2,7 7,8 5,3 8,5 *Insônia* 5,1 3,9 8,8 8,1 *Ataxia* 0,3 0,8 4,4 8,1 *Perda do equilíbrio* 0,7 0,8 4,4 7,2 *Náusea* 5,8 10,1 9,7 6,8 *Coordenação anormal* 0,3 3,1 4,4 6,0 *Sensação de cabeça leve* 1,0 1,6 6,2 4,7 *Sinusite* 3,7 3,1 8,0 4,3 *Concentração prejudicada* 0,3 2,3 5,3 3,8. (g.n.).

(http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=8688542015&pIdAnexo=2876451)

Curial destacar que a ANVISA tem pleno conhecimento, até porque o informa ao público, como se verifica abaixo, de que a ré não se enquadra como um dos estabelecimentos legalmente autorizados a comercializar medicamentos, nem tem

autorização sanitária para fazê-lo, assim como que é contratada para hospedar, e efetivamente hospeda, conteúdo que vende medicamento de uso controlado sem receita, mas queda-se, a agência, inerte relativamente à punição administrativa pela publicação de conteúdo proibido e à imposição de condição para a prestação do serviço em cumprimento ao seu dever de segurança, que seria a implantação de controle prévio do conteúdo que hospeda, de modo que a saúde e vida do consumidor remanesçam expostas ao risco causado pela comercialização de tarja preta sem receita.

Cumpre, neste aspecto, trazer à baila recente publicação acerca das consequências drásticas para a saúde do consumidor advindas da comercialização ilegal de medicamentos controlados, hospedado no sítio eletrônico oficial na internet da Prefeitura do Rio de Janeiro:

Riscos do comércio de medicamentos pela internet. A Vigilância Sanitária adverte quanto aos riscos do comércio de medicamentos pela internet, tendo em vista as consequências à saúde do cidadão.

- Possibilidade de receber produtos falsificados, adulterados, com concentração incorreta, contaminados ou até mesmo não receber produto algum;
- Aquisição de medicamentos sem as orientações de um profissional habilitado para prestar a necessária atenção farmacêutica;
- Muitos sites não identificam o responsável pela venda e não disponibilizam endereço e telefone para contato em caso de problemas;
- Possibilidade de falsificação dos próprios sites de estabelecimentos autorizados e licenciados.

Esclarecemos que enquanto não existe norma específica sobre o assunto, o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária utiliza-se das regras jurídicas na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973 (<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5126700/4133512/LEIN5.991DE17DEDEZEMBRODE1973.pdf>), e Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 (<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5126700/4133511/LEIN.6.360DE23DESETEMBRODE1976.pdf>).

O artigo 5º da Lei 5.991/73 (<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5126700/4133512/LEIN5.991DE17DEDEZEMBRODE1973.pdf>) estabelece que o comércio de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos é *privativo das empresas e dos estabelecimentos definidos em Lei*. O artigo 6º do mesmo diploma legal relaciona os seguintes estabelecimentos que possuem essa prerrogativa: *a) farmácia; b) drogaria; c) posto de medicamentos e unidade volante; d) dispensário de medicamentos*. Além disso, o artigo 14 dispõe que o comércio só pode ser exercido

por estabelecimento devidamente licenciado pelo órgão sanitário competente. Desta forma, aqueles que são flagrados exercendo esse comércio irregular, como por exemplo, a venda de medicamentos sob prescrição sem a exigência da receita médica, sofrem as sanções previstas na Lei nº 6.437/77. Esclarecemos que enquanto não existe norma específica sobre o assunto, o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária utiliza-se das regras jurídicas na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973.

(<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5126700/4133512/LEIN5.991DE17DEDEZEMBRODE1973.pdf>), e Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 (<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5126700/4133511/LEIN.6.360DE23DESETEMBRODE1976.pdf>). O artigo 5º da Lei 5.991/73 (<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5126700/4133512/LEIN5.991DE17DEDEZEMBRODE1973.pdf>) estabelece que o comércio de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos é privativo das empresas e dos estabelecimentos definidos em Lei. O artigo 6º do mesmo diploma legal relaciona os seguintes estabelecimentos que possuem essa prerrogativa: a) farmácia; b) drogaria; c) posto de medicamentos e unidade volante; d) dispensário de medicamentos. Além disso, o artigo 14 dispõe que o comércio só pode ser exercido por estabelecimento devidamente licenciado pelo órgão sanitário competente. Desta forma, aqueles que são flagrados exercendo esse comércio irregular, como por exemplo, a venda de medicamentos sob prescrição sem a exigência da receita médica, sofrem as sanções previstas na Lei nº 6.437/77 (<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5126700/4133513/LEIN6.437DE20DEAGOSTODE1977.doc>). Além do mais, quando se tratar de produtos não registrados, estão sujeitos às penas previstas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro (<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5126700/4133505/Art.273doCodigoPenalDecretoLei284840.doc>). Caso encontre condições inadequadas, ligue para a Central de Atendimento da Prefeitura – 1746 (<http://www.1746.rio.gov.br/>).”

(<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5126700/4133513/LEIN6.437DE20DEAGOSTODE1977.doc>)

Vale, também, transcrever trecho de recente reportagem baseada no pronunciamento do Conselho Regional de Farmácia do Mato Grosso do Sul e da própria ANVISA acerca do tema:

Segundo a legislação brasileira “Somente farmácias e drogarias abertas ao público, com farmacêutico responsável presente durante todo o horário de funcionamento, podem realizar a dispensação de medicamentos solicitados por meio remoto, como telefone, fac-símile (fax) e internet. É imprescindível a apresentação e a avaliação da receita pelo farmacêutico para a dispensação de medicamentos sujeitos à prescrição, solicitados por meio remoto. A norma também proíbe a venda de controlados por este meio”. A Anvisa recomenda à população que compre apenas medicamentos registrados pela Anvisa e em farmácias e drogarias legalmente autorizadas pela Agência e licenciadas pela Vigilância Sanitária local. A orientação do órgão é que “o consumidor não deve comprar pela internet medicamentos de venda sob prescrição, pois esses estarão sendo comercializados ilegalmente se não exigirem a receita médica. Além disso, o cidadão deve ter cuidado com sites que prometem curas milagrosas para doenças graves ou medicamentos que prometam cura para várias doenças”.

(<http://www.crfms.org.br/versao-para-impressao/4354/noticia>)

No mesmo sentido são as informações constantes do *site* oficial da ANVISA sobre os riscos de venda de medicamentos de uso controlado pela internet:

1 - O que diz a legislação brasileira sobre a venda de medicamentos pela internet? Quais são as regras para a aquisição desses produtos para consumidores e para as farmácias em casos de medicamentos tarjados e de prescrição livre? Resposta: A legislação diz que somente farmácias e drogarias abertas ao público, com farmacêutico responsável presente durante todo o horário de funcionamento, podem realizar a dispensação de medicamentos solicitados por meio remoto, como telefone, fac-símile (fax) e internet. É imprescindível a apresentação e a avaliação da receita pelo farmacêutico para a dispensação de medicamentos sujeitos à prescrição, solicitados por meio remoto. A norma também proíbe a venda de controlados por este meio.

2 - A dispensação dos medicamentos vendidos pela internet precisa ser feita por um farmacêutico? É preciso ter um profissional habilitado 24 horas? Resposta: A norma determina que deve ser garantido aos usuários meios para comunicação direta e imediata com o Farmacêutico Responsável Técnico, ou seu substituto, presente no estabelecimento. Dessa forma, o estabelecimento deve ter este profissional à disposição durante o período de atendimento pela internet.

(...)

9 - *As farmácias virtuais podem vender medicamentos com tarja preta (remédios controlados)? Como é feito esse controle da venda? Resposta: A venda de medicamentos tarja preta só pode ser feita mediante retenção da receita pelo estabelecimento antes da dispensação do medicamento.* O médico prescreve a receita em duas vias, uma deve ficar retida na farmácia e a outra com o usuário. Se um entregador de uma farmácia, por exemplo, transporta um medicamento desse tipo sem portar a receita está caracterizado um tráfico ilegal de drogas. *Em casos de vendas online, a receita deve ser recolhida pela farmácia antes de o medicamento sair do estabelecimento. O controle de medicamentos de tarja preta é feito atualmente pelo Sistema Nacional de Gerenciamento de Produtos Controlados (SNGPC).* É um sistema criado pela Anvisa por meio do qual as farmácias e drogarias devem encaminhar, semanalmente e por meio eletrônico (via computador), informações sobre a comercialização e o consumo de produtos controlados, como os anorexígenos (medicamentos usados para emagrecimento). O sistema, além de ampliar o monitoramento do consumo de medicamentos e produtos controlados pela população brasileira, representa um avanço nos processos e fluxos destas informações à Anvisa. Antes dele, os registros de venda de produtos controlados eram feitos de forma manual (por meio de “livros de registros”), cujos relatórios podem demorar até um ano chegar à Agência, além de ser um procedimento suscetível a erros ou fraudes.

10 - *Quais os riscos que os consumidores correm? Resposta: As farmácias e drogarias são os locais adequados para a prestação de serviços à saúde pois, entre outras, contam com a presença do farmacêutico, profissional habilitado para responder a possíveis dúvidas sobre possíveis reações adversas, precauções de uso e o tempo correto de tratamento. Consumir medicamentos de forma incorreta, ou que tenham origem desconhecida ou duvidosa, pode colocar em risco a saúde do consumidor e trazer graves consequências, pois eles podem provocar perigosas reações se associados a outros medicamentos.* (g.n.).

(portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col)

Importante, por fim, esclarecer o alcance da classificação das tarjas dos medicamentos, elaborada segundo regras da própria ANVISA, e solenemente desconsiderada por parte da ré (e, por que não repetir, pela própria agência), cuja forma de prestação do serviço atinge a efetividade do próprio sistema de classificação, até mesmo pela facilidade que oferece de burlá-lo.

Tarja Vermelha – Sabe aquela cor diferente na caixa de alguns remédios? Ela indica o grau de risco que o medicamento pode oferecer à saúde. Aqueles com tarja vermelha devem ser vendidos com receita, porque podem causar efeitos colaterais graves. Geralmente é uma receita simples, mas dependendo do tipo do medicamento, ele só poderá ser vendido com receituário de cor branca que fica retido na farmácia.

Tarja Amarela – Sabe aquela cor diferente na caixa de alguns medicamentos? A tarja amarela na embalagem de um remédio com uma letra “G” escrita indica que se trata de um genérico. O medicamento genérico traz em sua embalagem o nome do princípio ativo, ou seja, o componente responsável pelo efeito do remédio. Os genéricos são seguros, têm o mesmo efeito de um remédio de marca e o melhor, custam em geral quase a metade do preço do chamado remédio de marca ou referência.

Tarja Preta – Sabe aquela cor diferente na caixa de alguns remédios? Os medicamentos que na caixa apresentam uma faixa preta são de venda e uso controlado. Eles exercem ação sedativa ou estimulante sobre o sistema nervoso central. São perigosos e precisam ser tomados seguindo rigorosamente a indicação do médico. Os remédios de tarja preta são considerados psicotrópicos e o uso prolongado pode causar dependência. Esses remédios só podem ser vendidos com receituário especial de cor azul, que fica retido na farmácia. (http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2862297&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=tarjas-de-medicamentos&inheritRedirect=true)

Inegável, portanto, as gravíssimas consequências para a saúde do consumidor advindas da livre comercialização de medicamentos controlados, “tarja preta”, pela internet, sem receita, mas, mesmo assim, a ré oferece à contratação espaço na sua plataforma digital para a comercialização irregular de produto que causa tolerância e dependência. E, ainda mais preocupante, descarta decididamente a possibilidade de vir a de fato impedir a utilização ilegal da sua plataforma, com mecanismo eficaz de *controle prévio* dos conteúdos irregulares, sustentando que o comprovadamente inócuo sistema de controle posterior é o único meio de regular a questão.

De fato, é sabido que a responsabilidade da ré deve ficar limitada à natureza da atividade por ele desenvolvida que corresponde à provedoria de hospedagem de conteúdo virtual, viabilizando o comércio eletrônico pelos seus usuários.

Os provedores de internet, como é o caso da ré, devem garantir, no exercício de sua atividade, o sigilo, a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas para o bom funcionamento e manutenção do sistema e, notadamente, a segurança dos usuários.

Ora, na qualidade de provedora e administradora de plataforma virtual, a ré não pode nem deve, simplesmente, deixar ao alvedrio exclusivo do próprio anunciante declarar estar ciente dos termos gerais de utilização em aviso lacônico nas “caixas de checagem” a serem preenchidas pelo mesmo, para se eximir da responsabilidade objetiva de prestar adequadamente o serviço, orientado para a promoção do bem comum.

A ilicitude da conduta da ré, que concorre para a venda imprópria de produtos, suplica imediata corrigenda, porquanto expõe, de maneira firme e continuada, a saúde e a vida do consumidor a risco grave, consistente não só na redução do desempenho do produto quando administrado em decorrência de tratamento médico supervisionado, corolário da tolerância à substância ativa respectiva, mas também na dependência do mesmo, corolário do abuso que induz efeitos colaterais igualmente gravíssimos.

Nesta mesma toada, a saúde e a vida terão sido igualmente atingidas pelo risco causado com a comercialização de produtos falsificados (os próprios medicamentos de uso controlado, p. ex.), em face da falta de controle prévio que a ré insiste em não implantar, estimulando e facilitando a atuação de fraudadores, que usam dos mais simples subterfúgios para inserirem, sem controle efetivo, em sua plataforma virtual, os anúncios sobre medicamentos de uso controlado.

Se o usuário sem receita não puder comprar o “tarja preta” na farmácia, que, diante da fiscalização do número de receitas retidas em relação ao estoque dos respectivos medicamentos, não comercializa o medicamento de uso controlado se não puder reter a receita, ainda com maior facilidade poderá ter ele acesso ao que lhe foi negado anteriormente, pois, recorrendo ao site da ré, contará, inclusive, com a entrega do produto em domicílio.

É evidente que a fiscalização sanitária oficial, a que a ANVISA é incumbida de realizar, teria motivo suficiente para inclusive aplicar penalidades administrativas decorrentes de procedimentos administrativos próprios instaurados para investigar a ocorrência de venda irregular de medicamento de uso controlado sem retenção da receita. Se não o fez, terá de justificá-lo ao órgão competente para investigar a responsabilidade político-administrativa do agente público responsável para determinar se cometeu ato de improbidade administrativa, que é o Ministério Público Federal.

Impõe-se consignar, ainda, que não pode prosperar a argumentação levantada pela ré, ao longo de toda fase investigativa, no sentido da impossibilidade de inserção de ferramenta de controle prévio dos anúncios publicados na plataforma virtual, sob pena de incorrer em censura, o que é constitucionalmente vedado.

Ora, como é cediço, para a ampla maioria da doutrina especializada e da jurisprudência, nenhum direito fundamental constitucional deve ostentar caráter absoluto, isto é, todos os direitos fundamentais devem ser considerados relativos e, assim, sujeitos à técnica de ponderação segundo as peculiaridades do caso concreto. Não é possível, nem é crível, que a ideia de proteção contra a impossibilidade de censura nos ambientes virtuais se compadeça com a violação a direito à saúde e à segurança. Nesta toada, o direito do provedor réu de hospedar tudo e todos os interessados que lhe contratarem o serviço termina no momento em que o direito da coletividade a não conviver com o risco de dano à sua vida e saúde pela venda de produtos e serviços começa.

Desta forma, a ponderação dos interesses em jogo faz a balança da Justiça pender para o direito da coletividade consumidora à saúde e à segurança, cuja tutela pode e deve ser concretizada através da inserção de mecanismos de controle prévio que detectarão a irregularidade do conteúdo a ser publicado, travando a conclusão do processo de inclusão de anúncios de medicamentos de uso controlado, para, assim, não incorrer nas penas de quem concorre para a consumação de crime contra as relações de consumo, como acima destacado, se deixa de fazê-lo.

À vista do exposto, não deve a conduta da ré se esquivar da atuação do Judiciário para compeli-la a dotar de segurança a prestação do serviço que oferece no mercado de consumo.

DO DANO MORAL COLETIVO

A indenização do dano moral é erigida a preceito constitucional, atraindo dos mais diversos diplomas legais a devida regulamentação, *ex vi* pelo art. 5º, inc. V, da Carta Magna:

Art. 5º:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Outrossim, os artigos 186 e 927 do Código Civil assim estabelecem:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Com relação ao dano moral coletivo, a sua previsão expressa no ordenamento jurídico consta nos incisos VI e VII do artigo 6º do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva proteção e reparação de *danos patrimoniais e morais*, individuais, *coletivos e difusos*;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de *danos patrimoniais e morais*, individuais, *coletivos e difusos*. (g.n.).

No mesmo sentido, o art. 1º da Lei nº. 7.347/85:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, *as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais* causados:

II - *ao consumidor*; (g.n.).

Assim, como ensina *Leornado Roscoe Bessa*, em artigo dedicado especificamente ao tema:

[a]lém de condenação pelos danos materiais causados ao meio ambiente, consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, destacou, a nova redação do art. 1º, a responsabilidade por dano moral em decorrência de violação de tais direitos, tudo com o propósito de conferir-lhes proteção diferenciada. (Dano moral coletivo. *In Revista de Direito do Consumidor* nº 59/2006)

Como afirma o autor, a concepção do dano moral coletivo não deve estar presa ao modelo teórico da responsabilidade civil privada, de relações intersubjetivas unipessoais.

Trata-se, nesse momento, de uma nova gama de direitos, difusos e coletivos, exigindo, pois, uma nova forma de tutela. E dessa nova proteção, com o esteio constitucional do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, sobressai, como não poderia deixar de ser, o aspecto preventivo da lesão. Por isso, são cogentes meios idôneos a punir o comportamento que ofenda (ou ameace) direitos transindividuais.

Nas palavras do mesmo autor:

[e]m face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e

sedimentado para atender aos conflitos transindividuais, faz-se necessário construir soluções que vão se utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do direito penal. (Dano moral coletivo. *In Revista de Direito do Consumidor* nº 59/2006).

Portanto, a função do dano moral coletivo de homenagear os princípios da prevenção e precaução, com o intuito de propiciar uma tutela mais efetiva aos direitos difusos e coletivos, como no caso em tela, revela poderoso arsenal para obter do fornecedor de produtos e serviços o cumprimento do dever de adotar todas as medidas que concorrem para respeitar o direito à saúde e à vida do consumidor coletivamente considerado.

Neste ponto, a disciplina do dano moral coletivo se aproxima do direito penal, especificamente de sua finalidade punitiva, ou seja, de utilização da pena (indenização) como meio de prevenir nova lesão a direitos metaindividuais.

Menciona, inclusive, Leonardo Roscoe Bessa que:

[c]omo reforço de argumento para conclusão relativa ao caráter punitivo do dano moral coletivo, é importante ressaltar a aceitação da sua função punitiva até mesmo nas relações privadas individuais. (Dano moral coletivo. *In Revista de Direito do Consumidor* nº 59/2006)

Ou seja, como o dano moral jamais poderá ser efetivamente reparado, pois é impossível medir a dor para ministrar-lhe a compensação cabível, reforça-se, o instituto, por seu caráter (no caso, estritamente) punitivo, presente, de resto, em qualquer que seja a indenização de que se trate. A finalidade da espécie de punição é, necessariamente, então, a prevenção, que decorrerá da compreensão do autor do dano de que acionar os seus freios inibitórios e desistir de consumir o ato lesivo é meio certo de evitar a gravidade da punição. O fornecedor deve ser convencido a fazer esta escolha definitivamente.

Daí que a robustez financeira do fornecedor é fator de consideração indispensável da operação para determinar o valor da indenização punitiva, como, de resto, sói ocorrer em relações de cunho privado e intersubjetivas. É o que se dá na fixação de *astreintes* e de cláusula penal compensatória, com o objetivo de pré-liquidação das perdas e danos e de coerção ao cumprimento da obrigação.

Os critérios para se valorar tais danos podem ser diversos, desde que condizentes com a magnitude do dano extrapatrimonial e do dano moral coletivos causados.

Vale destacar que a *punitive damage* vem sendo gradativamente aplicada no ordenamento pátrio a exemplo do Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil e do *Resp* 965500/ES:

379 Art. 944 - O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil. (g.n.).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA EM RAZÃO DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSADO POR “BURACO” EM RODOVIA EM MAU ESTADO DE CONSERVAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO APURADA E RECONHECIDA, PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO, A PARTIR DE FARTO E ROBUSTO MATERIAL PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE PENSIONAMENTO VITALÍCIO E DANOS MORAIS. ALEGADA EXORBITÂNCIA DO VALOR INDENIZATÓRIO (DE R\$ 30.000,00) E DE HONORÁRIOS (R\$ 5.000,00). DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO ÓBICE INSCRITO NA SÚMULA 7/STJ. MANIFESTA LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO, ORA RECORRENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Trata-se de recurso especial (fls. 626/634) interposto pelo Estado do Espírito Santo em autos de ação indenizatória de responsabilidade civil e de danos morais, com fulcro no art. 105, III, “a”, do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que, em síntese, condenou o Estado recorrente ao pagamento de danos morais e pensão vitalícia à parte ora recorrida.

2. Conforme registram os autos, diversos familiares do autor, inclusive sua filha e esposa, faleceram em razão de acidente automobilístico causado, consoante se constatou na instrução processual, pelo mau estado de conservação da rodovia em que trafegavam, na qual um buraco de grande proporção levou ao acidente fatal ora referido. Essa evidência está consignada na sentença, que de forma minudente realizou exemplar análise das provas coligidas, notadamente do laudo pericial.

3. Em recurso especial duas questões centrais são alegadas pelo Estado do Espírito Santo: a- exorbitância do valor fixado a título de danos morais, estabelecido em R\$ 30.000,00; b- inadequação do valor determinado para os honorários (R\$ 5.000,00).

4. Todavia, no que se refere à adequação da importância indenizatória indicada, de R\$ 30.000,00, uma vez que não se caracteriza como ínfima ou exorbitante, refoge por completo à discussão no âmbito do recurso especial, ante o óbice inscrito na Súmula 7/STJ, que impede a simples revisão de prova já apreciada pela instância *a quo*, que assim dispôs: O valor fixado para o dano moral está dentro dos parâmetros legais, pois há equidade e razoabilidade no *quantum*

fixado. *A boa doutrina vem conferindo a esse valor um caráter dúplice, tanto punitivo do agente quanto compensatório em relação à vítima.*

(...)

7. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 965500/ES, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 25/02/2008 p. 1) (g.n.).

DO PEDIDO LIMINAR

É *flagrante o fumus boni iuris* que emana da tese ora sustentada, não só à luz dos preceitos constitucionais que conferem ao consumidor o direito a receber especial proteção do Estado, mas também do Código Brasileiro de Defesa Consumerista que erige a direito básico do consumidor a proteção à vida, à segurança, à saúde e contra práticas abusivas na prestação dos serviços.

Por prova inequívoca deve-se considerar, de preferência, a prova documental e, no caso em apreço, a conclusão do inquérito civil realizado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, revela que os fatos relatados acima são mais do que verossímeis, pois o juízo de verossimilhança exigido para a concessão da tutela de urgência é muito ultrapassado em relação às provas incontrovertidas coligidas no curso da investigação, notadamente os “prints” de telas da plataforma virtual da ré, que demonstram a livre comercialização de medicamentos de uso controlado, assim como que não retém a receita respectiva.

Releva destacar que a ré não contraditou a prática abusiva em questão no curso do inquérito civil que serve de base à presente, limitando-se a reconhecer a sua ocorrência, mas declarar que a correção da irregularidade depende de esforços que não tem como envidar, para recusar a implantação de controle prévio capaz de impedir a entrada do anúncio em circulação, tudo a revelar a existência do fato do qual o emana o direito da coletividade.

Já o *periculum in mora* decorre logicamente do próprio prosseguimento da comercialização de medicamentos de uso controlado sem o imprescindível controle prévio na plataforma virtual da ré. É sabido, pelo que consta acima, que o controle posterior de circulação de anúncios ilegais patrocinado pela ré é de tal modo falho que fraude grosseira é capaz de burlá-lo, revelando que, enquanto persistirem as atuais condições de comercialização de medicamento de uso controlado na plataforma virtual da ré, o grave risco à saúde e à vida da coletividade não terá sido evitado, ainda que o possa e o deva.

Já o julgamento definitivo da pretensão só poderá ocorrer após percorrido o regular caminho procedimental, tempo em que, se não houver a pronta intervenção judicial, persistirá a prática abusiva em questão, expondo a grave risco a saúde e a vida da coletividade, o que revela preenchido o segundo requisito para a concessão da tutela de urgência.

Em face do exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO *requer LIMINARMENTE E SEM A OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA* que seja determinado *initio litis* à ré que:

- i) implemente, no prazo máximo de 72 (setenta e duas horas), ferramentas de controle prévio no âmbito do seu procedimento interno de publicação de conteúdos, sobretudo para detectar a exposição à venda de medicamentos de uso controlado, também conhecidos como medicamentos “tarja preta”, de modo a não autorizar as publicações de tais conteúdos na sua plataforma virtual;
- ii) retire *incontinenti* de circulação a totalidade de anúncios de medicamento de uso controlado;
- iii) fixe aviso na “caixa de checagem” do site, que deverá ser, necessariamente, “clificada” pelo anunciante, sob pena de travar a finalização do procedimento de publicação de qualquer conteúdo, de que “o produto anunciado não consta da lista de produtos proibidos apontada nos termos gerais de utilização da plataforma”, e que “a inserção de informação falsa está sujeita às penas previstas no art. 299 do Código Penal.”

