

ATUAÇÃO EM TEMAS PRÓXIMOS À SOCIEDADE

ATUAÇÃO ON TOPICS CLOSE TO SOCIETY

A *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense* foi criada em 2003 como meio de difusão e aprimoramento das atividades funcionais, científicas e culturais da Instituição. Em 2017, a *Atuação* passou por uma reestruturação, assumindo um formato mais acadêmico e técnico, alinhando-se aos critérios estabelecidos pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), em busca de tornar a revista uma importante referência para pesquisadores e de inseri-la no rol de periódicos jurídicos de maior prestígio do País.

Nessa nova fase da revista, já foi publicada a primeira edição, no volume 13, número 28, que contou com artigos inéditos, avaliados por um corpo de especialistas, em sua maioria externos à Instituição, atendendo ao critério de exogenia exigido pela CAPES, utilizando-se, ainda, o processo *double-blind peer view* (duplo-cego) para avaliação.

Agora, no volume 13, número 29, mantendo o atual padrão da revista, a *Atuação* apresenta uma nova coletânea de textos, que possibilitam uma aproximação de fenômenos comuns da atuação do Ministério Público nas mais diversas áreas do direito, revelando-se uma verdadeira contribuição na construção da dogmática dos temas aqui tratados.

No primeiro artigo apresentado no periódico, intitulado *A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e suas implicações procedimentais*, as autoras Helen Crystine Corrêa Sanches e Juliana Klein Zamboni analisam a posição doutrinária em relação à natureza jurídica das medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06, destacando, ainda, os reflexos procedimentais decorrentes dessas (no aspecto cível), e relatando, por fim, a experiência vivida no Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Florianópolis/SC.

Na sequência da revista, no tema de Justiça Restaurativa, a autora Bianca Garcia Neri apresenta o trabalho *Justiça restaurativa e sociedade moderna: reflexões a partir da construção de um novo paradigma na administração dos conflitos*, em que examina os fundamentos desse importante instituto, usando como

base de estudo as lições de Boaventura de Sousa Santos e Luis Alberto Warat.

Já no artigo *O emprego de medidas executivas atípicas no âmbito da improbidade administrativa*, escrito por Roberto Di Sena Junior, o autor debruça-se sob a redação aberta do art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil e, como destacado no título, analisa a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas previstas no novo diploma no âmbito do microssistema da improbidade administrativa.

Sobre temas relacionados ao novo Código de Processo Civil, a revista também traz os artigos *Considerações sobre a in/compatibilidade entre os precedentes do CPC 2015 e o common law*, de Danilo Miranda Ribeiro, e *A dimensão do efeito do modelo de cooperação judicial para o Ministério Público*, de Guilherme Christen Möller. Quanto ao primeiro, seu objetivo principal consiste em debater a existência de convergência do processo civil brasileiro com o *common law*, em razão de a nova norma processual, segundo o autor, haver dado maior destaque a precedentes no momento de fundamentação dos julgados. No tocante ao segundo, o foco foi a investigação dos efeitos do modelo cooperativo judicial na atuação do Ministério Público no processo, seja como parte, seja intervindo para a defesa da ordem jurídica.

A *Atuação* ainda conta com o trabalho de Juliana Goulart Ferreira, em que aponta os principais instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos, além de evidenciar alguns dos problemas ocasionados pela implementação desses na Administração Pública brasileira (*Aspectos críticos dos instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos*).

No artigo *A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de deslizamentos em áreas de risco*, de Marcos Golembiewski, a partir das posições doutrinárias e jurisprudenciais, o autor posiciona-se acerca da responsabilidade civil estatal objetiva nos casos de deslizamentos ocorridos em locais considerados áreas de risco, conforme o próprio título já diz, trazendo

Encerrando este número 29, o artigo *A criação de um cadastro nacional de poluidores como hipótese de monetização dos riscos ambientais*, de autoria de Sávio Araújo de Lemos Silva, a partir da simbiose entre o Direito e a Economia em matéria ambiental, apresenta a possibilidade da criação de um cadastro nacional de poluidores, buscando internalizar ao produto os custos sociais da

exploração do meio ambiente.

Pelo que se apresenta, portanto, os trabalhos selecionados não somente trazem temas atuais e próximos da sociedade, como uma análise crítica e aprofundada das questões levantadas.

Sob outra ótica, a empreitada reafirma a importância da valorização constante de uma política de aperfeiçoamento funcional e científico no Ministério Público, além da aproximação entre meio acadêmico e a prática jurídica em geral.

Boa leitura!

Analú Librelato Longo
Promotora de Justiça
Editora-responsável

Pareceristas que atuaram no volume 13, número 29, de dezembro de 2018:

- Ademar Pozzatti Junior (Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas) – Rio Grande do Sul, Brasil*
- Antônia Espíndola Longoni Klee (Universidade Federal de Pelotas, Faculdade de Direito) – Rio Grande do Sul, Brasil*
- Antonio Morimoto Junior (Ministério Público Federal, Procuradoria da República em Santos) – Distrito Federal, Brasil*
- Betânia de Moraes Alfonsin (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul) – Rio Grande do Sul, Brasil*
- Bruno Costa Marinho (Agência de Gestão e Inovação Tecnológica) - Rio de Janeiro, Brasil*
- Camilo Onoda Luiz Caldas (Universidade São Judas Tadeu) – São Paulo, Brasil*
- Carla Maria Zamith Boin Aguiar (Universidade de São Paulo) - São Paulo, Brasil*
- Frederico Thales de Araújo Martos (Faculdade de Direito de Franca) – São Paulo, Brasil*
- Geisa Lannes da Silva (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Assessoria de Direito Público) - Rio de Janeiro, Brasil*
- João Paulo Kulczynski Forster (Centro Universitário Ritter dos Reis) – Rio Grande do Sul, Brasil*
- Juliano dos Santos Calixto (Universidade Federal de Minas Gerais) – Minas Gerais, Brasil*
- Júlio César Garcia (Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Centro de Ciências Sociais e Aplicadas) – Paraná, Brasil*
- Luciana Santos Silva (Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia) - Bahia, Brasil*
- Luiz Felipe Hadlich Miguel (Universidade Ibirapuera, Advocacia Luiz Felipe e Carvalho Filho) – São Paulo, Brasil*
- Marcelo Bezerra Ribeiro (Universidade Federal da Bahia) – Bahia, Brasil*
- Marcelo Kokke Gomes (Advocacia-Geral da União) – Minas Gerais, Brasil*
- Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes (Fundação Universidade de Itaúna) – Minas Gerais, Brasil*
- Marcos Augusto Perez (Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques, Sociedade de Advogados) – São Paulo, Brasil*
- Mariana Barbosa de Souza (Universidade de Santa Cruz do Sul / Universidade de Quebec) - Rio Grande do Sul, Brasil / Quebec, Canadá*
- Michelle Barbosa de Brito (Ministério Público do Estado do Pará) - Pará, Brasil*
- Priscila da Silva Barboza (Universidade Federal do Paraná) - Paraná, Brasil*
- Ramiro Nóbrega Sant’Ana (Defensoria Pública do Distrito Federal, Núcleo de Família de Brasília) – Distrito Federal – Brasil*
- Ricardo dos Santos Bezerra (Universidade Estadual da Paraíba) – Paraíba, Brasil*
- Sérgio Turra Sobrane (Ministério Público do Estado de São Paulo, Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos) - São Paulo, - Brasil*
- Vinicius Gomes de Vasconcelos (Universidade de São Paulo) – São Paulo, Brasil*

A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA E SUAS IMPLICAÇÕES PROCEDIMENTAIS

THE LEGAL NATURE OF THE URGENT RESTRAINING ORDER OF THE MARIA DA PENHA ACT AND ITS PROCEDURAL IMPLICATIONS

Helen Crystine Corrêa Sanches

*Promotora de Justiça titular da 34ª Promotoria de Justiça da Capital
Doutora em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina*

Juliana Klein Zamboni

*Assistente de Promotoria no Ministério Público de Santa Catarina.
Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo central estudar a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, instituto inovador implementado pela Lei n. 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha. Buscou-se, em um primeiro momento, examinar-se a posição doutrinária em relação à natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, estabelecendo-se critérios para a análise do cunho jurídico do mencionado instrumento protetivo. A seguir, destacam-se os reflexos procedimentais decorrentes da compreensão quanto à natureza cível das medidas protetivas de urgência, relatando-se a experiência vivenciada no Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Florianópolis/SC.

Palavras-chave: Medidas protetivas de urgência. Natureza jurídica. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT: This article has the purpose to study the legal nature of the urgent restraining order as its main objective, an innovative approach implemented by the Law n. 11,340/06, also known as Maria da Penha Law. This paper, at first, has examined the doctrinaire's understanding about the legal nature of the urgent restraining order, as the objective criteria for the analysis of the legal nature of the protective instrument mentioned. The next step of this work was to emphasize the procedural consequences that result from the understanding of the civil nature inherent to the urgent restraining order, according to the reported experience in the Court for Domestic and Family Violence against Women in the Florianópolis' county.

Keywords: Emergency restraining order. Legal nature. Maria da Penha Law.

1 INTRODUÇÃO

Uma das grandes novidades legislativas implementadas Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi a criação das medidas protetivas de urgência, com o propósito de garantir instrumentos jurídicos aptos a proteger as mulheres que se encontram nessa situação, objetivando dar uma resposta estatal eficiente ao evitar o dano ou a lesão ao direito, e promover a diminuição dos índices de violência.

A tendência mundial de combate à violência contra a mulher mediante a criação de políticas preventivas e protecionistas que, afastando o foco na punição do agressor, preveem uma intervenção multidisciplinar no seio doméstico para quebrar o ciclo de violência, foi incorporada pelo legislador brasileiro por meio das inovações trazidas pela Lei.

Todavia, não obstante o grande avanço que representou, a Lei n. 11.340/06 permaneceu silente quanto à natureza jurídica das medidas protetivas e, por isso, diferentemente de outras legislações nacionais que estabeleceram subsistemas processuais com o intuito de maximizar a proteção aos direitos humanos a que visam proteger, com regras procedimentais específicas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, não se ocupou de prever um procedimento próprio para a efetivação das medidas, limitando-se a determinar genericamente a aplicação das legislações processuais civil e penal.

Ainda que o propósito de tal omissão se justifique na ampliação das possibilidades de proteção aos direitos da mulher vítima por maior número de instrumentos jurídicos (tanto cíveis como penais), de acordo com as especificidades de cada medida protetiva prevista na lei e de tantas outras que se afigurem adequadas e necessárias, a prática jurídica tem evidenciado que essa falta de definição tem gerado decisões conflituosas nos tribunais, e, contrariamente ao esperado, vem fragilizando a proteção jurídica à mulher vítima.

Em razão disso, diversas questões relacionadas a esse tema têm sido debatidas na doutrina e na jurisprudência, como por exemplo, a extensão das medidas protetivas, o tempo de duração, a forma e os prazos de impugnação, o recurso cabível e as consequências pelo seu descumprimento, situações que comprometem a efetividade da proteção legal e geram insegurança jurídica.

Nesse contexto, questiona-se qual a natureza das medidas protetivas de urgência, problematizando quanto aos possíveis critérios de aplicação do instituto e suas implicações procedimentais na prática jurídica, concluindo-se que a aplicação do referido instrumento utilizando o procedimento cível torna a proteção da vítima mais efetiva, com o fim de garantir o objetivo da lei.

Tal conclusão deriva sobretudo a partir da prática profissional implementada no Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Florianópolis/SC desde 2015, descrita no item 6, no qual, atendendo-se ao posicionamento do Ministério Público, a Magistrada atuante na unidade jurisdicional estabeleceu às medidas protetivas o caráter de tutela de urgência de natureza cautelar, prevista no Código de Processo Civil, de forma autônoma em relação a eventual inquérito policial ou ação penal.

Em consequência, os resultados empiricamente observados na prática judiciária vêm demonstrando que o procedimento adotado afigura-se mais adequado à garantia da efetividade do objetivo da Lei Maria da Penha às vítimas, qual seja, a proteção da vida e dos direitos da personalidade da mulher.

2 A DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA E A JURISPRUDÊNCIA

A par da previsão expressa das medidas protetivas de urgência exemplificativamente estabelecidas nos artigos 22, 23 e 24, no tocante aos aspectos procedimentais, a Lei n. 11.340/2006 dispõe, em seu artigo 13, que são aplicáveis subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal, além das disposições específicas relativas à criança, ao adolescente e ao idoso.¹

Muito embora se compreenda que tal remissão ampla se justifique na ampliação das possibilidades de proteção aos direitos da mulher vítima por uma ampla gama de instrumentos jurídicos (tanto cíveis como penais), constata-se que a lacuna deixada tem gerado decisões judiciais conflitantes e incompatíveis, muitas vezes inexistindo uniformização dentro de um mesmo tribunal (BECHARA, 2010).

Segundo Amom Albernaz Pires, as medidas protetivas têm enfrentando problemas relacionados à sua aplicabilidade, como por exemplo:

¹ Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei.

Qual o papel delas? Elas constituem mecanismos de proteção dos bens jurídicos de titularidade das vítimas ou de proteção de processos principais cíveis ou criminais? Constituem mecanismos de preservação contra a reiteração da violência? Qual a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06? Quais os consectários de referida natureza jurídica no que se refere aos requisitos e duração da medida? É possível fazer a diferenciação entre medidas protetivas de caráter penal e cível ou essas medidas têm natureza jurídica singular, própria de uma teleologia protetiva integral baseada no reconhecimento da desigualdade de gênero? Qual a relação entre o paradigma de gênero explicativo da violência contra a mulher e o papel das medidas protetivas? Qual o recurso cabível da decisão que (in)defer medidas protetivas? As medidas protetivas se revelam como exemplo de adoção de política criminal extrapenal? As medidas protetivas também cumprem as funções preventivas típicas do direito penal? (PIRES, 2011)

Conforme analisa Bechara, pouco se discute na doutrina sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência da Lei n. 11.340/06. Entretanto, a maioria dos autores defende que estas são medidas cautelares, atribuindo a algumas delas caráter cível, e a outras, caráter penal (BECHARA, 2010).

Este é o posicionamento adotado por Denílson Feitosa:

Assim, firmamos um primeiro ponto: há procedimentos cíveis e criminais separados, conduzidos por juízes com competência cumulativa, cível e criminal, quanto à matéria violência doméstica e familiar contra a mulher. As medidas protetivas, por sua vez, são, conforme o caso, medidas cautelares preparatórias, preventivas ou incidentes, como constatamos por suas características e por interpretação sistemática com outras leis. A mudança de denominação (“protetivas”) não lhes retirou seu caráter. Por outro lado, há várias medidas protetivas, na Lei 11.340/06, que têm, de modo geral, caráter dúplice, podendo ser utilizadas como medidas cautelares cíveis ou criminais. (FEITOZA, 2009, p. 626).

O autor, em sua obra, também discrimina as medidas cominadas em lei pertencentes a cada categoria. Segundo seu posicionamento, as medidas protetivas de urgência determinadas no artigo 22, incisos I, II, III, alíneas “a”, “b”, e “c” possuiriam caráter penal. Já as constantes no artigo 22, incisos IV e V, bem como as presentes no artigo 23, incisos III e IV, e artigo 24, incisos II, III e IV, seriam de caráter cível. Adiciona ainda que as determinações do artigo 23, incisos I e II, bem como as do artigo 24, inciso I, teriam natureza administrativa (FEITOZA, 2009).

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto seguem o mesmo entendimento acima delineado. Afirmam, em um capítulo intitulado “Cautelaridade”,

que a concessão das medidas protetivas deve preencher os dois requisitos básicos para a concessão de outras medidas cautelares: o *periculum in mora* e o *fumus bonis iuris*. Adiante, posicionam-se pela natureza dupla dos instrumentos protetivos da Lei n. 11.340/06, afirmando que “várias dessas medidas possuem, inequivocamente, natureza civil” (CUNHA; PINTO, 2008, p. 121).

Alice Bianchini, por sua vez, vai além e defende que a Lei Maria da Penha é heterotrópica, prevendo em seu texto dispositivos de diversas naturezas jurídicas. (BIANCHINI, 2014, p. 179). No decorrer de sua explanação, reitera a diversidade do caráter jurídico do instrumento estudado, afirmando que “os arts. 22 a 24 estabelecem medidas protetivas de urgência de diversas naturezas: cível, administrativa, trabalhista, previdenciária e penal” (BIANCHINI, 2014, p. 204).