Para que não deixe de ser efetivamente cumprido o comando ora pleiteado, requer o Ministério Público seja fixada multa suficiente para que a ré prefira cumprir o preceito a recolhê-la, sempre considerando a capacidade econômica que ostenta na qualidade de administradora e provedora de um dos maiores *e-commerces* do continente, cominada à razão de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) por ocorrência, uma vez findo o prazo referido acima, valor a ser revertido para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) previsto pelo Decreto n.º 1.306/94.

DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Pelo exposto, *REQUER finalmente o Ministério Público:*

- a) a citação da ré para, querendo, ofereça contestação, sob pena de revelia, sendo presumidos como verdadeiros os fatos ora deduzidos;
- b) que, após os demais trâmites processuais, seja finalmente julgada procedente a pretensão deduzida na presente ação, para condenar a ré, tornando definitiva a tutela de urgência ora requerida.
- c) que seja a ré condenada a indenizar os danos morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), em consequência da gravidade dos fatos narrados e de sua duração, e da robustez financeira da ré;
- d) que sejam publicados os editais a que se refere o art. 94 do CDC;

e) que seja a ré condenada a pagar honorários ao CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, à base de 20% sobre o valor da causa, mediante depósito em conta corrente n.º 2550-7, ag. 6002, Banco Itaú S./A., na forma da Res. 801/98.

Nos termos do art. 334, § 5º, do Novo Código de Processo Civil, o autor desde já manifesta, pela natureza do litígio e pelo ocorrido durante a investigação ministerial, desinteresse em autocomposição.

Protesta-se por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a produção de prova documental, testemunhal, depoimento pessoal, sob pena de confissão caso o réu (ou seu representante) não compareça, ou, comparecendo, se negue a depor (art. 385, § 1º, do Código de Processo Civil).

Atribui-se à causa, de valor inestimável, o valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2019.

RODRIGO TERRA
Promotor de Justiça

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 226.641 / SÃO PAULO**

05/06/2023

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 226.641 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

AGTE.(S): ANDERSON SADALA ALIPIO

ADV.(A/S): ANDRE LUIS CERINO DA FONSECA E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM *HABEAS CORPUS*. SISTEMA ACUSATÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ, NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA, A EVENTUAL MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO PELA IMPRONÚNCIA OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA OUTRO DELITO. *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO.

1. O sistema acusatório deve ser harmonizado com o princípio do livre convencimento motivado, não estando o juiz, na sentença de pronúncia, vinculado a eventual manifestação do Ministério Público, em alegações finais, pela impronúncia ou desclassificação para outro delito.
2. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual realizada de 26 de maio a 2 de junho de 2023, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de junho de 2023.

MINISTRO NUNES MARQUES

Relator

05/06/2023
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 226.641 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

AGTE.(S): ANDERSON SADALA ALIPIO

ADV.(A/S): ANDRE LUIS CERINO DA FONSECA E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Anderson Sadala Alipio interpôs agravo interno de decisão por meio da qual indeferi *habeas corpus* impetrado em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim resumido:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. PLEITO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS. VIA INADEQUADA. PREVISÃO DE REMÉDIO JURÍDICO PRÓPRIO. INEXISTÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO PRONUNCIAR O RÉU MESMO HAVENDO PEDIDO MINISTERIAL DE IMPRONÚNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PETIÇÃO INICIAL LIMINARMENTE INDEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não cabe a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário por meio do *habeas corpus*. Com efeito, o Código de Processo Civil, em seu art. 1.029, § 5º, inciso III, prevê remédio jurídico eficaz e célere para a atribuição de efeito suspensivo aos referidos recursos, ainda na origem, incumbindo à Defesa demonstrar a plausibilidade jurídica da pretensão invocada e que a imediata produção dos efeitos do acórdão recorrido pode implicar risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação (art. 995, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Ocorre que, na hipótese, nem sequer há informação se a Defesa requereu tal providência às instâncias pretéritas.

2. Além disso, nem sequer há patente ilegalidade, isso porque, conforme entendimento desta Corte Superior de Justiça, a circunstância de o Ministério Público requerer a impronúncia do Réu não vincula o Órgão do Poder Judiciário, o qual, tendo a competência para exercer a jurisdição de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, poderá entender que existem

provas suficientes para submeter o Agente ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

3. Agravo regimental desprovido.

(HC 800.327 AgRg, Ministra Laurita Vaz)

Sustenta, em síntese, violação ao sistema acusatório, uma vez que a sentença de pronúncia foi precedida de manifestação do órgão acusatório pela impronúncia do réu. Pretende, em consequência, a concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário.

É o relatório.

05/06/2023
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 226.641 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR): O agravo interno, protocolado por advogados constituídos, foi interposto no prazo legal. Conheço do recurso.

Consta dos autos (eDoc 2) que, após encerrada a instrução, na primeira fase do rito do júri, “o Ministério Público requereu a desclassificação para crime diverso do imputado na denúncia”, tendo o juiz, na sentença, pronunciado o paciente.

O Superior Tribunal de Justiça ressaltou a deferência ao princípio do livre convencimento motivado e a ausência de vinculação do órgão julgador à manifestação do órgão de acusação em alegações finais. Confira-se fragmento daquela Corte Superior:

Com efeito, o Código de Processo Civil, em seu art. 1.029, § 5º, inciso III, prevê remédio jurídico eficaz e célere para a atribuição de efeito suspensivo aos referidos recursos, ainda na origem, incumbindo à Defesa demonstrar a plausibilidade jurídica da pretensão invocada e que a imediata produção dos efeitos do acórdão recorrido pode implicar risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação (art. 995, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Ocorre que, na hipótese, sequer há informação se a Defesa requereu tal providência às instâncias pretéritas.

Além disso, apenas para que não se alegue omissão, não há patente ilegalidade a ponto de ensejar a atribuição de efeitos suspensivos no caso em apreço, isso porque, conforme entendimento desta Corte Superior de Justiça “a circunstância de o Ministério Público requerer a absolvição do Acusado, seja como *custos legis*, em alegações finais ou em contrarrazões recursais, não vincula o Órgão Julgador, cujo mister jurisdicional funda-se no princípio do livre convencimento motivado, conforme interpretação sistemática dos arts. 155, *caput*, e 385, ambos do Código de Processo Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça” (HC n. 588.036/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, *DJe* 28/03/2022; sem grifos no original).

Referido entendimento incide, igualmente, no procedimento do Tribunal do Júri.

O Processo Penal tem evidente natureza acusatória, sendo, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal, “vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Entretanto, o sistema acusatório deve ser harmonizado com o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (CPP, art. 413), não estando vinculado a eventual manifestação do Ministério Público, em alegações finais, pela impronúncia ou desclassificação para outro delito.

O Supremo firmou sua jurisprudência no sentido de que “não fere o sistema acusatório a não vinculação do julgador à manifestação do representante do *Parquet*” (ARE 1.322.866 AgR, Ministro Dias Toffoli). Destaco, no mesmo sentido, o RHC 205.270, Ministro Roberto Barroso; além dos precedentes representados pelos seguintes trechos de ementa:

3. Como regra, vigora no ordenamento processual penal brasileiro o princípio do livre convencimento motivado, de modo que o magistrado não se encontra necessariamente vinculado à opinião do Ministério Público, inclusive nos casos em que o representante do *Parquet* emite parecer no sentido da absolvição do réu. Precedentes. (ARE 1.335.473 AgR, Ministro Edson Fachin)

JUIZ – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – MINISTÉRIO PÚBLICO – MANIFESTAÇÃO – VINCULAÇÃO – AUSÊNCIA. Ante o princípio do livre convencimento motivado, manifestação do Ministério Público, no sentido da absolvição, não vincula Órgão julgador. (RHC 151.476, Ministro Marco Aurélio)

1. Vigora no sistema processual penal pátrio, como regra, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma fundamentada, isto é, deve motivar sua decisão, no sentido de condenar ou absolver o acusado, com amparo no acervo probatório constante dos autos.

2. Nesse contexto, o parecer do Ministério Público, apresentado em segundo grau de jurisdição, não deve conduzir, necessariamente, à absolvição do paciente se a instância *a quo* entendeu, pela avaliação do conjunto probatório, que existem elementos suficientes para a condenação. Precedente. (HC 185.835 AgR, Ministro Alexandre de Moraes)

3. Inexiste irregularidade na decisão que indefere pedido de revogação da prisão preventiva, ainda que haja manifestação do Ministério Público favorável ao pleito. Não há que se falar em violação do sistema acusatório, uma vez que cabe ao órgão jurisdicional exercer de forma privativa a jurisdição penal, decidindo, como entender de direito, se persistem, ou não, os requisitos autorizadores para manutenção da custódia cautelar. (HC 206.005 AgR, Ministro Dias Toffoli)

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça está em consonância com a ótica adotada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

Extrato de Ata - 05/06/2023

**SEGUNDA TURMA
EXTRATO DE ATA**

AG. REG. NO HABEAS CORPUS Nº 226.641

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

AGTE.(S): ANDERSON SADALA ALIPIO

ADV.(A/S): ANDRE LUIS CERINO DA FONSECA (225178/SP) E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 26.5.2023 a 2.6.2023.

Composição: Ministros André Mendonça (Presidente), Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Edson Fachin e Nunes Marques.

Hannah Gevartosky

Secretária

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.278.198 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

RECTE.(S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

RECDO.(A/S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCISCO MORATO

ADV.(A/S): THIAGO MARQUES GIZZI

RECDO.(A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCISCO MORATO

ADV.(A/S): CARLOS AUGUSTO DE CASTRO

DECISÃO

1. O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional (eDoc 8), contra acórdão do Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação assim ementado (eDoc 4):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Inciso IV do art. 29 da Lei nº 3.044/2019 do Município de Francisco Morato. Exigência de “curso superior” para elegibilidade como membro do Conselho Tutelar. Alegada invasão a competência da União para, concorrentemente com Estados e Distrito Federal, legislar sobre a proteção à infância e à juventude. Ação improcedente. Inocorrência. ECA que traça normas gerais. Necessidade de especificidade dado o interesse local. Municípios podem e devem legislar complementarmente a legislação federal com fundamento no art. 30, inciso I e II, da CF. Competência suplementar.

Ação improcedente.

Alegando violação aos arts. 24, XV, §§ 1º e 2º, e 30, I e II, da Constituição Federal, sustenta, em síntese, que:

Embora os Municípios sejam entes dotados de autonomia para a sua organização política, legislativa e administrativa, tal autonomia não é absoluta, uma vez que vem restringida pela exigência de respeito aos princípios constitucionais que regem a atividade da Administração Pública, inclusive a sua atividade legislativa.

Portanto, no exercício da atividade de produção de leis, deve o Município respeito aos princípios constitucionais, dentre os quais está o princípio da razoabilidade, assentado no art. 111 da Constituição do Estado, extensível aos Municípios por imposição do seu art. 144.

Na hipótese dos autos, apresenta-se manifesto o desrespeito ao princípio da razoabilidade, uma vez que a lei municipal criou uma exigência de excessivo rigor e sem fundamento legítimo para restringir o acesso ao posto de Conselheiro o Tutelar.

Segundo articula, “diante das funções e da razão de existência do órgão, impor a condição de conclusão de curso superior para acesso ao posto de Conselheiro Tutelar não se afigura razoável, ponderado e proporcional, visto que o universo de pessoas que poderão disputar as eleições é substancialmente reduzido e de forma injustificada”.

Tem a medida como “inadequada na perspectiva do interesse público, visto que afasta da composição de um órgão que deve representar a sociedade e com ela se relacionar uma parcela importante dos integrantes da comunidade que pode ter conhecimento valioso da realidade social, justamente das crianças e adolescentes que demandam o atendimento do Conselho Tutelar”.

Ressalta que “não se identifica, por exemplo, em que termos uma formação superior em engenharia ou biologia poderia melhor habilitar uma pessoa que lida com demandas predominantemente sociais a ser Conselheiro Tutelar”.

Recebidos os autos nesta Corte, determinei a abertura de vista ao Ministério Público Federal, que, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. José Elaeres Marques Teixeira, opinou pelo provimento do recurso extremo, assentando a seguinte conclusão (eDoc 21):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, PROFERIDO EM AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. EXIGÊNCIA DE CURSO SUPERIOR COMPLETO PARA A FUNÇÃO DE CONSELHEIRO TUTELAR. EXTRAPOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PECULIARIDADE LOCAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

É o relatório.

2. Reputo relevantes as razões recursais.

O cerne da controvérsia reside em saber se é constitucional, ou não, que o Município institua a exigência de conclusão de curso superior como critério para a assunção do cargo de conselheiro tutelar.

No federalismo brasileiro, a distribuição de competências entre os entes baseia-se no critério da predominância do interesse.

Conforme previsão do art. 24, XV, da Constituição Federal, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção à infância e à juventude, limitando-se o ente nacional a estabelecer normas gerais.

A Lei federal n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – estipula, no art. 133, os requisitos mínimos para a candidatura ao Conselho Tutelar. Eis o teor do dispositivo:

Art. 133. Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos:

- I – reconhecida idoneidade moral;
- II – idade superior a vinte e um anos;
- III – residir no município.

Tratando-se de competência legislativa concorrente, os Municípios se atêm a dispor sobre assuntos de interesse local e a suplementar as legislações federal e estadual, nos termos do art. 30, I e II, da Carta da República:

Art. 30. Compete aos Municípios:

- I – legislar sobre assuntos de interesse local;
- II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

A Lei n. 3.044, de 25 de março de 2019, do Município de Francisco Morato/SP, versa, em seu art. 29:

Art. 29. São requisitos para candidatar-se e exercer as funções de membro do Conselho Tutelar:

- I – reconhecida idoneidade moral;
- II – idade superior a vinte e um anos;

III – ser residente há pelo menos três anos e ter domicílio eleitoral em Francisco Morato;

IV – *curso superior completo, comprovado por meio de diploma conferido por instituição de ensino cujo curso seja reconhecido pelo Ministério da Educação, ou órgão que venha substituí-lo.*

Por sua vez, o art. 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) preceitua que o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente definidos naquele diploma legal.

Para dar concretude à previsão, haverá, em cada Município e em cada Região Administrativa do Distrito Federal, no mínimo, 1 (um) Conselho Tutelar, integrante da Administração Pública, composto de 5 (cinco) membros, escolhidos pela população local para mandato de 4 (quatro) anos, permitida a recondução após novos processos de escolha (ECA, art. 132).

Os modernos instrumentos de participação popular, a exemplo dos conselhos, das ouvidorias, do orçamento participativo e das comissões de legislação participativa, são apenas alguns dos mecanismos surgidos em função do sistema inaugurado pela Constituição de 1988, baseada em princípios que permitem a criação, a renovação e a reinvenção contínuas das formas de participação da sociedade nos atos do Estado.

Nesse contexto, a composição do Conselho Tutelar deve ser afinada com o escopo de franquear a maior participação popular possível – dentro dos limites constitucionais –, contribuindo, em última análise, com o aperfeiçoamento democrático. Nas palavras de Paulo Sérgio Novais de Macedo¹:

Aqui se deverá entender, como mecanismos e instrumentos da democracia participativa, toda e qualquer forma legal de controle, pela sociedade, dos atos da administração; todo e qualquer ato de atuação popular nas decisões políticas e na gestão da coisa pública; todas as formas que objetivem dar mais legitimidade às decisões e aos atos administrativos, por meio de qualquer instrumento legal que garanta mais participação popular.

De acordo com Alice Maria Gonzalez Borges (2006), o que a Constituição busca, com a permissão ou previsão da participação popular, é garantir que a sociedade civil organizada, no exercício da cidadania responsável, seja convocada a controlar e fiscalizar efetivamente o cumprimento dos programas anunciados pelos governantes e das ações dos administradores. De diversas maneiras,

¹ Democracia participativa na Constituição Brasileira. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf. Acesso em: 7 mar. 2023.

quer formais, quer informais, quer judiciais ou não, a Constituição assegura ao cidadão, em cada um dos Poderes da República, formas de controle social e de participação da sociedade na gestão pública.

Da leitura do art. 227, § 7º, c/c o 204, II, da Constituição Federal nota-se que a instituição do Conselho Tutelar segue a tendência moderna de uma democracia participativa, na qual haja a colaboração direta da população em assuntos que lhe dizem respeito. Confira-se o teor dos mencionados dispositivos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

[...]

II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Assim, o Conselho Tutelar, atuando de maneira independente, aproxima do poder público a voz da sociedade, fortalecendo práticas democráticas de participação, na medida em que funciona como instrumento de fiscalização e prevenção de situações de risco para crianças e adolescentes.

No caso em exame, a exigência de curso superior para se tornar elegível ao cargo de conselheiro tutelar exclui profissionais tais como professores, técnicos e auxiliares de enfermagem – além, por exemplo, de líderes comunitários –, os quais, a despeito de não necessariamente terem formação superior, são engajados na comunidade em que vivem e, por isso, podem revelar sólido conhecimento da realidade social da infância e da juventude do correspondente Município. Admitir tal restrição, que me parece não encontrar amparo no Texto Constitucional, impediria o acesso

de pessoas com plena habilidade para compreender as demandas relacionadas a crianças e adolescentes em situação de risco.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, 6,87% dos brasileiros, ou 13.455.172 pessoas, tinham formação superior completa. Em 2019, o índice aumentou para 8,7%, correspondendo ao total de 18,3 milhões de brasileiros. A unidade federativa mais bem posicionada no rol é o Distrito Federal, onde 17,49% da população concluiu o nível superior, seguida por São Paulo (11,67%) e Rio de Janeiro (10,91%). Já as menores taxas, em dados de 2010, são encontradas no Maranhão (3,56%), no Pará (4,06%) e na Bahia (4,51%).

A par disso, não é demais observar que, em sua essência, um conselheiro tutelar exerce as mesmas funções em Francisco Morato/SP ou em qualquer outro Município do País, daí não havendo qualquer peculiaridade local a justificar norma que, apartada do princípio democrático, restrinja o universo de membros elegíveis à condição de membros do Conselho Tutelar.

Dessa forma, não me parece razoável, proporcional ou ponderado reduzir, de foram injustificada, o universo de pessoas aptas a disputar as eleições para o cargo de conselheiro tutelar.

Conforme bem pontuado na peça subscrita pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade da qual tirado o presente recurso:

De um lado, revela-se inadequada na perspectiva do interesse público, visto que afasta da composição de um órgão que deve representar a sociedade e com ela se relacionar uma parcela importante dos integrantes da comunidade que pode ter um conhecimento valioso da realidade social justamente das crianças e adolescentes que demandam o atendimento do Conselho Tutelar.

De outro lado, é desproporcional, porque coloca uma exigência de formação superior que não implica de forma necessária e proporcional uma melhor qualificação para o exercício da função. Aliás, a título de argumentação, não se identifica, por exemplo, em que termos uma formação superior em engenharia ou biologia poderia melhor habilitar uma pessoa que lida com demandas predominantemente sociais a ser Conselheiro Tutelar. Entretanto, a conclusão de cursos universitários nestas áreas se traduziria em atendimento da exigência legal. E, a mesma exigência excluiria uma pessoa com escolaridade média equivalente a auxiliar de enfermagem e com experiência no trato de crianças e adolescentes do mesmo processo eleitoral. É, assim, irrazoável o requisito ora debatido.

Ora, o Supremo Tribunal Federal tem prestigiado a razoabilidade como critério de aferição da constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse sentido:

TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE.

– As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “*substantive due process of law*”. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade.

A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS.

– A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

(ADI 2.667 MC, Tribunal Pleno, Relator o ministro Celso de Mello)

No julgamento do ARE 1.289.610 AgR, da relatoria do ministro Marco Aurélio, em que o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade da Lei de Guararema/SP que exigia Carteira Nacional de Habilitação para concorrer ao cargo de Conselheiro Tutelar do Município, o ministro Dias Toffoli deixou consignado que:

[...] a jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que *a imposição de requisitos para ingresso em cargos públicos deve guardar relação com a natureza das atividades a serem desempenhadas, bem como atender a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o que não se verifica no caso dos autos, em que a lei municipal ora em debate exige carteira de habilitação para interessados em concorrer ao cargo de conselheiro tutelar.*

(Grifei)

Importante destacar, como o fez a Procuradoria-Geral da República no parecer juntado ao processo, que “o conselheiro tutelar é eleito pela população do município, e a Constituição Federal não estabeleceu requisito de escolaridade mínima sequer para a eleição dos chefes do Poder Executivo e dos integrantes do Poder Legislativo nos diversos entes da Federação, limitando-se a exigir que o candidato seja alfabetizado. Portanto, se sequer o ensino fundamental é exigido para aqueles que se candidatam para ocupar cargos de maior envergadura, dotados de amplas prerrogativas, não é razoável a exigência de curso superior para aqueles que pretendem ocupar a função de conselheiro tutelar”.

3. Do exposto, *dou provimento ao recurso extraordinário* para, reformando o acórdão recorrido, declarar a inconstitucionalidade do art. 29, IV, da Lei municipal n. 3.044/2019, de Francisco Morato/SP.

Quanto aos honorários recursais, previstos no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, não têm eles autonomia nem existência independente da sucumbência fixada na origem e representam um acréscimo ao ônus estabelecido previamente, motivo por que, na hipótese de descabimento ou de ausência de fixação anterior – como na espécie –, a sua incidência é indevida.

4. Publique-se. Intime-se.

Brasília, 20 de março de 2023.

MINISTRO NUNES MARQUES

Relator

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.283 / MINAS GERAIS

03/05/2023

PLENÁRIO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCS. V E VI DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 185 DA LEI COMPLEMENTAR N. 34/1994 DE MINAS GERAIS. CRITÉRIOS DE DESEMPATE NA PROMOÇÃO E REMOÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL POR ANTIGUIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO NÚMERO DE FILHOS OU DO TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO NO ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: CONTRARIEDADE À AL. D DO INC. II DO § 1º DO ART. 61, AO § 4º DO ART. 129 E AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE MATEIRAL: OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA *EX NUNC* DO JULGADO.

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 maioria, *julgar procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade dos incs. V e VI do parágrafo único do art. 185 da Lei Complementar n. 34/1994 de Minas Gerais, atribuindo eficácia ex nunc à declaração de inconstitucionalidade a contar da publicação da ata de julgamento, com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/1999*, nos termos do voto da Relatora, vencido parcialmente o Ministro Roberto Barroso, que julgava parcialmente procedente o pedido e, vencido, acompanhava a relatora na modulação dos efeitos. Sessão Virtual de 21.4.2023 a 2.5.2023.

Brasília, 3 de maio de 2023.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Relatora

03/05/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.283 / MINAS GERAIS

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, sem requerimento de medida cautelar, contra os incs. V e VI do parágrafo único do art. 185 da Lei Complementar n. 34/1994, de Minas Gerais, Lei Orgânica do Ministério Público estadual. Alega-se ofensa ao *caput* do art. 5º; inc. III do art. 19; §§ 1º a 4º do art. 24; al. *d* do inc. II do § 1º do art. 61; incs. II e VIII-A do art. 93; § 5º do art. 128; e § 4º do art. 129 da Constituição da República.

2. Tem-se na norma impugnada:

Art. 185. A antiguidade será determinada pelo efetivo exercício, observado o disposto nos arts. 121, V, e 142, § 5º.

Parágrafo único. Em caso de empate na antiguidade, terá preferência, sucessivamente:

(...)

V – o que tiver maior número de filhos;

VI – o mais antigo no serviço público estadual.

3. O autor afirma que “a norma é formal e materialmente inconstitucional, por afronta aos arts. 24, §§ 1º a 4º, 61, § 1º, II, d, 128, § 5º, e 129, § 4º, c/c art. 93 (competência legislativa da União para dispor sobre normas gerais de organização do Ministério Público brasileiro), e aos arts. 5º, *caput* (princípio da igualdade), 19, III (princípio da isonomia federativa) e 93, II e VIII A (promoção e remoção nas magistraturas constitucionais por critérios de antiguidade e merecimento), da Carta da República”.

Afirma que, “para os MPs estaduais, há o regime geral de organização estabelecido pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - LONMP (Lei 8.625/1993), deflagrada pelo

Presidente da República, a versar sobre normas nacionais de organização e do estatuto básico dos membros do Parquet, tal qual a LOMAN na esfera da magistratura judicial; disciplina essa que é, então, complementada por leis orgânicas estaduais, ou seja, leis complementares de iniciativa dos respectivos PGJs, que dispõem sobre organização, atribuições e estatuto de cada um dos MPs, observado o regramento geral definido pelo ente central da Federação”.