Assim como a doutrina, a jurisprudência pátria também não tem dado um tratamento uniforme à matéria, estabelecendo a natureza das medidas protetivas e, em consequência, a competência e os meios recursais, a partir da análise das circunstâncias relacionadas ao caso concreto, a fim de determinar se se tratam de medidas cíveis ou penais.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já decidiu que a natureza jurídica da medida protetiva impugnada determina para onde o recurso deve ser encaminhado. Desse modo, as impugnações às decisões serão encaminhadas para as câmaras cíveis ou criminais, a depender da natureza da decisão contra qual o recorrente se insurge:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE SUSCITADO POR CÂMARA CRIMINAL EM FACE DA CÂMARA CIVIL ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA COM VISTAS AO AFASTAMENTO DO AGRESSOR DO LAR CONJUGAL. DECISÓRIO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DE SÃO JOSÉ QUE SE RECONHECEU INCOMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR OS PEDIDOS DE DIVÓRCIO, GUARDA, ALIMENTOS E PARTILHA, RELEGANDO-OS AO JUÍZO DA VARA DA FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DE UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL PARA DECIDIR SOBRE A QUESTÃO. PLEITO QUE SE CONFUNDE COM PROCEDIMENTO ACAUTELATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE CORPOS (ART. 888, INC. VI, DO CPC), TANTO MAIS PORQUE A MEDIDA PROTETIVA ORA PLEITEADA JÁ FOI CONCEDIDA EM ANTERIOR PROCEDIMENTO. MATÉRIA AFEITA À CÂMARA ESPECIALIZADA EM DIREITO CIVIL, QUE DEVERÁ DECIDIR SOBRE O CABIMENTO OU NÃO DO DESMEMBRAMENTO PROCESSUAL REALIZADO NA ORIGEM. PRECEDENTES. CONFLITO ACOLHIDO. (SANTA CATARINA, 2014).

Do corpo do acórdão se extrai:

Nada obstante, no que tange especificamente à medida protetiva de urgência postulada na exordial (fls. 21/24) - afastamento do agressor do lar conjugal (art. 22, inc. II, da Lei n. 11.340/06) -, observo que o pedido formulado pela autora encontra fulcro em boletins de ocorrência os quais dão conta de ela haver sofrido lesões corporais, abuso sexual, aborto provocado e tentativa de homicídio praticados pelo seu cônjuge (fls. 84/86), condutas tipificadas criminalmente no Código Penal, as quais podem, em tese, render origem a processos penais autônomos. Saliento, entretanto, que o pleito exordial - em sua totalidade, compreendendo-se tanto a medida protetiva quando os demais pedidos, de divórcio, guarda, alimentos, visitas, etc. - imiscuir-se, em verdade, com o cenário usualmente constatado quando as partes pretendem divorciar-se e a medida protetiva postulada confunde-se, não se há negar, com o procedimento acautelatório de separação de corpos preparatório ao divórcio (art. 888, inc. VI, do CPC), ou mesmo com a predeterminação da partilha patrimonial através da permanência da virago na residência comum. Evidenciada, pois, a natureza civil do pedido, tanto mais porque o feito foi distribuído, na origem, apenso a outra medida protetiva de urgência (n. 0700003-19.2013.8.24.0064) aforada pela mesma vítima - em pedido isolado, ou seja, configura medida protetiva pura, de efeitos penais -, por intermédio da qual objetiva obter ordem judicial que proíba o ofensor a aproximar-se e manter contato com ela por qualquer meio de comunicação, fixando-se limite de distância física (art. 22, inc. III, alíneas "a" e "b", da Lei Maria da Penha). Ora, é intuitivo que a medida concedida nesses autos primitivos - distanciamento físico e impedimento de contato por qualquer meio de comunicação - representa a genuína tutela protetiva almejada pela mulher agredida e engloba, logicamente, aquela pretendida neste feito, de afastamento do agressor do lar conjugal, de modo que a providência aqui intentada reveste-se de caráter eminentemente civil, eis ser preparatória à demanda versante sobre a ruptura do vínculo conjugal. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito de Competência n. 2014.032986-2, Rel. Des. Gabinete Des. Eládio Torret Rocha, julgado em 06/08/2014., grifo nosso).

Em sentido contrário, admitindo o caráter penal das medidas protetivas, a Corte Catarinense já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA CONSTANTE NA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCOMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO JULGADOR. REMESSA DOS AUTOS À REDISTRIBUIÇÃO PARA UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. Versando a lide sobre questão afeta ao direito penal, uma vez tratar-se de recurso contra aplicação de medida protetiva constante na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é de se reconhecer a incompetência para a apreciação da matéria por qualquer das Câmaras de Direito Civil, devendo remeter-se os autos à redistribuição para uma das Câmaras de Direito Criminal, segundo o disposto no art. 30, I, 'a', do Regimento Interno desta Corte. (SANTA CATARINA, 2011).

Como se vê, mais do que simples categorização do instituto, a resolução de tal controvérsia implica a escolha de procedimentos pré-definidos, previstos

na legislação processual civil ou penal, a depender da análise subjetiva do julgador quanto à natureza da providência pleiteada, que vão repercutir diretamente em questões práticas e essenciais para a real efetividade da proteção da mulher vítima de violência intrafamiliar que busca a tutela estatal.

3 CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA

Frente a tais divergências, cumpre-se adotar critério razoável de definição da natureza jurídica dos institutos, a fim de adequá-lo ao estudo do caráter das medidas protetivas de urgência da Lei n. 11.340/06.

Conforme descreve Bechara, “o que determina a natureza jurídica de um instituto é sua relação com o objeto da disciplina paradigma”. Assim, segundo a autora, para definir o caráter das medidas de urgência, deve-se confrontar essas com as definições de direito penal e direito civil, principais áreas em discussão (BECHARA, 2010).

Dessa maneira, a fim de definir o que seria Direito Penal, adota-se conceito de Rogério Greco. Este afirma que o Direito Penal é o conjunto de normas editadas pelo Estado que visam definir crimes e contravenções, proibindo ou impondo certos comportamentos, sob a ameaça de sanção ou medida de segurança (GREGO, 2015, p. 7).

Por consequência, o processo penal confere “efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para a materializar a aplicação da pena ao caso concreto” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 30).

No que concerne ao Direito Civil, esse preocupa-se em regular as relações entre as pessoas em seus conflitos de interesses (GONÇALVES, 2005, p. 14), sendo o processo civil o “sistema de princípios e normas aplicado à solução de conflitos em matéria não-penal” (DINAMARCO, 2002, p. 23).

Desse modo, como bem resume Julia Maria Seixas Bechara, se um instituto trata da definição de delitos ou diz respeito, de algum modo, à aplicação de sanção em razão de seu cometimento, estamos diante de um instituto flagrantemente penal. Entretanto, se este se limita a reger as relações entre particulares em conflito, trata-se de instituto de caráter civil (BECHARA, 2010).

Portanto, deve-se analisar as medidas protetivas de urgência sob o prisma de tais conceitos, com o enfoque em seu objetivo maior, qual seja, a máxima a proteção da mulher em situação de risco devido à violência doméstica e familiar.

Assim sendo, considerando que as medidas protetivas de urgência são “providências judiciais com vistas a garantir a integridade física ou psíquica da vítima em situação de violência doméstica em face do suposto agressor”, ou seja, tratam, em seu âmago, de conflitos de interesses entre indivíduos que, no caso, possuem relação de afeto e/ou convivência, sua natureza jurídica cível decorre naturalmente (BECHARA, 2010).

Por outro lado, o fato de a Lei n. 11.340 não disciplinar crimes propriamente ditos, como o fizeram os Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso, mas, tratando da violência doméstica e familiar de forma ampla e estabelecendo instrumentos de proteção, reforça o entendimento no sentido de que as medidas protetivas de urgência se caracterizam como solução extrapenal para a intervenção do Estado no ambiente doméstico, com vistas à garantia da integridade da vítima e à reabilitação do ofensor.

A lei n. 11.340/2006, por não disciplinar propriamente de crimes, e por traçar diversas formas de proteção à mulher, adquiriu um caráter mais protecionista do que penalista, principalmente com a criação das medidas protetivas de urgência. Primeiramente, porque parte da iniciativa das próprias mulheres o requerimento de tais medidas. Em segundo lugar, porque essas medidas visam cessar as agressões, e não propriamente punir o agressor. (PIRES, 2011).

Vale ressaltar que o tratamento ambivalente das medidas protetivas – ora cíveis, ora penais – muito embora preencha a lacuna legislativa e seja o posicionamento mais adotado na doutrina e na jurisprudência, acaba resultando em verdadeiro desrespeito à resolução segura de conflitos.

Isso porque, inicialmente, não há consenso entre os próprios autores sobre quais medidas cominadas em lei seriam de natureza penal e quais deteriam caráter civil. Além disso, tal duplicidade acarretaria grandes controvérsias em questões práticas.

Imagine-se o deferimento, em uma única decisão, de duas medidas protetivas, uma dita de caráter cível e outra dita de caráter penal. Segundo tal raciocínio, devido à duplicidade de natureza presente em tal decisão, a parte que desejasse recorrer deveria interpor dois recursos, um à Câmara Criminal e outro à Câmara Cível. Entretanto, tal situação é vedada pelo princípio da unirecorribilidade, segundo o qual, para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto pelo ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando à impugnação do mesmo ato judicial.

Mesmo óbice existiria quanto à execução da mencionada decisão, a medida cível seguiria o rito de obrigação de fazer, cominado no Código de Processo Civil, enquanto a medida penal seria assegurada pela prisão preventiva do agressor.

Portanto, observa-se que, devido às grandes oscilações entre regras de direito material e processuais incompatíveis, a natureza ambivalente das medidas protetivas de urgência não pode prevalecer. Consoante conclui Julia Maria Seixas Bechara, “ainda que se vislumbrem traços de caráter cível e traços de caráter penal, a boa técnica, pautada nos princípios da igualdade, da celeridade e da segurança – e, porque não dizer, no bom senso – impõe que se atribua natureza jurídica única a todas as medidas protetivas” (BECHARA, 2010).

Em razão disso, afigura-se inviável sustentar a natureza estritamente penal do instrumento protetivo em estudo. Bruno Delfino Sentone, favorável à adoção de tal posicionamento, afirma que a “*ratio legis* atinge sua máxima efetividade quando as medidas protetivas são acessórias à prática de uma infração penal” (SENTONE, 2011, p.16). De acordo com seu posicionamento:

[...] o expediente civil apartado, independentemente do cometimento de delitos, não perfaz a intenção legislativa, posto que, para a concessão célere e eficaz das medidas, devem ficar evidenciados, ao menos, indícios da prática de infração penal (crime ou contravenção), sob pena de se banalizarem as medidas protetivas e de se tornar inviável o próprio trabalho das pessoas ligadas ao funcionamento da Vara Especializada (Juizado de Violência Doméstica e Familiar), uma vez que será ainda mais problemático separar a violência de gênero das demais espécies de violência, bem como aquela da denúncia caluniosa e do chamado “susto”, como querem algumas mulheres. (SENTONE, 2011, p.15).

Não obstante, tal entendimento resta isolado, pois, como dito alhures, se as medidas protetivas de urgência fossem realmente de caráter criminal, deveriam descrever delitos ou até mesmo indicar sanções por seu cometimento, o que não ocorre. O que se observa é que estas visam a proteção da vítima, garantindo a “integridade da mulher vítima de violência pelo suposto agressor, em nítida disciplina de conflito de interesses” (BECHARA, 2010).

É claro que, em grande parte dos casos, o pedido de medida protetiva é requerido pela mulher que foi vítima de um delito praticado em ambiente doméstico, até porque é na Delegacia de Polícia que a grande maioria das mulheres busca a proteção estatal. Entretanto, tal fato, não pode determinar por si só o caráter do instrumento protetivo, nem mesmo a partir disso estabelecer a sua

natureza, porquanto, a par da atipicidade de algumas condutas que podem configurar violência contra mulher sem que estejam previstas em tipos penais específicos (como, por exemplo, a violência psicológica), é também perfeitamente cabível que um fato possa gerar consequências em diversos âmbitos jurídicos.

Como bem ensina Maria Berenice Dias:

A Lei primeiro identifica as ações que configuram violência doméstica ou familiar contra a mulher (art. 5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois define os espaços onde o agir configura violência doméstica (art. 5º, incs. I, II e III): no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação de afeto. Finalmente, de modo didático e bastante minucioso, são descritas as condutas que configuram violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. As formas de violência elencadas deixam evidente a ausência de conteúdo exclusivamente criminal no agir do agressor. A simples leitura das hipóteses previstas na Lei mostra que nem todas as ações que configuram violência doméstica constituem delitos. Além do mais, as ações descritas, para serem reconhecidas como violência doméstica, precisam ser perpetradas no âmbito da unidade doméstica ou familiar ou em qualquer relação íntima de afeto.

Assim, é possível afirmar que a Lei Maria da Penha, considera violência doméstica as ações que descreve (art. 7º) quando levadas a efeito no âmbito das relações familiares ou afetivas (art. 5º). Essas condutas, mesmo que sejam reconhecidas como violência doméstica, nem por isso tipificam delitos que desencadeiam uma ação penal. [...] Esse é o verdadeiro alcance da Lei Maria da Penha. Conceitua a violência doméstica divorciada da prática delitiva e não inibe a concessão das medidas protetivas, tanto por parte da autoridade policial como pelo juiz. (DIAS, 2010, p. 53).

Assim, observa-se que as providências que a autoridade policial deve adotar ao tomar conhecimento de prática de violência doméstica – dentre elas, o pedido de medidas protetivas de urgência à vítima, caso essa requeira – devem ser aplicadas na totalidade dos casos, mesmo que estes não configurem infrações penais e não justifiquem a instauração de inquérito policial. Isso porque, como bem ressalta Dias, “é a violência doméstica que autoriza a adoção de medidas protetivas, e não exclusivamente o cometimento de algum crime” (DIAS, 2010, p. 54).

Ademais, a Lei Maria da Penha, ao conceituar violência doméstica, nem sempre enumera bens jurídicos tuteláveis pelo direito penal. Em seu artigo 7º, além das violências física e sexual, condutas descritas como crimes e que primeiramente vêm a mente quando se trata de ilícitos praticados em âmbito doméstico, esse também resguarda condutas como o sofrimento psicológico, dano

moral, diminuição da autoestima, manipulação, vigilância constante e outras formas de violência não abrangidas pela esfera penal.

Portanto, de uma leitura sistemática da Lei n. 11.340/06, extrai-se que a violência doméstica nem sempre é acompanhada de práticas delitivas e que tal circunstância não deve afastar a concessão de instrumentos de proteção à vítima, tanto pela autoridade policial quanto pelo juiz, sob pena de esvaziamento de seu conteúdo.

Por outro lado, a atribuição de natureza penal teria o condão de vincular a medida protetiva ao processo criminal, o que seria extremamente preocupante, pois, ao submeter a proteção da vítima a uma obrigatória persecução penal, pode-se gerar conflitos de interesses prejudiciais a ambas as partes envolvidas, inclusive com o possível agravamento do risco à mulher.

Consoante analisa Bechara:

Nesse sentido, uma vez retratada a representação nos crimes de ação penal condicionada, seja por desinteresse na punição do autor, seja para evitar-se o constrangimento da vitimização secundária advinda dos sucessivos atos processuais, a vítima ver-se-ia desprovida da proteção desejada. De outro lado, não seria incomum a manutenção da representação apenas como forma de garantir-se a vigência das protetivas, em evidente desafio de finalidade do processo-crime. (BECHARA, 2010).

Nesse sentido também é o posicionamento do Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID) e da Comissão Permanente de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID), no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais, dispendo em seus enunciados expressamente que a concessão da medida protetiva não está condicionada à prática de crime.²

Do ponto de vista da prática processual, outro aspecto que merece ser destacado ainda diz respeito à definição da competência do juízo para análise das medidas protetivas de urgência.

Nos termos do art. 15, da Lei n. 11.340/2006, a competência para os processos cíveis é de opção da ofendida, podendo ser estabelecida, no local de seu

² ENUNCIADO 37 – A concessão da medida protetiva de urgência não está condicionada à existência de fato que configure, em tese, ilícito penal. (Aprovado no VIII FONAVID-BH). Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-fonavid-forum-nacional-de-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/>. Acesso em: 22 fev. 2018.
ENUNCIADO 41 (02/2017) – Nos casos de violência prevista no artigo 7º. da Lei Maria da Penha, sem correspondente de tipicidade criminal, mesmo havendo arquivamento do procedimento investigatório por insuficiência de provas, ausência de condição de procedibilidade ou sentença com trânsito em julgado, é possível a concessão ou manutenção de Medida Protetiva de Urgência, independentemente de ação penal atual ou potencial, a perdurar pelo período de tempo necessário à proteção efetiva da mulher. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH, em 06/09/2017 e pelo Colegiado do CNPG em 13/11/2017). Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/>. Acesso em: 22 fev. 2018.

domicílio ou residência (inciso I), do local do fato em que se baseou a demanda (inciso II) e do domicílio do agressor (inciso III).