Assevera que, “*embora a lei complementar estadual editada com base no art. 128, § 5º, da CF possa, nos termos do caput do art. 61 da Lei 8.625/1993, disciplinar de maneira particularizada as formas de movimentação funcional na carreira para atendimento de peculiaridades locais, não poderá divergir nem inovar em relação aos critérios gerais previstos na LONMP, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa e por usurpação de competência legislativa da União”.*

Ressalta que “*lei complementar estadual fundada no art. 128, § 5º, do texto constitucional não pode dispor sobre matéria própria da LONMP ou em desacordo com esta, sob pena de afronta aos arts. 24, §§ 1º a 4º, 61, § 1º, II, d, e 129, § 4º, da Constituição Federal”.*

Defende que, “*ao dispor sobre a organização do Ministério Público mineiro, a Lei Complementar estadual 34/1994, no seu art. 185, parágrafo único, V e VI, veiculou critérios de aferição da antiguidade para promoção/remoção de membros do MP consistentes no tempo de serviço público estadual e no número de filhos”.*

Sustenta que “*o art. 61, II e VI, da Lei federal 8.625/1993 apenas admite como critério de apuração da antiguidade, para efeito de promoção e remoção de membros, a atuação na entrância ou categoria”.*

Realça que, “*ao estabelecer critérios de antiguidade sem qualquer correlação com o exercício de funções ministeriais, versou a norma estadual impugnada sobre matéria reservada à LONMP, com ofensa aos arts. 24, §§ 1º a 4º, 61, § 1º, II, d, 128, § 5º, e 129, § 4º, c/c art. 93, da Constituição Federal”.*

Argumenta, quanto à inconstitucionalidade material, que, “*por fixar critério baseado em lapso temporal alheio ao exercício de funções institucionais do Ministério Público, o dispositivo questionado infringe tanto os arts. 93, II e VIII-A, c/c 129, § 4º, da CF, quanto o princípio da igualdade, regente de toda modalidade de seleção pública”.*

Pede que “*se julgue procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 185, parágrafo único, V e VI, da Lei Complementar 34/1994 do Estado de Minas Gerais”.*

4. Em 24.11.2022, requisitei informações ao Governador e ao Presidente da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

5. Em suas informações, o Governador mineiro sustentou a inadequação da via eleita ao argumento de que “*a inconstitucionalidade alegada é meramente reflexa”.*

Apontou que “*a LONMP nada diz explicitamente sobre critérios de desempate, que possam ser úteis à solução de um impasse, para se aferir a antiguidade dos membros do*

Ministério Público. Nesse passo, portanto, exsurge um espaço de discricionariedade, aberto ao legislador estadual, que lhe permite conformar seu ordenamento, às necessidades locais”.

Salientou que “o art. 127, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que estatui de modo expreso a autonomia administrativa e financeira do Ministério Público, tem seu conteúdo deontológico reforçado pela ideia de federação”.

Requeru “sejam modulados os efeitos de eventual decisão que reconheça a inconstitucionalidade, para que gere apenas efeitos prospectivos, preservando-se as situações já consolidadas, bem como todos os atos administrativos já praticados”.

6. A Assembleia Legislativa de Minas Gerais afirmou inexistir vício formal na espécie, *“considerando que o ato normativo questionad[o] foi editado no pleno exercício da competência outorgada aos entes federados pela Carta Republicana”.*

Asseverou que “o critério de maior número de filhos se amolda às disposições constitucionais uma vez que prestigia a proteção à família e à prole, assegurando-lhe continuidade e valorização do vínculo familiar”.

Realçou que “nada há de desproporcional no critério ‘mais antigo no serviço público estadual’. Aqui o legislador não desprestigiou um concorrente em relação ao outro, mas sim homenageou o membro do Ministério Público teoricamente portador de uma experiência mais densa na vida pública estadual, pois não restam dúvidas que o promotor e o procurador de justiça levam para o caso prático a sua história de vida, a sua cultura – formadora do seu caráter – e, principalmente, as suas experiências”.

7. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido.

8. A Procuradoria-Geral da República reiterou os argumentos postos na petição inicial, manifestando-se *“pelo conhecimento da ação e procedência do pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 185, parágrafo único, V e VI, da Lei Complementar 34/1994 do Estado de Minas Gerais”.*

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 c/c o art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

03/05/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.283 / MINAS GERAIS

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Na presente ação, discute-se a validade constitucional dos incs. V e VI do parágrafo único do art. 185 da Lei Complementar n. 34/1994, de Minas Gerais, Lei Orgânica do Ministério Público estadual.

2. O autor alega que *“a norma é formal e materialmente inconstitucional, por afronta aos arts. 24, §§ 1º a 4º, 61, § 1º, II, d, 128, § 5º, e 129, § 4º, c/c art. 93 (competência legislativa da União para dispor sobre normas gerais de organização do Ministério Público brasileiro), e aos arts. 5º, caput (princípio da igualdade), 19, III (princípio da isonomia federativa) e 93, II e VIII-A (promoção e remoção nas magistraturas constitucionais por critérios de antiguidade e merecimento), da Carta da República”*.

DO MÉRITO

3. A questão posta nesta ação direta não é nova no Supremo Tribunal Federal. Nos termos da jurisprudência desta Casa, *“as normas de atribuição de iniciativa no processo legislativo previstas na Constituição Federal constituem cláusulas elementares de distribuição de poder no contexto da Federação, razão pela qual deve ser necessariamente observada pelos Estados-membros, independentemente da espécie legislativa envolvida”* (ADI n. 5.087, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 13.11.2014).

4. Na al. *d* do inc. II do § 1º do art. 61 da Constituição da República, reservam-se à iniciativa do Presidente da República leis que disponham sobre a organização do Ministério Público e normas gerais para organização do Ministério Público dos Estados.

Consta do § 5º do art. 128 da Constituição que a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público serão estabelecidos em lei complementar de iniciativa do respectivo Procurador-Geral, observado o regramento geral definido pelas normas gerais previstas na Lei Orgânica do Ministério Público.

Na Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público), editada com fundamento na al. *d* do inc. II do § 2º do art. 61 da Constituição da República), veiculam-se normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados e se estabelece o estatuto dos seus membros, com o objetivo de garantir a uniformidade entre os Ministérios Públicos estaduais e coibir disparidades institucionais.

Nesse sentido, por exemplo, a lição doutrinária de Hugo Nigro Mazzilli:

Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa agora também é facultada aos respectivos procuradores-gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (CF, art. 61, *caput*, e 128, § 5º).

Não se esqueça de que cabe ao Presidente da República a iniciativa exclusiva da lei de organização do Ministério Público da União e da lei que fixará normas gerais para a organização do Ministério da União e da lei que fixará normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (art. 61, § 1º, II, d). É preciso vencer a contradição, até certo ponto apenas aparente, entre esses dispositivos.

O Procurador-Geral da República terá a iniciativa de leis na forma e nos casos previstos na Constituição de 1988 (art. 61, *caput*); pelo princípio da simetria, os procuradores-gerais de justiça dos Estados também terão a iniciativa de leis, nas hipóteses correspondentes. Haverá uma lei federal, de iniciativa do presidente da República, que estabelecerá: a) a organização do Ministério Público da União (art. 61, § 1º, II, d); b) normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 61, § 1º, II, d, segunda parte).

Na União, haverá ainda uma lei complementar, cuja iniciativa é facultada ao Procurador-Geral da República (e, portanto, é de iniciativa concorrente do presidente da República), que estabelecerá a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União (art. 128, § 5º). Nos Estados, haverá leis complementares, de iniciativa facultada aos seus procuradores-gerais (e, igualmente, de iniciativa concorrente dos governadores), que farão o mesmo com os Ministérios Públicos locais (ainda o art. 128, § 5º).

Ora, a iniciativa presidencial exclusiva é reservada para uma lei nacional que fixará apenas as normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Assim, leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos procuradores-gerais, minudenciarão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, obedecendo as normas gerais fixadas na lei federal.

Segundo o parágrafo único do art. 96 da Carta de 1969, com a Emenda n. 7/77, era bem mais restrito o campo reservado à lei complementar nacional do Ministério Público; destinava-se esta apenas à fixação de normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, observado o disposto no § 1º do

art. 95 (que cuidava do concurso de ingresso, da estabilidade e da inamovibilidade relativa). O novo texto constitucional, entretanto, além de conferir à lei federal a explicitação de normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (arts. 21, XIII, 22, XVII, 48, IX, 61, § 1º, II, d, 68, § 1º, I), ainda prevê possa a lei complementar respectiva estabelecer-lhe o respectivo estatuto e fixar-lhe atribuições.

Conquanto em tese a legislação processual caiba à União (CF, art. 22, I, ressalvada a exceção do seu parágrafo único, bem como a matéria procedimental de competência concorrente dos Estados, CF, art. 24, X e XI), o permissivo constitucional que faculta à legislação complementar local estipular normas de atribuição do Ministério Público acabará por permitir, sem dúvida, que a legislação local disponha sobre novas áreas de atuação, inclusive conferindo-lhe, por exemplo, hipótese de intervenção processual (como a defesa de deficientes, v.g.)

(*O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74-75).

6. Tem-se no § 4º do art. 129 da Constituição da República que se aplica “*ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93*”.

Nos termos do *caput* do art. 93 da Constituição, somente lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal disporá sobre o Estatuto da Magistratura para definir os direitos, deveres e prerrogativas dos magistrados.

O Plenário deste Supremo Tribunal já assentou que a Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) foi recepcionada pela Constituição da República e disciplina matérias próprias do Estatuto da Magistratura (ADI n. 2.370, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 9.3.2001).

Considerando o disposto nas normas constitucionais mencionadas e na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, conclui-se que idêntico raciocínio deve ser adotado à carreira do Ministério Público, pelo que lei estadual não pode disciplinar matéria própria da Lei Orgânica do Ministério Público nem dispor sobre normas em contrariedade a ela. Nesse sentido, por exemplo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. ARTIGO 5º DA LEI COMPLEMENTAR 207/2015, DO ESTADO DO PIAUÍ. CRIAÇÃO DE NOVAS ATRIBUIÇÕES DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE LEI SOBRE TEMA DIVERSO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA PRÓPRIA DA LEI ORGÂNICA

NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E, EM ÂMBITO ESTADUAL, SUJEITA À INICIATIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VIOLAÇÃO À INDEPENDÊNCIA E À AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. As leis complementares estaduais que dispõem sobre a organização, atribuições e estatuto dos respectivos Ministérios Públicos (i) são de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça daquele Estado-membro; e (ii) devem respeito à lei federal de normas gerais, de iniciativa privativa do Presidente da República. Precedentes: ADI 852, rel. min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgada em 29/8/2002, DJ de 18/10/2002; ADI 3.041, rel. min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgada em 10/11/2011, DJe de 1º/2/2012). 2. *In casu*, a emenda parlamentar que alterou o artigo 39, IX, da Lei Orgânica do Ministério Público do Piauí (Lei Complementar estadual 12/1993) com o objetivo de ampliar as atribuições do Procurador-Geral de Justiça, tornando-as, ainda, indelegáveis, carece de pertinência temática com o projeto de lei originariamente apresentado à Casa Legislativa, que dispunha sobre criação e instalação de promotorias de justiça na capital e no interior do estado e sobre a correspondente criação de cargos de promotor de justiça. 3. O inciso IX do artigo 39 da Lei Complementar 12, de 1993, do Estado do Piauí, após as alterações decorrentes da Lei Complementar 207, de 4 de agosto de 2015, está em descompasso com a disciplina constitucional da organização do Ministério Público dos Estados. 4. Ação direta conhecida e julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei Complementar 207, de 4 de agosto de 2015, do Estado do Piauí, que alterou ao artigo 39, IX, da Lei Complementar 12, de 18 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Piauí)

(ADI n. 5.402, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 16.9.2019).

7. A regulamentação quanto à promoção e remoção de membros do Ministério Público nos Estados está assim disposta na Lei n. 8.625/1993:

Art. 61. A Lei Orgânica regulamentará o regime de remoção e promoção dos membros do Ministério Público, observados os seguintes princípios:

I - promoção voluntária, por antiguidade e merecimento, alternadamente, de uma para outra entrância ou categoria e da entrância ou categoria mais elevada para o cargo de Procurador

de Justiça, aplicando-se, por assemelhação, o disposto no art. 93, incisos III e VI, da Constituição Federal;

II - apurar-se-á a antiguidade na entrância e o merecimento pela atuação do membro do Ministério Público em toda a carreira, com prevalência de critérios de ordem objetiva levando-se inclusive em conta sua conduta, operosidade e dedicação no exercício do cargo, presteza e segurança nas suas manifestações processuais, o número de vezes que já tenha participado de listas, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento;

III - obrigatoriedade de promoção do Promotor de Justiça que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

IV - a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância ou categoria e integrar o Promotor de Justiça a primeira quinta parte da lista de antiguidade, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago, ou quando o número limitado de membros do Ministério Público inviabilizar a formação de lista tríplice;

V - a lista de merecimento resultará dos três nomes mais votados, desde que obtida maioria de votos, procedendo-se, para alcançá-la, a tantas votações quantas necessárias, examinados em primeiro lugar os nomes dos remanescentes de lista anterior;

VI - não sendo caso de promoção obrigatória, a escolha recairá no membro do Ministério Público mais votado, observada a ordem dos escrutínios, prevalecendo, em caso de empate, a antiguidade na entrância ou categoria, salvo se preferir o Conselho Superior delegar a competência ao Procurador-Geral de Justiça.

Art. 62. Verificada a vaga para remoção ou promoção, o Conselho Superior do Ministério Público expedirá, no prazo máximo de sessenta dias, edital para preenchimento do cargo, salvo se ainda não instalado.

Art. 63. Para cada vaga destinada ao preenchimento por remoção ou promoção, expedir-se-á edital distinto, sucessivamente, com a indicação do cargo correspondente à vaga a ser preenchida.

8. Nas normas impugnadas na presente ação se estabelece:

Art. 185. A antiguidade será determinada pelo efetivo exercício, observado o disposto nos arts. 121, V, e 142, § 5º.

Parágrafo único. *Em caso de empate na antiguidade, terá preferência, sucessivamente:*

(...)

V – o que tiver maior número de filhos;

VI – o mais antigo no serviço público estadual.

9. Do cotejo da Lei n. 8.625/1993 com os dispositivos questionados verifica-se inexistir norma nacional a reconhecer o número de filhos e o tempo de exercício de serviço público no Estado como critério válido para o desempate em caso de antiguidade de membro do Ministério Público.

Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *“legislação estadual não pode modificar matéria de competência de Lei Complementar nacional da magistratura, disciplinando critérios de desempate entre magistrados, esvaziando o animus do constituinte de criar regras de caráter nacional”* (MS n. 28.494, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16.9.2014).

Ao apreciar caso análogo ao presente, o Plenário deste Supremo Tribunal deferiu, com efeitos *ex tunc*, a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.042/MT, Relator o Ministro Gilmar Mendes, com a seguinte ementa:

Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 92, III, alínea “e”, da Constituição do Estado de Mato Grosso, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 46, de 22 de novembro de 2006. 3. Consideração do tempo de exercício da advocacia privada para fins de classificação pelo critério de antiguidade na carreira da magistratura, da mesma forma em que se considera o tempo de serviço público. 4. Alegada violação ao art. 93 da Constituição Federal. 5. Até a edição da lei complementar prevista no art. 93, *caput*, da Constituição Federal, compete exclusivamente à Lei Orgânica da Magistratura dispor sobre a promoção, a remoção e o acesso de magistrados aos cargos. 6. Precedentes. 7. Medida cautelar deferida para suspender, com eficácia *ex tunc*, a vigência do art. 92, III, alínea “e”, da Constituição do Estado de Mato Grosso, com a redação determinada pela EC nº 46/2006” (DJ 30.4.2009).

O Ministro Gilmar Mendes assim se manifestou ao votar:

(...) trata-se de um verdadeiro bloqueio de competência levado a efeito pela edição da lei complementar nacional, de modo que o direito estadual em contradição com os limites nela fixados deve ser considerado inconstitucional. Nesse caso, a lei complementar não configura exatamente um parâmetro de controle abstrato, mas simples índice para a aferição da ilegitimidade ou de não observância da ordem de competência estabelecida na Constituição. (grifos nossos)

No mesmo julgamento, o Ministro Cezar Peluso afirmou, sobre dispositivo análogo aos agora questionados, que *“o tempo de serviço público não entra, para nenhum efeito, em antiguidade na carreira. A antiguidade é na carreira. É norma absolutamente estranha”*.

10. Ao votar pelo deferimento da medida cautelar pleiteada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.462, na qual se questionavam critérios adotados para o desempate da antiguidade na magistratura de Tocantins, anotei que *“os dispositivos da lei complementar tocantinense impugnada que estabelecem o tempo de serviço público no Estado (inc. III) e o tempo de serviço público em geral (inc. IV) como critérios para a promoção por antiguidade do magistrado daquele Estado parecem contrariar o art. 93 da Constituição da República, pois não há previsão nesse sentido na própria Constituição ou na LOMAN, o que fundamenta a suspensão da eficácia desses dispositivos por meio da cautelar requerida”* (ADI n. 4.462/TO-MC, de minha relatoria, Plenário, DJe 16.11.2011).

A medida cautelar deferida naquela ação direta foi confirmada por este Supremo Tribunal no julgamento de mérito, como se observa nesta ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 78, § 1º, INCS. III, IV E V, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 10/1996. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE NA MAGISTRATURA TOCANTINENSE. INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL - LOMAN. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO NO ESTADO OU DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO. CONTRARIEDADE AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. VALIDADE DA ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE IDADE PARA DESEMPATE: PRECEDENTE. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PARCIALMENTE À UNANIMIDADE. ACÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 78, § 1º, INCS. III E IV, DA LEI COMPLEMENTAR TOCANTINENSE N. 10/1996. (ADI 4.462, de minha relatoria, Plenário, DJe 14.9.2016)

Nesse mesmo sentido, por exemplo:

CONSTITUCIONAL. ORGANIZAÇÃO DA MAGISTRATURA NACIONAL. AUTOGOVERNO DOS TRIBUNAIS. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. CRITÉRIOS DE DESEMPATE PARA AFERIÇÃO DA ANTIGUIDADE DOS MAGISTRADOS LOCAIS. TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO EM QUALQUER CARGO PÚBLICO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO AO ESTADO DE RONDÔNIA. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR A LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA. INCOMPATIBILIDADE COM A LOMAN. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CRITÉRIOS ALHEIOS À FUNÇÃO JURISDICIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. É competência da União legislar sobre a organização da magistratura nacional, mediante Lei Complementar de iniciativa reservada ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, reconhecida a inconstitucionalidade formal de normas estaduais com conteúdo em desacordo com a legislação nacional. Precedentes. 2. O art. 164, IV, “e” e “f”, do Regimento Interno do TJRO, exorbitou indevidamente ao estabelecido pela LOMAN, desprezando o critério da precedência na carreira para efeito de promoção a entrância superior, em prol dos critérios do tempo de exercício de função pública, não especificamente como magistrado, e do tempo de serviço prestado ao Estado de Rondônia. Inconstitucionalidade formal. Precedentes. 3. É inválida a adoção de critérios alheios ao desempenho da função jurisdicional para efeito de aferição da antiguidade do magistrado e progressão e promoção na carreira. 4. Ação Direta julgada procedente.

(ADI n. 6.766, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 30.8.2021)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 170 DA LEI COMPLEMENTAR N. 10.845/2007 DA BAHIA. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE DE MAGISTRADOS. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO EFETIVO COMO CRITÉRIO DE APURAÇÃO DE ANTIGUIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL - LOMAN. OFENSA AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. 1. Até a edição da lei complementar prevista no *caput* do art. 93 da Constituição da República, compete exclusivamente à Lei Orgânica da Magistratura dispor sobre a promoção, a remoção e o acesso de magistrados aos cargos. Precedentes. 2. Ao estabelecer que aos magistrados aposentados que voltarem à atividade terão contado, para efeito de antiguidade, o tempo de serviço antes prestado ao Estado, o art.

170 da Lei n. 10.845/2007 contraria a Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN, pela qual determinada a precedência do juiz mais antigo na carreira para fins de promoção por antiguidade, inovando, invalidamente, a ordem jurídica. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional o disposto no art. 170 da Lei n. 10.845/2007 da Bahia. (ADI n. 6.781, de minha relatoria, Tribunal Pleno DJe 28.3.2022)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME JURÍDICO DA MAGISTRATURA. PROMOÇÃO. ARTIGO 92, III, "E", DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 46, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2006. ALTERAÇÃO NÃO SUBSTANCIAL DO PARÂMETRO DE CONTROLE. AÇÃO CONHECIDA. VIOLAÇÃO DA RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO ART. 93, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INSERÇÃO DE CONDIÇÕES ESTRANHAS À FUNÇÃO JURISDICIONAL PARA A CLASSIFICAÇÃO PELO CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE NA CARREIRA. AFRONTA AO ARTIGO 5º, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PRECEDENTES. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. PROCEDÊNCIA. 1. Alteração parcial do parâmetro de controle invocado – art. 93 – pelas Emendas Constitucionais nºs 45/2004 e 103/2019. Ausência de inovação substancial. Precedentes. 2. O art. 93, *caput*, da Constituição Federal reserva a lei complementar nacional, de iniciativa deste Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o Estatuto da Magistratura. 3. Enquanto não editada referida lei complementar, a uniformização do regime jurídico da magistratura permanece sob a regência da Lei Complementar n.º 35/1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN. Precedentes. 4. O poder constituinte decorrente imiscuiu-se em matéria própria do Estatuto da Magistratura, em violação direta da reserva de lei complementar nacional, de iniciativa desta Suprema Corte, nos termos do art. 93, *caput*, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade formal configurada. Confirmação da medida cautelar. 5. Critério externo à magistratura para a promoção por antiguidade, sem justificativa para o *discrímen*. Tratamento mais favorável em afronta à isonomia (art. 5º, *caput*, CF). Inconstitucionalidade material reconhecida. 6. Ação direta conhecida e pedido julgado procedente, para, tornando definitiva a medida cautelar deferida, declarar a inconstitucionalidade do art. 92, inciso III, "e", da Constituição do Estado do Mato Grosso,

com redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 22 de novembro de 2006.

(ADI n. 4.042, Relatora a Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 18.11.2021).

Constata-se, assim, serem formalmente inconstitucionais os incs. V e VI do parágrafo único do art. 185 da Lei Complementar n. 34/1994, de Minas Gerais, por ofensa à competência do legislador complementar nacional, prevista na al. *d* do inc. II do § 1º do art. 61 e no § 4º do art. 129 *c/c* o art. 93 da Constituição da República.

11. Na petição inicial, também se afirma serem as normas questionadas materialmente inconstitucionais, por ofensa aos princípios da igualdade e da isonomia (*caput* do art. 5º e inc. III do art. 19 da Constituição).

Como consolidado na doutrina e na jurisprudência deste Supremo Tribunal, o princípio da isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Quanto ao fator de discriminação, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (...) Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, págs. 17-18).

No mesmo sentido, ponderei:

Qualquer fator que não guarde coerência imediata, lógica e substancial com o interesse justo resguardado pelo sistema e posto à concretização por uma norma jurídica, refoge à validação constitucional.

(ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 74).

Ao cuidar do princípio constitucional da igualdade, sustentei:

A igualdade fática é que conduz à equivalência de direitos, denotando uma nova formulação material do princípio. Não se pretende apenas que não se discriminem ou se privilegiem, mas que se superem desigualdades materiais, fontes de outras desigualdades jurídicas e sociais. Daí por que a igualdade material no direito impõe ao Estado prestação de deveres positivos, intervenção na dinâmica social e nas relações políticas e econômicas estabelecidas na coletividade. (...) Assim, se o legislador vier a definir, quando indica os fatores de desigualdade para situações desiguais, diferenças onde elas não existem, ensejando por isso regimes remuneratórios diversos para situações iguais haverá óbvia e inconstitucionalidade, perfeitamente possível de ser desfeita pelo controle de constitucionalidade.

(*ibidem*, p. 326-330)

Nesse sentido também consta na doutrina que “*o constituinte originário não outorgou um cheque em branco ao legislador para colmatar as disposições constitucionais ao seu alvedrio ou para adotar os critérios normativos que melhor lhe aprouver. Ao revés, a Constituição forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa*” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 583-584).

12. Este Supremo Tribunal tem reconhecido a inconstitucionalidade material de normas estaduais que estabelecem critérios de desempate para promoção por antiguidade alheios ao exercício da respectiva carreira pública, por ofensa ao princípio da isonomia. Nesse sentido, por exemplo:

CONSTITUCIONAL. ORGANIZAÇÃO DA MAGISTRATURA NACIONAL. LEI FEDERAL 11.697/2008. CRITÉRIO DE DESEMPATE PARA AFERIÇÃO DA ANTIGUIDADE DOS MAGISTRADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO EM QUALQUER CARGO PÚBLICO. INICIATIVA DE LEI COMPLEMENTAR, RESERVADA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PARA DISPOR SOBRE MATÉRIA ATINENTE AO ESTATUTO DA MAGISTRATURA. INCOMPATIBILIDADE DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA COM A LOMAN. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CRITÉRIO ALHEIO À FUNÇÃO JURISDICIONAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. É competência da União, mediante Lei Complementar de iniciativa reservada ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, legislar sobre a organização da magistratura nacional, reconhecida a inconstitucionalidade formal de normas, ainda que federais, com conteúdo em desacordo com as regras dispostas na

lei orgânica da magistratura. Precedentes. 2. O art. 58, VI, da Lei 11.697/2008 exorbitou indevidamente do estabelecido pela LOMAN, desprezando o critério da precedência na carreira para efeito de promoção a entrância superior, em prol do critério do tempo de exercício de qualquer função pública, e não especificamente como magistrado. Inconstitucionalidade formal. Precedentes. 3. É inválida a adoção de critérios alheios ao desempenho da função jurisdicional para efeito de aferição da antiguidade do magistrado na progressão e promoção na carreira. 4. O tempo de serviço público, independentemente da atividade anteriormente desempenhada, qualifica-se como *discrímen* injustificável e possibilita tratamento desigual entre magistrados de carreira, em ofensa ao art. 19, III, da CF, que veda o estabelecimento de distinções entre brasileiros ou preferências entre si, e ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF). 5. Ação Direta julgada procedente.