Residindo a ofendida em local diverso daquele em que teria sido praticado o crime, e, sendo direito dela a escolha da competência para o ajuizamento do instrumento protetivo, a decisão que, admitindo o caráter exclusivamente penal e a sua vinculação ao inquérito policial, violaria frontalmente a Lei n. 11.340/06, pois tal entendimento imporá um ônus excessivo à ofendida no sentido de ter que pleitear as medidas no local onde suportou as agressões, muitas vezes distante do local de seu domicílio.

Independentemente do impasse, tem-se que deve ser observado o rito que melhor atenda aos seus interesses, especialmente diante do princípio que orienta a máxima efetividade dos direitos fundamentais, no caso, que lhe assegure a proteção legal prevista na Lei Maria da Penha.

Quanto à banalização dos requerimentos ou à possível inviabilização dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, devido à elevada demanda e às possíveis denúncias caluniosas (os chamados “sustos”) (SENTONE, 2011, p. 16), que se alega ocorrer caso a natureza cível das medidas protetivas de urgência se confirme, entende-se que se tratam de conjecturas descabidas e sem fundamento.

Em relação a essa suposta banalização dos pedidos de proteção e ao aumento da demanda, trata-se de efeito positivo e até mesmo esperado pela referida legislação. Apesar de ter sua origem em episódio(s) de violência doméstica, tal pedido significa a quebra do ciclo da violência (DIAS, 2010, p. 23), no qual o agressor cria um ambiente de tensão e perigo eminente, irrompe em um ataque violento para, após, dispensar carinho e atenção à vítima, até que o ciclo recomece (PORTAL APAV, 2016). Com a mulher violentada rompendo referida dinâmica, obtém-se êxito na finalidade do legislador, e a Lei Maria da Penha torna-se, de fato, concretizada.

Quanto às possíveis denúncias caluniosas e “sustos” aos quais o autor se refere (SENTONE, 2011), percebe-se que se trata de posicionamento preconceituoso, que vai de encontro aos princípios básicos do Direito. Isso porque é pacífico na doutrina e jurisprudência pátria que a boa-fé nas relações jurídicas é presumida, devendo haver prova em contrário para sua desconstituição, sem prejuízo de sua apuração em autos apartados na esfera cabível. Ademais, não

há razão para desprivilegiar a vítima que busca proteção, independentemente de sua situação fática, que será devidamente apurada posteriormente.

Por conseguinte, frente aos frágeis argumentos apresentados, parece pouco razoável que se sustente o caráter criminal das medidas protetivas de urgência, afigurando-se evidente a sua natureza cível, que vai ao encontro da máxima proteção aos direitos da mulher e da efetividade da Lei n. 11.340/06.

Outro ponto importante a ser analisado é a intervenção penal nas relações intrafamiliares. Grego (2015, p. 97), ao tratar do princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, assevera que o poder estatal deve ser limitado. Assim, posiciona-se no sentido de que o Direito Penal deve ser usado apenas nos ataques graves a bens jurídicos de extrema importância, sendo as perturbações mais leves no ordenamento, objeto dos outros ramos do Direito.

Mesmo entendimento é compartilhado por Cezar Roberto Bittencourt, que afirma:

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o reestabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 1995, p. 32).

Por conseguinte, fica evidente que a proteção da vítima de violência doméstica deve ser perseguida através de medidas judiciais de natureza civil, a fim de respeitar o princípio da intervenção mínima, aliado ao delicado contexto nas quais estão inseridas. Dessa forma, evita-se um mal maior, sem a necessidade da primariedade de uma intervenção penal nas relações intrafamiliares (BRASIL, 2014).

Soma-se a isso a consequência básica de qualquer medida de natureza penal, sua resposta tardia. Partindo desse pressuposto, a concessão das medidas protetivas de urgência seria possível apenas pós-dano. Desse modo, as providências estatais seriam tomadas após a ocorrência do ilícito penal, que muitas vezes gera sequelas irreversíveis, como nos casos de homicídio e lesões corporais graves ou gravíssimas.

De mais a mais, a natureza cível das medidas protetivas de urgência também ressaí da própria análise do texto legal. Em diversos dispositivos a Lei n.

11.340/06 faz referência a procedimentos cíveis que, ao adotar-se a natureza penal das medidas protetivas, teriam seu conteúdo esvaziado (BECHARA, 2010).

A fim de exemplo, cita-se o artigo 13 da mencionada legislação, que prevê a aplicação do Código de Processo Civil aos processos cíveis decorrentes de violência praticada no âmbito doméstico. Complementares a tal dispositivo, os artigos 14 e 33 declaram a competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

O artigo 15, por sua vez, define o juízo competente para apreciação das ações cíveis originárias de violência doméstica, permitindo à vítima optar por distribuí-la ao Juizado de seu domicílio, do domicílio do agressor ou do local do fato em que se baseou o pedido. Nesse caso, percebe-se nítida diferença entre a regra de competência penal disposta no Código de Processo Penal, que determina a apreciação do feito no lugar de consumação da infração.

Dessa forma, como bem expõe Bechara (2010): “ostentando as protetivas de caráter criminal, tais dispositivos perderiam aplicabilidade, não parecendo ser esta, por óbvio, a intenção do legislado”.

O entendimento de que as medidas protetivas de urgência possuem caráter civil também encontra guarida no acórdão referente ao Recurso Especial n. 1.419.421/GO, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 12 de fevereiro de 2014. O aludido acórdão tornou-se paradigma sobre o tema, visto que dispõe sobre a desnecessidade de inquérito policial atrelado ao pedido de medidas protetivas de urgência, afirmando, ainda, que essas possuem natureza de cautelar cível satisfativa.

Consoante dispõe sua ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. “O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando

a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas” (DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2014).

O caso em tela dispunha sobre violência perpetrada por filho contra sua própria genitora. Esta, cansada das ofensas, xingamentos e ameaças de toda ordem, pleiteou as seguintes medidas protetivas elencadas no artigo 22 da Lei n. 11.340/06, quais sejam, a proibição de aproximação do réu, no limite mínimo de 100 (cem) metros, a proibição de contato do réu até o dia da audiência e a suspensão ou restrição do porte de armas.

O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Goiânia/GO extinguiu o feito sem resolução do mérito, por entender que as medidas protetivas de urgência têm natureza processual penal, sendo apenas instrumentais a um processo-crime, o que não existia no caso. O Tribunal de Justiça de Goiás reformou o *decisum*, com base na natureza cível das medidas protetivas. Confirmou a aplicação do Código de Processo Civil e asseverou o caráter satisfativo do instrumento em análise, não havendo necessidade de ajuizamento de demanda principal após 30 dias.

A divergência acabou aportando no Superior Tribunal de Justiça por meio do Agravo no Recurso Especial n. 417.663/GO.

Como bem explanou em seu voto o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, a controvérsia principal da demanda gira em torno da “possibilidade de agregar caráter cível as medidas protetivas à mulher, tal como previstas na Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha –, independentemente de processo penal ou inquérito policial em curso”.

Após uma construção sistêmica e coerente, assevera que a demanda possui “características de ação de obrigação de não fazer, consistentes em que o réu se abstenha de praticar diversas formas de violência doméstica”. Logo, para a concessão de tal tutela inibitória específica, não há óbice que o magistrado, utilizando-se do artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil de 1973, aplicável à época, juntamente com os artigos 22, § 4º e artigo 13 da Lei n. 11.340/06, conceda medidas acautelatórias para a vítima que pleiteia proteção.

Utilizando-se de alguns dos argumentos anteriormente expostos na presente análise da natureza jurídica dos instrumentos protetivos da Lei n. 11.230/06, o relator concluiu que é perfeitamente possível o pedido autônomo de medidas

protetivas, a fim de cessar ou acautelar violência contra a mulher, salientando sua independência de qualquer processo-crime ou ação principal. Vejamos:

Assim, as medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006 – notadamente as dos art. 22, 23 e 24 –, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.419.421-GO, Min. Relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgamento em 11/02/2014).

Complementou que, nessas hipóteses, as medidas protetivas terão “natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal”. Por consequência, devem seguir as regras do Código de Processo Civil.

A partir de tal decisão paradigma proferida pela Corte Superior de Justiça, criou-se precedente de importante valor para a unificação de procedimentos atrelados às medidas protetivas de urgência e, conseqüentemente, para a consolidação da proteção da vítima de violência doméstica e familiar.

Nessa esteira, recentemente, com a edição da Lei n. 13.641, de 3 de abril de 2018, entende-se que a celeuma foi superada, pois a nova legislação reforçou a possibilidade de concessão da medida protetiva de urgência independentemente da existência de inquérito policial ou ação penal, estabelecendo expressamente no art. 24-A, § 1º, que, a configuração do crime de descumprimento da medida protetiva de urgência “independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas”.

Desse modo, ainda que a mulher decida não registrar a ocorrência policial ou se ela se retrata da representação, ou mesmo se há arquivamento do inquérito policial ante a insuficiência de provas, mesmo assim será cabível a concessão de medida protetiva de natureza cível, cujo descumprimento poderá caracterizar a prática do novo crime previsto no art. 24-A da Lei n. 11.340/2006.

4 PROCEDIMENTO DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA DE CARÁTER CÍVEL

Definida a natureza jurídica cível das medidas protetivas de urgência, cumpre-se analisar o procedimento a ser adotado.

Quanto ao rito que deve ser aplicado às medidas protetivas, a lei não faz nenhuma indicação. Como bem observa Maria Berenice Dias em comentário sobre a Lei n. 11.340/06: “trata[-se] de uma novidade, deveria ser apontada uma trilha segura” (DIAS, 2010, p. 175).

Lavigne e Perlingeiro (2011, p. 294) ressaltam que o rito mais adequado a ser adotado é o “simplificado e de tramitação célere, utilizando-se padrão acessível a todas as vítimas”, não tecendo maiores considerações.

Não obstante, com o estabelecimento da natureza cautelar cível satisfativa das medidas protetivas de urgência pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme precedente referido, a escolha do procedimento cautelar torna-se clara, guardadas apenas as devidas ressalvas da própria Lei específica.

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15), considerando a supressão do “Livro III” do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73), que dispunha cautelares nominadas e seu rito, substituiu-se o procedimento cautelar pelas “tutelas provisórias”, previstas no Livro V do atual Códex Processual Civil. Dessa forma, o rito adequado é aquele previsto nos artigos 303 e seguintes, que trata do procedimento da tutela de urgência requerida em caráter antecedente.

Inicialmente, registre-se que, conforme artigo 12, inciso III, da Lei n. 11.340/06, o pedido de concessão de medida protetiva de urgência pode ser formulado pela vítima na Delegacia de Polícia, com o intuito de facilitar o seu acesso à Justiça, já que, além do funcionamento ininterrupto na unidade policial, nem todas as cidades contam com sede de Comarca, o que poderia dificultar o deslocamento da mulher. A autoridade policial, por sua vez, deve autuar o requerimento em procedimento apartado, devido à autonomia das medidas protetivas em relação a eventual inquérito policial, fazendo constar expressão que facilmente identifique o requerimento.

Observa-se ainda que tal inovação foi de grande importância, pois concede capacidade postulatória à mulher em situação de violência, facilitando seu acesso ao procedimento e tornando facultativa a presença de um advogado (artigo 27, parte final). Entretanto, nada obsta que o Ministério Público ou a própria ofendida, dessa vez acompanhada de advogado ou defensor público, possam requerê-la. Grande parte da doutrina defende ainda a possibilidade de sua concessão de ofício pelo magistrado.

A possibilidade de sua decretação de ofício pelo magistrado está amparada no poder geral de cautela e na proteção da integridade pessoal da ofendida. Segundo Lavigne e Perlingeiro:

A atuação pró-ativa do juiz nessas hipóteses pode auxiliar a vítima a encontrar uma solução por ela não identificada, seja por desconhecimento técnico específico ou qualquer outro motivo que lhe impeça vislumbrar aquela possibilidade jurídica de maior resguardo para ela ou pessoa a ela vinculada nos termos legais. Assim, o juiz, ao receber o expediente da medida protetiva de urgência, pode decidir em conformidade ou não ao pedido encaminhado, bem como estabelecer de ofício providência diversa do pleito, embora, como mencionado, haja literatura em sentido contrário. (LAVIGNE; PERLINGEIRO, 2011).

Encontrando-se o expediente na distribuição, devem ser certificados os antecedentes criminais do agressor, a existência de outras medidas protetivas e as ações cíveis ou de família envolvendo as partes. Havendo procedimentos anteriores, aplicam-se as regras de prevenção. (DIAS, 2010, p. 180).

Após, há a análise pelo magistrado competente e, visto que grande parte dos pedidos são provenientes de autoridade policial, requeridos diretamente pela vítima, não se deve exigir todos os requisitos de uma petição inicial. Como destaca Maria Berenice Dias, “às claras que haverá ausência de peças, falta de informação e de documentos, mas isso não é motivo para indeferir o pedido ou arquivá-lo” (DIAS, 2010, p. 181).

Por tratar-se de pedido de tutela de urgência, sua concessão depende de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”, conforme preceitua o artigo 300 do Código de Processo Civil. Logo, devem-se estar demonstrados dois requisitos básicos: o *periculum in mora* e o *fumus bonis iuris*.

Ainda que se exija pelo menos um começo de prova, tratando-se de violência praticada no âmbito doméstico, há de se flexibilizar a matéria relativa à prova, visto que a decretação deve ocorrer de forma imediata, sob pena de perda de sua eficácia ou ocorrência de fato danoso. (BIANCHINI, 2014, p. 200).

Nesse sentido, cumpre salientar que, no contexto específico de violência doméstica, a palavra da vítima assume grande relevo, não podendo ser mitigado seu valor caso não haja outros depoimentos a corroborá-la. Visto que delitos de tal natureza ocorrem, via de regra, sem testemunhas presenciais, a palavra da vítima substancia “marcas visíveis e invisíveis” geradoras do pedido ao Estado

por amparo e tutela. Seu depoimento não pode ser depreciado, já que tal atitude implica “abandonar a vítima à própria sorte e contribui para a falta de efetividade dos mecanismos conquistados” (LAVIGNE; PERLINGEIRO, 2011).

Conforme destaca Andrade, via de regra, aplica-se uma “hermenêutica da suspeita” em demandas femininas:

[...] do constrangimento e da humilhação ao longo do inquérito policial e do processo penal que vasculha a moralidade da vítima (para ver se é ou não uma vítima apropriada), sua resistência (para ver se é ou não uma vítima inocente), reticente a condenar somente pelo exclusivo testemunho da mulher (dúvidas acerca da sua credibilidade). (ANDRADE, 2006).

Claro que não se pretende assumir a palavra da vítima como única e sempre verdadeira, suprimindo os direitos do suposto agressor. Trata-se apenas de ressignificar a palavra da mulher nesse contexto em especial, livrando-a de estereótipos e discriminações que muitas vezes aportam aos autos (ANDRADE, 2006).

Quanto ao período de análise do pedido, a legislação estipula 48 horas para sua apreciação, que deve ser feita de plano, devido ao seu caráter emergencial intrínseco. As medidas protetivas podem ser concedidas, indeferidas ou, eventualmente, caso o magistrado entenda necessário, poderá determinar a realização de estudo social ou designar audiência de justificação, a fim de esclarecer melhor a situação em análise. (DIAS, 2010, p. 182).

Após o deferimento ou não do pedido, deve ocorrer a intimação da vítima, de seu procurador (quando houver) e do Ministério Público. Merece destaque que esta deve ser intimada, e não notificada – como erroneamente diz a lei – bem como sua intimação deve ser feita de forma pessoal (artigo 21) (DIAS, 2010, p. 181). Também é expressamente vedado que a ofendida seja portadora da intimação do agressor (artigo 21, parágrafo único).

Indeferido o pedido liminar, a vítima deve ser encaminhada para a Defensoria Pública, em caso de não estar representada por procurador. Não havendo nenhuma manifestação por parte da ofendida e do Ministério Público, o expediente deve ser arquivado. Caso aporte novo pedido de medida protetiva, pode-se desarquivar o feito em questão, apensando-se as novas informações para análise em conjunto (DIAS, 2010, p.182).

Caso o pleito seja deferido, o juiz deve determinar a citação do acusado, conforme determinado no artigo 303, inciso II do Código de Processo Civil (DI-

DIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 609). Importante ressaltar que, por tratar-se de violência doméstica, direito considerado indisponível, entende-se por desnecessária a audiência de conciliação e mediação determinada pela parte final do referido artigo, com fulcro no artigo 334, § 4º, II do diploma processual civil.

Se este não contestar as medidas protetivas a si impostas, ocorre o fenômeno da estabilização da tutela, previsto no artigo 304 do Código de Processo Civil.³ Segundo ensinam Didier Junior, Braga e Oliveira (2015, p. 604):

A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente, resolução do mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado.

Havendo contestação por parte do réu, afasta-se a estabilização, devendo o magistrado dar continuação ao processo, aprofundando sua cognição e decidindo se mantém as medidas protetivas anteriormente deferidas, se as indefere, podendo ainda optar por readequá-las, a depender da situação apresentada. Proferida sentença de mérito, essa ainda comporta recurso, no caso, a apelação (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 609).