(ADI n. 6.779, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 3.9.2021).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME JURÍDICO DA MAGISTRATURA. ANTIGUIDADE. ARTIGO 80, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 14.277/2003 DO ESTADO DO PARANÁ, QUE DISPÕE SOBRE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA ESTADUAL. PRELIMINAR DE OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO REJEITADA. VIOLAÇÃO DA RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO ART. 93, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INSERÇÃO DE CONDIÇÕES ESTRANHAS À FUNÇÃO JURISDICCIONAL PARA CLASSIFICAÇÃO PELO CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE NA CARREIRA. AFRONTA AO ARTIGO 5º, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA. 1. O art. 93, *caput*, da Constituição Federal reserva a lei complementar nacional, de iniciativa deste Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o Estatuto da Magistratura. 2. Enquanto não editada referida lei complementar, a uniformização do regime jurídico da magistratura permanece sob a regência da Lei Complementar nº 35/1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN. Precedentes. 3. O legislador estadual imiscuiu-se em matéria própria do Estatuto da Magistratura, em violação direta da reserva de lei complementar nacional, de iniciativa desta Suprema Corte, nos termos do art. 93, *caput*, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade formal configurada. 4. Critério externo à magistratura para a promoção por antiguidade, sem justificativa

para o discrimen. Tratamento mais favorável em afronta à isonomia (art. 5º, *caput*, CF). Inconstitucionalidade material reconhecida. 5. Ação direta conhecida e pedido julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade formal e material do art. 80, parágrafo único, da Lei 14.277, de 30.12.2003, do Estado do Paraná. (ADI n. 6.769, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 18.11.2021).

Na espécie, ao fixar o número de filhos e o tempo de serviço público no Estado como critérios de desempate para promoção por antiguidade, o legislador estadual estabeleceu inconstitucional distinção entre membros da mesma carreira, em patente agravo ao princípio da isonomia.

13. Tendo-se em conta o princípio da segurança jurídica, propõe-se a atribuição de eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade a contar da publicação da ata de julgamento, com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, para que sejam resguardados atos praticados sob a égide das normas impugnadas e os desdobramentos nefastos que poderiam advir dessa decisão, considerando circunstâncias que já podem ter orientado atos, incluídos de aposentadoria, por exemplo, consumidos sob a égide das normas declaradas, agora, inconstitucionais.

14. Pelo exposto, *julgo procedente a presente ação direta, com efeitos ex nunc, para declarar a inconstitucionalidade dos incs. V e VI do parágrafo único do art. 185 da Lei Complementar n. 34/1994 de Minas Gerais.*

03/05/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.283 / MINAS GERAIS

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. CRITÉRIOS DE DESEMPATE. ORDEM DE ANTIGUIDADE DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

1. Ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 185, parágrafo único, V e VI, da Lei Complementar nº 34/1994, do Estado de Minas Gerais, que prevê que, em caso de empate, terá preferência, na antiguidade, o membro do Ministério Público com maior número de filhos ou, sucessivamente, o mais antigo no serviço público estadual. Alegação de vícios de inconstitucionalidade formal, por invasão do campo destinado à lei federal para prever normas gerais, e material, por violação à isonomia.

2. A Lei nº 8.625/1993, lei nacional de normas gerais que traz a antiguidade na entrância ou na categoria como critério para definir a ordem de antiguidade na carreira, não dispõe fatores para resolver inevitáveis empates. Logo, há espaço para o legislador estadual exercer, legitimamente, a competência suplementar (CF/1988, art. 24, § 2º), de modo a potencializar a autonomia do Ministério Público (CF/1988, art. 128, § 5º). Não se aplicam à hipótese os precedentes a respeito da magistratura e da LOMAN.

3. O critério de número de filhos invade campo existencial da vida do membro do Ministério Público e não se apresenta como critério razoável de distinção. Trata-se, portanto, de previsão eivada de vício material de inconstitucionalidade. Por outro lado,

o parâmetro do tempo de serviço público estadual deve ser considerado legítimo para o estrito fim de resolução de empates.

4. Pedido julgado parcialmente procedente, com a fixação da seguinte tese de julgamento: *"Respeitada a primazia do critério da Lei nº 8.625/1993 (antiguidade na entrância ou na categoria) e observada a razoabilidade, é legítimo que os Estados fixem, na forma do art. 128, § 5º, da CF/1988, regras de desempate para aferição da ordem de antiguidade de membros do respectivo Ministério Público."*

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, contra o art. 185, parágrafo único, V e VI, da Lei Complementar nº 34/1994, do Estado de Minas Gerais. O dispositivo atacado prevê que, em caso de empate, terá preferência, na antiguidade, o membro do Ministério Público com maior número de filhos ou, sucessivamente, o mais antigo no serviço público estadual. Transcrevo o seu teor:

Art. 185. A antiguidade será determinada pelo efetivo exercício, observado o disposto nos arts. 121, V, e 142, § 5º.

Parágrafo único. Em caso de empate na antiguidade, terá preferência, sucessivamente: (...)

V – o que tiver maior número de filhos;

VI – o mais antigo no serviço público estadual.

2. No plano formal, o autor argumenta que a norma é inconstitucional por violação à distribuição constitucional de competências legislativas. Alega que, por força do art. 129, § 4º, combinado com o art. 93, ambos da CF/1988, a União tem competência para estabelecer regras gerais e uniformes para o Ministério Público, o que já teria sido feito pela Lei federal nº 8.625/1993. Aduz que a lei estadual, de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, deveria observar o regramento federal, mas, no caso concreto, inovou na matéria. Entende que o art. 61, II e VI, da Lei federal nº 8.625/1993 determina a apuração da antiguidade apenas com base no tempo de exercício na entrância ou na categoria, de modo que não é possível que a lei estadual preveja critérios diferentes, ainda que para fim de desempate.

3. No plano material, aponta que o dispositivo viola a isonomia. Assevera, a esse respeito, que os critérios escolhidos não dizem respeito à experiência profissional e ao tempo de atuação na carreira. Assim, também por esse motivo, a norma atacada seria inconstitucional.

4. Iniciado o julgamento do mérito em plenário virtual, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, acolheu os fundamentos do autor e julgou procedente o pedido, invalidando os dispositivos com efeitos *ex nunc*.

5. É o breve relatório. *Passo a votar.*

6. Peço vênia à relatora para divergir pontualmente do seu encaminhamento e julgar apenas parcialmente procedente o pedido, pois entendo que o Estado atuou no campo de competência legislativa suplementar que lhe é constitucionalmente conferido (CF/1988, art. 24, §2º, c/c art. 128, §5º).

7. Com efeito, a norma geral, constante da Lei federal nº 8.625/1993, assim dispõe:

Art. 61. A Lei Orgânica regulamentará o regime de remoção e promoção dos membros do Ministério Público, observados os seguintes princípios:

(...)

II - *apurar-se-á a antiguidade na entrância* e o merecimento pela atuação do membro do Ministério Público em toda a carreira, com prevalência de critérios de ordem objetiva levando-se inclusive em conta sua conduta, operosidade e dedicação no exercício do cargo, presteza e segurança nas suas manifestações processuais, o número de vezes que já tenha participado de listas, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento; (...)

VI - não sendo caso de promoção obrigatória, a escolha recairá no membro do Ministério Público mais votado, observada a ordem dos escrutínios, prevalecendo, em caso de empate, *a antiguidade na entrância ou categoria*, salvo se preferir o Conselho Superior delegar a competência ao Procurador-Geral de Justiça.

8. Como se vê, o legislador federal fixou a regra para apuração da antiguidade, determinando-se que ela seja aferida com base no tempo na entrância ou na categoria, de modo a privilegiar o efetivo exercício do cargo de promotor ou procurador de justiça. Tal aspecto não pode, à evidência, ser restringido ou esvaziado no plano estadual. Ocorre que, no presente caso, a lei complementar impugnada não contraria a norma geral, mas estabelece *critérios de desempate*, a serem aplicados caso a antiguidade na entrância ou na categoria não seja suficiente para fornecer o resultado do concurso de promoção ou de remoção.

9. Frise-se que a atuação do legislador estadual é, mais do que possível, necessária. Isso porque a lei federal silencia sobre os casos de empate, que são comuns, tendo em vista a coincidência da data da posse (ou de eventual promoção ou remoção) entre diversos membros da instituição. Aliás, tanto é imprescindível a atuação suplementar que o autor da ação deixou de impugnar os critérios de idade e de colocação no concurso, que constam, respectivamente, do art. 185, parágrafo único, III e IV, da Lei Complementar mineira, e não possuem paralelo na lei nacional.

10. Não se desconhece a jurisprudência do STF acerca da impossibilidade de se tratar de antiguidade na magistratura em diploma diverso da LOMAN (LC nº 35/1979). A aplicação do art. 93, *caput*, da CF/1988 ao MP, contudo, é feita “no que couber”, conforme expressa dicção constitucional. No caso da magistratura, reserva-se um campo maior ao tratamento por norma geral porque ela advém de lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, o que fortalece a autonomia do Poder Judiciário.

11. Tal ordem de ideias não é de todo aplicável ao Ministério Público Estadual, pelo contrário. A autonomia do órgão é, em verdade, potencializada quando se permite algum espectro de atuação à lei estadual, já que ela advém de projeto do Procurador-Geral de Justiça, como se infere do art. 128, § 5º, da CF/1988, enquanto as regras gerais podem ser deflagradas por iniciativa da Presidência da República (art. 61, § 1º, II, *d*, da CF/1988).

12. Por essas razões, entendo que, respeitada a primazia do critério previsto na lei federal (antiguidade na entrância ou categoria), o legislador estadual pode fixar normas complementares para fins de desempate. Assim, rejeito a alegação de inconstitucionalidade formal.

13. No plano material, como destacado pelo autor da ação, as previsões de leis estaduais devem respeito à isonomia. Em outras palavras, apenas se pode aceitar o fator de desempate eleito se ele for juridicamente razoável. É com essa base que se deve verificar a lei estadual impugnada, o que leva ao acolhimento em parte do pedido.

14. O art. 185, parágrafo único, V, da Lei complementar nº 34/1994 elege como critério o “maior número de filhos”. Tal aspecto se liga à vida privada e íntima da pessoa, não diz respeito à sua atividade profissional e representa uma seara existencial da pessoa humana sobre a qual o Estado não pode exercer qualquer influência, por expressa vedação constitucional (CF/1988, art. 226, § 7º). Desse modo, identifico a existência de vício de inconstitucionalidade neste critério, ainda que, por razões de segurança jurídica, sua declaração apenas possa produzir efeitos *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999.

15. Por outro lado, quanto ao tempo de serviço público estadual, não verifico o alegado desrespeito à isonomia apto a invalidá-lo. O maior tempo de serviço público estadual faz presumir, em algum grau, uma maior experiência na administração pública, encarada em sentido amplo. Trata-se, portanto, de um critério legítimo. Destaco, uma vez mais, que a previsão veicula tão somente um critério residual para superar eventual igualdade no tempo de antiguidade. Assim sendo, rejeito o pedido de declaração de sua inconstitucionalidade.

16. Pelo exposto, *julgo parcialmente procedente o pedido*, com eficácia *ex nunc*, para julgar inconstitucional apenas o art. 185, parágrafo único, V, da Lei Complementar nº 34/1994, do Estado de Minas Gerais.

17. Proponho a fixação da seguinte tese de julgamento: “Respeitada a primazia do critério da Lei nº 8.625/1993 (antiguidade na entrância ou na categoria) e observada

a razoabilidade, é legítimo que os Estados fixem, na forma do art. 128, § 5º, da CF/1988, regras de desempate para aferição da ordem de antiguidade de membros do respectivo Ministério Público”.

18. Caso vencido no mérito, para fins de apuração do quórum do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, manifesto-me desde já de acordo com a proposta de modulação temporal realizada pela relatora, de atribuir à decisão do STF eficácia *ex nunc*.

19. É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.283

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade dos incs. V e VI do parágrafo único do art. 185 da Lei Complementar n. 34/1994 de Minas Gerais, atribuindo eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade a contar da publicação da ata de julgamento, com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, nos termos do voto da Relatora, vencido parcialmente o Ministro Roberto Barroso, que julgava parcialmente procedente o pedido e, vencido, acompanhava a relatora na modulação dos efeitos. Plenário, Sessão Virtual de 21.4.2023 a 2.5.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, 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

• • •

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.970.217 / MINAS GERAIS
(2021/0361139-0)**

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO: ANDRÉ ESTEVÃO UBALDINO

RECORRIDO: JEFFERSON HEBERT DA SILVA ARRUDA

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**ADRIANA PATRICIA CAMPOS PEREIRA – DEFENSOR PÚBLICO -
MG065071**

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – *AMICUS CURIAE*

**INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS
ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES – *AMICUS CURIAE***

ADVOGADOS: RAFAEL RAMIA MUNERATTI – DEFENSOR PÚBLICO - SP138992

**FERNANDO RODOLFO MERCES MORIS – DEFENSOR PÚBLICO -
SP0147338**

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE. ÚLTIMOS 12 MESES. REQUISITO OBJETIVO. BOM COMPORTAMENTO. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL. AFERIÇÃO DURANTE TODO O HISTÓRICO PRISIONAL. TESE FIRMADA. CASO CONCRETO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso representativo de controvérsia. Atendimento ao disposto no art. 1036 e seguintes do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 do STJ.

2. Delimitação da controvérsia: definir se o requisito objetivo do livramento condicional consistente em não ter cometido falta grave nos últimos 12 meses (art. 83, III, “b”, do CP, inserido pela Lei Anticrime) limita a valoração do requisito subjetivo (bom comportamento durante a execução da pena, alínea “a” do referido inciso).

3. Tese: a valoração do requisito subjetivo para concessão do livramento condicional – bom comportamento durante da execução da pena (art. 83, inciso III, alínea “a”, do Código Penal) – deve considerar todo o histórico prisional, não se limitando ao período de 12 meses referido na alínea “b” do mesmo inciso III do art. 83 do Código Penal.

4. No caso concreto, o recorrido não preenche os requisitos para a obtenção do livramento condicional, diante da prática de falta grave, considerada pelo juízo da execução como demonstrativa de irresponsabilidade e indisciplina no cumprimento de pena.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso especial e fixar a seguinte tese (Tema 1161): “a valoração do requisito subjetivo para concessão do livramento condicional - bom comportamento durante da execução da pena (art. 83, inciso III, alínea “a”, do Código Penal) - deve considerar todo o histórico prisional, não se limitando ao período de 12 meses referido na alínea “b” do mesmo inciso III do art. 83 do Código Penal”, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), que negava provimento ao recurso especial. Votou vencido o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1).

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schiatti Cruz e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

A Dra. Adriana Patricia Campos Pereira (Defensora Pública do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte Recorrida: Jefferson Hebert da Silva Arruda. O Dr. André Estêvão Ubaldino (Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O Dr. Fernando Rodolfo Mercês Moris (Defensor Público do Estado de São Paulo) sustentou oralmente pela parte Interessada: Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores.

Brasília (DF), 24 de maio de 2023. (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.970.217 / MG (2021/0361139-0)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: JEFFERSON HEBERT DA SILVA ARRUDA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES – *AMICUS CURIAE*

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS**, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele estado, no Agravo em Execução Penal n. 1.0145.16.013007-9/002, mantido no julgamento dos embargos de declaração (e-STJ, fls. 528-533), e assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. FALTA GRAVE COMETIDA HÁ MAIS DE UM ANO. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO AO BENEFÍCIO. VEDAÇÃO DA PUNIÇÃO DE CARÁTER PERPÉTUO. RECURSO PROVIDO. Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 112 da LEP e também no art. 83 do CP, deve ser concedido o livramento condicional. Descabido o indeferimento do pedido de livramento condicional em razão de faltas graves cometidas há mais de um ano, pois a punição pela falta grave anterior não pode gerar reflexos de caráter perpétuo durante toda a execução da pena do reeducando. Recurso provido. (e-STJ, fl. 500)

Em razões, o Ministério Público aponta negativa de vigência ao art. 83, inciso III, alínea “a”, do Código Penal, que estabelece como um dos requisitos para a concessão do livramento condicional, a comprovação de bom comportamento durante a execução da pena.

Argumenta que o TJ-MG criou uma exceção ao requisito constante na norma, pois o cometimento de faltas graves, sem distinção de recentes ou antigas, é incompatível com bom comportamento durante a execução da pena, que é mais rigorosa do que a antiga redação do referido inciso III, que exigia apenas comportamento satisfatório.

Ressalta que a alteração ocorreu no bojo do Pacote Anticrime que teve como objetivo tornar a legislação penal menos condescendente.

Alega, ainda, que a nova alínea “b” do inciso III do artigo 83 do Código Penal não afasta a obrigatoriedade do bom comportamento durante a execução da pena e que o texto legal não estipula nenhum limite temporal para análise do preenchimento do referido requisito subjetivo, de modo que deve ser considerado todo o período.

Requer o provimento do presente recurso especial, a fim de reformar a decisão que concedeu o livramento condicional ao apenado.

Sem contrarrazões.

Admitido o recurso especial, os autos ascenderam a esta Corte, tendo o Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o qualificado como representativo de controvérsia, candidato à afetação, impondo a adoção do rito estabelecido nos arts. 256 a 256-D do Regimento Interno do STJ. Informou-se a seleção do REsp. n. 1.974.104/RS para também tramitar nessa condição (e-STJ, fls. 300-302).

O Ministério Público opinou pela admissibilidade do presente recurso como representativo de controvérsia (e-STJ, fls. 593-597).

O feito foi distribuído a este Relator por prevenção do REsp. n. 1.984.328/MG (e-STJ, fls. 609-612).

A proposta de afetação foi levada à apreciação da Terceira Seção desta Corte que, à unanimidade, acordou em afetar o processo ao rito dos recursos repetitivos e não suspender a tramitação dos processos, em acórdão assim ementado:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ART. 83, III, “B”, DO CP. LEI 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME). LIMITAÇÃO. REQUISITO SUBJETIVO (ART. 83, III, “A”, DO CP).

1. Delimitação da controvérsia: definir se o requisito objetivo do livramento condicional consistente em não ter cometido falta grave nos últimos 12 meses (art. 83, III, “b”, do CP, inserido pela Lei Anticrime) limita a valoração do requisito subjetivo (bom comportamento durante a execução da pena, alínea “a” do referido inciso).

2. Afetação do recurso especial ao rito dos arts. 1.036 e ss. do CPC/2015 e 256 e ss. do RISTJ. (e-STJ, fl. 631)

Em nova manifestação nos autos, o Ministério Público opinou pelo provimento do recurso especial, a fim de reformar o acórdão que concedeu livramento condicional ao recorrido (e-STJ, fls. 670-677).

O Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores - GAETS foi autorizado a ingressar no feito na condição de *amicus curiae* (e-STJ, fls. 679-680).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.970.217 / MG (2021/0361139-0)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: JEFFERSON HEBERT DA SILVA ARRUDA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – AMICUS CURIAE

INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES – AMICUS CURIAE

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE. ÚLTIMOS 12 MESES. REQUISITO OBJETIVO. BOM COMPORTAMENTO. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL. AFERIÇÃO DURANTE TODO O HISTÓRICO PRISIONAL. TESE FIRMADA. CASO CONCRETO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso representativo de controvérsia. Atendimento ao disposto no art. 1036 e seguintes do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 do STJ.

2. Delimitação da controvérsia: definir se o requisito objetivo do livramento condicional consistente em não ter cometido falta grave nos últimos 12 meses (art. 83, III, “b”, do CP, inserido pela Lei Anticrime) limita a valoração do requisito subjetivo (bom comportamento durante a execução da pena, alínea “a” do referido inciso).

3. Tese: a valoração do requisito subjetivo para concessão do livramento condicional – bom comportamento durante a execução da pena (art. 83, inciso III, alínea “a”, do Código Penal) – deve considerar todo o histórico prisional, não se limitando ao período de 12 meses referido na alínea “b” do mesmo inciso III do art. 83 do Código Penal.

4. No caso concreto, o recorrido não preenche os requisitos para a obtenção do livramento condicional, diante da prática de falta grave, considerada pelo juízo da execução como demonstrativa de irresponsabilidade e indisciplina no cumprimento de pena.

5. Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

A Lei n. 13.964/2019 ampliou os requisitos para a concessão do livramento condicional. Antes da reforma promovida pela referida Lei Anticrime, o inciso III do art. 83 do Código Penal ostentava a seguinte redação:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [...]

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

Com o advento do Pacote Anticrime, foram acrescentados novos requisitos ao art. 83 do Código Penal:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado:

a) bom comportamento durante a execução da pena;

b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;

c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e

d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (grifou-se)

As alterações concernentes à presente controvérsia são as dispostas nas alíneas “a” e “b” do inciso III do referido dispositivo. A primeira mudança diz respeito à necessidade de se comprovar bom comportamento durante a execução da pena, e o outro é o de não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses da data da concessão do benefício.

A inclusão da alínea “b” no inciso III do art. 83 do Código Penal, pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), teve como objetivo impedir a concessão do livramento condicional ao apenado que tenha cometido falta grave nos últimos 12 meses, o que não significa, todavia, que “a ausência de falta grave no mencionado período seja suficiente para satisfazer o requisito subjetivo exigido para a concessão do livramento condicional” (AgRg no HC n. 730.327/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022).

A determinação incluída na alínea “b” do inciso III do art. 83 do Código Penal, com efeito, é um acréscimo ao bom comportamento carcerário exigido na alínea “a” do mesmo dispositivo, cuja análise deve considerar todo o histórico prisional do apenado. Trata-se de requisitos cumulativos, pois, além de ostentar bom comportamento durante todo o período de cumprimento da pena, o apenado não pode ter incorrido em nenhuma falta grave nos últimos 12 meses da data da análise da concessão do benefício.

Esta Corte já se pronunciou a respeito, firmando o entendimento de que “[p] ara fins de bom comportamento carcerário, considera-se *todo o período da execução penal*.” (AgRg no HC n. 728.715/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 10/6/2022; grifou-se). Em outras palavras, “não se aplica limite temporal para aferição de requisito subjetivo com escopo na concessão do livramento condicional, que deve necessariamente considerar todo o período da execução da pena [...]” (AgRg no REsp n. 1.961.829/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021).

Com efeito, o requisito previsto no art. 83, inciso III, alínea b, do Código Penal, de ausência de prática de falta grave nos últimos 12 meses, é *pressuposto objetivo* para a concessão do livramento condicional e não limita a análise do quesito subjetivo.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE NO CURSO DA EXECUÇÃO. REQUISITO SUBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. PRECEDENTES.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que não se aplica limite temporal para aferição de requisito subjetivo com escopo na concessão do livramento condicional, que

deve necessariamente considerar todo o período da execução da pena, o que obsta a concessão do referido benefício ao ora agravante, porquanto, consoante reconhece o acórdão a quo, o apenado cometeu diversas faltas graves no curso da execução penal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.963.528/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021; grifou-se)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE FALTAS DISCIPLINARES DE NATUREZA GRAVE. AVALIAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO TEMPORAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A orientação emanada pela Corte de origem está em descompasso com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, notadamente porque a prática de falta disciplinar de natureza grave impede a concessão do referido benefício (livramento condicional), por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante o resgate da pena, nos termos do que dispõe o art. 83, III, do Código Penal, e que deve ser aferido durante todo o período de cumprimento da punição (AgRg no REsp n. 1.937.166/DF, Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe 24/8/2021).

2. *A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se aplica limite temporal para aferição de requisito subjetivo com escopo na concessão do livramento condicional, que deve necessariamente considerar todo o período da execução da pena, o que obsta a concessão do referido benefício ao recorrido (AgRg no REsp n. 1.961.829/MG, Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/11/2021).*

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.947.037/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 3/3/2022; grifou-se)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA. PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE AFERIÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Consoante o entendimento deste STJ, *a análise do bom comportamento do apenado enquanto requisito do livramento condicional (art. 83, III, “a”, do CP) deve considerar todo seu histórico prisional, não se limitando ao período de 12 meses referido na alínea “b” do referido art. 83, III.*

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.017.532/TO, deste relator, Quinta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 24/10/2022; grifou-se)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE AFERIÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. De acordo com a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a conduta do reeducando, no curso do cumprimento da pena, deve ser avaliada de forma global e contínua, sendo inadmissível qualquer limitação temporal para a consideração das faltas por ele cometidas na análise do preenchimento do requisito subjetivo. (AgRg no REsp n. 2.006.696/PR, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 10/8/2022.)