Ainda quanto ao procedimento, parte da doutrina defende que as medidas protetivas têm natureza de tutela inibitória, porque constitui uma ação autônoma e satisfativa que visa “impedir a prática, a repetição ou a continuação do ato ilícito”.

Tal entendimento vem sendo adotado por diversos tribunais brasileiros que estabelecem a tutela inibitória como procedimento adequado para a aplicação das medidas protetivas de urgência, afastando o procedimento cautelar, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL - LEI MARIA DA PENHA - CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO – MEDIDAS PROTETIVAS REQUERIDAS PELA VÍTIMA - INDEFERIMENTO PELO

³ De acordo com o Enunciado n. 32, da COPEVID, quando as Medidas Protetivas de Urgência, previstas na Lei n. 11.340/2006, tiverem natureza cível, podem ser concedidas como tutela provisória de urgência, nos termos dos artigos 300 e seguintes do CPC (Lei n. 13.105/2015), inclusive o regramento da estabilização da tutela provisória prevista nos artigos 303 e 304. (Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do CNPG em 15/06/2016). Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/> Acesso em 25 fev. 2018,

JUÍZO PRIMEVO - NATUREZA JURÍDICA DE TUTELA INIBITÓRIA – AUTONOMIA E SATISFATIVIDADE - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. Em virtude do caráter protetivo da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), há que se conferir às medidas protetivas previstas no art. 22, a natureza jurídica de tutela inibitória, vez que categorizá-las como tutela cautelar equivale a esvaziar teleologicamente a lei, bem como prorrogar indefinidamente a situação de vulnerabilidade e desproteção da mulher. O art. 22 da referida Lei condicionou a concessão das medidas protetivas tão somente à existência da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, não fazendo qualquer menção à necessidade da existência de um inquérito policial ou um processo criminal em curso. (MINAS GERAIS, 2014).

Com base nesse entendimento, as medidas protetivas de urgência, por não se destinarem à utilidade e efetividade de outro processo, seja penal (ação penal) ou cível (divórcio, alimentos, etc.), melhor se amoldariam à configuração da tutela inibitória porque trazem consigo, em sua causa de pedir, o mérito da ação, qual seja, proteção à ameaça a direito. Para que a ação inibitória seja provida não é necessária a efetivação de danos, mas, tão somente, a probabilidade do ato ilícito, que lesa direito.

Para Didier Junior, Braga e Oliveira (2015, p. 604), as medidas protetivas de urgência presentes na Lei n. 11.340/2006 têm caráter de tutela inibitória, igualando-se às medidas provisionais, pois possuem um procedimento célere, simplificado, satisfativo, que resolve parcela de um conflito.

Acerca da diferenciação entre o procedimento cautelar e a tutela inibitória, esclarece Luiz Guilherme Marinoni ainda que

[...] a mais importante das tutelas jurisdicionais a serviço da integridade do direito material é a tutela inibitória, destinada a proteger o direito contra a possibilidade de sua violação. Para ser mais preciso, a tutela inibitória é voltada a impedir a prática de ato contrário ao direito, assim como a sua repetição, ou ainda, continuação. Se a cautelar serve para assegurar a tutela do direito, para prevenir a violação do direito não é necessária uma tutela de segurança, mas apenas a tutela devida ao direito ameaçado de violação, ou seja, a tutela inibitória. (MARINONE, 2017, p. 60).

Destarte, ao efetivar a prestação jurisdicional à ofendida, outorgando-lhe a proteção perante o suposto agressor, a medida protetiva dispensa qualquer outro procedimento, produzindo efeitos enquanto existir a situação de perigo que embasou a decisão judicial.

A exigência de propositura de ação implicaria em ônus excessivo e desproteção à vítima, privilegiando-se o formalismo incompatível com a intenção da lei ao viabilizar o acesso rápido e direto à Justiça, mesmo sem advogado.

Assim, uma vez deferida a medida protetiva pleiteada, porque demonstrada a probabilidade de violação do direito, para sua vigência é suficiente que permaneça a situação de perigo que a lastreou, não havendo falar em ajuizamento de processo principal, condição indispensável para as demais tutelas provisórias previstas na legislação processual civil.

5 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DECORRENTES DA NATUREZA CÍVEL DAS MEDIDAS PROTETIVAS

Um dos reflexos procedimentais mais importantes decorrente da natureza jurídica cível das medidas protetivas de urgência é sua autonomia perante eventual inquérito policial ou processo-crime. Tal efeito é extremamente importante, pois privilegia o resultado efetivo da proteção à vítima em detrimento da preservação da forma (DINIZ, [2016]).

Como já mencionado anteriormente, “nem sempre os tipos de violência doméstica definidos no art. 7º da lei se configuram infração penal prevista no Código Penal ou na legislação extravagante” (DINIZ, [2016]).

Não obstante os pedidos de medidas protetivas geralmente estarem atrelados a alguma prática delitativa, caso a vítima necessite de proteção e sofra de alguma situação que não configure ilícito penal, esta poderá obter a proteção estatal (DINIZ, [2016]).

Consoante ensina Maria Berenice Dias:

Enquanto consideradas acessórias, só funcionariam enquanto perdurar o processo cível ou criminal. Fausto Rodrigues de Lima afirma que a discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas. (DIAS, 2010, p. 147).

Logo, observa-se que a desvinculação das medidas protetivas, constituindo processo autônomo, além de garantir plena e eficaz proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar, consolida os preceitos básicos da Lei n. 11.340/06, dispostos nos artigos 1º a 4º da referida legislação.

Em relação ao prazo de duração, conforme ensina Diniz, visto que as medidas protetivas de urgência se inserem no rol de relações continuativas, não há preocupação quanto ao prazo de sua duração, já que poderão ser revistas a

qualquer tempo, e a pedido de qualquer uma das partes envolvidas, pois não formam coisa julgada material. Não obstante, segundo o autor, não há óbice que o magistrado estabeleça prazo de duração que entenda razoável (DINIZ, [2016]).

Contra as decisões interlocutórias, cabe, via de regra, o agravo de instrumento, conforme disposto no artigo 1015, inciso I, do Código de Processo Civil. Já das decisões que extinguem o processo, com ou sem resolução de mérito, caberá apelação (artigo 1009 do diploma processual civil), que deverão ser apreciados por uma das Câmaras Cíveis ou Órgão Especial, caso houver, no Tribunal de Justiça.

Por fim, em relação ao descumprimento da decisão que estabelecem as medidas protetivas e impõe obrigações ao agressor, a Lei Maria da Penha, em seu texto legal, comina duas principais sanções legais para o descumprimento de medida protetiva de urgência: a multa diária, com a possibilidade de busca e apreensão, impedimento de atividade nociva e até a requisição de força policial, assim como a possibilidade de decretação de prisão preventiva.

A primeira delas está disposta no artigo 22, § 4º da Lei n. 11.340/06 que dispõe que “aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no *caput* e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”.

Com a alteração do diploma processual civil, observa-se que a norma a ser aplicada atualmente é aquela presente no artigo 536, *caput* e § 1º da Lei n. 13.115/15, prevendo que o juiz poderá determinar, nos casos de obrigação de fazer ou não fazer, as medidas necessárias à satisfação do exequente para a efetivação de sua tutela ou resultado prático equivalente.

As medidas que poderão ser adotadas na mencionada situação estão dispostas no parágrafo primeiro do mesmo artigo e, dentre elas, cita-se a “imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

Outra sanção que pode ser aplicada para o agressor que descumpra medida protetiva de urgência é a decretação da sua prisão preventiva, que deverá ser determinada como medida cautelar em processo penal, havendo a prática de novo crime ou contravenção.

Em seu artigo 20, a Lei 11.340/06 dispõe que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”.

Referido dispositivo encontra reflexo também no Código de Processo Penal, em seu artigo 313, inciso III, que dispõe a admissão da prisão preventiva “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

Com a recente edição da Lei n. 13.641, de 3 de abril de 2018, o descumprimento da decisão judicial que defere as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha passou a ser tipificado como crime (art. 24-A da Lei n. 11.340/2006), com pena de detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Assim, uma vez comunicado o descumprimento da decisão judicial pela vítima junto à autoridade policial, além do cabimento da prisão em flagrante, se for o caso, o delegado de polícia não poderá arbitrar fiança, apenas o juiz (art. 24-A, § 2º), ao qual competirá analisar a necessidade de decretação da prisão preventiva do agressor para salvaguarda da proteção à mulher.

De acordo com o entendimento de Thiago Pierobom de Ávila,

[...] a Lei presume que há necessidade de uma consideração mais qualificada pela reserva de jurisdição antes de colocar o agressor em liberdade, seja a decretação da prisão preventiva, seja o agravamento das condições da MPU, seja eventualmente uma séria admoestação em audiência de custódia (para casos de menor significância). (ÁVILA, 2018).

Cumpra salientar que, no caso de decretação de prisão preventiva, devem ser observados os critérios próprios do referido instituto, presentes no artigo 312 do diploma processual penal.

6 A EXPERIÊNCIA DO JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR DA COMARCA DE FLORIANÓPOLIS/SC

Desde 2015⁴, no Juizado da Violência Doméstica e Familiar de Florianópolis/SC, o entendimento em relação às medidas protetivas de urgência é no sen-

⁴ A partir de 2015, houve a mudança dos titulares da 34ª Promotoria de Justiça e da Magistratura atuantes no Juizado da Violência Doméstica e Familiar de Florianópolis/SC, passando a contar com a signatária, Helen Crystine Corrêa Sanches, e Janine Sthieler Martins, respectivamente.

tido de admitir-se a sua natureza cível, adotando-se o rito da tutela de urgência previsto no Código de Processo Civil.

À época, o Juizado contava com aproximadamente 4.800 processos, dos quais, em sua grande maioria, consistiam em procedimentos de medidas protetivas de urgência que aguardavam, alguns por mais de cinco anos, a remessa do correspondente inquérito policial pela Delegacia de Polícia.

Com as dificuldades inerentes à precarização dos órgãos de segurança no Estado, apurou-se que apenas os casos mais graves eram instruídos e remetidos ao Juízo. Em relação ao maior volume de registros de Boletins de Ocorrência, considerando o entendimento de que o pedido de medida protetiva estaria vinculado necessariamente ao procedimento penal, a vítima era orientada a oferecer a representação nos crimes de ação penal condicionada, que, muitas vezes, era colhida de ofício, a fim de garantir-se a instauração do inquérito policial e a análise do requerimento pelo Juízo.

Uma vez iniciada a ação penal, verificava-se que a ofendida, quando localizada, mesmo após a denúncia manifestava seu desinteresse na ação penal, reforçando o pedido no sentido de que desejava a medida protetiva, mas contrariamente à responsabilização do agressor.

Nos demais casos, em que sequer se instaurava inquérito policial, situação que já foi apurada pela Corregedoria da Polícia Civil de Santa Catarina, o pedido de medida protetiva gerava inúmeras vistas, ofícios de requisição e expedientes diversos aos órgãos de controle, sem que se pudesse avaliar a situação atualizada ou mesmo que o suposto agressor pudesse, em qualquer fase, manifestar-se acerca do pedido, porquanto apenas poderia fazê-lo no curso de eventual ação penal, se houvesse.

O elevado número de feitos em curso e as inúmeras providências burocráticas que geravam por conta desse contexto prejudicavam sobremaneira o andamento dos processos criminais e, especialmente, o atendimento célere em relação aos casos graves, comprometendo a efetividade da atuação jurisdicional.

Por outro lado, eventuais informações de descumprimento da decisão judicial que fixou as medidas protetivas contra o agressor resultavam em termos circunstanciados pelo delito de desobediência (art. 330, do Código Penal) e eram remetidos ao Juizado Especial Criminal para, sendo possível, a celebração de transação penal, sem qualquer informação ao Juizado da Violência Doméstica e Familiar da Capital, deixando a vítima à mercê do agressor.

Com a adoção do procedimento cível às medidas protetivas de urgência, todas aquelas que aguardavam a tramitação do inquérito policial foram confirmadas, estabelecendo-se o prazo de duração de dois anos, e, posteriormente, foram arquivadas.

Em relação aos novos pedidos apresentados no Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, definida a autonomia do pedido de medida protetiva em relação ao inquérito policial ou eventual ação penal, uma vez analisado o pedido liminar, o requerido passou a ser citado nos termos do art. 303, § 1º, inciso II, do Código de Processo Civil, para, querendo, oferecer contestação.

Tratando-se de direito indisponível, afigura-se desnecessária a audiência de conciliação ou de mediação determinada no pela parte final do referido artigo, com fulcro no artigo 334, § 4º, inciso II, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos até a sentença de mérito, confirmando, readequado ou revogando as medidas protetivas deferidas em sede liminar, a qual está sujeita a recurso.

No tocante à matéria probatória, as medidas protetivas consistentes na proibição de aproximação e de contato do requerido, via de regra, vem sendo deferidas apenas com o requerimento da ofendida, porque, geram, em menor grau, restrição à liberdade de locomoção do requerido, porquanto inexistiria, em seu favor, qualquer direito de aproximar-se da ofendida, caso ela assim não deseje.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. [LEI MARIA DA PENHA](#). MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas. 2. *No caso, verifica-se que as medidas impostas foram somente para manter o dito agressor afastado da ofendida, de seus familiares e de eventuais testemunhas, restringindo apenas em menor grau a sua liberdade.* 3. *Estando em conflito, de um lado, a preservação da integridade física da vítima e, de outro, a liberdade irrestrita do suposto ofensor, atende aos mandamentos da proporcionalidade e razoabilidade a decisão que restringe moderadamente o direito de ir e vir do último.* 4. Recurso em habeas corpus improvido. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Diante disso, entende-se que as medidas concedidas têm o condão de prevenir um mal maior a fim de cessar a violência a que esteja submetida a mulher

e, então, garantir-lhe a proteção frente aos riscos eventualmente existentes em face da conduta atribuída ao agressor, até porque, eventuais restrições de direitos impostas na decisão que as concedeu, cingem-se apenas a proibir a sua aproximação e/ou contato por qualquer meio.

Assim, tem-se que apenas em situações excepcionais devidamente comprovadas, a readequação ou a revogação das medidas seria providência indispensável, o que apenas será efetivado em caso de elementos probatórios que possam resultar na revisão, reforma ou invalidação da decisão liminar.

Havendo pedido de medidas protetivas que impliquem em afastamento do lar, guarda, alimentos ou mesmo a suspensão provisória do direito de visitas aos filhos menores, após a análise dos elementos anexados ao pedido, em sendo necessário, proceder-se-á a realização de estudo social ou avaliação psicológica com os envolvidos, a fim de avaliar a situação atualizada.

No que concerne às questões afetas ao Direito de Família, o entendimento adotado é no sentido de que as demandas deverão ser encaminhadas à vara respectiva, considerando que a competência cível do Juizado especializado se restringe às medidas protetivas de urgência.⁵

Com a adoção do entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à atipicidade do delito de desobediência⁶, o descumprimento das medidas protetivas fixadas judicialmente deve ser informado pela ofendida diretamente no cartório judicial, com a apresentação dos elementos probatórios que entender necessários, podendo ainda ser informado pelo Ministério Público ou pela rede de proteção (Patrulha Maria da Penha e Centro de Referência de Atendimento à Mulher Vítima de Violência).

⁵ Nesse sentido é o entendimento do FONAVID, conforme Enunciado 3: "A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações cíveis e as de Direito de Família ser processadas e julgadas pelas varas cíveis e de família, respectivamente." Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-fonavid-forum-nacional-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/> Acesso em: 20 mar. 2018.

⁶ Quanto ao descumprimento das medidas protetivas, vale salientar que, anteriormente à edição da Lei n. 13.641, de 3 de abril de 2018, que criou o crime de descumprimento da medida protetiva de urgência (art. 24-A, da Lei n. 11.340/2006), o Superior Tribunal de Justiça já havia consolidado o entendimento no sentido de que não caracteriza o delito de desobediência, determinando que tal situação enseja sanções diversas. Logo, em respeito ao princípio da intervenção mínima, considera-se atípica a conduta em tela, vejamos: RECURSO ESPECIAL. DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CP. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. IMPOSIÇÃO COM AMPARO NA LEI MARIA DA PENHA. ATIPICIDADE DA CONDOTA. PREVISÃO DE SANÇÕES ESPECÍFICAS NA LEI DE REGÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que para a caracterização do crime de desobediência não é suficiente o simples descumprimento de decisão judicial, sendo necessário que não exista cominação de sanção específica. 2. A Lei n. 11.340/06 determina que, havendo descumprimento das medidas protetivas de urgência, é possível a requisição de força policial, a imposição de multas, entre outras sanções, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal. 3. Ademais, há previsão no art. 313, III, do Código de Processo Penal, quanto à admissão da prisão preventiva para garantir a execução de medidas protetivas de urgência nas hipóteses em que o delito envolver violência doméstica. 4. Assim, em respeito ao princípio da intervenção mínima, não se há falar em tipicidade da conduta imputada ao ora recorrido, na linha dos precedentes deste Sodalício (RESP 1.477.671/DF, Rel. Min. Jorge Mussi).