2. No caso, o agravante praticou “várias fugas”: em 30/9/2009, 11/2/2011 e 3/1/2017, o que constitui motivação idônea para o indeferimento do pleito. Além disso, foi preso em flagrante por tráfico de drogas no dia 20/2/2019, fato esse que resultou na sua regressão do regime aberto para o fechado, em 12/3/2019.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.007.617/TO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 23/3/2023; grifou-se)

Em conclusão, delimitada a controvérsia, deve ser firmada a tese de que:

A valoração do requisito subjetivo para concessão do livramento condicional - bom comportamento durante da execução da pena (art. 83, inciso III, alínea “a”, do Código Penal) - deve considerar todo o histórico prisional, não se limitando ao período de 12 meses referido na alínea “b” do mesmo inciso III do art. 83 do Código Penal.

Quanto ao caso concreto, o Juízo da Vara de Execuções Penais - Meio Aberto - de Juiz de Fora-MG indeferiu o pedido de livramento condicional, nos seguintes termos:

Por fim, pleiteia a Defesa a concessão de livramento condicional pedido este que não merece acolhimento.

Ora, o sentenciado possui uma falta grave reconhecida em juízo datada de 26/03/2019, conforme se verifica em seq. 1971.

Devido à grande importância contida no instituto do livramento condicional é mister que o bom comportamento exigido no art. 83, III, CP se dê durante toda a execução e não apenas nos últimos 12 meses.

Frise-se, por oportuno, que a inovação do pacote anticrime quanto ao livramento condicional não afastou a necessidade de se aferir o bom comportamento durante toda a execução da pena o que por (alínea a), óbvio se distingue da obrigatoriedade de inexistência de falta grave nos últimos 12 meses (alínea b).

Dessa forma, tendo em vista a irresponsabilidade e indisciplina no cumprimento de pena diante da importância do instituto do livramento condicional entendo que não é prudente conceder o benefício. (e-STJ, fl. 423)

Nas contrarrazões ao agravo em execução, o MP-MG argumentou que o apenado não preenche os requisitos para a obtenção do livramento condicional, considerando a prática de falta grave em lapso temporal consideravelmente curto, fato esse que se encontra em total desarmonia e dissonância do instituto do livramento condicional.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no entanto, deu provimento ao agravo em execução, sob a fundamentação a seguir:

Pelos documentos acostados aos autos, percebe-se que o agravado cumpriu o requisito temporal para a concessão do benefício na data de 21/12/2019, além de ter comprovado boa conduta carcerária, de modo que os requisitos impostos pelo art. 83 do CP foram atendidos.

Cumprido salientar que após a edição da Lei 10.792/03, para que o reeducando seja beneficiado com o livramento condicional basta a comprovação do comportamento carcerário satisfatório, e o cumprimento do requisito objetivo previsto na legislação (art. 112, §2º, da LEP e art. 83, I e V, do CP).

[...]

Por outro lado, entendo que o fato de o agravado já ter praticado falta grave durante sua vida prisional, por si só, não impede a concessão da benesse do livramento condicional.

A meu ver, eventos pretéritos, ocorridos há mais de um ano, não podem gerar efeitos perpétuos durante toda a execução da pena do reeducando, de modo que a falta grave cometida anteriormente não pode prevalecer sobre as atuais circunstâncias favoráveis ao agente, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica e a própria vedação constitucional de penas com caráter perpétuo.

No caso em tela, consta da decisão agravada que a última falta grave foi cometida em 26/03/2019, ou seja, mais de 01 (um) ano antes da prolação da decisão.

Assim, após a última falta grave cometida, não houve outro ato desabonador da conduta carcerária do agravado, de modo que a meu ver, não há empecilho para que ele seja beneficiado com o livramento condicional.

[...]

Destarte, em face de todo o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, para determinar ao juízo da execução que aprecie novamente o pleito de livramento condicional, desconsiderando, como circunstância desabonadora do requisito subjetivo, a falta grave cometida em 26/03/2019. (e-STJ, fls. 502-505)

Segundo se observa do excerto transcrito, a Corte estadual entendeu pela necessidade de reapreciação, pelo juízo da execução, do pleito de livramento condicional do apenado, sob o entendimento de que o fato de já ter praticado falta grave durante sua vida prisional, por si só, não impede a concessão da benesse. O TJ-MG considerou, também, a boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor da casa prisional.

No entanto, verifica-se que o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais destoava da jurisprudência desta Corte, agora definitivamente firmada no presente recurso representativo de controvérsia, na medida em que não se aplica limite temporal à análise do requisito subjetivo, devendo ser analisado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado.

Foi como opinou o Ministério Público Federal:

Como se vê, a pretensão recursal alinha-se à jurisprudência dessa Corte Superior, visto que não há falar em limite temporal para a aferição do requisito subjetivo para fins de concessão do livramento condicional: a análise deve abranger todo o período da execução da pena.

Desse modo, é o caso de provimento do recurso especial, a fim de que seja cassado o acórdão do tribunal de origem que determinou ao juízo da execução que reapreciasse o pleito de livramento condicional, desconsiderando, como circunstância desabonadora do requisito subjetivo, as faltas graves anteriores aos últimos 12 meses. (e-STJ, fl. 676)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, *dou provimento* ao recurso especial, para cassar o acórdão recorrido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1970217 / MG (2021/0361139-0)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO: ANDRÉ ESTEVAO UBALDINO

RECORRIDO: JEFFERSON HEBERT DA SILVA ARRUDA

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**ADRIANA PATRICIA CAMPOS PEREIRA – DEFENSOR PÚBLICO -
MG065071**

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – AMICUS CURIAE

**INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS
ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES – AMICUS CURIAE**

ADVOGADOS: RAFAEL RAMIA MUNERATTI – DEFENSOR PÚBLICO - SP138992

**FERNANDO RODOLFO MERCES MORIS – DEFENSOR PÚBLICO -
SP0147338**

VOTO VENCIDO

Sr. Presidente, vejo que o art. 83, III, alínea *a*, estabelece como requisito “bom comportamento durante a execução da pena” e, na alínea *b*, não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses. Na minha compreensão, *data venia* dos doutos entendimentos divergentes, o requisito da alínea *b* deve ser levado em conta primeiro. Houve, na literalidade da lei, uma inversão na ordem dos requisitos. Este deve ser considerado em primeiro lugar porque prejudica o requisito da alínea *a*. Se ocorreu falta grave nos últimos doze meses, não há por que passar ao exame do requisito previsto na alínea *a*.

Sustento que falta grave é ato singular, enquanto que comportamento é conduta; significa atitude contínua. Não se satisfaz com ato único, mesmo que seja falta grave. Por outro lado, ainda que sejam faltas leves, se repetidas, se praticadas de forma contínua, podem caracterizar mau comportamento, portanto, afastando o requisito da alínea *a*.

Em conclusão, Sr. Presidente, penso que, examinada a situação e tendo havido falta grave nos últimos 12 meses, está prejudicado o requisito da alínea *a*. Mas, se não houve falta grave cometida nos últimos doze meses, passa-se ao exame do requisito da alínea *a*. Neste, em minha compreensão, comportamento significa conduta, reiteração, continuidade, não se satisfazendo com ato único. Por outro lado, mesmo que sejam faltas leves, se repetidas, contínuas, podem afastar o requisito da alínea *a*.

Em resumo, no resultado, concordo com a argumentação da defesa.

Meu voto é divergente, *data venia*, do voto do ilustre Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2021/0361139-0

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.970.217 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00383863320218130000 10145160130079003

PAUTA: 24/05/2023

JULGADO: 24/05/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMAN THOMÉ

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO: ANDRÉ ESTEVAO UBALDINO

RECORRIDO: JEFFERSON HEBERT DA SILVA ARRUDA

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**ADRIANA PATRICIA CAMPOS PEREIRA – DEFENSOR PÚBLICO -
MG065071**

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – *AMICUS CURIAE*

**INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS
ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES – *AMICUS CURIAE***

ADVOGADOS: RAFAEL RAMIA MUNERATTI – DEFENSOR PÚBLICO - SP138992

**FERNANDO RODOLFO MERCES MORIS – DEFENSOR PÚBLICO -
SP0147338**

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL – Execução Penal e de Medidas Alternativas – Pena Privativa de Liberdade

SUSTENTAÇÃO ORAL

A Dra. Adriana Patricia Campos Pereira (Defensora Pública do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte Recorrida: Jefferson Hebert da Silva Arruda.

O Dr. André Estêvão Ubaldino (Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O Dr. Fernando Rodolfo Mercês Moris (Defensor Público do Estado de São Paulo) sustentou oralmente pela parte Interessada: Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial e fixou a seguinte tese (Tema 1161): “a valoração do requisito subjetivo para concessão do livramento condicional - bom comportamento durante da execução da pena (art. 83, inciso III, alínea “a”, do Código Penal) - deve considerar todo o histórico prisional, não se limitando ao período de 12 meses referido na alínea “b” do mesmo inciso III do art. 83 do Código Penal”, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencido o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), que negava provimento ao recurso especial.

Votou vencido o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1).

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

REVISÃO CRIMINAL Nº 5.620 / SÃO PAULO (2021/0158110-6)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

REVISOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DE *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. INSUBSISTENTE. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA.

1. Não subsiste o pleito pelo reconhecimento de *reformatio in pejus* indireta, porquanto a sucumbência do *Parquet* estadual quanto à matéria veiculada no recurso especial ocorreu quando do julgamento e provimento parcial da apelação defensiva.
2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, ressalvadas hipóteses excepcionálíssimas de entendimento pacífico e relevante, o que não se vislumbra na espécie.
3. Revisão criminal não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retomando o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, acompanhando o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora), não conhecendo da revisão criminal, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Messod Azulay Neto (declarou-se apto a votar), a TERCEIRA SEÇÃO, por maioria, não conhecer da revisão criminal, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Revisor) e Sebastião Reis Júnior, que conheciam da revisão criminal e julgavam-na parcialmente procedente. Votaram vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Revisor) e Sebastião Reis Júnior.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto (declarou-se apto a votar) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 14 de junho de 2023. (data do julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

REVISÃO CRIMINAL Nº 5.620 / SP (2021/0158110-6)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de revisão criminal ajuizada por VALDEMIR VIRIATO DE LIMA, com fundamento nos arts. 621, inciso I, e 626, ambos do Código de Processo Penal, objetivando a rescisão da decisão monocrática proferida no REsp n. 1.807.278/SP, da relatoria do Ministro JORGE MUSSI.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Requerente às penas de 7 (*sete*) anos, 3 (*três*) meses e 15 (*quinze*) dias de *reclusão*, em regime inicial *fechado*, e pagamento de 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/2006 (*apreensão de 79,600Kg de maconha*).

Irresignada, a Defesa interpôs *apelação*, à qual a Corte de origem deu parcial provimento para a) reconhecer *bis in idem* porque a quantidade de entorpecente serviu de fundamento para elevar a sanção basilar e arredar o benefício preconizado no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Assim, *foi reduzida a pena-base ao mínimo legal e mantido o afastamento da minorante do tráfico privilegiado*; e b) reconhecer a incidência da atenuante da *confissão espontânea*, mas sem impacto na pena final em razão do comando normativo contido na Súmula 231/STJ. Nesse panorama, as reprimendas foram redimensionadas a 5 (*cinco*) anos e 10 (*dez*) meses de *reclusão*, em regime inicial *fechado*, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no menor valor legalmente previsto.

O antes citado *recurso especial* (REsp n. 1.807.278/SP), interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, foi *conhecido e provido* para, com apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *afastar* o entendimento adotado pela Corte de origem segundo o qual ocorrera *bis in idem* no cálculo da pena imposta ao Réu porque a quantidade da droga apreendida fora utilizada tanto na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, quanto na terceira etapa dosimétrica, para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e, por conseguinte, *foi restabelecida a sentença*.

A respectiva decisão foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico/STJ em 13/08/2019 e considerada publicada em 14/08/2019.

O trânsito em julgado ocorreu em 20/08/2019.

Na presente revisão criminal, o Requerente traz as seguintes alegações:

a) a decisão ora impugnada é nula de pleno direito porque as conclusões nela plasmadas representaram *reformatio in pejus* indireta, na medida em que, não tendo o Ministério Público apresentado qualquer recurso contra a sentença condenatória, não poderia ter obtido, por meio de julgamento de recurso especial contra acórdão

proferido pelo Tribunal de origem quando de julgamento de apelação exclusiva da defesa, resultado prejudicial ao Acusado, tal como se deu na hipótese dos autos.

b) É inafastável reconhecer que, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal fixado quando do julgamento do ARE 666.334/AM (relatoria do Ministro GILMAR MENDES), representa *bis in idem* usar o mesmo fundamento – no caso, a apreensão de 79,006Kg de maconha – para exasperar a pena-base e afastar a minorante do tráfico privilegiado.

c) A elevação da sanção basilar levada a efeito pelo magistrado de piso se deu à razão de 1/4 (um quarto), sendo de rigor reconhecer que tal patamar se mostra desproporcional, devendo ser adotada para tal desiderato a fração de 1/6 (um sexto) ou 1/8 (um oitavo).

d) Estão preenchidos todos os requisitos para a concessão da minorante no patamar máximo (2/3), pois é primário e, com ele, não foram apreendidos quaisquer petrechos relacionados ao comércio espúrio. Ademais, não foi comprovado que se dedique a atividades delituosas ou integre organização criminoso, não se prestando a amparar tal ilação a quantidade de drogas apreendidas ou o fato de ter sido condenado por tráfico interestadual, inclusive porque, quanto a esse último ponto, já houve utilização na terceira etapa dosimétrica como causa de aumento.

e) O reconhecimento da confissão espontânea levado a efeito pelo Tribunal *a quo* não foi objeto do recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e, portanto, não deve subsistir o restabelecimento da sentença quanto a esse ponto levado a efeito pela decisão proferida quando do julgamento do REsp n. 1.807.278/SP.

f) Como a sentença de primeiro grau foi restabelecida no tocante também ao aumento da sanção basilar na primeira fase da dosimetria, bem como considerando-se que a confissão foi reconhecida pelo Tribunal *a quo*, não mais se justifica a incidência da Súmula 231/STJ e necessária se faz a redução da pena, na etapa intermediária do cálculo dosimétrico, nos termos do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal e da Súmula 545/STJ.

g) Na medida em que, sendo julgada procedente a presente ação, as sanções impostas ao Requerente serão reduzidas, será preciso também abrandar o modo prisional inicial. Ademais, o regime fechado foi estabelecido pelas instâncias ordinárias sem amparo em fundamentação concreta, mas, tão somente, com esteio na gravidade abstrata do delito.

Ao final, requer a procedência da revisão criminal e “[...] a declaração de nulidade do acórdão impugnado, por constituiu a decisão impugnada reformatio in pejus indireta e, no mais, requer-se a reforma do v. Acórdão e, conseqüentemente redimensionamento da dosimetria, fixando-se a pena base no mínimo legal, aplicando-se a atenuante de confissão e reconhecendo-se o tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11.343/06), sem prejuízo da fixação de regime” (fls. 13-14).

Embora intimado, por duas vezes (fls. 228 e 236), o Ministério Público do Estado de São Paulo não se manifestou (certidões de fls. 234 e 241).

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo parcial acolhimento da revisão criminal, em parecer assim ementado (fl. 243):

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. REFORMA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL PELO MP ESTADUAL. PROVIMENTO. RESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA DEFINIDA NA SENTENÇA. AJUIZAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. INTUITO DE RESTABELECIMENTO DO ARESTO PROFERIDO PELA CORTE ESTADUAL TESE: *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. CONSTATAÇÃO. PARECER PELO PARCIAL ACOLHIMENTO DO PEDIDO REVISIONAL.

É o relatório.

Encaminhem-se os autos ao eminente Revisor (art. 243 do RISTJ).

REVISÃO CRIMINAL Nº 5.620 / SP (2021/0158110-6)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

De início, esclareço que, no *decisum* que se busca reformar, por meio da revisão criminal – decisão monocrática proferida no REsp n. 1.807.278/SP, da relatoria do Ministro JORGE MUSSI –, não houve análise e pronunciamento *acerca do mérito* das seguintes questões: a) cumprir o Requerente todos os requisitos necessários à aplicação da minorante do tráfico privilegiado *no patamar máximo* (2/3); e b) necessidade de modificação do regime inicial – fechado – estabelecido pelas instâncias ordinárias.

Logo, não se instaurou a competência do Superior Tribunal de Justiça para, em revisão criminal, analisar as indigitadas matérias, sendo de rigor reconhecer que, quanto a esses pontos, a pretensão não comporta conhecimento.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL. ART. 105, I, 'E', DA CF. COMPETÊNCIA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *“Compete a esta Corte o julgamento da ação de revisão criminal tão somente quando a questão objeto do pedido revisional tiver sido analisada na ocasião da apreciação do recurso especial” (RvCr n. 1.788/RS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/4/2014).*

2. Na hipótese, este Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o recurso especial, apenas reconheceu a incidência da Súmula 7/STJ, sem analisar as questões postas na presente revisão criminal.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg na RvCr 5.585/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2021, DJe 29/03/2021; sem grifos no original.)

AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL. DECISÃO DE RELATOR QUE CONHECEU APENAS EM PARTE DA REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO REVISIONAL RELACIONADO À ABSOLVIÇÃO DO AGRAVANTE DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES QUE NÃO CHEGOU A SER EXAMINADO, NO MÉRITO, NO JULGADO RESCINDENDO, POR TER ENCONTRADO ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA CONHECER DA REVISÃO CRIMINAL EM RELAÇÃO AO TEMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Interpretando o art. 105, I, 'e', da Constituição Federal, a Terceira Seção desta Corte assentou que somente atrairá a competência desta Corte o pedido revisional a respeito de questão que tiver sido apreciada, no mérito, por este Tribunal em sede de recurso especial.

Precedentes.

2. Se o pleito de absolvição formulado pela defesa não chegou a ser conhecido por esta Corte, em agravo em recurso especial, por encontrar óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, não lhe caberá conhecer de revisão criminal que ataca tema que jamais chegou a enfrentar, cabendo à parte dirigir o pedido revisional ao Tribunal de Justiça.

3. O não conhecimento de revisão criminal em relação a questão que não chegou a ser examinada, no mérito, por esta Corte não corresponde a negativa de acesso à justiça, pois a questão poderá ser objeto de pedido de revisão criminal perante o Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na RvCr 5.583/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2021, DJe 12/03/2021; sem grifos no original.)

Quanto à alegação de que, com o provimento do recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, teria havido *reformatio in pejus* indireta cumpre observar que a sucumbência do *Parquet* estadual somente ocorreu quando do julgamento e provimento parcial da apelação defensiva.

Nesse panorama, o objetivo do citado apelo nobre se restringiu à modificação de entendimento adotado no aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, por via de consequência, *restabelecer* os termos da sentença relativos ao cálculo dosimétrico.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N. 11.343/2006. PRESCINDÍVEL A EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. INTENÇÃO DEVIDAMENTE COMPROVADA. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. 8,5KG DE MACONHA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INEXISTÊNCIA. REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

3. O recurso especial da acusação ficou limitado ao resultado do provimento da apelação defensiva, não superando, portanto, os parâmetros da sentença condenatória, circunstância que afasta a alegação de *reformatio in pejus*.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.389.452/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013.)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 180 DO CP E ART. 10, *CAPUT*, DA LEI Nº 9.437/97. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO INTERPOSTA UNICAMENTE PELA DEFESA. PARCIAL PROVIMENTO. SUCUMBÊNCIA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO *PARQUET*. PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE DE *REFORMATIO IN PEJUS*.

I - Não configura violação ao princípio de *reformatio in pejus* a admissão, na origem, de recurso especial interposto pelo *Parquet*, em que se busca a reforma do v. acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, para que seja restabelecida em todos os seus termos a condenação imposta na sentença de primeiro grau.

II - É irrelevante que a acusação não tenha se insurgido contra o r. decisum de primeiro grau, uma vez que a sucumbência se deu apenas no julgamento do recurso de apelação, e o pedido do recurso especial se limita ao restabelecimento da condenação imposta na sentença.

Ordem denegada. (HC 73.995/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 412; sem grifos no original.)

No mais, o Requerente alega que a decisão monocrática proferida no REsp n. 1.807.278/SP, ao restabelecer os termos da sentença no tocante à fixação da pena-base e afastamento da minorante do tráfico privilegiado, incorreu em indevido *bis in idem*.

A esse propósito, aduz que o recurso especial não poderia ter sido provido, na medida em que a quantidade da droga apreendida – no caso, 79,006Kg de maconha – fora utilizada como único fundamento, tanto para exasperar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, quanto para afastar a minorante do tráfico privilegiado, na terceira etapa dosimétrica.

A sentença de primeiro grau, na parte que interessa, contém os seguintes fundamentos (fls. 45-46; sem grifos no original):

Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, *a grande quantidade apreendida (79,006 Kg) impõe a fixação da pena-base acima do mínimo legal*. A conduta dos réus, além de ousada, traz graves prejuízos à saúde pública deste país, facilitando que jovens e crianças tenham acesso a um produto extremamente danoso à saúde e gerador de dependência físico-química. Não bastassem essas consequências, o comércio da droga alimenta a violência e a criminalidade em nossas cidades, seja porque gera conflitos entre os traficantes pelo domínio da riqueza produzida pela venda dos entorpecentes, seja porque drena os recursos econômicos dos dependentes, conduzindo-os à atividade criminosa como única fonte de renda capaz de sustentar o vício. Diante disso, tendo em vista a apreensão de enorme quantidade de maconha, *aumento a pena-base em 1/4, fixando-a em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa*.

[...]

Na terceira fase, não poderá ser aplicada a causa de diminuição da pena, conforme alegada pela defesa, posto que a grande quantidade de droga apreendida e seu considerável valor financeiro demonstram que os réus gozam da confiança dos demais envolvidos no transporte da droga, não fazendo jus à causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerando que o cálculo levado a efeito pelo juiz de primeiro grau configurou *bis in idem*, reformou o édito condenatório *nesse ponto, reduzindo a pena-base ao mínimo legal e mantendo o afastamento do benefício*. (fls. 110-111; sem grifos no original):

As penas-base dos apelantes foram fixadas em 1/4 (um quarto) acima do mínimo, à luz da grande quantidade de droga apreendida. Todavia, para que não se configure bis in idem, registro que uma mesma circunstância não pode, por si só, justificar a elevação da pena-base e o afastamento da redução de pena na terceira dosimétrica, tal como se procedeu na r. sentença.

Considerar isoladamente a quantidade de drogas apreendidas para recrudescimento da pena-base, portanto, induziria dupla incidência penal caso esta mesma circunstância viesse a fundamentar a negativa da redução decorrente do disposto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 666.334-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida, julg. em 03.04.2014).

Destarte, mantida em aparte a circunstância referente à quantidade das drogas, para livre incidência na última fase da dosimetria, *ficam reduzidas as penas-base para o piso, de 5 anos de reclusão com 500 dias-multa mínimos.*

[...]

Prosseguindo à *terceira e última fase da dosimetria*, não assiste razão à combativa Defesa em relação à incidência da redução penal do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, pois *a circunstância utilizada pelo digno Magistrado de Primeiro Grau foi cabalmente comprovada nos autos e ampara de maneira idônea a conclusão exarada na r. sentença.* Observe-se que, além dos requisitos subjetivos, a concessão da benesse obedece ao comando normativo extraído do artigo 42 da Lei 11.343/06, que prevê que o julgador, na fixação das penas (ou seja, em toda a extensão da definição das reprimendas aplicáveis), considerará preponderantemente sobre as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal a natureza e a quantidade da substância ou produto, bem como a personalidade e conduta social do agente.

Como se percebe no caso em questão, de *muita relevância a quantidade de entorpecentes transportados – de livre apreciação nesta fase da dosimetria –*, porquanto se revele de especial reprovabilidade delitiva na medida em que se vislumbra a extensa violação do bem jurídico protegido, evidenciada no montante de usuários a que pretendia atingir, com a traficância de quase oitenta quilos de maconha.

Acrescenta-se que *tal atividade dos apelantes, de transporte interestadual de uma quantidade tão expressiva do entorpecente, é circunstância que bem indica que, no mínimo, não se tratava de atividade de traficância inédita de sua parte*, conforme sustentado por Valdemir, que pudesse qualificar os recorrentes como ‘traficantes de primeira viagem’ ou ‘pequenos traficantes’ (aqueles que comercializam drogas apenas para sustento do próprio vício ou subsistência básica), hipótese prevista pelo § 4º do artigo 33 da Lei em estudo. *Quantidade tão expressiva aponta para dedicação à atividade criminosa*, até porque não se obtém tal monta de entorpecente de modo fortuito ou ocasional, em qualquer canto de uma biqueira, muito menos se confia tal quantidade de droga a pessoas que não tenham alcançado o mínimo de confiabilidade

dentro da cadeia do tráfico. Por óbvio, *a confiança de que gozam os acusados nos meios criminosos, para o transporte deste montante de entorpecentes, decorre de sua dedicação a atividades ilícitas, o que não é infirmado pelo fato de se tratar de réus primários e portadores de bons antecedentes [...]*

Portanto, dado o montante de entorpecentes, aliado às demais circunstâncias mencionadas, inaplicável a causa de redução de pena. A reprimenda fica mantida tal qual estabelecida a pena-base, 5 anos de reclusão com 500 dias-multa mínimos.

Em seguida, sobreveio a combatida decisão monocrática do Ministro JORGE MUSSI que proveu o apelo nobre do *Parquet* estadual (REsp n. 1.807.278/SP), entendendo que a elevada quantidade de entorpecentes seria *fundamento válido para aumentar a pena-base e também para afastar a minorante* e, por isso, restabeleceu integralmente a sentença de primeiro grau.

Na referida decisão, foram citados os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a 3.^a Seção: AgRg no AREsp 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016; HC n. 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 19/03/2019; e AgRg no AREsp n. 1294081/PI, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 27/08/2018.

Observe que o referido pronunciamento unipessoal foi proferido em 09/08/2019 por Ministro então integrante da Quinta Turma, cujo entendimento a respeito do tema, à época, coincidia com aquele externado na decisão objeto da presente revisão criminal, sendo possível mencionar ainda diversos outros julgados contemporâneos, no mesmo sentido, a saber: HC 531.347/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019; HC 529.831/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019; HC 477.867/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 18/02/2019.

Ou seja, a jurisprudência da Quinta Turma à época não reconhecia bis in idem na prática de majorar a pena-base e também afastar o tráfico privilegiado com fundamento na quantidade e/ou natureza de entorpecentes, distinguindo tal situação da julgada pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 666.334/AM.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉ QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE

DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. PERDA DE OBJETO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza da droga apreendida - 3 tijolos de cocaína (2.984,10 g) - para estabelecer a sanção básica em 1 ano e 8 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

5. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantia de droga apreendida, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

6. Esta Corte tem entendimento firme de que *é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.*

7. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

9. O pedido de prisão domiciliar está superado, uma vez que deferido pelo Juízo de primeiro grau.

10. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 529.831/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019; sem grifos no original.)

Sendo assim, considerando que a presente revisão criminal tem por objeto rever decisão monocrática, proferida pelo eminente Ministro Jorge Mussi, que se conformava à jurisprudência do órgão colegiado ao tempo em que proferida, entendo que não há como conhecer de seus fundamentos, tendo em vista que a jurisprudência dessa Corte está consolidada no sentido de que *“a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de Revisão Criminal”* (AgRg no HC 439.815/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/9/2019, DJe 17/9/2019), a não ser em hipóteses excepcionalíssimas que não estão presentes no caso.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. [...] 1. *A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a mudança de entendimento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da condenação não autoriza o ajuizamento de revisão criminal visando a sua aplicação retroativa, o que afasta as alegações de constrangimento ilegal e teratologia trazidos pelo agravante* (AgRg no HC 445.141/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe 1º/10/2018). 2. *In casu, à época do julgamento do recurso de apelação criminal interposto pela defesa do recorrente (7/2008), a questão objeto deste recurso, agora pacificada nesta Corte Superior em sentido que favorece o envolvido - aplica-se o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00(vinte mil reais) -, encontrava-se assentada em posicionamento diverso na Corte de origem e no STJ.* 3. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp n. 1.816.088/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, DJe 22/8/2019; sem grifos no original).

Por outro lado, não se olvida que esta Terceira Seção já se pronunciou no sentido de que é “*cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante*” (RvCr 3.900/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 15/12/2017). No mesmo sentido: RvCr 5.627/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2021, DJe 22/10/2021.

Nos dois referidos julgamentos – em que a Terceira Seção excepcionou o entendimento de que não cabe revisão criminal em face de mudança de jurisprudência – foram identificadas peculiaridades que não estão presentes no caso concreto. No julgamento da Revisão Criminal n. 3.900/SP, concluiu-se que a decisão revisada, na data em que proferida (06/08/2015), contrariou a jurisprudência desta Casa já consolidada anteriormente, sendo citados precedentes de 2013 em diante. Já no caso da Revisão Criminal n. 5.627/DF, aplicou-se o entendimento advindo de relevante alteração jurisprudencial, qual seja, reconhecimento de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal pelo Supremo Tribunal Federal, em recurso com repercussão geral reconhecida (RE n. 979.962/RS).

O presente caso se distingue dos dois referidos precedentes, seja porque a decisão revisada se conformava à jurisprudência do colegiado ao tempo em que proferida, seja porque o entendimento jurisprudencial que se sucedeu não foi consolidado em precedente qualificado. Logo, não me parece ser o caso de excepcionar o entendimento firme desta Terceira Seção quanto ao descabimento de revisão criminal em face de mudança de entendimento jurisprudencial.

Importante que se diga que, recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do RESP n. 1.887.511/SP, da relatoria do Min. João Otávio de Noronha – revisor desta revisão criminal –, consolidou algumas teses que posteriormente foram mitigadas pelo mesmo colegiado em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas.

Em que pese os julgamentos do RESP n. 1.887.511/SP e do HC n. 725.534/SP tenham sido de indiscutível relevância para a consolidação do entendimento das Turmas que integram a Terceira Seção quanto aos critérios da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, é importante observar que não se sujeitaram à sistemática dos recursos repetitivos e suas conclusões ainda vêm sendo acomodadas à imensa variedade de casos que assomam ao Superior Tribunal de Justiça.

Tanto é que, logo após o julgamento do RESP n. 1.887.511/SP, ambas as Turmas passaram a mitigar algumas de suas teses, culminando em nova análise por ocasião do julgamento do HC n. 725.534/SP, que propôs a retomada do entendimento jurisprudencial anterior. Esse breve apanhado reflete que é preciso acomodação temporal para que se conclua que há entendimento pacífico em torno de tais questões, em prestígio à segurança jurídica.

Vale frisar novamente que, a despeito de o precedente do Supremo Tribunal Federal ter sido proferido no ano de 2014 (*ARE 666.334/AM*), *a divergência acerca da situação em que a quantidade de drogas era utilizada para negar a minorante do tráfico persistiu no âmbito desta Corte de Justiça até o início do ano de 2020*. Logo, em prol da estabilidade jurídica, penso que *somente um maior distanciamento temporal* permitirá concluir que a referida jurisprudência ostenta a força necessária para, excepcionalmente, reverter provimentos jurisdicionais definitivos, como é o caso dos autos.

Por fim, pondero que o conhecimento da presente revisão criminal ensejará a reforma de inúmeras decisões e acórdãos proferidos, em sua maioria, pela Quinta Turma, até o início de 2020, sem que o cenário jurisprudencial ostente estabilidade suficiente para que se reconheça firme pacificação em torno do tema, em flagrante prejuízo à segurança jurídica.

Na verdade, o debate não está restrito à dosimetria do tráfico de drogas, pois, ao se conhecer desta ação, a Terceira Seção consolidará entendimento que abre espaço para ampla relativização da coisa julgada, permitindo que, à vista de qualquer mudança de entendimento jurisprudencial mais favorável ao réu, sejam constantemente revistas condenações definitivas já analisadas por esta Corte de Justiça.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da revisão criminal.

É o voto.

REVISÃO CRIMINAL Nº 5620 / SP (2021/0158110-6)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

REVISOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CORRÉU: PERLA ELIZABETH MARTINEZ LOPEZ

VOTO-REVISÃO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de revisão criminal ajuizada por VALDEMIR VIRIATO DE LIMA, condenado às penas de 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão e de 729 dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Pretende o requerente, em síntese, o refazimento da dosimetria da pena que lhe foi aplicada, sustentando a impropriedade da consideração da quantidade da droga apreendida (79kg de maconha) em duas fases: na primeira, para exasperação da pena-base; na terceira, para o afastamento do tráfico privilegiado.

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial acolhimento da revisão criminal para consideração da atenuante da confissão espontânea.

A relatora, Ministra Laurita Vaz, apresentou minucioso voto, no qual enfrentou, com profundidade, as pretensões autorais.

É o relatório.

Ouso divergir do brilhante voto apresentado pela relatora quanto ao fechamento da porta da revisão criminal pela circunstância de a pretensão se ancorar em mudança de entendimento jurisprudencial.

A despeito de a relatora reconhecer que a Terceira Seção aceita o ajuizamento de revisão criminal em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, afasta essa possibilidade no caso concreto, por considerar ausente o requisito de corresponder a um novo entendimento pacífico e relevante.

Ocorre que o ponto específico desta ação revisional, a saber, a ocorrência ou não de *bis in idem* pela consideração da quantidade de drogas em duas fases da dosimetria, *já se encontra, há muito, pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.*

Em verdade, a partir da apreciação do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, *submetido ao regime de repercussão geral e julgado em 3/4/2014*, o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes *não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena, sob pena de incidência em inconstitucional bis in idem.* Aquele julgamento, de 2014, fixou a Tese n. 712, *in verbis*:

Tese de Repercussão Geral n. 712 - As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena.

No STJ, o tema se encontra pacificado desde o julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de minha relatoria, julgado em 9/6/2021. Ainda que o entendimento nele veiculado tenha sido parcialmente modificado em momento posterior, *não o foi nesse ponto específico*.

O entendimento adotado no REsp n. 1.887.511/SP sofreu evolução interpretativa apenas para flexibilizar a escolha do momento de consideração do vetor “natureza e quantidade de droga”. Os questionamentos que se seguiram na Terceira Seção nunca disseram respeito à eventual possibilidade de restauração de *bis in idem*, rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral. Limitaram-se, em verdade, à possibilidade de utilização do vetor “natureza e quantidade da droga apreendida” na primeira fase ou, alternativamente, na terceira; nesta última, para modulação da fração de redução de pena pelo tráfico privilegiado.

No julgamento do HC n. 725.534/SP, o tema foi remodelado nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.

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 Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).

3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas – p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg – por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.

5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que “as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena”. O resultado do julgado foi assim proclamado:

Tese As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).

8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que “A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006” (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).

9. Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida – 147 quilos de maconha).

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa. (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022.)

Como se vê, os accertamentos que se fizeram necessários à tese veiculada no REsp n. 1.887.511/SP *nunca afastaram a vedação de bis in idem, tampouco legitimaram o afastamento da causa de diminuição de pena pela natureza ou quantidade da droga.*

Passo ao exame do caso concreto.

Esta ação revisional foi ajuizada muito tempo após o julgamento do tema, em repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, em momento no qual já havia posicionamento firme sobre a inconstitucionalidade de *bis in idem* na dosimetria da pena de tráfico. Foi ajuizada poucos dias antes do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, que, em verdade, nada mais fez, no ponto específico, que consolidar o entendimento da Corte Constitucional.

Assim, considero ser imperativo adotar, na espécie, o entendimento consolidado pela Terceira Seção de que é “cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um *novo entendimento pacífico e relevante*” (RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe de 15/12/2017; RvCr n. 5.627/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/10/2021, DJe de 22/10/2021).

Entendo, pois, que o julgado comporta revisão pela Terceira Seção, que vem construindo, de maneira cautelosa e sólida, posicionamento firme sobre o tema sem há muito divergir quanto à impossibilidade de *bis in idem* pela dupla consideração do vetor apontado em fases diversas da dosimetria, de forma cumulativa.

Por consequência, entendo por bem restaurar, em parte, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reconheceu a necessidade de aplicação do vetor relativo à quantidade de droga apreendida na terceira fase da dosimetria, retificando-o, no entanto, para impedir o afastamento do tráfico privilegiado por presunção de habitualidade no exercício de atividade criminosa. A quantidade de maconha apreendida em poder do acusado (79kg), que é substancial, será observada para redução da fração de diminuição de pena, na linha de julgados da Terceira Seção.

Lembro que os requisitos que impedem o tráfico privilegiado não podem ser presumidos pela quantidade de droga apreendida, devendo ser demonstrados caso a caso. Na espécie, não houve a identificação de elemento algum que levasse à caracterização de dedicação a atividade criminosa ou de integração a organização criminosa, sendo de se observar que o réu é primário e ostenta bons antecedentes.

No refazimento da dosimetria de pena aplicável ao réu, fica mantida a aplicação da pena-base em 5 anos e em 500 dias-multa, pela ausência de circunstâncias judiciais negativas. A confissão não produzirá efeitos como atenuante pelo fato de a pena ter sido fixada no mínimo legal.

Em seguida, reconhecido o direito à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduz a pena-base em 2/6, fixando a pena provisória em 3 anos e 4 meses de reclusão e em 233 dias-multa. Aplico ainda a causa de aumento de pena de 1/6, prevista no inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, chegando à *pena definitiva de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e de 271 dias-multa*.

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais negativas, fixo o regime semiaberto para seu cumprimento.

Com essas considerações, *conheço desta ação revisional para julgá-la parcialmente procedente, reconhecendo ao requerente o direito à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, refazendo a dosimetria, fixo a pena em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão no regime semiaberto e em 271 dias-multa.*

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0158110-6

PROCESSO ELETRÔNICO

RvCr 5.620 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00022580620168260104 00124472520208260000 124472520
20826000022580620168260104**

PAUTA: 10/08/2022

JULGADO: 28/09/2022

Relatora

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Revisor

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CORRÉU: PERLA ELIZABETH MARTINEZ LOPEZ

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas – Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora), não conhecendo da revisão criminal, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Jorge Mussi e Rogerio Schietti Cruz, e o voto divergente do Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Revisor), conhecendo desta ação revisional para julgá-la parcialmente procedente, reconhecendo ao autor o direito à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, refazendo a dosimetria da pena, fixando-a em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão no regime semiaberto e em 271 dias-multa, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

REVISÃO CRIMINAL Nº 5620 / SP (2021/0158110-6)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CORRÉU: PERLA ELIZABETH MARTINEZ LOPEZ

VOTO-VISTA

Considerando-se que a presente revisão criminal tem por objeto decisão monocrática, da lavra do ilustre Ministro Jorge Mussi, proferida no julgamento do Recurso Especial n. 1.807.278-SP, impende registrar a existência de precedentes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, inclusive de minha relatoria, os quais, conferindo interpretação restritiva ao art. 239 do Regimento Interno desta Corte, afirmam não ser cabível o ajuizamento de ação revisional em face de decisão proferida pelo relator do recurso sem que o debate tenha sido levado ao colegiado. A propósito confirmam-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. 1. *DECISÃO RESCINDENDA PROFERIDA MONOCRATICAMENTE. NÃO CABIMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. ART. 239 DO RISTJ.* 2. *PEDIDO DE APLICAÇÃO DE CAUSA REDUTORA DA PENA. ART. 16 DO CP. COMPOSIÇÃO CIVIL REALIZADA ANTES MESMO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE FATO INÉDITO. 3. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR. AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE. RESSARCIMENTO DETERMINADO JUDICIALMENTE.* 4. *REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE.*

1. *O revisionando se insurge contra decisão monocrática proferida no recurso especial, sem que tenha levado o debate ao colegiado, o que inviabiliza o cabimento da revisão criminal. De fato, o art. 239 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça disciplina ser cabível revisão criminal de decisões proferidas pela Corte Especial, pela Terceira Seção e pelas Turmas que a compõem, o que não é o caso dos autos.*

2. *A argumentação apresentada não autoriza o ajuizamento da revisão criminal pelo inciso III do art. 621 do Código de Processo Penal, pois não há se falar em descoberta de novas provas posteriores à sentença, uma vez que a composição civil ocorreu antes mesmo da denúncia, e constou expressamente da sentença condenatória a informação acerca da existência de sentença no Juizado Especial Cível.*

3. Para incidência do art. 16 do Código Penal faz-se necessária não apenas a reparação do dano, o que não foi comprovado segundo consta da sentença condenatória (e- STJ fl. 81), mas também a voluntariedade do agente, que fica descaracterizada quando o ressarcimento é determinado por meio de decisão judicial no juízo cível, conforme se verifica ser o caso dos autos.

4. Revisão criminal julgada improcedente. (RvCr n. 1.146/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 2/12/2015).

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NA REVISÃO CRIMINAL. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA. ART. 239 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. NÃO APONTADAS EVIDÊNCIAS DOS PRÓPRIOS AUTOS OU CONTRARIEDADE A DISPOSITIVO LEGAL. ART. 621, III, DO CPP. NÃO APONTADA PROVA NOVA. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS OU RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO. CONDENAÇÕES EM AÇÕES PENASIS DISTINTAS POR CRIMES DIVERSOS COMETIDOS EM MESMO CONTEXTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A pretensão de revisar o decidido monocraticamente nesta Corte esbarra nas hipóteses de cabimento da revisão criminal contida no art. 239 do Regimento Interno do STJ.*

1.1. Caso se considere cabível a revisional, a peça revisional não preenche as hipóteses do art. 621, I e III, do CPP, pois a pretensão consiste em aplicar idêntica fração pela incidência da causa de aumento do art. 40, I, da Lei n. 11.343/06, para condenações em ações penais distintas por crimes diversos (tráfico e associação para o tráfico de drogas) cometidos em mesmo contexto fático.

1.2. A fração de 1/6 aplicada em uma ação penal para a condenação por associação para o tráfico de drogas, por si só, não torna a fração de 2/3 aplicada para o tráfico de drogas em outra ação penal contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, nem se consubstancia prova nova que determina diminuição de pena, pois inexistente conflito entre coisas julgadas ou relação de subordinação entre as razões de decidir adotadas para a individualização da pena.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg na RvCr n. 5.665/DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJe de 3/5/2022).

Todavia, recentemente, esta Terceira Seção pronunciou-se favoravelmente à possibilidade de ajuizamento de revisão criminal contra decisão monocrática, conforme julgado que restou assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL REVISÃO CRIMINAL. AJUIZAMENTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Nos termos do art. 105, I, alínea e, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar, originariamente, as revisões criminais rescisórias de seus julgados.
2. *É cabível o ajuizamento de revisão criminal em face de decisão unipessoal de relator, no Superior Tribunal de Justiça, que dá provimento a recurso especial para restabelecer sentença condenatória.*
3. Agravo regimental provido para determinar o processamento da revisão criminal. (AgRg na RvCr n. 5.601/DF, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, DJe de 20/9/2022).

Tendo em vista minha ausência justificada na sessão em que julgado o precedente acima mencionado, aproveito a oportunidade para consignar que, refletindo acerca do tema, alterei meu entendimento, passando a abraçar a tese da admissibilidade da revisão criminal em face de decisões monocráticas, porquanto ostentam a mesma eficácia das decisões colegiadas por elas substituídas.

Com efeito, a inadmissão de revisão criminal contra decisão monocrática revela injustificável desprestígio a entendimento consolidado na Súmula n. 568 desta Corte Superior segundo a qual *“o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”*. Em outras palavras, no momento em que o relator decide monocraticamente o faz em nome do colegiado, ou seja, antecipa o previsível resultado de eventual decisão colegiada, com esteio na jurisprudência majoritária acerca do tema, razão pela qual revii meu posicionamento.

Consignado o necessário registro sobre a admissibilidade de revisão criminal interposta contra decisão unipessoal, passo à análise da questão nevrálgica para a solução do caso concreto, qual seja: o cabimento ou não da revisão criminal ao fundamento de ter havido alteração jurisprudencial sobre determinado tema.

A meu ver esse constitui o núcleo da controvérsia entre o voto da ilustre Ministra Laurita Vaz e o voto divergente do igualmente ilustre Ministro João Otávio de Noronha.

Quanto ao ponto, para a construção do meu raciocínio acerca do tema, parto da premissa de que a Terceira Seção do STJ entende, como regra, que *“a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal”*. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REVISÃO CRIMINAL. MUDANÇA JURISPRUDENCIAL. NÃO CABIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *A mudança ou modificação na orientação jurisprudencial, mesmo que favorável ao condenado, não autoriza o uso da revisão criminal, conforme firme entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.*

2. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl na RvCr n. 5.544/DF, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe de 17/8/2022).

Outrossim, não se presta à desconstituição do trânsito em julgado eventual mudança de orientação jurisprudencial, como ocorreu no presente caso, dado que à época da condenação transitada em julgado a jurisprudência deste Tribunal era-lhe consonante.

Todavia, referido entendimento tem sido flexibilizado tão somente nas excepcionais hipóteses em que haja novo entendimento benéfico ao réu e que tal entendimento seja relevante e atual. Vejamos:

REVISÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAIS BENIGNO E ATUAL. CABIMENTO. PRECEDENTE. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANUTENÇÃO DA PENA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RESTABELECIMENTO. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE.

1. *Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante. Precedente.*

2. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* n. 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar

a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas.

3. A partir da solução da questão, verifica-se oscilação na jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Destarte, a maioria dos julgadores desta Seção passou a adotar a orientação de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

4. Assim, embora não tenha havido necessariamente alteração jurisprudencial, e sim mudança de direcionamento, ainda que não pacífica, a respeito do tema, *a interpretação que deve ser dada ao artigo 621, I, do CPP é aquela de acolhimento da revisão criminal para fins de aplicação de entendimento desta Corte mais benigno e atual aos recorrentes, mormente quando a maioria dos julgadores desta Terceira Seção se posicionam no sentido da pretensão recursal.*

5. No caso, assentado pelo Tribunal de origem que os recorrentes são primários, possuem bons antecedentes e, inexistindo provas de que integrem organização criminosa ou mesmo dedicação à atividade delitiva, deve ser mantida a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração adotada pelas instâncias ordinárias - 1/2, restando totalizadas as reprimendas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto. As penas privativas de liberdade permanecem substituídas por 02 (duas) restritivas de direitos como determinado pelo Tribunal a quo.

6. Revisão criminal procedente. (RvCr n. 5.627/DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJe de 22/10/2021).

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL FUNDADA NO ART. 621, I, CPP. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO (ART. 171, § 3º, CP) PRATICADO POR TERCEIRO NÃO BENEFICIÁRIO DA FRAUDE. CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO. PRESCRIÇÃO DO IUS PUNIENDI RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE INDENIZAÇÃO (ART. 630, CPP). DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE PENA DE MULTA: POSSIBILIDADE.

1. Ao negar seguimento a recurso especial da defesa, com amparo no enunciado n. 83 da Súmula/STJ, compara-se o tratamento

dado ao mérito da controvérsia pelo Tribunal de segundo grau com o entendimento prevalente nesta Corte sobre o mesmo tema. Nesse sentido, é de se reconhecer a existência de exame de mérito da controvérsia apto a definir a competência deste Tribunal para o exame da revisão criminal. Inteligência do art. 240 do Regimento Interno do STJ.

2. Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante.

3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o crime de estelionato previdenciário praticado para que terceira pessoa possa se beneficiar indevidamente da fraude tem natureza de crime instantâneo com efeitos permanentes, devendo ser contado o prazo prescricional a partir do recebimento da primeira prestação do benefício indevido. A orientação se alinha com o entendimento exarado pela Corte Suprema, ao examinar o Agravo Regimental no ARE n. 663.735/ES, quando reconheceu a natureza binária do crime de estelionato previdenciário, a depender de quem pratica a conduta, o próprio beneficiário da vantagem indevida ou um intermediário para que terceira pessoa receba o benefício previdenciário ilícitamente.

4. No caso concreto, reconhecida a natureza jurídica do delito como crime instantâneo de efeitos permanentes, o termo inicial do prazo prescricional é a data do pagamento da prestação do primeiro benefício indevido que ocorreu em março/1985. Dado que a pena máxima em abstrato cominada para o delito do art. 171, § 3º, do CP é de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, aplica-se-lhe o prazo prescricional de 12 (doze) anos, previsto no art. 109, III, do CP. Vê-se, assim, que a prescrição do direito estatal de exercer o jus puniendi ocorreu em 1997. Entretanto a denúncia somente veio a ser recebida em 03/08/2004.

5. Não há como se reconhecer a existência de erro judiciário capaz de gerar indenização por injusta condenação (art. 630, CPP) se a sentença condenatória fundou-se em interpretação jurisprudencial controversa à época da condenação e que somente veio a se firmar após a confirmação da sentença pelo Tribunal de segundo grau.

6. Rescindida a condenação, tem direito o autor à devolução dos valores que pagou, indevidamente, a título de pena de multa, devidamente atualizados pelos índices previstos no Manual de

Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros de mora contados a partir do trânsito em julgado da revisão criminal.

7. Revisão criminal que se julga procedente, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do requerente em relação à condenação que lhe foi imposta pelo Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, na Ação Penal n. 2000.61.81.000278-5/SP. (RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 15/12/2017).

Para que se evite o enfaro da repetição do eficiente relatório já constante nos autos, com o intuito de delimitar o ponto controvertido que será analisado no presente voto-vista, rememore-se que o recorrente sustenta, com esteio no entendimento firmado pela Excelsa Corte quando do julgamento do ARE 666.334/AM, de relatoria do Ministro GILMAR MENDES, que configura *bis in idem* usar o mesmo fundamento – no caso, a apreensão de 79,006kg de maconha – para exasperar a pena base e afastar a minorante do tráfico privilegiado, tese que objetiva ser acolhida na presente revisão criminal.

Sem perder de vista as considerações acima desenvolvidas, chamo a atenção ao inteiro teor da decisão monocrática da lavra do Min. JORGE MUSSI, proferida no REsp 1807278/SP, objeto da presente ação revisional, com o olhar voltado às seguintes perquirições: 1) à época da prolação do *decisum*, havia jurisprudência consolidada do órgão fracionário acerca do tema; 2) se houve superveniente alteração jurisprudencial benéfica ao requerente que possa ser considerada relevante e consolidada a ponto de justificar o excepcional conhecimento da revisão criminal. Eis o teor da decisão monocrática:

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, fundamentado na alínea c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local que deu parcial provimento ao apelo defensivo.