Não se vislumbrando risco iminente, inicialmente, será fixada multa para cada novo descumprimento de medida protetiva, nos termos do Enunciado n. 11 do FONAVID⁷, decisão sobre a qual o requerido deverá ser intimado e advertido quanto à possibilidade de decretação da sua prisão preventiva, em caso de reiteração de tais condutas, sem prejuízo da instauração de inquérito policial para apuração do crime recentemente criado pela Lei n. 13.641, de 3 de abril de 2018.

Em relação aos fatos narrados no Boletim de Ocorrência concernente aos crimes que eventualmente fundamentaram o pedido de medidas protetiva, ainda que o requerido pleiteie a produção de provas, entende-se que não se afigura necessária a designação de audiência de instrução e julgamento para tal finalidade, afinal, ora em análise, será a prova coligida apenas em caso de eventual ação penal.

O entendimento adotado no Juizado da Violência Doméstica e Familiar de Florianópolis/SC promoveu o saneamento da unidade jurisdicional em pouco menos de dois anos, com a redução considerável do tempo de duração do procedimento de medidas protetivas de urgência, cujas decisões liminares têm sido proferidas em menos de 12h, com a duração do processo, via de regra, em 90 dias, no máximo.

Como visto, as medidas ainda contemplaram o atendimento direto à vítima, com a agilidade da resposta estatal em casos de descumprimento e de risco iminente, assegurando ao requerido o direito ao contraditório e à ampla defesa, com o intuito de analisar todos os elementos relacionados ao contexto da mulher em situação de violência, com o apoio da equipe interdisciplinar do Juizado, sem prejuízo da tramitação das ações penais correspondentes.

Nessa perspectiva, além da garantia da proteção imediata à vítima, também se resguarda o seu direito de aguardar o prazo de representação, nos crimes de ação penal condicionada, sem submetê-la, caso assim não o deseje, à tramitação do processo criminal contra o agressor.

7 CONCLUSÃO

Não obstante a grande discussão doutrinária sobre a natureza cível ou penal das medidas protetivas de urgência da Lei n. 11.340/06, tem-se que o

⁷ ENUNCIADO 11 – Poderá ser fixada multa pecuniária, no caso de descumprimento de medida protetiva de urgência. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-fonavid-forum-nacional-de-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-a-mulher/> Acesso em: 20 mar. 2018.

caráter de cautelar cível apresenta-se como a melhor solução para o impasse doutrinário.

O cunho civil de referido instrumento, além de adaptar-se de forma mais adequada aos dispositivos da legislação em estudo, torna a proteção da vítima mais efetiva, tendo em vista o caráter cautelar assumido por tal instrumento. Anterior ao dano, de trâmite desvinculado a um eventual inquérito penal e de rápida cognição, a situação de vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica e familiar é resolvida de forma ágil e desburocratizada, alcançando um dos objetivos firmados pela Lei n. 11.340/06.

É evidente que, por ser instituto inovador na legislação brasileira, torna-se natural a diversidade de posicionamentos sobre seus aspectos jurídicos e, inclusive, sobre como se deve proceder sua aplicação.

Infelizmente, também é possível notar grande abismo entre as disposições legais e a aplicação no dia-a-dia forense do instituto em análise.

Apesar de primar pelo procedimento simples e célere, a vítima pode percorrer grande caminho até a concessão (ou não) da proteção estatal através das medidas protetivas de urgência. Enfrentando desde autoridades policiais que negam a capacidade postulatória que a Lei n. 11.340/06 oferece a ela ou a exigência da ocorrência de algum delito para promoverem o pedido da mulher em busca de assistência, passando por magistrados que solicitam exagerado arcabouço probatório, desconsiderando a fragilidade da ofendida e o próprio local onde a violência é perpetrada – âmbito doméstico – a mulher em situação de vulnerabilidade muitas vezes fica à mercê de sua própria sorte, devido aos entraves processuais que encontra em sua busca por proteção.

Todavia, apesar das falhas expostas, observa-se que estas são, em grande parte, estruturais e não legislativas. Dessa forma, com alguns ajustes de entendimento e com a devida capacitação profissional das pessoas que atuam no âmbito da violência doméstica – desde os que possuem primeiro contato com a vítima, como assistentes sociais, servidores e delegados, até os responsáveis pela parte judicial da demanda, como servidores, magistrados, membros do Ministério Público e advogados – acredita-se que a grande disparidade entre o instituto cominado em lei e sua real eficácia diminua significativamente, contribuindo para a melhor eficácia de tão benéfico instrumento de proteção.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal**: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13227-13228-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2018.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. **O novo crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência**: primeiras considerações. 2018. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-novo-crime-de-descumprimento-de-medidas-protetivas-de-urgencia-primeiras-consideracoes-por-thiago-pierobom-de-avila/>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BECHARA, Julia Maria Seixas. **Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência**. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17614/violencia-domestica-e-natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.419.421-GO**. Relator: Ministro. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1419421&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. **Recurso em Habeas Corpus n. 34.035**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 5 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2018

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 2 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 2. ed. rev. a atual. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 V

DINIZ, Anaílton Mendes de Sá. **Medidas protetivas de urgência: natureza jurídica - reflexos procedimentais.** [2016]. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/institucional/nucleos-de-apoio/nucleo-de-genero-pro-mulher/artigos/>. Acesso em: 02 maio 2016.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis.** 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral.** 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. 1 v.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Das medidas protetivas de urgência. *In*: CAMPOS, Carmen Hein. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/LMP_editado_final.pdf. Acesso em: 07 maio 2016.

MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da Justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 10024110453602001.** Relatora: Desembargadora Kárin Emmerich, 18 fev.

2014. Disponível em: <http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119363582/apelacao-criminal-apr-10024110453602001-mg>. Acesso em: 05 abr. 2015.

PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011. Disponível em: <http://mpdft.gov.br/revistas/index.php/revistas/article/viewFile/5/7>. Acesso em: 27 maio 2017.

PORTAL APAV. **O ciclo da violência doméstica**. 2016. Disponível em: <http://www.apav.pt/vd/index.php/vd/o-ciclo-da-violencia-domestica>. Acesso em: 18 jun. 2016.

PORTAL COMPROMISSO E ATITUDE LEI MARIA DA PENHA. **Enunciados da Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID)**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/>. Acesso em: 25 fev. 2018.

PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados do Fórum Nacional de Juízes (Fonavid)**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/lei-maria-da-penha/forum/enunciados>. Acesso em: 22 fev. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 2014.032986-2**. Relator: Des. Gabinete Des. Eládio Torret Rocha. Florianópolis SC, 06 ago. 2014. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora Acesso em: 17/12/2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2010.073030-0**. Relator: Des. Joel Figueira Júnior. Cidade, SC, 19 abr. 2011. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora Acesso em: 17/12/2018.

SENTONE, Bruno Delfino. A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor na Lei n. 11.340/2006. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 11, n. 70, p. 9-29, out./nov. 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E SOCIEDADE MODERNA: REFLEXÕES A PARTIR DA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA NA ADMINISTRAÇÃO DOS CONFLITOS

RESTORATIVE JUSTICE AND THE MODERN SOCIETY:
REFLECTIONS FROM THE DEVELOPMENT OF A NEW PARADIGM IN
THE CONFLICT MANAGEMENT

Bianca Garcia Neri

*Professora da Universidade Estácio de Sá
Doutoranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal
Fluminense (UFF)*

RESUMO: O presente artigo parte de considerações preliminares acerca do sistema de justiça criminal, pautado no paradigma punitivo, que configura um modelo de preponderância do monopólio estatal na solução dos conflitos, atualmente em crise diante da ineficácia no controle da violência. Em contrapartida, busca-se analisar os fundamentos da justiça restaurativa, apresentando-se como uma proposta baseada na participação social, proporcionando maior autonomia e empoderamento dos envolvidos, com o objetivo de restabelecer a relação abalada por meio da responsabilização e do atendimento das necessidades identificadas. Para melhor compreender essa perspectiva, considerada como importante instrumento para a construção de um espaço público democrático e para a redução da hegemonia estatal, tomam-se por base as lições de Boaventura de Sousa Santos e Luis Alberto Warat.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Cidadania. Empoderamento social.

ABSTRACT: This article is based on preliminary considerations about the criminal justice system, based on the punitive paradigm, which constitutes a model of preponderance of the state monopoly in the solution of conflicts, currently in crisis due to the inefficacy of the violence control. On the other hand, it pursues to analyze the foundations of restorative justice, presenting itself as a proposal based upon social participation, providing greater autonomy and empowerment of those involved in the process, it has the aim of restoring the shaken relationship through liability and the attendance of the identified needs. In order to better understand this perspective, considered as an important instrument for the construction of a democratic public space and for the reduction of the state hegemony, it is based on Boaventura de Sousa Santos and Luis Alberto Warat's lessons.

Keywords: Restorative justice. Citizenship. Social empowerment.

1 INTRODUÇÃO

O aumento desenfreado nos índices de violência e o surgimento de novos delitos têm trazido para as sociedades contemporâneas cada vez mais discussões acerca das políticas de segurança pública e da atuação estatal diante dessa situação. Percebe-se, com isso, a intensificação do tradicional paradigma punitivo, com o aumento da repressão, o surgimento de novos tipos penais, tratamento mais rígido conferido aos infratores, bem como a imposição de penas mais severas, demonstrando uma postura do Estado cada vez mais interventiva, legitimada, ainda, pelo clamor público. Some-se a isso, a influência midiática que contribui para a perpetuação de um cenário de angústia e pavor social, corroborando a chamada “obsessão securitária”, que justifica a manutenção de um verdadeiro Estado de Exceção.

Todo esse panorama vem ensejando uma política de encarceramento em massa, voltada à segregação dos indivíduos – notadamente daqueles que já se encontram à margem da sociedade –, sem que, no entanto, se perceba a redução da criminalidade, revelando, assim, a insuficiência do atual modelo adotado. Além da falta de eficácia, o referido paradigma propicia, ainda, o afastamento dos indivíduos da esfera pública decisória, deixando a cargo do Estado a solução dos conflitos, apresentando-se, portanto, como o órgão central da estrutura social.

Diante da insustentabilidade em se manter essa lógica punitivista, o presente trabalho objetiva analisar a justiça restaurativa, como forma alternativa de resolução de conflitos, pautada no diálogo e na valorização das partes envolvidas, apresentando-se como importante instrumento para a construção de um espaço público democrático e para a redução da hegemonia estatal, tomando-se por base as lições de Boaventura de Sousa Santos e Luis Alberto Warat.

Para tanto, o trabalho encontra-se dividido em quatro partes: inicialmente, busca-se tecer considerações acerca das bases do paradigma punitivo, demonstrando a preponderância do monopólio estatal na solução dos conflitos; em seguida, aborda-se a crise do paradigma punitivo na sociedade moderna, notadamente diante da ineficácia no controle da violência e o afastamento da sociedade na resolução dos conflitos.

Posteriormente, discorre-se sobre as propostas da justiça restaurativa, como um modelo que busca a pacificação social e a resolução dos conflitos a

partir da máxima valorização dos envolvidos, buscando o reequilíbrio da relação abalada, explicitando o receio de que essa proposta acabe se tornando um mecanismo de expansão do poder estatal.

Para melhor compreender essa perspectiva, a última parte do trabalho destina-se a traçar os contornos metodológicos a partir dos quais se pretende pensar a justiça restaurativa, adotando-se as concepções de uma teoria crítica, a fim de que se possa pensar a administração de conflitos para além das instituições burocráticas e das representações sociais, explicitando o receio de que essa proposta acabe se tornando um mecanismo de expansão do poder estatal.

2 PARADIGMA PUNITIVO E DIFICULDADES NA SOCIEDADE MODERNA

Compreender e estudar o sistema de justiça criminal que predomina hoje em nossa sociedade, bem como pensar nas suas consequências, pressupõe que se faça uma análise apriorística acerca do paradigma punitivo e da racionalidade que o sustenta.

Considerando que paradigma “é uma estrutura de pensamento suficientemente ampla e profunda para no seu seio emergirem e se desenvolverem orientações teóricas e metodológicas” (AGRA, 2009, p. 547)¹, ao correlacionar com a ideia de punição, tem-se que o paradigma punitivo pode ser compreendido como um modelo que se caracteriza por vislumbrar apenas uma única resposta para os crimes, qual seja, a pena, de caráter aflagante, impositivo e coercitivo. Sendo assim, o foco principal no estudo dos delitos encontra-se na aplicação da pena, dando ensejo a teorias que buscam justificar a sua imposição ao infrator.² Apesar das divergências entre as referidas teorias, é possível verificar

¹ E ainda, “segundo Thomas S. Kuhn, ‘paradigma’ é um modelo científico de verdade, aceito e predominante em determinado momento histórico. Trata-se de ‘práticas científicas compartilhadas’ que resultam de avanços descontínuos, saltos qualitativos e rupturas epistemológicas” (1975, p. 218 apud WOLKMER, 2009, p. 2).

² As teorias absolutas ou retributivas – dentre as quais se destacam o pensamento de Kant, bem como a filosofia de Hegel – justificam a imposição da pena como forma de castigo pelo mal causado, sendo então, um fim em si mesma, visando ainda, o restabelecimento da ordem jurídica ora violada (BITENCURT, 2004). Desse modo, sendo a “lei da punição um imperativo categórico” (KANT, 2003, p. 175), qualquer infração é capaz de justificar a imposição de uma pena por parte do Estado, devendo-se observar tão somente uma proporcionalidade entre o crime e a punição. Em oposição ao referido modelo surgiram às chamadas teorias relativas, preventivas ou utilitárias, que conferem à pena a finalidade de manutenção da segurança e da ordem, fundamentando, portanto, o direito de punir estatal na “necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares” (BECCARIA, 2006, p. 22). Assim, as referidas teorias apresentam uma preocupação para além da justificativa de punir (“porque se pune”), tomando como objeto de reflexão a resposta à pergunta “para que se pune?”. A pena, como meio de controle social, teria como finalidade a prevenção de novos crimes por meio da coação psicológica pela ameaça da punição, intimidando membros da sociedade (prevenção geral), além do caráter educativo, direcionado ao infrator para que não volte a delinquir, pretendendo-se, portanto, a sua ressocialização (prevenção especial). As críticas às teorias absolutas e relativas deram ensejo ao surgimento das teorias mistas ou unitárias, que abarcam e conjugam características das teorias anteriores, visto que a pena traz consigo uma ideia de retribuição ao mal causado - devendo-se observar a culpabilidade e a proporcionalidade -, sem, no entanto, desconsiderar a finalidade da prevenção dirigida à sociedade e de reinserção social do infrator, evitando, com isso, a reincidência.

que se enquadram no paradigma punitivo, tendo como ponto de convergência a necessidade de imposição da pena diante da violação à norma, configurando a prática de uma conduta delituosa. Ademais, em que pesem as mencionadas distinções, verifica-se também uma confluência do monopólio do poder punitivo na figura do Estado, sendo este responsável pela estabilização social. Com isso, foram-se edificando as bases do sistema punitivo moderno, a partir de uma lógica hegemônica³ e autoritária de controle da violência que dificulta a participação da sociedade na administração e resolução dos conflitos.

Desse modo, vislumbra-se uma racionalidade criminal moderna no sentido de que a violação a uma norma de comportamento deve ensejar a aplicação de uma norma sancionatória, concretizada em uma pena aflitiva. Assim, o sistema pauta-se, precipuamente, na unidade entre normas de comportamento e normas de punição, ou seja, havendo crime, haverá pena, de modo que a identificação de um ilícito de natureza penal está diretamente relacionada com a resposta que lhe será dada – não havendo previsão para aplicação de pena, o ilícito possuirá natureza diversa da criminal (LUZ, 2012).

A racionalidade criminal moderna erigida sob a ótica da obrigatoriedade⁴ da punição, faz com que cada vez mais se utilize a força como resposta para os delitos que surgem no seio da sociedade, reafirmando o poder estatal sobre os indivíduos, cada vez mais excluídos do processo de administração e solução dos conflitos e, conseqüentemente, da interpretação e da aplicação das normas jurídicas.

O atual paradigma punitivo que tradicionalmente, surgiu em substituição à severidade dos suplícios anteriores⁵, encaixou-se perfeitamente nos planos da modernidade, pautada sob a perspectiva da racionalidade e da criação de “um conjunto de regras, estabelecidas a partir da razão, que regiam a sociedade e eram fundadas em um poder de coerção e de monopolização do uso racional

³ Amorim (2006, p. 114) destaca que “[...] é corrente no sistema de justiça criminal adotado no Brasil, em que o processo não apenas é público, mas estatal, ficando assim sob completa tutela do Estado”.

⁴ Na lição de Pires (2004, p. 44), “A racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma obrigação ou necessidade. [...]. No período pré-clássico, os saberes sobre a pena fundamentavam o direito de punir no sentido pleno da expressão: as penas aflitivas eram concebidas simplesmente como autorizadas, constituindo uma espécie de prerrogativa do Príncipe ou do Poder Judiciário, de modo que a Justiça dispunha de autorização para punir mas também para não punir, buscando alternativas à criminalidade. No quadro da racionalidade criminal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente”.

⁵ Os suplícios, concretizados por meio de penas corporais e dolorosas, aplicadas em verdadeiros espetáculos públicos, vigoraram no modelo punitivo da Idade Média, quando o crime representava uma violação ao próprio soberano, que reafirmava seu poder aplicando tais penalidades. No entanto, esse modelo perde sentido na modernidade, visto que não atendia aos anseios do capitalismo – e de todo sistema político e econômico implementado –, que necessita de farta mão-de-obra, passando-se, assim, à perspectiva da prisão como pena autônoma – e não mais como local onde se aguardava até o dia da aplicação da pena corporal – e do trabalho desenvolvido no interior dos cárceres, objetivando a reinserção moral e material do apenado na sociedade (FOUCAULT, 1977).

da força, que garantia o seu cumprimento” (LUZ, 2012, p. 47). Ao pretender a manutenção da ordem, tem como foco extirpar da sociedade o crime, sendo necessária, portanto, uma atuação do Estado frente ao criminoso com todo o seu aparato de força, justificando seu uso na garantia da paz pública.

Tal centralização do poder punitivo fez com que o Estado, por diversas vezes, apresentasse um discurso oficial de que suas instituições e seus agentes estavam aptos a travar e a vencer a guerra contra o crime, reforçando sua hegemonia e controle perante a sociedade civil. No entanto, nas últimas décadas, o aumento desenfreado da criminalidade a cada dia faz cair por terra “um dos mitos fundadores das sociedades modernas, a saber, o mito do Estado soberano capaz de garantir a segurança e a ordem e de reprimir o crime dentro de suas fronteiras” (GARLAND, 1999, p. 63).

É nesse contexto, então, que a sociedade moderna vem enfrentando verdadeira crise de legitimação, tendo em vista a falta de consonância entre o discurso estatal pautado na promessa de controle social pela sistemática punitivista e a realidade prática que revela índices cada vez maiores de violência, demonstrando a falta de respostas satisfatórias. Desse modo, percebe-se, de um lado, o recrudescimento da força estatal sobre os indivíduos, buscando meios de reafirmar seu controle e poder, refletindo em políticas públicas mais repressivas, na criação de novos tipos penais, bem como na imposição de penas mais severas, e de outro, a incapacidade de frear a criminalidade.

Paralelamente, a sociedade, vivendo hoje em uma perspectiva de verdadeira “obsessão securitária” (GARLAND, 1999; 2008), reforçada pela influência midiática, clama por um Estado ainda mais punitivo e combatente, sem perceber o afastamento cada vez maior dos cidadãos da participação social e da resolução de seus conflitos, deixados totalmente a cargo dos órgãos estatais – polícia, judiciário, Ministério Público.

Ademais, tal distanciamento da sociedade da esfera pública de tomada de decisões por meio da delegação do processo decisório ao ente público reforça a desatenção do direito penal pelos interesses das vítimas e as particularidades relacionadas ao infrator, tornando-os ainda mais invisíveis aos olhos do Estado, representando meros números para fins estatísticos. Nesse diapasão, a vítima apresenta-se não apenas como informante – instrumento apto a movimentar o aparato estatal e meio de prova (da autoria e da materialidade) do delito –, mas

também como portadora do bem jurídico sobre o qual recai a lesão, corroborando, assim, a preocupação do Estado com a restauração da ordem jurídica e não com a efetiva possibilidade de reparação dos danos sofridos (CHRISTIE, 2017). Da mesma forma, essa marginalização da vítima da realização da justiça faz com que o infrator não se sinta responsabilizado perante esta, mas tão somente perante o Estado, dificultando a efetiva administração e resolução dos conflitos, que acabam sendo devolvidos à sociedade (AMORIM, 2006), tendo em vista que essa sistemática “não só distancia as partes do conflito criminal, senão também abre um abismo irreversível entre elas e corta artificialmente a unidade natural e histórica de um enfrentamento interpessoal” (MOLINA; GOMES, 2006, p. 68).

3 NOVOS CAMINHOS A PARTIR DO MODELO RESTAURATIVO

Enxergar e aceitar que o paradigma punitivo se encontra em crise na sociedade moderna não é tarefa das mais fáceis, notadamente diante da confiança que se deposita no referido modelo, preferindo-se culpar não a sua forma de construção, mas sim a utilização inadequada de suas ferramentas.⁶ Para tanto, faz-se necessária a identificação dos problemas ora explicitados, em especial, a ineficácia no controle da violência e o afastamento da sociedade na resolução dos conflitos.

A despeito de tal dificuldade, teóricos já preocupados em oferecer respostas mais eficientes, projetaram-se sob uma perspectiva que vai de encontro às bases do modelo tradicional.

Howard Zehr, um dos principais expoentes do paradigma de justiça restaurativa⁷, reconheceu a necessidade de se lançar um “novo olhar” sobre o fenô-

⁶ Explica-se: a confiança no paradigma punitivo é tamanha que, por mais que se perceba a falta de resposta para o enfrentamento de novos problemas, prefere-se acreditar que basta um melhor empenho na concretização desse modelo. A exemplo disso, é possível citar o movimento de Lei e Ordem e a política de Tolerância Zero, ambos de origem norte-americana, que buscaram enfrentar o aumento da criminalidade com mais punição e repressão. No Brasil, a severidade com que se tratam os chamados crimes hediondos, admitindo a supressão de garantias individuais, conforme determinação constitucional e previsão legal, demonstra a adesão à perspectiva de Lei e Ordem.

⁷ Tendo em vista a abertura e fluidez do conceito de justiça restaurativa, optou-se por não se limitar a uma única definição. Dessa forma, dentre as inúmeras divergências na doutrina, vale destacar três possíveis concepções: “1) A justiça restaurativa é uma forma de justiça voltada para a reparação do dano (material ou simbólica) causada pelo delito (conflito). Os adeptos dessa concepção além de voltar-se para a reparação da vítima buscam (re) integrar o ofensor à sua comunidade e restaurar a própria comunidade, sendo que esse participa do processo restaurativo a fim de contribuir na formulação e cumprimento do acordo restaurativo, bem como desenvolver sua capacidade de resolver seus próprios conflitos, eis que o delito afeta não só a vítima imediata e o ofensor, mas também a comunidade. Esta concepção associa igualmente a reparação do dano feita pelo ofensor ao reconhecimento de sua responsabilidade no ato [...] 2) Esta concepção volta-se para a transformação, sendo esta entendida de maneira ampla, eis que sua intenção é transformar a concepção das pessoas sobre si mesmas e como se relacionam com os outros, transformar a forma de vida das pessoas, pois parte do pressuposto que todos estão conectados uns aos outros e ao mundo e, por fim, introduzir uma mudança na própria linguagem, abolindo distinções entre crime e outras condutas danosas, a exemplo do que propunha o abolicionista Louk Hulsman, com a substituição da palavra delito pelo termo ‘situações problemáticas’ [...] 3) A última concepção é a do encontro do diálogo. Nela a justiça restaurativa é vista como uma forma de resolução de conflitos

meno da violência, passando a enxergá-lo por meio de “outras lentes”, rompendo-se com o tradicional sistema punitivo, por meio da valorização das partes: vítima, infrator e comunidade (ZEHR, 2008). Sob essa perspectiva, propõe-se a adoção de um modelo dialogal que busca a reparação dos danos e o retorno ao *status quo ante* (ACHUTTI, 2009), por meio do reequilíbrio da relação abalada, conferindo maior atenção às necessidades da vítima, da comunidade e estimulando a assunção da responsabilidade pelo ofensor, reforçando a ideia de uma verdadeira cidadania participativa (AZEVEDO, 2005).

Dessa forma, ao invés de haver a mera imposição de pena, busca-se a adoção de um procedimento em que, por meio do consenso entre as partes envolvidas, seja possível alcançar soluções para os efeitos do ato ilícito, pretendendo oferecer uma resposta satisfatória à vítima e à sociedade, bem como a reintegração do infrator, sem que sofra os efeitos excludentes e estigmatizantes do processo penal e de uma possível condenação. A justiça restaurativa busca suas bases nas tradições de sociedades comunais, como povos das Áfricas, da Nova Zelândia, da Austrália, da América do Norte, entre outros, aplicando metodologias que lhes são próprias.⁸

A intenção, portanto, é analisar o crime não apenas em seu aspecto técnico-jurídico, mas em todo seu contexto social, econômico, político e ético, em que o conceito de justiça passa a ser construído por meio da relação indivíduo-sociedade, não se limitando a ser algo imposto. Assim, conflito deixa de significar briga e intolerância, passando a ser consequência lógica das diferenças entre seres humanos e da distinta distribuição de recursos (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2002). Deve ser encarado de forma crítica, buscando-se a melhor maneira de se chegar a um consenso, na tentativa de evitar a sua reincidência e melhorar as relações interpessoais, fomentando a percepção social acerca das situações conflitivas (MELO, 2005).

Tendo como principais valores a voluntariedade, a participação, o respeito, a responsabilidade, a verdade, a reintegração e a reparação, a justiça restaura-

que possibilita que vítima, ofensor e outros interessados se encontrem em um local não tão formal e dominado por especialistas (a exemplo dos advogados, juízes e promotores), para que, principalmente, vítima e ofensor, abandonem a passividade que lhes é imposta pelo processo penal, e assumam posições ativas nas discussões e tomadas de decisões de seus conflitos. Nessa configuração, a justiça restaurativa aparece como uma experiência extremamente democrática na medida em que todos, falam e escutam respeitosamente, e em condições equilibradas de poder, proporcionadas pela formatação do processo, pelos valores da justiça restaurativa e, principalmente pela atuação do facilitador ou mediador. Assim, ao invés da imposição de uma pena pelo juiz, utiliza-se o diálogo para que os implicados cheguem a um acordo sobre o que pode ser feito em benefício da vítima, do ofensor e da própria comunidade [...]” (PALLAMOLLA, 2010, p. 14).

⁸ Como exemplo, é possível citar o povo Navajo, tribo indígena da América do Norte, segundo o qual as pessoas causam danos a outras porque estão desconectadas do mundo a sua volta, não reconhecendo nenhum laço com seu semelhante. Uma das formas de lidar com essa situação é chamar os parentes do ofensor para ajudá-lo a se reconectar com a comunidade onde vive, reconhecendo os danos causados e maneiras de repará-los. (GRECCO et al., 2014).

tiva não deve resumir-se a sistemas fechados, mas enquadrar-se em dinâmicas flexíveis capazes de se adaptar a cada sociedade, podendo concretizar-se por meio de procedimentos, dentre outros, como a mediação penal, as conferências familiares e os círculos de construção de consenso⁹.

Analisando a atuação ostensiva do Estado em relação à segurança pública, Wacquant (2001, p. 7) destaca que a “penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países”, demonstrando que o papel do Estado, no que tange à segurança, concentra-se precípua, e quase exclusivamente, na estreita dimensão criminal; havendo assim, a atrofia do Estado Social e a hipertrofia do Estado Penal. Assim, o atual sistema de justiça criminal, influenciado pelo sentimento público de insegurança e intranquilidade, faz com que as instituições estejam inseridas em um contexto que legitima a aplicação de medidas mais severas e punitivas, sendo tal perspectiva ainda mais sedutora para países com fortes desigualdades sociais e desprovidos de tradição democrática como o Brasil (PASTANA, 2012).

4 PREOCUPAÇÕES PARA O SISTEMA BRASILEIRO

No Brasil, a despeito da incipiência, o modelo restaurativo ganhou destaque a partir do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, em 2005, que resultou na elaboração da Carta de Araçatuba, cuja ratificação ocorreu em Brasília na Conferência Internacional sobre Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (SALIBA, 2009). Dando continuidade a essa perspectiva, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125/2010 – dispendo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário – e, mais recentemente, a Resolução n. 225/2016 – que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Judiciário –, demonstrando, assim, a intenção em adotar esse novo paradigma.

⁹ “[...] Temos que a mediação penal é todo processo que permite ao ofendido e ao ofensor participar ativamente, se o consentem livremente, da solução das dificuldades resultantes do delito, com a ajuda de um terceiro independente, o mediador [...]. Já as conferências familiares são utilizadas quando se desejam garantir à vítima ou ao ofensor o suporte de familiares, amigos e outros membros da comunidade, visando não só a uma mudança comportamental, como apoio nas condutas acordadas. Os círculos de construção de consenso que têm origem nas comunidades indígenas, pois envolvem um maior número de pessoas – vítimas, ofensores, familiares, a comunidade e operadores de direito. Os círculos incluem a presença do juiz e a construção consensual da sentença para o delito” (ALMEIDA, 2011, p. 38).

Ademais, segue tramitando o Projeto de Lei n. 7.006/2006, que regulamenta o uso de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal.

Nesse contexto, foram implementados três projetos-piloto de justiça restaurativa. Em São Caetano do Sul/SP e Porto Alegre/RS, desenvolveu-se no âmbito da infância e da juventude, abrangendo os atos infracionais, buscando-se a pacificação de violências envolvendo crianças e adolescentes. Em Brasília/DF, o projeto é voltado para as infrações de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais, com o objetivo de buscar a pacificação social a partir da solução de causas subjacentes aos conflitos, ou seja, quando se vislumbra a existência de um conflito relacionado a pessoas que mantenham vínculo entre si – casos de vizinhança ou relações familiares, exceto quando envolver violência doméstica contra a mulher (SLAKMON; DE VITTO; PINTO, 2005).

Contudo, mesmo antes das normativas dispendo sobre as formas alternativas de solução de conflitos, os ideais restaurativos já fincavam suas raízes – ainda que de forma inconsciente – na Constituição de 1988 que – orientada por um preâmbulo enunciando a construção de uma sociedade comprometida com a solução pacífica das controvérsias – em seu artigo 98, inciso I, prevê a criação de Juizados Especiais, competentes em matéria criminal para solucionar mediante procedimento oral e sumaríssimo as infrações de menor potencial ofensivo¹⁰. Assim, a regulamentação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais pela Lei n. 9.099/1995 fez com que a doutrina celebrasse a construção de um novo paradigma no sistema jurídico penal brasileiro, instituindo um modelo de justiça consensual, com a possibilidade de uma fase preliminar em que ocorre a tentativa de reparação dos danos causados pelo crime, pretendendo assim, alcançar um acordo entre ofendido e agressor, visando a pacificação social.¹¹

A possibilidade da obtenção de acordos em uma audiência preliminar, conduzida por agente treinado – pelo menos em tese – para estimular o consenso entre ofensor e ofendido demonstra a preocupação do legislador infraconstitucional em estabelecer a reparação dos prejuízos causados com o ato ilícito.

¹⁰ De acordo com o artigo 61 da Lei n. 9.099/1995, “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

¹¹ Embora a referida lei não faça expressa menção à justiça restaurativa, seus mecanismos despenalizadores – quais sejam a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo –, e os princípios que a orientam – como a oralidade, a informalidade, a simplicidade, a celeridade e a economia processual –, objetivando sempre que possível a reparação dos danos sofridos pela vítima e a solução pacífica dos conflitos, fizeram com que a dogmática jurídica passasse a vislumbrar o ambiente propício para o desenvolvimento das práticas restauradoras (ALMEIDA NETO, 2012).

Ademais, ainda que não se alcance o acordo entre as partes, possibilita-se que o Ministério Público ofereça propostas – por meio do uso, por exemplo, do instituto da transação penal – ao infrator aplicando-lhe penas alternativas ou multa, a fim de evitar que venha a sofrer a privação de sua liberdade ao final do processo.¹²

Nesse contexto, ao analisar os julgados das Turmas Recursais do Rio de Janeiro é possível vislumbrar expressa associação entre o modelo restaurativo de justiça criminal e os Juizados Especiais Criminais como sistema apto a sua concretização¹³, buscando uma forma justa e pacífica para solucionar os conflitos que chegam ao Judiciário. Dessa forma, percebe-se o estímulo ao diálogo, pressupondo, de um lado, que a vítima esteja disposta a ouvir o infrator e os motivos pelos quais praticou o ilícito e, de outro lado, que o mesmo reconheça a sua responsabilidade pelo ato e queira reparar o mal causado.