Depreende-se da análise dos autos que Perla Elizabeth Martinez Lopez e Valdemir Viriato de Lima foram condenados às penas de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, como incursos nos arts. 33, *caput*, e 40, V, ambos da Lei 11.343/2006, porque transportavam 79 (setenta e nove) tablettes de maconha, totalizando aproximadamente 79,600 kg (setenta e nove quilos e seiscentos gramas) do entorpecente.

O Tribunal a quo deu provimento parcial à apelação da defesa tão somente para redimensionar a reprimenda para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, porque entendeu que uma mesma circunstância judicial não pode justificar concomitantemente a elevação da pena-base e o afastamento do redutor do tráfico privilegiado (e-STJ fls. 492-514).

Nas razões do recurso especial, o *Parquet* alega violação do art. 59 do Código Penal e dos arts. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei de Drogas.

Sustenta, em síntese, que a quantidade de drogas pode ser usada simultaneamente para exasperar a pena-base e afastar o redutor do tráfico privilegiado. Requer, ao final, o provimento do especial para que seja restabelecida a sentença (e-STJ fls. 521-549). Após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 569-570), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça. Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do inconformismo (e-STJ fls. 580-582). É o relatório. Decido. Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal. No presente caso, a Corte a quo, ao apreciar a questão, asseverou (e-STJ fls. 505-506 – destaques acrescidos):

[...] Passo à análise das reprimendas impostas, que merecem algum reparo.

As penas-base dos apelantes foram fixadas em 1/4 (um quarto) acima do mínimo, à luz da grande quantidade de droga apreendida. Todavia, *para que não se configure bis in idem, registro que uma mesma circunstância não pode, por si só, justificar a elevação da pena-base e o afastamento da redução de pena na terceira dosimétrica, tal como se procedeu na r. sentença.* Considerar isoladamente a quantidade de drogas apreendidas para recrudescimento da pena-base, portanto, induziria dupla incidência penal caso esta mesma circunstância viesse a fundamentar a negativa da redução decorrente do disposto no artigo 33, §4 e, da Lei 11.343/06. Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 666.334-RG, Rei. Min. Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida, julg. em 03.04.2014). Destarte, mantida em aparte a circunstância referente à quantidade das drogas, para livre incidência na última fase

da dosimetria, ficam reduzidas as penas-base para o piso, de 5 anos de reclusão com 500 dias-multa mínimos.

Depreende-se do excerto transcrito que o acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento firmado neste Superior Tribunal de que “a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem” (AgRg no AREsp 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

A propósito (destaques acrescentados):

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE (ART. 42, LAD) E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA PARA O AFASTAMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO. FUNDAMENTOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM* NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DO ART. 617, DO CPP. INOCORRÊNCIA. PLEITOS DA ACUSAÇÃO DEVIDAMENTE FORMULADOS NO RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

V - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.

VI - Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de *bis in idem*.

VII - A col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

VIII - *Na hipótese, a majoração da pena-base está fundada na quantidade de drogas apreendidas, ao passo que o afastamento da minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem.*

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal a quo afastou o benefício, concluindo que o agravante se dedica à atividade criminosa, de modo que entender de forma diversa, como pretendido, demandaria o revolvimento das provas carregadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável, assim, a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

2. *A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase) - por demonstrar que o acusado*

se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1294081/PI, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 27/08/2018)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, *dá-se provimento ao recurso especial* para restabelecer a sentença.

Após atenta leitura da decisão monocrática que o requerente pretende ver revisada, constata-se que referido *decisum*, publicado em 14/8/2019 e cujo trânsito em julgado ocorreu em 20/8/2019, retrata fielmente a jurisprudência da Quinta Turma do STJ, àquela época, acerca do tema. Frise-se, também, que referida jurisprudência não ignorava a existência RE 666.334-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida, do julgamento, em 3/4/2014, pela Excelsa Corte. Por oportuno, vejam-se as ementas dos seguintes julgados contemporâneos à aludida decisão:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉ QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. PERDA DE OBJETO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza da droga apreendida - 3 tijolos de cocaína (2.984,10 g) - para estabelecer a sanção básica em 1 ano e 8 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

5. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantia de droga apreendida, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Precedentes.

6. *Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes – sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.*

7. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

9. O pedido de prisão domiciliar está superado, uma vez que deferido pelo Juízo de primeiro grau.

10. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 529.831/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 17/12/2019).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE

PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APETRECHOS E ARMAS APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFISTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante. In casu, a utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade/natureza da droga “tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006” (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).*

2. Verifica-se que o Tribunal a quo negou o benefício, concluindo que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa do tráfico, diante da quantidade e da natureza droga apreendida e das circunstâncias do fato, de maneira que entender diversamente, como pretendido, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3. A quantidade e natureza da droga apreendida - 794g de cocaína - constituem fundamentos idôneos para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso (fechado).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.843.634/MG, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe de 19/12/2019).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE E DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas, aliadas a outras circunstâncias do delito, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, por tal razão, podem fundamentar o afastamento da aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

2. No caso, além da Corte de origem ter feito referência a grande quantidade do entorpecente apreendido para afastar a incidência do redutor em comento, também apontou outras circunstâncias do delito, sobretudo o fato de o agravante ter adquirido a droga em Ponta Porã/MS para realizar o comércio em Dourados/MS, cujo transporte estava sendo feito em um carro preparado com os tabletes de entorpecente, demonstram que o apelante dedicase às atividades criminosas, fundamentos que são suficientes para indicar sua habitualidade criminosa. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGA. DUPLA VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA.

1. *É sabido que “a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura bis in idem.” (AgRg no HC 296.344/SP, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 09/05/2018).*

2. *É “hipótese diversa daquela discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga ‘tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006’ (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014)”.*

REGIME INICIAL FECHADO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso.
2. Conquanto a reprimenda não ultrapasse a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis justifica a manutenção do modo de execução mais gravoso, consoante vem decidindo este Sodalício.
3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 486.465/MS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 2/8/2019).

Como se vê, a jurisprudência da Quinta Turma do STJ, à época da prolação da decisão cuja desconstituição se pleiteia na revisional, considerava que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) não configura *bis in idem*, sob a justificativa de que o montante de droga tem o condão de denotar a dedicação do acusado às atividades criminosas ou sua interação em organização criminosa. Nesse ponto, ressalte-se que, na espécie, não houve superveniente decisão do STF, a exemplo do que ocorreu na RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/12/2017, no qual a Terceira Seção excepcionou o entendimento de ser incabível revisão criminal por inovação jurisprudencial.

Registre-se, outrossim, que na RvCr n. 5.627/DF, de minha relatoria, DJe de 22/10/2021, no qual a Terceira Seção também excepcionou a regra do não cabimento de revisional por alteração jurisprudencial, a guinada da jurisprudência se mostrava mais firme e acentuada do que no caso ora em análise, eis que a Corte Especial deste Tribunal, quando do julgamento da AI no HC 239.363/PR, reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do Código Penal e determinou a aplicação da pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006. Naquele caso, de minha relatoria, embora fosse possível identificar oscilação na jurisprudência desta Corte tão somente quanto à possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, demonstrou-se que a maioria dos Ministros desta Terceira Seção se posicionavam no sentido da pretensão recursal, qual seja, pela aplicação da minorante.

Nessa linha de intelecção, adiro ao entendimento esposado pela em. Ministra Relatora no sentido de que os precedentes desta Terceira Seção que, de forma excepcional, admitiram revisão em face de relevante e consolidada alteração da jurisprudência do STJ (RvCr 3.900/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 22/10/2021; RvCr 5.627/DF, de minha relatoria, DJe 22/10/2021) possuem particularidades que não se encontram presentes no caso ora em análise.

Com a devida vênia, discordo do ilustre Revisor desta ação no ponto em que assevera que a ação revisional em análise, ajuizada poucos dias antes do julgamento

do REsp n. 1.887.511/SP, deve ser conhecida. Isso porque seu ponto de vista parte da equivocada premissa de que o referido recurso especial teria consolidado no STJ o entendimento do STF, firmado em paradigma com repercussão geral reconhecida sobre a dosimetria da pena no tráfico de drogas (Tema 712).

Ocorre que, como bem ponderou a relatoria da presente revisão criminal, em que pese a inestimável contribuição do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021, com vistas a estabelecer balizas para a utilização da quantidade de droga como fundamento idôneo para cálculo de pena no sistema trifásico, faz-se necessário avanço temporal para que se possa afirmar que esta Corte Superior de Justiça possui nova jurisprudência consolidada acerca do tema. Notadamente, consoante apontou o minucioso voto da Ministra Laurita Vaz, algumas teses desenvolvidas no aludido recurso especial foram mitigadas no julgamento do HC 725534/SP, Terceira Seção, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 1/6/2022, no qual ficaram vencidos o Ministro João Otávio de Noronha e Ministro Olindo Menezes - Desembargador Convocado do TRF da 1ª Região.

Ante o exposto, respeitado o entendimento divergente manifestado pelo em. Min. João Otávio de Noronha, acompanho o voto da insigne relatora, Ministra Laurita Vaz, para não conhecer da presente revisão criminal.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0158110-6

PROCESSO ELETRÔNICO

RvCr 5.620 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00022580620168260104 00124472520208260000 124472520
20826000022580620168260104**

PAUTA: 10/08/2022

JULGADO: 23/11/2022

Relatora

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Revisor

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário
Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU: PERLA ELIZABETH MARTINEZ LOPEZ
ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas – Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, não conhecendo da revisão criminal, pediu vista antecipada (coletiva) o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Ausentes, justificadamente, nessa assentada, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

REVISÃO CRIMINAL Nº 5.620 / SP (2021/0158110-6)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

VALDEMIR VIRIATO DE LIMA ajuíza revisão criminal, com fundamento no art. 621, I, do CPP, contra decisão prolatada pelo Ministro Relator Jorge Mussi, nos autos do REsp n. 1.807.278/SP, que restabeleceu a sentença condenatória, por não entender configurado o *bis in idem* na utilização concomitante da quantidade da droga para elevação da pena-base e afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, nestes termos:

Depreende-se do excerto transcrito que o acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento firmado neste Superior Tribunal de que “a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*” (AgRg no AREsp 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

[...]

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, dá-se provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.

Nesta revisão criminal, calcada no art. 621, I e III, alega a defesa, em síntese, os seguintes pontos: i) ocorrência de *reformatio in pejus* indireta, visto que a sentença não havia sido objeto de apelação do Ministério Público e, portanto, não poderia, em recurso especial, ser a decisão prejudicial ao réu; ii) impossibilidade de utilização concomitante da quantidade da droga para nortear a primeira fase e para impossibilitar a incidência do redutor; iii) incidência da atenuante da confissão espontânea; iv) aplicação de regime mais brando para início do cumprimento da pena.

De entrada, tal como assinalou a Ministra Laurita Vaz, registro que a simples leitura da inicial evidencia que o pleito também foi manejado com fundamento no inciso III do art. 621 do CPP, segundo o qual a revisão será admitida “quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena” (grifei). *No entanto, nenhuma prova nova foi mencionada nos autos, a afastar o cabimento da presente via com base no referido dispositivo legal.*

Cabe destacar, ainda, na esteira da orientação desta Corte, que só se “admite revisão criminal ajuizada em face de matéria efetivamente examinada no recurso especial atacado” (RvCrn. 3.370/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 3ª S., DJe 13/3/2017, destaquei). Na hipótese, contudo, *o recurso especial não versou sobre a incidência da atenuante da confissão, tampouco sobre o regime de cumprimento da pena, mas apenas sobre a inexistência de bis in idem na utilização da quantidade da droga na primeira e terceira fases da aplicação da pena.*

Além disso, deve ser afastada a alegação de *reformatio in pejus*, na medida em que o recurso especial foi interposto pelo Ministério Público contra acórdão que reformou a decisão de primeiro grau, esta, por sua vez, que dirimiu a controvérsia em harmonia com a pretensão acusatória e, por isso mesmo, não foi objeto de apelação. No recurso especial, portanto, apenas se restabeleceu a sentença.

Assim, somente seria possível o exame desta revisão criminal com base no inciso I do art. 621 do CPP, análise esta, contudo, que deveria ficar restrita à existência (ou não) de contrariedade ao texto expresso de lei relativamente à possibilidade (ou não) de se considerar a quantidade da droga como vetor preponderante da primeira fase e, também, como óbice para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

No particular, como salientou a Relatora, não se trata bem dessa hipótese, visto que a pretensão defensiva é a de aplicar a jurisprudência agora favorável, a qual foi estabelecida na direção de que a aplicação concomitante da quantidade na primeira e na terceira fase de fixação da pena acarreta *bis in idem*. De fato, no caso, a jurisprudência da Quinta Turma, à época do julgamento do recurso especial, entendia possível a utilização da quantidade para ambas as operações.

Oportuno frisar que a “jurisprudência deste Tribunal Superior é assente no sentido de que *a mudança de posicionamento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória não possibilita o ajuizamento de revisão criminal, sob pena de violação aos princípios da coisa julgada e da segurança jurídica, sendo tal entendimento flexibilizado tão somente nas hipóteses em que haja novo entendimento benéfico ao réu e que tal entendimento seja relevante e atual* (RvCr n. 5.627/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, DJe de 22/10/2021; e RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 15/12/2017)” (AgRg no HC n. 637.902/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe 30/3/2023, destaquei).

Diante disso, *a controvérsia estabelecida nesta oportunidade está em saber, na verdade, se o caso se enquadra na hipótese de relevante entendimento jurisprudencial que foi modificado em favor do réu, de modo a possibilitar a superação do não cabimento da revisão criminal, em abrandamento à previsão contida no art. 621, I, do CPP.*

Em primeiro lugar, assinalo que estou de acordo com a Relatora quando pontuou que o caso é distinto daqueles precedentes que originaram a possibilidade de cabimento da revisão quando há modificação favorável ao réu de compreensão jurisprudencial relevante, *seja porque a decisão objeto desta revisão se harmonizava*

com a pacífica jurisprudência ao tempo em que proferida, seja porque o entendimento que se sucedeu não foi consolidado em precedente qualificado.

Em segundo lugar, acrescentaria a *insegurança jurídica ocasionada com a aceitação desta revisão criminal*. Isso porque abriria espaço para uma pletora de revisões calcadas em jurisprudência modificada ao longo dos anos, as quais poderiam não se restringir à fixação da pena, mas também a diversos outros aspectos penais ou processuais que não se identificam, necessariamente, com questões relevantes a ensejar, por exemplo, a própria absolvição do réu (situação na qual considero justificada a revisão).

Por fim, digno de nota é que a questão acerca da possibilidade de utilização da quantidade da droga em ambas as etapas da aplicação da pena persistiu até o início de 2020, como frisou a Ministra Laurita Vaz, circunstância que denota se tratar de tema recente e que pode ainda estar sujeito a alteração, de tal sorte a afastar, em razão da estabilidade jurídica da coisa julgada, a possibilidade de cabimento da revisão criminal.

À vista do exposto, *acompanho a Ministra Laurita Vaz para não conhecer da revisão criminal.*

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0158110-6

PROCESSO ELETRÔNICO

RvCr 5.620 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00022580620168260104 00124472520208260000 124472520
20826000022580620168260104**

PAUTA: 10/08/2022

JULGADO: 14/06/2023

Relatora

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Revisor

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário
Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU: PERLA ELIZABETH MARTINEZ LOPEZ
ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas – Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, acompanhando o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora), não conhecendo da revisão criminal, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Messod Azulay Neto (declarou-se apto a votar), a Terceira Seção, por maioria, não conheceu da revisão criminal, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Revisor) e Sebastião Reis Júnior, que conheciam da revisão criminal e julgavam-na parcialmente procedente.

Votaram vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Revisor) e Sebastião Reis Júnior.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto (declarou-se apto a votar) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO ESPECIAL Nº 1.995.565 / SÃO PAULO (2022/0097974-0)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: FRANCISCO GULLO JUNIOR

ADVOGADOS: ARTHUR SALIBE - SP163207

ALOISIO SZCZECINSKI FILHO - SP282966

MATEUS RAGAZZO PASTORI VANTINI - SP424992

RECORRIDO: BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS: PAULO ROBERTO JOAQUIM DOS REIS - SP023134

DANIEL DE SOUZA - SP150587

LARISSA CRISTINA FERREIRA MESSIAS - SP289357

CLICIA DO NASCIMENTO VECCHINI - SP304688

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 489, § 1º, DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. VALOR POUPADO ATÉ 40 SALÁRIOS-MÍNIMOS. IMPENHORABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 833, IV, DO CPC/2015. EXCEÇÃO SE PRESERVADO VALOR SUFICIENTE À DIGNIDADE DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DO VALOR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. JULGAMENTO VIRTUAL. RECURSO SEM PREVISÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. OPOSIÇÃO TEMPESTIVA PELA PARTE. DIREITO DE EXIGIR JULGAMENTO EM SESSÃO PRESENCIAL. INEXISTÊNCIA.

DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADO.

1. Ação de cobrança, atualmente em fase de cumprimento de sentença, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 6/7/2021 e concluso ao gabinete em 29/4/2022.

2. O propósito recursal é definir se (I) houve negativa de prestação jurisdicional; (II) os valores bloqueados pelo Juízo são impenhoráveis; e (III) é nulo o julgamento realizado por meio virtual, quando houve a expressa e tempestiva oposição pela parte a essa modalidade de julgamento.

3. Não há ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, quando o Tribunal de origem examina, de forma fundamentada, a questão submetida à apreciação judicial na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte. Precedentes.

4. A matéria referente à impenhorabilidade do valor poupado até o total de 40 salários-mínimos não foi apreciada pelo Tribunal de origem, caracterizando inovação recursal. Assim, a ausência de prequestionamento impede o exame da insurgência quanto ao ponto. Súmulas 282 e 356 do STF.

5. A ausência de indicação do dispositivo violado impede o conhecimento do recurso especial quanto ao tema. Súmula 284/STF.

6. Nos termos do art. 833, IV, do CPC/2015, são impenhoráveis os proventos de aposentadoria, ressalvado o § 2º do mesmo dispositivo legal. Ademais, conforme a jurisprudência desta Corte, essa regra pode ser excepcionada quando preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família.

7. Considerando que as instâncias de origem concluíram pela ausência de comprovação de que os valores bloqueados consistem em proventos de aposentadoria, alterar essa decisão demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável, em sede de recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

8. A realização do julgamento na modalidade virtual não acarreta a sua nulidade, porquanto se trata de providência que está de acordo com os princípios da colegialidade, da adequada duração do processo e do devido processo legal. Precedentes do STJ e do STF.

9. Não há, no ordenamento jurídico vigente, o direito de exigir que o julgamento ocorra por meio de sessão presencial. Portanto, o fato de o julgamento ter sido realizado de forma virtual, mesmo

com a oposição expressa e tempestiva da parte, não é, por si só, causa de nulidade.

10. Conforme a jurisprudência desta Corte, a decretação de nulidade de atos processuais depende de efetiva demonstração de prejuízo da parte interessada (*pas de nullité sans grief*), por prevalência do princípio da instrumentalidade das formas.

11. A realização do julgamento por meio virtual, mesmo com a oposição pela parte, não gera, em regra, prejuízo nas hipóteses em que não há previsão legal ou regimental de sustentação oral, sendo imprescindível, para a decretação de eventual nulidade, a comprovação de efetivo prejuízo na situação concreta.

12. Além disso, mesmo quando há o direito de sustentação oral, se o seu exercício for garantido e viabilizado na modalidade de julgamento virtual, não haverá qualquer prejuízo ou nulidade, ainda que a parte se oponha a essa forma de julgamento, porquanto o direito de sustentar oralmente as suas razões não significa o de, necessariamente, o fazer de forma presencial.

13. Hipótese em que o Tribunal de origem julgou, por meio de sessão virtual, agravo de instrumento interposto contra decisão que não versa sobre tutela provisória (sem previsão, portanto, de sustentação oral), mesmo diante da oposição expressa e tempestiva pelo recorrente a essa modalidade de julgamento.

14. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2022. (data do julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.995.565 / SP (2022/0097974-0)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: FRANCISCO GULLO JUNIOR

ADVOGADOS: ARTHUR SALIBE - SP163207

ALOISIO SZCZECINSKI FILHO - SP282966

MATEUS RAGAZZO PASTORI VANTINI - SP424992

RECORRIDO: BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS: PAULO ROBERTO JOAQUIM DOS REIS - SP023134

DANIEL DE SOUZA - SP150587

LARISSA CRISTINA FERREIRA MESSIAS - SP289357

CLICIA DO NASCIMENTO VECCHINI - SP304688

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por FRANCISCO GULLO JUNIOR, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP.

Recurso especial interposto em: 6/7/2021.

Concluso ao gabinete em: 29/4/2022.

Ação: de cobrança, ajuizada por BANCO DO BRASIL SA contra FRANCISCO GULLO JUNIOR, cujo pedido foi julgado procedente para condenar o réu a pagar ao autor o valor, na época, de R\$ 295.641,93. Atualmente o processo se encontra em fase de cumprimento de sentença.

Decisão interlocutória: o Juízo de primeiro grau rejeitou a impugnação apresentada por FRANCISCO, indeferindo o pedido de liberação dos valores bloqueados (R\$ 23.415,25) e afastando a alegação de impenhorabilidade.

Acórdão: o TJ/SP negou provimento ao agravo de instrumento interposto FRANCISCO, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ação condenatória em fase de cumprimento de sentença – bloqueio de valores na conta do executado – alegação de que se trata de valor impenhorável, pois decorrente de proventos de aposentadoria – inaplicabilidade do art. 833, IV, CPC – ausência de prova da origem dos valores – ademais, a proteção se refere ao suficiente à subsistência do devedor, não sendo assim caracterizado o que sobejar – precedentes – impenhorabilidade não caracterizada – decisão mantida recurso não provido. (e-STJ fl. 158)

Embargos de Declaração: opostos por FRANCISCO, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação dos arts. 489, § 1º, IV e VI, 832, 833, IV e § 2º, 882 e 1.022, I e II, do CPC/2015, além de dissídio jurisprudencial. Sustenta, inicialmente, a nulidade do acórdão recorrido, por ter se manifestado contra o julgamento virtual, dentro do prazo regimental. Aduz que os valores bloqueados são impenhoráveis, porque são proventos de aposentadoria. Afirma, ainda, que a impenhorabilidade até o valor de 40 salários-mínimos se estende para qualquer aplicação financeira.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.995.565 / SP (2022/0097974-0)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: FRANCISCO GULLO JUNIOR

ADVOGADOS: ARTHUR SALIBE - SP163207

ALOISIO SZCZECINSKI FILHO - SP282966

MATEUS RAGAZZO PASTORI VANTINI - SP424992

RECORRIDO: BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS: PAULO ROBERTO JOAQUIM DOS REIS - SP023134

DANIEL DE SOUZA - SP150587

LARISSA CRISTINA FERREIRA MESSIAS - SP289357

CLICIA DO NASCIMENTO VECCHINI - SP304688

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 489, § 1º, DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. VALOR POUADO ATÉ 40 SALÁRIOS-MÍNIMOS. IMPENHORABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 833, IV, DO CPC/2015. EXCEÇÃO SE PRESERVADO VALOR SUFICIENTE À DIGNIDADE DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DO VALOR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. JULGAMENTO VIRTUAL. RECURSO SEM PREVISÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. OPOSIÇÃO TEMPESTIVA PELA PARTE. DIREITO DE EXIGIR JULGAMENTO EM SESSÃO PRESENCIAL. INEXISTÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADO.

1. Ação de cobrança, atualmente em fase de cumprimento de sentença, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 6/7/2021 e concluso ao gabinete em 29/4/2022.

2. O propósito recursal é definir se (I) houve negativa de prestação jurisdicional; (II) os valores bloqueados pelo Juízo são impenhoráveis; e (III) é nulo o julgamento realizado por meio

virtual, quando houve a expressa e tempestiva oposição pela parte a essa modalidade de julgamento.

3. Não há ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, quando o Tribunal de origem examina, de forma fundamentada, a questão submetida à apreciação judicial na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte. Precedentes.

4. A matéria referente à impenhorabilidade do valor poupado até o total de 40 salários-mínimos não foi apreciada pelo Tribunal de origem, caracterizando inovação recursal. Assim, a ausência de prequestionamento impede o exame da insurgência quanto ao ponto. Súmulas 282 e 356 do STF.

5. A ausência de indicação do dispositivo violado impede o conhecimento do recurso especial quanto ao tema. Súmula 284/STF.

6. Nos termos do art. 833, IV, do CPC/2015, são impenhoráveis os proventos de aposentadoria, ressalvado o § 2º do mesmo dispositivo legal. Ademais, conforme a jurisprudência desta Corte, essa regra pode ser excepcionada quando preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família.

7. Considerando que as instâncias de origem concluíram pela ausência de comprovação de que os valores bloqueados consistem em proventos de aposentadoria, alterar essa decisão demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável, em sede de recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

8. A realização do julgamento na modalidade virtual não acarreta a sua nulidade, porquanto se trata de providência que está de acordo com os princípios da colegialidade, da adequada duração do processo e do devido processo legal. Precedentes do STJ e do STF.

9. Não há, no ordenamento jurídico vigente, o direito de exigir que o julgamento ocorra por meio de sessão presencial. Portanto, o fato de o julgamento ter sido realizado de forma virtual, mesmo com a oposição expressa e tempestiva da parte, não é, por si só, causa de nulidade.

10. Conforme a jurisprudência desta Corte, a decretação de nulidade de atos processuais depende de efetiva demonstração de prejuízo da parte interessada (*pas de nullité sans grief*), por prevalência do princípio da instrumentalidade das formas.

11. A realização do julgamento por meio virtual, mesmo com a oposição pela parte, não gera, em regra, prejuízo nas hipóteses em que não há previsão legal ou regimental de sustentação oral,

sendo imprescindível, para a decretação de eventual nulidade, a comprovação de efetivo prejuízo na situação concreta.

12. Além disso, mesmo quando há o direito de sustentação oral, se o seu exercício for garantido e viabilizado na modalidade de julgamento virtual, não haverá qualquer prejuízo ou nulidade, ainda que a parte se oponha a essa forma de julgamento, porquanto o direito de sustentar oralmente as suas razões não significa o de, necessariamente, o fazer de forma presencial.

13. Hipótese em que o Tribunal de origem julgou, por meio de sessão virtual, agravo de instrumento interposto contra decisão que não versa sobre tutela provisória (sem previsão, portanto, de sustentação oral), mesmo diante da oposição expressa e tempestiva pelo recorrente a essa modalidade de julgamento.

14. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.995.565 / SP (2022/0097974-0)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: FRANCISCO GULLO JUNIOR

ADVOGADOS: ARTHUR SALIBE - SP163207

ALOISIO SZCZECINSKI FILHO - SP282966

MATEUS RAGAZZO PASTORI VANTINI - SP424992

RECORRIDO: BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS: PAULO ROBERTO JOAQUIM DOS REIS - SP023134

DANIEL DE SOUZA - SP150587

LARISSA CRISTINA FERREIRA MESSIAS - SP289357

CLICIA DO NASCIMENTO VECCHINI - SP304688

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

O propósito recursal é definir se (I) houve negativa de prestação jurisdicional; (II) os valores bloqueados pelo Juízo são impenhoráveis; e (III) é nulo o julgamento realizado por meio virtual, quando houve a expressa e tempestiva oposição pela parte a essa modalidade de julgamento.

1. DA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015

1. É firme a jurisprudência desta Corte de que não há ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal de origem examina “de forma fundamentada, a questão submetida à apreciação judicial na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte” (AgInt no REsp 1956582/RJ, 3ª Turma, DJe 9/12/2021).

2. No mesmo sentido: AgInt no AREsp 1997395/RJ, 3ª Turma, DJe 19/04/2022; AgInt nos EDcl no AREsp 1844912/DF, 4ª Turma, DJe 18/04/2022; AgInt no AREsp 1924900/SP, 1ª Turma, DJe 19/04/2022; AgInt no AREsp 1901718/PE, 2ª Turma, DJe 25/03/2022.

3. No particular, o Tribunal de origem analisou a alegação de impenhorabilidade formulada pelo recorrente e decidiu que não foi comprovada a natureza alimentar dos valores bloqueados e, ademais, “as verbas de natureza alimentar em geral, incluídos aí os proventos de aposentadoria, podem ser objeto de penhora em parte que não comprometa a subsistência do devedor” (e-STJ fl.162).

4. Ademais, no julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal de origem decidiu que não houve prejuízo pelo julgamento ter sido realizado em sessão virtual.

5. Assim, ausente omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão recorrido, e devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado suficientemente o referido acórdão, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não se verifica a violação dos arts. 1.022 e 489, § 1º, do CPC/2015.

2. DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E DA FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE

6. O recorrente alega que “com base no entendimento deste C. STJ, a impenhorabilidade até o valor de 40 (quarenta) salários-mínimos (até o importe de R\$ 44.000,00 atualmente), estende-se para quaisquer aplicações financeiras” (e-STJ fl. 194).

7. Com efeito, segundo a jurisprudência desta Corte, “é possível ao devedor poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários-mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda” (REsp 1.330.567/RS, Segunda Seção, DJe 19/12/2014). No mesmo sentido: REsp 1.230.060/PR, Segunda Seção, DJe 29/8/2014; AgInt no REsp 1.906.872/SP, 3ª Turma, DJe 8/9/2022; AgInt no REsp 1.958.516/SP, 4ª Turma, DJe 1/7/2022.

8. No entanto, a matéria referente à impenhorabilidade do valor poupado até o total de 40 salários-mínimos não foi apreciada pelo Tribunal de origem, inclusive, porque não foi alegado pelo recorrente, nem no agravo de instrumento, nem nos embargos de declaração.

9. Assim, não houve o devido prequestionamento da matéria, caracterizando, na realidade, inovação recursal, ensejando o não conhecimento do recurso, no ponto, por força das Súmulas 282 e 356 do STF.

10. Além disso, nas razões do recurso especial, apesar de colacionar o entendimento jurisprudencial sobre o tema referente à impenhorabilidade de valores até 40 salários-mínimos, o recorrente não apontou o dispositivo de lei que teria sido violado neste ponto, o que, também, impede o conhecimento do recurso, por força da Súmula 284/STF.

3. DA IMPENHORABILIDADE DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. SÚMULA 7/STJ

11. Nos termos do art. 833, IV, do CPC/2015, são impenhoráveis os proventos de aposentadoria, ressalvado o § 2º, do referido dispositivo.

12. Não obstante, a Corte Especial do STJ fixou o entendimento de que “a regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família” (REsp 1.582.475/MG, Corte Especial, REPDJe 19/3/2019, DJe 16/10/2018). Confira-se, ainda: REsp 1.815.055/SP, Corte Especial, DJe 26/8/2020.

13. No particular, o recorrente alega ter comprovado que os valores bloqueados pelo Juízo decorrem de seus proventos de aposentadoria como membro da Advocacia Geral da União.

14. O Tribunal de origem, por sua vez, inicialmente ressaltou que “as verbas de natureza alimentar em geral, incluídos aí os proventos de aposentadoria, podem ser objeto de penhora em parte que não comprometa a subsistência do devedor, mantendo-se o mínimo existencial para sua dignidade” (e-STJ fl. 162), o que está de acordo com a jurisprudência desta Corte, como visto.

15. De todo o modo, o acórdão recorrido consignou a ausência de comprovação de que os valores bloqueados seriam “proventos de aposentadoria”, como alega o recorrente, porquanto “o documento de fls. 99 nada comprova, não havendo demonstração suficiente sobre a origem dos valores, de modo que não se presume, por meras alegações do agravante, a impenhorabilidade” (e-STJ fl. 162).

16. No mesmo sentido, já tinha decidido o Juízo de primeiro grau, nos seguintes termos, conforme transcrito no acórdão recorrido:

Para acolhimento do pleito do executado, *in casu*, era imprescindível que ele carresse aos autos os respectivos extratos bancários, com o histórico de movimentações. Sem referida prova documental, simples de ser obtida, não é possível presumir que a constrição recaiu sobre proventos de aposentadoria. Caberia ao impugnante trazer aos autos documentos idôneos para comprovação de suas alegações, ônus processual do qual não se desincumbiu a contento. (e-STJ fl. 159)

17. Nesse contexto, considerando que as instâncias de origem concluíram pela ausência de comprovação de que os valores bloqueados consistem em proventos de aposentadoria, alterar essa decisão demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável, em sede de recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

18. Portanto, no ponto, o recurso não merece ser conhecido.

4. DA NULIDADE PELA OPOSIÇÃO AO JULGAMENTO VIRTUAL

19. Em primeiro lugar, conforme a pacífica jurisprudência desta Corte, “não há que se falar em nulidade do julgamento virtual porque ele está em consonância com os princípios da colegialidade, da adequada duração do processo e do devido processo legal” (AgRg no AgRg no RE nos EDcl na APn 327/RR, Corte Especial, DJe 30/6/2020). Na mesma linha: EDcl nos EDcl no CC 144.088/SP, Segunda Seção, DJe 16/9/2021.

20. No mesmo sentido, é a jurisprudência do STF: ADI 4580 ED, Tribunal Pleno, DJe 19/2/2020; ARE 913264 RG-ED, Tribunal Pleno, DJe 25/10/2016; ARE 859251 ED, Tribunal Pleno, DJe 9/11/2015.

21. Registra-se que, por ausência de previsão legal, a mera oposição da parte ao julgamento virtual não tem o condão de determinar a ocorrência do julgamento em sessão presencial ou telepresencial.

22. Em sua redação originária, o art. 945, §§ 2º e 3º, do CPC/2015 previa o direito de as partes apresentarem discordância do julgamento por meio eletrônico, sem necessidade de motivação, “sendo apta a determinar o julgamento em sessão presencial”.

23. Ocorre que esses dispositivos foram revogados pela Lei nº 13.256/2016, ficando consignado no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania no respectivo Projeto de Lei (PL nº 2.384/2015), que a revogação ocorreu porque autorizava as partes, sem motivação, “solicitar julgamento presencial, mesmo quando não houver previsão de sustentação oral, o que pode ampliar sobremaneira o número de petições a serem analisadas pelos tribunais superiores, inviabilizando a Corte e o funcionamento do plenário virtual” (Câmara dos Deputados. Parecer às Emendas de Plenário. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=no_de0bkyntzvqm04q8rpx3nwl6bq8542385.node0?cod_teor=1402334&filename=Tra_mitacao-PL+2384/2015>. Acesso em: 4/11/2022).

24. Desse modo, como não há, no ordenamento jurídico vigente, o direito de exigir que o julgamento ocorra por meio de sessão presencial, o fato de o julgamento ter sido realizado de forma virtual, mesmo com a oposição expressa e tempestiva da parte, não é, por si só, causa de nulidade.

25. Destaca-se que, segundo a jurisprudência desta Corte, a decretação de nulidade de atos processuais depende de efetiva demonstração de prejuízo da parte interessada (*pas de nullité sans grief*), por prevalência do princípio da instrumentalidade das formas. Nesse sentido: AgRg nos EDcl nos EREsp 1.449.212/RN, Corte Especial, DJe 16/12/2015; e AgInt nos EREsp 1.727.899/DF, Segunda Seção, DJe 24/8/2020.

26. Sobre o tema em exame, há decisões desta Corte no sentido de que “não há que se falar em nulidade do acórdão recorrido, pelo tão só fato de a recorrente ter manifestado oposição ao julgamento virtual da causa, e mesmo assim o feito ter ido a plenário virtual na origem. Isso, porque, conforme destacou o Tribunal local, o julgamento virtual não ensejou prejuízo algum à recorrente, haja vista a ausência de previsão para a realização de sustentação oral” (AgInt no REsp 1.881.804/SP, 4ª Turma, DJe 6/4/2021).

27. No mesmo sentido: AgInt no AREsp 1.826.593/SP, 4ª Turma, DJe 6/5/2022; AgInt no AREsp 1.527.339/MG, 3ª Turma, DJe 11/5/2020; AgInt no AREsp 1.753.422/SP, 2ª Turma, DJe 23/3/2022.

28. Com efeito, a realização do julgamento por meio virtual, mesmo com a oposição pela parte, não acarreta, em regra, prejuízo nas hipóteses em que não há previsão legal ou regimental de sustentação oral, sendo imprescindível, para a decretação de eventual nulidade, a comprovação de efetivo prejuízo na situação concreta.

29. Além disso, mesmo quando há o direito de sustentação oral, se o seu exercício for garantido e viabilizado na modalidade de julgamento virtual, não haverá qualquer prejuízo ou nulidade, ainda que a parte se oponha a essa forma de julgamento, porquanto o direito de sustentar oralmente as suas razões não significa o de, necessariamente, o fazer de forma presencial.

5. DA HIPÓTESE DOS AUTOS

30. O recorrente alega a nulidade do acórdão recorrido, tendo em vista que o julgamento foi realizado em sessão virtual, mesmo diante da oposição expressa por ele, no devido prazo regimental.

31. O Tribunal de origem, no julgamento dos embargos de declaração, decidiu que, na presente hipótese, “por se tratar de agravo de instrumento cujo objeto não se refere à tutela de urgência, não seria admitida a sustentação oral, conforme o teor do art. 146, § 4º, do RITJSP e do art. 937, inciso VIII, do CPC. Portanto, não há qualquer prejuízo por ter sido realizado o julgamento pelo meio virtual, não havendo que se falar em nulidade” (e-STJ fl. 176).

32. De fato, para que a parte possa sustentar oralmente as suas razões perante os Tribunais é necessária a previsão legal ou regimental e, conforme o art. 937, VIII, do CPC/2015, em agravo de instrumento, só cabe a sustentação oral quando o recurso for “interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência”.

33. No particular, trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida em fase de cumprimento de sentença, que indeferiu o pedido de liberação de valores bloqueados.

34. Assim, considerando que, na hipótese, não cabia sustentação oral perante o Tribunal de origem, o julgamento do agravo de instrumento referido por meio de sessão virtual, mesmo com a oposição tempestiva pelo recorrente, não resultou em prejuízo algum a ele, nem, portanto, nulidade.

35. Desse modo, deve ser mantido o acórdão recorrido que afastou a nulidade arguida pelo recorrente.

6. DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

36. O recorrente aduz a existência de dissenso jurisprudencial em relação ao HC 603.259/SP, quanto à nulidade do julgamento virtual, e ao AgInt no REsp 1.812.780/SC, quanto à impenhorabilidade de valores inferiores a 40 salários-mínimos.

37. Observa-se que o acórdão proferido pela Quinta Turma do STJ no HC 603.259/SP reconheceu a nulidade do julgamento virtual porque, naquela hipótese, houve prejuízo consistente na impossibilidade de a parte realizar a sustentação oral.

38. Diante desse cenário, não há exata similitude fática entre a situação versada no acórdão paradigma e a aqui discutida, elemento indispensável à demonstração da

divergência, conforme os arts. 1029, § 1º, do CPC/2015 e 255, § 1º, do RISTJ, restando, assim, inviável o conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1927367/RJ, 3ª Turma, DJe 16/12/2021; AgInt no AREsp 1834427/SP, 4ª Turma, DJe 25/11/2021; AgInt no AREsp 1894157/DF, 4ª Turma, DJe 28/10/2021; e AgInt no REsp 1891973/RJ, 3ª Turma, DJe 23/09/2021.

39. Além disso, fica prejudicado o dissídio apontado em relação ao acórdão proferido pela Primeira Turma do STJ no AgInt no REsp 1.812.780/SC, porque, quanto ao tema não houve o prequestionamento, nem a indicação do dispositivo de lei federal violado.

40. Com efeito, “a inadmissão do recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, a, da Constituição Federal, em razão da incidência de enunciado sumular, prejudica o exame do recurso no ponto em que suscita divergência jurisprudencial quanto ao mesmo dispositivo legal ou tese jurídica” (AgInt no AREsp 1.840.242/RS, 1ª Turma, DJe 21/9/2022). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 2.096.017/RJ, 3ª Turma, DJe 14/9/2022; AgInt no REsp 1.849.963/SP, 3ª Turma, DJe 3/3/2021; AgInt no REsp 1.906.923/BA, 3ª Turma, DJe 22/9/2021.

7. DISPOSITIVO

Forte nessas razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, NEGO-LHE PROVIMENTO.

Deixo de majorar honorários advocatícios, em virtude da ausência de condenação na instância de origem.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2022/0097974-0

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.995.565 / SP

**Números Origem: 00030626320208260320 10030506620198260320
21062595320218260000 30626320208260320 6992019**

PAUTA: 22/11/2022

JULGADO: cccc

Relatora

Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSNIR BELICE

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: FRANCISCO GULLO JUNIOR

ADVOGADOS: ARTHUR SALIBE - SP163207

ALOISIO SZCZECINSKI FILHO - SP282966

MATEUS RAGAZZO PASTORI VANTINI - SP424992

RECORRIDO: BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS: PAULO ROBERTO JOAQUIM DOS REIS - SP023134

DANIEL DE SOUZA - SP150587

LARISSA CRISTINA FERREIRA MESSIAS - SP289357

CLICIA DO NASCIMENTO VECCHINI - SP304688

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Obrigações – Espécies de Contratos – Contratos Bancários

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa extensão, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





MPRJ elege novos integrantes para o Órgão Especial

O MPRJ, no dia 21/08, realizou o pleito que elegeu os novos integrantes para o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça no biênio 2023/2025, sendo dez titulares e dois suplentes. Os membros tiveram a opção de votar por meio eletrônico, através do Sistema Eletrônico de Votação (SEV) e pelas urnas eletrônicas instaladas na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados.

Foram eleitos como titulares os Procuradores de Justiça Marcelo Daltro Leite; Walberto Fernandes de Lima; Patrícia Mothé Glioche Béze; Luciana Sapha Silveira; Rita de Cássia Araújo de Faria; Márcia Maria Tamburini Porto; Sávio Renato Bittencourt Soares Silva; Carla Rodrigues Araujo de Castro; Márcia Alves Pires Rodrigues e Gianfilippo de Miranda Pianezzola. As Procuradoras de Justiça Ângela Maria Silveira dos Santos e Maria Elisabete Cardoso Antunes da Costa foram eleitas para a suplência dos titulares. Participaram da votação 180 Procuradores de Justiça, de um total de 183 aptos. Foram registrados 1.205 votos válidos, um voto em branco e um nulo.

Durante a votação, o Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, destacou a importância do Órgão Especial para a instituição. “A eleição é de extrema relevância para o MPRJ. O Órgão Especial tem o papel de analisar questões sensíveis e tomar as principais decisões da instituição, além de ser um órgão de apoio à Administração Superior. A eleição para as escolhas dos membros simboliza a democracia interna do MPRJ”, ressaltou o PGJ. A Decana da instituição, Procuradora de Justiça Maria Cristina Tellechea, à frente de toda a votação, exerceu a presidência do pleito. Ao seu lado,

compondo a mesa apuradora dos votos estavam os Procuradores de Justiça Alexandre Araripe Marinho e Elizabeth Carneiro de Lima.



A cerimônia de posse dos membros eleitos se realizará no dia 22 de setembro, em Sessão Solene do Órgão Especial. Os mandatos serão exercidos entre 25 de setembro de 2023 e 24 de setembro de 2025. O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, pelo Corregedor-Geral do MPRJ, pelos dez Procuradores de Justiça mais antigos na classe e por dez Procuradores de Justiça eleitos. Compete ao órgão, dentre outras funções, dar posse ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral e aprovar propostas de criação de cargos e serviços auxiliares, modificações na Lei Orgânica Estadual do Ministério Público e providências relacionadas ao desempenho das funções institucionais.



Projeto *Parquet Digital* é destaque em conferência internacional do MP, realizada em Londres

O projeto *Parquet Digital* do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi destaque na *28th Annual Conference & General Meeting of the International Association of Prosecutor (IAP)*, realizada entre os dias 24 e 27 de setembro, em Londres, cujo anfitrião foi o *Crown Prosecution Service of England and Wales*. Por ocasião da abertura do encontro, o Presidente da IAP, o Procurador-Geral de Buenos Aires, Juan Bautista Mahiques, destacou, em seu discurso, o projeto do MPRJ *Parquet Digital* como uma das principais experiências internacionais da aplicação da tecnologia na atividade do Ministério Público, ressaltando estar o MPRJ em uma posição de vanguarda mundial.

A natureza dinâmica da criminalidade do século XXI, seus desafios e responsabilidades foram alguns dos temas da conferência, que teve como foco a troca de experiências e cooperações entre Ministérios Públicos e os avanços tecnológicos empregados na atividade ministerial para o combate ao crime e outros ilícitos. O *Parquet Digital* foi apresentado na sessão plenária do dia 26/09 para os Ministérios Públicos de todos os demais países presentes pelo Promotor de Justiça Sidney Rosa, idealizador do projeto e que, atualmente, ocupa a função de assessor do Secretário-Geral de Planejamento Institucional, responsável pelo trabalho da Gerência de Análises, Diagnósticos e Geoprocessamento (GADG/MPRJ).

Em sua apresentação, Sidney ressaltou a importância da utilização de processos automatizados e de inteligência artificial para a identificação de situações prioritárias

para a atuação do Ministério Público, gerando maior capacidade de impacto social e de gestão das Promotorias de Justiça. Destacou, ainda, a parceria de sucesso com o Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE/MPRJ) no desenvolvimento do Painel de Compras, demonstrando como a ciência de dados pode ser usada para identificação de situações de ilícito e garante mais celeridade e proatividade na resposta ministerial, independentemente do recebimento de qualquer provocação externa para agir.



ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÃO DE IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA

133-137, 140, 142-145;

ADI Nº 2.250

96;

ADI Nº 2.338

96;

ADMISSIBILIDADE DA PROVA

227, 233-235, 237, 245;

ANTONIO CANDIDO

325, 327, 329;

AUTOTUTELA

45, 51, 66-74, 78-85, 88-89, 93;

BEM JURÍDICO PENAL

190, 224;

CISÃO

147, 151-153, 155;

CONSELHEIRO TUTELAR

378-384;

CONTRATAÇÕES *ONLINE*

46;

CONTROLE DE CONTAS

96, 128;

CORRUPÇÃO

133, 136-142, 159-172, 204;

DESCARTES

313-315;

DIREITO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR

133-140, 143;

DIREITO CONSTITUCIONAL FINANCEIRO

95-96, 101, 104-107, 111, 115, 123-126, 128, 131;

DIREITO E LITERATURA

316, 325;

DIREITO FINANCEIRO

95-96, 102-104, 107, 111-112, 115, 119-120, 123-131, 257, 259, 265, 268, 272-275;

DIREITOS HUMANOS

105, 148, 173-174, 182-184, 186-187, 223, 261, 267, 286, 329;

DÚVIDA FILOSÓFICA

313;

DÚVIDA JURÍDICA

313,

ERA DA PÓS-VERDADE

307;

FEDERALISMO FISCAL

96, 116, 119, 127-131;

FILOSOFIA DA DÚVIDA

313-314, 318-319;

FINANÇAS PÚBLICAS

96, 103, 105, 122, 124, 276;

FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO

147-148, 150, 152, 154, 157;

FUSÃO

147, 153, 327;

GOVERNANÇA

63, 159-160, 162, 171-172;

GUARDA COMPARTILHADA

19-21, 23-24, 26-29, 31-32, 36, 39-40;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

133-145;

IN DUBIO PRO REO

313, 315-316, 319-320;

INCORPORAÇÃO

52, 147, 153, 285;

INDENIZAÇÃO

88, 134, 142;

INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA
173-177, 180-182, 184-187;

INTERDISCIPLINARIDADE
325;

KANT
313, 315;

LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL
95-96, 104, 115, 120, 122-123, 127-128,
267, 270, 281, 285, 287;

LEI Nº 14.230/2021
133, 137-138;

**MEIOS DE COMUNICAÇÃO
INSTANTÂNEOS**
46;

MONITORAMENTO ORÇAMENTÁRIO
257-258, 260-261, 275, 278, 297-298;

PATH DEPENDENCE
96, 102, 127, 131;

**PERSECUÇÃO CRIMINAL
CONTEMPORÂNEA**
189;

PERSPECTIVA DE GÊNERO
19-20, 23, 35, 39-40;

PESSOAS IDOSAS
173-177, 181, 185-187;

POLÍTICA FISCAL
95-96, 101, 103-104, 107, 109-112, 114-
115, 119-122, 127-128, 131;

POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE
257-258, 260-261, 275-276, 278, 297-
298;

POLÍTICAS PÚBLICAS
40, 104, 135, 140, 142, 159-163, 171, 175,
257-259, 261-265, 267-269, 272, 274-
278, 288, 329;

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
218-220, 232, 313, 319-320;

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
189-193, 195-200, 206, 208, 218-225;

PROCESSO COLETIVO
133-134, 136-137, 139-145;

PROCESSO PUNITIVO NÃO PENAL
133-134, 143, 145;

QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL
46;

RACIONALIDADE DA PROVA
227;

RECONHECIMENTO POR FOTOGRAFIA
190, 208-209, 221;

SEGURANÇA DE CRIANÇAS E MULHERES
20;

SEGURANÇA PÚBLICA
22, 159, 162-165, 169, 171-172, 198, 212,
218-219, 225, 232;

SMART CONTRACTS
45-53, 55-67, 70-71, 73-75, 78-79, 83-85,
87, 89, 91-93;

SÓCRATES
313-315;

SUSTENTABILIDADE FISCAL
96, 109, 128, 131;

TUTELA JURISDICIONAL
45, 64, 66, 84-86, 88-89, 91, 93;

TUTELA MATERIAL
46, 49;

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
19-25, 27, 29-40.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Helena Torezani

Coordenação-Geral

Rebeca Aismini

Coordenação de Editoração

Rodrigo Silva França

Estagiário

Cristina Siqueira

Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha

Revisão

Ana Carla Pereira

Vitória Barboza

Daniela Farias

Estagiários

Davi Kaptzki

Projeto Gráfico

Jonas Cruz

Design Gráfico

Foto da capa

Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

rmp@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares.

Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

rmp@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

rmp@mprj.mp.br