Ocorre que, muitas vezes, o que se percebe no dia a dia forense são audiências conduzidas por pessoas sem capacitação específica para incentivar o debate e o alcance de acordos que sejam satisfatórios para ambas as partes, fazendo com que o conflito, em vez de ser administrado, seja devolvido para a sociedade (AMORIM, 2006). Ademais, verifica-se, ainda, que, mesmo quando não obtida a conciliação entre os envolvidos, as propostas de transação penal ou de suspensão condicional do processo, que deveriam buscar a conscientização do infrator e a reparação dos danos causados à vítima por meio de medidas correlatas, não raras vezes, limitam-se a impor medidas alternativas que em nada contribuem para esse fim¹⁴. Assim, o que já ficou demonstrado por diversos pesquisadores é que os juizados especiais criminais e seus institutos despenali-

¹² Corroborando essa relação entre a transação penal e a justiça restaurativa, o Enunciado n. 116 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) dispõe sobre a necessidade de observar princípios próprios desse novo modelo de justiça. E, ainda, o Enunciado n. 119 admite a utilização da mediação penal em sede de juizado especial, demonstrando a tentativa de implementar uma sistemática voltada a estimular a participação da sociedade na realização da justiça, conferindo-lhe maior autonomia na solução dos litígios.

¹³ Como se analisa a partir do seguinte trecho: “Não se pode perder de vista que os Juizados Especiais Criminais exercem uma função política voltada para o restabelecimento da paz social. Essa função faz do juiz um negociador, um conciliador ou argumentador, que busca uma solução justa, de maneira singela, informal, acessível e célere, atendido o ideal de uma solução autônoma, eticamente superior à heterônoma decisão tradicional. Essa atuação política dos Juizados Especiais Criminais repercute no princípio da obrigatoriedade da ação penal, e carrega um significado de Justiça Restaurativa que não existe na Justiça Comum [...]” (Segunda Turma Recursal Criminal. Apelação criminal n. 0006525-37.2013.8.19.0034).

¹⁴ Como exemplo, é possível citar, conforme identificou Almeida (2014), propostas de transação penal oferecidas pelo Ministério Público impondo ao sujeito doação de sangue como pena alternativa e, até mesmo, doação de “cesta básica canina”, referindo-se ao pagamento de ração e medicamentos para uma instituição protetora dos animais. No entanto, a despeito dessa possível impertinência das medidas propostas, a jurisprudência salienta que a transação penal é instituto que independe da participação do ofendido, visto que efetivada tão somente entre o Parquet e o ofensor: “[Transação penal] cuida-se de benefício entabulado entre o Ministério Público e o autor do fato, não havendo ingerência da vítima nesse mister [...]. Desta feita, depreende-se que a participação da vítima na formulação da proposta de transação penal é despicienda, sendo digna de rechaço a adução de que a ausência de intimação da mesma para o referido ato ensejaria a nulidade absoluta” (Primeira Turma Recursal Criminal. Recurso inominado n. 0219322-97.2012.8.19.0001).

zadores não foram capazes de implementar um procedimento que efetivamente permitisse às partes assumir o protagonismo na solução dos conflitos.

Com a entrada em vigor da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, estimulando o uso da mediação, passou-se a adotar tal procedimento também para as infrações de menor potencial ofensivo, oriundas dos juizados especiais criminais. Aplicando-se às hipóteses em que se vislumbre relação de continuidade, a mediação penal visa proporcionar um ambiente de maior diálogo entre os envolvidos, sendo conduzida por um facilitador, que não deve intervir na vontade das partes.¹⁵

Nesse diapasão, é possível perceber que as práticas restaurativas com maior destaque no Brasil, vêm sendo implementadas a partir do Poder Judiciário, seguindo as regras estabelecidas pelo Estado – resoluções do Conselho Nacional de Justiça, projetos de lei –, colocando em dúvida se de fato será possível a concretização dos ideais da justiça restaurativa, notadamente no tocante ao exercício da cidadania e ao empoderamento social. Desse modo, a problemática que orienta a pesquisa, ainda em andamento, pauta-se no aparente paradoxo entre um paradigma que se propõe a trazer emancipação social e cidadania sendo implementado a partir de órgãos estatais e sob o manto de suas regras. Trata-se de verdadeiro receio de que os ideais restaurativos sejam desvirtuados e tornem-se mais instrumentos a cargo da expansão do poder do Estado, notadamente pela ainda hegemônica preponderância do Judiciário na resolução dos conflitos e pela dificuldade de implementação de uma cultura de paz em tempos de “obsessão securitária”.

A partir de 2005, quando a justiça restaurativa começou a ser trazida para o Brasil, houve uma apropriação por parte do Estado, autorizando a realização de projetos-piloto, promovendo congressos, publicando artigos, todos vinculados aos órgãos pertencentes a sua estrutura, a despeito de ser um modelo baseado em práticas comunitárias e ancestrais.

Assim, a pesquisa tem por objetivo principal analisar como vêm sendo implementada a justiça restaurativa a partir das estruturas do Estado, bem como a relação deste com a sociedade civil na administração dos conflitos.

A partir do método indiciário (GINZBURG, 1989), pretende-se desenvolver pesquisa de campo, em que serão observadas as práticas restaurativas que

¹⁵ A despeito de algumas controvérsias doutrinárias, a mediação penal também pode ser encarada como um procedimento restaurativo, pois busca permitir a condução dos conflitos por quem de fato está envolvido nele.

ocorrem no âmbito dos juizados especiais criminais da cidade do Rio de Janeiro, adotando-se, para tanto, observação participante, bem como entrevistas abertas e semiestruturadas. Toma-se por base a hipótese de que o caráter hegemônico e autoritário do Estado na realização da justiça criminal dificulta o engajamento da sociedade civil na resolução de seus conflitos, sendo necessário um maior estímulo à participação para possibilitar concretizar os ideais da justiça restaurativa e viabilizar a implementação de uma cultura de paz, consubstanciando os ideais de um Estado verdadeiramente democrático.

5 CONTRIBUIÇÕES EPISTEMOLÓGICAS

Considerando o objeto e a problemática exposta, o presente trabalho busca fundamento nas lições de Boaventura de Sousa Santos, que nos permite perceber a existência de uma crise do paradigma cognitivo dominante da modernidade – ao qual se refere como razão indolente/conformista (SANTOS, 2011) – contribuindo, com isso, para a análise de suas implicações no âmbito do Direito e para a construção de alternativas mais plurais e dialógicas.

Visando também à edificação de uma teoria crítica, a presente pesquisa pauta-se, ainda, nos ensinamentos de Luis Alberto Warat, cujas percepções acerca do discurso jurídico e do Direito em si possibilitaram a construção de uma visão crítica acerca do monopólio estatal como único meio para se conquistar a pacificação social e a realização da justiça. Além disso, suas lições em muito contribuíram para compreender a justiça restaurativa como um modelo de extrema relevância na construção de uma dinâmica social de emancipação e empoderamento, tomando-se por base uma noção ampla de cidadania, comumente relacionada apenas ao exercício dos direitos políticos. A proposta waratiana apresenta-se mais ampla e consistente, superando a tradicional concepção jurisdicista de cidadania – idealizada pelo Estado Liberal de Direito – de viés legalista/positivista, envolvendo a possibilidade de participação ativa dos cidadãos nos assuntos da sociedade, ou seja, um conceito de cidadania humanizada.¹⁶

¹⁶ Segundo Warat (2004c, p. 114), “A cidadania está reduzida a indivíduos que participam indiretamente na produção das decisões do Estado, para logo delegar-lhe a missão de decidir seus próprios conflitos. E um cidadão que renuncia a administrar seus próprios conflitos, porque foi forçado a crer que era melhor que o estado, que ele ajudava indiretamente, fosse o que tomasse medidas coercitivas sobre suas próprias situações de insatisfação. Os direitos humanos e a cidadania finalmente são cúmplices de muitas retóricas e poucas atitudes vitais”.

5.1 CRÍTICAS AO PARADIGMA COGNITIVO MODERNO

Em suas obras, Boaventura de Sousa Santos reconhece o positivismo como o paradigma dominante da modernidade, pautado em uma separação entre o conhecimento científico e outros conhecimentos, como os estudos humanísticos, privilegiando a “causalidade funcional, hostil à investigação das ‘causas últimas’, consideradas metafísicas, e centrada na manipulação e transformação da realidade estudada pela ciência” (SANTOS, 2006, p. 25). Assim, com influência das ciências naturais – matemática, física, biologia – só seria reconhecido como científico aquilo que fosse mensurável, dando ensejo, portanto, a pesquisas quantitativas.

Tal modelo contribuiu para a cientificização do Direito moderno, pautado em uma racionalidade cognitivo-instrumental, imune a qualquer influência metafísica, religiosa ou ética, a cargo do desenvolvimento capitalista e da manutenção da ordem pelo Estado. Percebe-se, com isso, um discurso de neutralização, de modo que “[...] a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica” (SANTOS, 2011, p. 143).

Boaventura propõe uma teoria decolonial, a partir de uma epistemologia do sul¹⁷ para se pensar o Direito e a sociedade, apontando para a existência de uma cartografia moderna que dividiu o mundo em linhas abissais. Trata-se de uma divisão da realidade social em dois universos ontologicamente distintos: de um lado, o norte, imperial, colonial (mundo civilizado) e, de outro, o sul, colonizado, oprimido, silenciado (mundo selvagem), tendo como principal característica a negação de tudo fosse proveniente do outro lado da linha (sul). Essa linha abissal divide um mundo que dita o verdadeiro e o falso, o legal e o ilegal, e, outro, que seria um mundo sem lei (SANTOS; MENESES, 2010).¹⁸

O autor aponta, então, para a necessidade de construir uma proposta teórica para o Direito que reconheça a pluralidade de universos jurídicos, pa-

¹⁷ As epistemologias do sul pautam suas reflexões a partir dos seguintes questionamentos: “Por que razão, nos dois últimos séculos, dominou uma epistemologia que eliminou da reflexão epistemológica o contexto cultural e político da produção e reprodução do conhecimento? Quais foram as consequências de uma tal descontextualização? São hoje possíveis outras epistemologias?”. E, ainda, “Trata-se do conjunto de intervenções epistemológicas que denunciam a supressão dos saberes levada a cabo, ao longo dos últimos séculos, pela norma epistemológica dominante, valorizam os saberes que resistiram com êxito e as reflexões que estes têm produzido e investigam as condições de um diálogo horizontal entre conhecimentos. A esse diálogo entre saberes chamamos ecologias de saberes” (SANTOS; MENESES, 2010, p. 7).

¹⁸ Hoje, essa linha não mais se limita a dividir geograficamente metrópole e colônia, existindo uma subdivisão dentro de ambas. Por exemplo, no Brasil, quando dos protestos que ocorreram nos últimos anos, falou-se em uma atuação excessivamente violenta por parte da polícia, demonstrando-se ilegal. Por outro lado, diariamente a mesma polícia adentra comunidades de forma bastante violenta, sem que se questione da (i)legalidade de seus atos, retratando um local marcado pela ausência de direitos e da lei. (BEZERRA, 2014).

ralelamente ao ordenamento estatal, legitimando e permitindo a coexistência de experiências “do outro lado da linha”. Considera a racionalidade moderna uma razão indolente (preguiçosa), visto que não reconhece outras formas de saber, sendo, portanto, um verdadeiro desperdício da experiência social (SANTOS, 2011). Visando quebrar o monopólio dessa razão indolente, Boaventura busca apresentar uma ecologia de saberes, pautada “[...] no reconhecimento da pluralidade de saberes heterogêneos, da autonomia de cada um deles e da articulação sistêmica, dinâmica e horizontal entre eles” (SANTOS, 2006, p. 157).

Constituindo outro importante referencial para vertente epistemológica da teoria crítica do Direito, Luis Alberto Warat quando chegou ao Brasil, em 1977, já havia se dado conta da impossibilidade de sustentar¹⁹ o projeto jurídico da modernidade pautado no positivismo – comprometido em conferir caráter científico ao Direito. Dentre suas contribuições, destaca-se a elaboração de uma epistemologia jurídica “contradogmática”, que possibilite o estabelecimento de novas condições de produção e circulação do saber jurídico, ou seja, capaz de demonstrar a dimensão política e social do Direito, rechaçada pela Teoria Pura kelseniana.

O modelo estabelecido por Hans Kelsen trouxe uma pretensa neutralidade ao Direito, dissociando-o de outras influências, criando assim, uma ciência pura, com rigor metodológico, voltado ao conhecimento não valorativo da norma jurídica, conferindo-lhe sentido único, a fim de estabilizar as relações sociais em uma sociedade complexa – característica da modernidade (KELSEN, 1999). Tal perspectiva refletiu diretamente no ensino jurídico, permeado pela ideia de um conhecimento meramente descritivo do ordenamento, tendo a construção do conceito de norma fundamental contribuído para o fechamento do sistema jurídico positivo, legitimando trabalho de cientistas do Direito que apenas reproduzem a ordem dominante (WARAT, 1995).

Esse distanciamento da ciência jurídica tornou-a um campo hermético, fechado em si mesmo e alvo das críticas de Warat, para quem não é possível alcançar uma teoria pura, visto que as significações jurídicas resultam de atos políticos, os quais “envolvem formas de conexões que não se apoiam exclusivamente em caracteres lógicos ou valores estruturais, mas que se baseiam no senso comum teórico dos juristas e nas condições materiais da vida social” (WARAT, 1995, p. 247-8).

¹⁹ Possivelmente por suas preocupações com o abuso do Direito e as lacunas da lei (WARAT, 1969).

Por meio do debate com o positivismo jurídico, o autor vai edificando a sua proposta de uma epistemologia crítica do Direito, convicto de que “os critérios epistemológicos do cientificismo são ideológicos, na medida em que, em nome da unidade e da objetividade, apagam as relações necessárias entre as teorias e o conjunto de determinações sociais que as marcam discursivamente” (WARAT, 1995, p. 340).

5.2 PROPOSTAS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA

Ao construir a ideia de uma ecologia dos saberes, Santos busca fazer frente ao ocultamento das práticas sociais, consideradas inexistentes por não serem dotadas da validade e do rigor próprio do conhecimento científico (SANTOS, 2006). Não tem por objetivo descredibilizar a ciência, mas sim propor uma complementaridade entre os saberes “científicos” e “não científicos”, admitindo a incompletude de todas as formas de conhecimento.

Estabelece a necessidade de ruptura com o monopólio do saber, diante da impossibilidade em dar conta de uma realidade complexa, sendo, portanto, imprescindível a construção do conhecimento a partir de uma perspectiva plural, articulando-se diversas formas de saber, sem que haja nenhuma hierarquia entre elas (SANTOS; MENESES, 2010).

Trazendo o referido debate para o campo do Direito e considerando a complexidade das relações humanas, as contribuições de Santos levam a perceber que devemos vencer a crença na existência de um único mecanismo legítimo para a gestão dos conflitos. Faz-se necessário verificar diante do caso concreto qual mecanismo possibilita uma solução menos traumática e mais efetiva do ponto de vista dos sujeitos envolvidos. Não se pretende rechaçar o processo e a decisão judicial, no entanto, o que se busca é o reconhecimento de outras formas de solução de conflitos, que priorizem o diálogo, a autonomia e o restabelecimento das relações por meio das próprias partes implicadas, demonstrando, assim, a pertinência da ecologia dos saberes com as práticas restaurativas, objeto da presente pesquisa.

Warat, por sua vez, ao criticar as certezas produzidas pelo paradigma da modernidade, propõe uma epistemologia da complexidade, que leva em consideração a multiplicidade dos fenômenos que compõem o mundo e a vida em sociedade, buscando elaborar uma política civilizatória “[...] na qual a solidarie-

dade, os encontros afetivos, a ética, a cidadania, a qualidade geral de vida possam ser concebidos em conjunto com o sentido (saberes que realizam a vida)” (WARAT, 2004a, p. 462). A certeza ilusória produz alienação, apresentando-se como um pensamento reducionista que dificulta enxergar a relação entre esse tipo de produção do conhecimento e as relações de força e poder dentro da sociedade, ou seja, trata-se de um modelo que justifica e reproduz uma ordem simbólica totalitária (WARAT, 1997).

O autor propõe, então, a construção de um paradigma ecológico (ecocidadania)²⁰, no qual as verdades sejam relativizadas e seja possível o desenvolvimento de uma sociedade pautada na autonomia de seus membros. Propõe, então, uma carnavalização do discurso da ciência, buscando romper com a tradição monológica, adotando uma perspectiva mais plural, aberta, democrática e policêntrica. Os pressupostos da neutralidade que constituem o paradigma da modernidade devem dar lugar a uma epistemologia mais humanitária, levando em consideração os valores e desejos do homem (subjetividades) em sobreposição a uma ciência objetiva e rigorosa.

Tal perspectiva implica o reconhecimento de um Direito enquanto fenômeno complexo, devendo ser encarado em suas múltiplas dimensões (WARAT, 2004a), substituindo-se uma ordem em que apenas os magistrados aplicam a lei e decidem o caso por outra em que as próprias partes envolvidas assumam as rédeas da solução do conflito, articulada com uma perspectiva mais democrática e de verdadeiro exercício da cidadania.

No Brasil, com a promulgação da Carta de 1988, a concepção jurisdicista de cidadania, limitada tão somente ao âmbito político – votar e ser votado – não mais deve se sustentar, visto que é mediante seu exercício que os indivíduos se inserem não só no contexto político, mas também no social, econômico, cultural e solidário, efetivando os direitos que lhes são assegurados. Para tanto, faz-se necessário reconhecer as diferenças e desenvolver um movimento de inclusão de todos, mediante o abandono do paradigma da dominação. Assim, a atual concepção de cidadania deve direcionar-se para uma perspectiva de participação ativa e solidária dos membros da sociedade, empenhando-se com as práticas sociais voltadas para uma cidadania de reconhecimento e alteridade, descons-

²⁰ Warat define ecocidadania “[...] como referência globalizante de uma resposta emancipatória sustentável, baseada na articulação da subjetividade em estado nascente, da cidadania em estado de mutação e da ecologia no conjunto de suas implicações” (WARAT, 2004c, p. 251).

truindo-se a concepção moderna/jurisdicista, baseada na imposição do poder estatal e na negação do diferente.²¹

Na concepção waratiana, o exercício da cidadania deve estar associado a sentimentos como afeto e amor²² que, juntos, nos fazem perceber a impossibilidade de sermos cidadãos sozinhos, de modo que “A ética da cidadania reconhece no afetivo sua dimensão fundamental. E uma ética de ternura que destrói, por completo, a antiga e arbitrária dicotomia do público e do privado” (WARAT, 2004c, p. 104). A cidadania pressupõe, assim, uma relação direta entre os indivíduos – o que demonstra a importância do afeto e do amor –, ou seja, o exercício da cidadania de um depende diretamente do outro ter assegurados seus direitos como cidadão.²³

Desse modo, a cidadania deve ser entendida como mecanismo de interação, acolhimento e respeito entre os membros da sociedade que, diante de um conflito, devem ter em mente tais valores na busca por uma solução democrática. A concepção plena de cidadania envolve, portanto, a ética, a política e também sentimentos como amor, ternura, resultando numa combinação capaz de ensejar uma nova cultura, mais humanizada, em que os indivíduos pratiquem uma pedagogia da fraternidade, cuidando e importando-se uns com os outros.²⁴

Warat, analisando o contexto da mediação, ressalta a necessidade de construir uma base cultural sustentável, de natureza dialógica, na qual preponderar o amor, o respeito, o reconhecimento e a sensibilidade, enquanto prática social para ampla realização da cidadania e da democracia.²⁵ Busca-se um procedimento que permita aos envolvidos expressarem seus sentimentos e, assim,

²¹ A complexidade social passou a exigir uma nova concepção de cidadania, visto que “Sociedades pluralistas como as atuais, requerem sujeitos tolerantes a diversidade cultural, e nesse sentido o pluralismo não significa só a coexistência de ideias divergentes, mas a construção de mecanismos para dar acesso a todos os indivíduos e grupos sociais aos bens e aos serviços que o desenvolvimento enseja. O conjunto de fatores que faz digna a vida da pessoa humana, não se reduz a um grupo de cidadãos nacionais como se fez a primeira Declaração de direitos francesa, nem atualmente no Brasil, como quer deixar ver, o acesso a uma cesta básica por doação. De algum modo, há que ser ressignificada a cidadania como um instituto de potência inclusiva, de respeito à igualdade e de respeito às diferenças; descontaminada dos critérios excludentes, de hegemonia, de seletividades e segregações” (BERTASO, 2012, p. 12).

²² Na concepção de Warat (2004c, p. 42), “O amor é um modo de vida, e paradoxalmente, o amor dá sentido à vida sem ter, em si mesmo nenhum sentido, nenhum propósito”.

²³ “A cidadania não existe se o outro da alteridade é um excluído. Enquanto existirem excluídos é uma hipocrisia falar de cidadania. Somente se é cidadão se os outros, se a alteridade que organiza as possibilidades de estar entre nós não está excluída. Se os outros são excluídos eles não são cidadãos. Falar de cidadania em circunstâncias de exclusão é garantir a persistência de estados de exclusão, que são o lado diabólico das nossas sociedades” (WARAT, 2010, p. 82).

²⁴ “A cidadania é nosso direito a amarmos, que em conjunção vai determinando nossa possibilidade de realização da autonomia. A cidadania e os direitos humanos são um não permitir-se olhar para o lado, quando o outro necessita de nós” (WARAT, 2004c, p. 137).

²⁵ [...] A mediação pode ser vista como um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, sem que o mediador participe da resolução ou influencie em decisões ou mudanças de atitude (nisso se baseia sua imparcialidade; é imparcial porque não resolve nem decide). (WARAT, 1998, p. 31).

encontrar um ponto de equilíbrio entre si, por meio da ponderação entre razão e sentimentos (WARAT, 2004c). A solução dos conflitos, então, deixa de ser uma imposição estatal e passa a ser construída pelo diálogo entre partes autônomas que visem alcançar o consenso, facilitando a reconstrução do vínculo rompido e o cumprimento responsável do que foi acordado.

Tais considerações apresentam-se com grande relevância para compreender a necessidade de uma verdadeira mudança cultural, desconstruindo-se uma perspectiva de hegemonia estatal e edificando-se uma nova forma de viver em sociedade, mais humana, solidária e aberta a práticas que coloquem o cidadão no centro da realização de seus direitos (WARAT, 2004c). Assim, concretiza-se o exercício da cidadania ao se estabelecer uma comunicação respeitosa que facilite o reconhecimento de diferenças e a prevalência de decisões construídas pelos próprios envolvidos.²⁶ Além disso, permite olhar para o conflito como um fenômeno social e não como uma disputa adversarial.

Dessa forma, a mediação e a justiça restaurativa propõem um paradigma sociocultural que transpassa o modelo puramente jurídico, contribuindo para o desenvolvimento humano e social, substituindo um contexto alienante e de dominação estatal por uma perspectiva autônoma e solidária (WARAT, 1998), que se coaduna com uma concepção ampla de cidadania, não mais limitada ao exercício de direitos políticos, mas preocupada em assegurar os fundamentos da dignidade da pessoa humana e um maior engajamento dos indivíduos na tomada de decisões e solução dos conflitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar as questões principais que serão objeto da tese de doutorado que se pretende desenvolver, iniciando-se pelas considerações acerca da insustentabilidade do tradicional paradigma punitivo diante da complexidade social e dos conflitos que lhes são provenientes.

Buscou-se analisar a justiça restaurativa como uma nova maneira de encarar e tratar os delitos, ressaltando algumas iniciativas que surgiram no Brasil,

²⁶ Falar de autonomia, de democracia, e de cidadania, em certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). E a autonomia uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais, e nos integramos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. E uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores. (WARAT, 1998, p. 66).

atreladas ao sistema formal de justiça criminal. Apresentou-se, então, a problemática que orienta a presente pesquisa, qual seja o receio de que um mecanismo voltado à realização da cidadania e ao empoderamento social, possa se tornar um instrumento expansionista do sistema penal, reafirmando o poder e o domínio do Estado.

Adotou-se como referenciais teóricos as lições de Boaventura de Sousa Santos e Luis Alberto Warat, para que se pudesse construir um pensamento crítico, apto a encarar as práticas restaurativas a partir de suas representações sociais, ressaltando, ainda, a necessidade de ruptura com o tradicional paradigma cognitivo moderno.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AGRA, Cândido da. A epistemé das ciências criminais: exercício empírico teórico. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Susana Aires de (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ALMEIDA, T. Justiça restaurativa e mediação de conflitos. In: **Apostila mediação e conciliação do mestrado em poder judiciário da Fundação Getúlio Vargas**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas: uma pesquisa empírica em Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos. Juizados especiais criminais: uma visão da nova justiça criminal. In: HONÓRIO, Maria do Carmo e OLIVEIRA, José Anselmo de (org.). **Sistema dos Juizados Especiais**. Campinas: Millennium. 2012.

AMORIM, Maria Stella de. Juizados especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro. **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**, n. 17, p. 107-131, 2006.

AZEVEDO, André Gomma de. O Componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Pinto Campos; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2006.

BERTASO, João Martins; LOCATELLI, Liliana. **Diálogo e entendimento:** direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito. v. 4. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

BEZERRA, Tássio Túlio Braz. A crise e a transição paradigmática do direito: um diálogo entre Boaventura de Sousa Santos e Luis Alberto Warat. In: Encontro Nacional do Conpedi, 23., 2014. Florianópolis. **Anais** [...]. Florianópolis: UFSC, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** 12. ed. Brasília: UnB, 2002.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor:** o papel da punição na política criminal. Tradução de Gustavo Ávila, Bruno Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Petrópolis: Vozes, 1977.

GARLAND, David. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, p. 59-80, 1999.

_____. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: GINZBURG, Carlo. **Mitos, emblemas, sinais:** morfologia e história, São Paulo: Companhia

das Letras, 1989.

GRECCO, Aimée. *et al.* **Justiça restaurativa em ação: práticas e reflexões.** São Paulo: Dash, 2014.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça Restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal.** 2012. Dissertação (Mestrado em direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, Bahia, 2012.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais – um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. *In:* SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (orgs.) **Justiça Restaurativa.** Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos – introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais.** 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PALLAMOLLA, R. da P. **Breves apontamentos acerca da relação entre justiça restaurativa e o sistema de justiça criminal brasileiro.** São Paulo: Boletim do IBCCRIM, ano 17, n. 206, jan 2010.

PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo e pós-modernidade: Um estudo metateórico da contemporaneidade. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 98, p. 25-44, 2012.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 68, 2004.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo.** Curitiba: Juruá Editora. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____; MENESES, M. P. (Orgs.). **Epistemologias do Sul.** São Paulo: Cortez, 2010.

SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Pinto Campos; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça restaurativa:** Coletânea de Artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Abuso del derecho y lagunas de la ley.** Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1969.

_____. **Introdução geral ao direito II:** a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. **Introdução geral ao direito III:** o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Em nome do acordo:** a mediação no Direito. Argentina: Almed, 1998.

_____. **Territórios desconhecidos:** a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. v. 1. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.

_____. **Surfando na pororoca:** ofício do mediador. v. 3. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004c.

_____. **A rua grita Dionísio:** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e

cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

O EMPREGO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE USE OF ATYPICAL EXECUTIVE MEASURES IN THE FIELD OF THE ADMINISTRATIVE MISCONDUCT

Roberto Di Sena Junior

*Analista do Ministério Público de Santa Catarina
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina*

RESUMO: As medidas executivas atípicas foram significativamente ampliadas no contexto do novo Código de Processo Civil, o qual autoriza sua aplicação inclusive no âmbito das obrigações de pagar quantia certa. A previsão legal contida no art. 139, IV, busca garantir maior efetividade às decisões judiciais e contribuir para que elas, de fato, eliminem as insatisfações sociais através da aplicação do direito. O tema tem sido objeto de intensos debates, pois o legislador de 2015 não estabeleceu critérios nem limites ao chamado “poder geral de efetivação”. O presente artigo consiste numa tentativa de identificação desses limites, bem como na análise da possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas no âmbito da tutela da moralidade administrativa.

Palavras-chave: Processo de execução. Princípio da efetividade. Medidas executivas atípicas. Ministério Público. Improbidade administrativa.

ABSTRACT: The use of the atypical executive measures were considerably increased by the new Code of Civil Procedure, which authorized their application even for financial obligations. The legal provision foreseen in section 139 (IV) intends to guarantee more effectiveness for judicial decisions and to ensure that they, in fact, appease the social unrest through the application of the Law. The subject has ignited a heated debate because the legislator of 2015 did not establish either boundaries or limits for the so-called “general power of effectiveness”. This article represents an attempt of identifying these limits; it also aims to analyze the application of atypical executive measures within the context of the administrative misconduct proceedings.

Keywords: Enforcement proceeding. Effectiveness principle. Atypical executive measures. State Prosecution Service. Administrative misconduct.

Enviado em: 03-07-2018

Aceito em: 03-09-2018

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil (CPC) promulgado em 2015 representa um claro esforço do legislador pátrio em harmonizar o Direito Processual Civil aos ditames do modelo constitucional de processo, tanto que, no art. 1º do novo diploma legal, consta a determinação de que “o processo civil será organizado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (BRASIL, 1988).

Esse novo paradigma do Direito Processual Civil, que consagra a influência do neoconstitucionalismo, traz em seu bojo a superação da rígida dicotomia “público-privado”. Sob essa perspectiva, mormente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, “parece mais adequado, então, falar em um direito civil-constitucional, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas” (LENZA, 2010, p. 48).

Nesse contexto, merece destaque o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, contemplado expressamente no art. 4º do CPC. Sua inserção no ordenamento jurídico, assim como a previsão na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) do direito à razoável duração do processo, revelam uma preocupação crescente não apenas com a certificação do direito, realizada no processo de conhecimento, mas sobretudo com a efetiva entrega ao autor daquilo a que ele teria direito caso a obrigação tivesse sido originalmente cumprida.

Via de regra, a fase executiva é a que suscita maiores frustrações entre os jurisdicionados, pois muitos não compreendem que, uma vez vencida a etapa de conhecimento, dá-se início a uma nova etapa da prestação jurisdicional, na qual se busca entregar, voluntária ou forçadamente, o bem da vida debatido. Ocorre que, não raras vezes, o autor “ganha, mas não leva”, seja porque o réu não dispõe de bens suficientes para a satisfação de suas obrigações, seja porque ele dolosamente oculta seu patrimônio.

A fim de minimizar os riscos de frustração na prestação da tutela jurisdicional, achou por bem o legislador de 2015 em introduzir o “poder geral de efetivação” (CPC, art. 139, IV), que prevê a possibilidade de o magistrado determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias

necessárias ao cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Apesar de não ser exatamente uma novidade no ordenamento jurídico pátrio, o referido dispositivo ampliou consideravelmente a possibilidade de restrição de direitos do executado, inclusive no âmbito de execução de pagar quantia certa, fazendo com que a doutrina passasse a questionar os limites de sua aplicação.

Para alguns, trata-se de claro retrocesso legislativo e o dispositivo seria eivado de inconstitucionalidade; para outros, representa acertado passo rumo à maior efetividade do processo, cuja credibilidade é minada quando a decisão judicial não se traduz em resultado útil às partes. Muitos doutrinadores criticam a linguagem aberta com que o dispositivo foi redigido e buscam propor critérios para que seu uso se faça de modo proporcional, sem acarretar onerosidade excessiva ao devedor.

Apesar dos limites impostos pela doutrina e pela jurisprudência ao emprego de medidas executivas atípicas na execução de pagar quantia certa, nada na legislação sugere que elas não possam ser utilizadas pelo Ministério Público como forma de garantir, por exemplo, o pagamento de multas decorrentes da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) ou, ainda, o ressarcimento ao Erário decorrente da prática de atos ímprobos. Cumpre analisar, todavia, quais os contornos desse novo poder geral de efetivação e como compatibilizar as medidas executivas atípicas com o espírito da CRFB, que informa e condiciona todos os ramos do Direito. É o que se propõe fazer o presente artigo.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL E À EFETIVIDADE DO PROCESSO

O monopólio do poder de punição do Estado e a vedação à autotutela são pressupostos lógicos sobre os quais se alicerça o ordenamento jurídico. Na vigência da autotutela, “quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si mesmo a satisfação dessa pretensão” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 42).

Ainda que se reconheça que onde há sociedade, há direito (*ubi societas, ibi jus*), foi apenas com a consolidação dos Estados modernos que a ordem jurídica adquiriu suas feições atuais. A partir de então, os Estados reclamaram para si o

monopólio do uso da força e, por conseguinte, o poder de dizer a quem assistia o direito e qual consequência adviria de seu descumprimento.

Enquanto ordem normativa geral e abstrata, o direito contemporâneo pressupõe a elaboração prévia de normas de conduta e a criação de mecanismos adequados para exigir seu cumprimento. Em um contexto em que a todos fosse dado fazer valer sua própria vontade e resolver suas diferenças como melhor lhes aprouvesse, muito dificilmente se poderia falar em direito. Haveria, nesse caso, opressão do mais fraco pelo mais forte e, por conseguinte, a desconsideração do ideal humanista de igualdade de todos perante a lei, tal qual reconhecido tanto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade), quanto pela CRFB (art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza).

Diante da impossibilidade de se valer da própria potestade para fazer cumprir seus direitos, reconhece-se a jurisdição como a única via civilizada e democrática disponível, caracterizada pela delegação a um terceiro imparcial, o Estado-Juiz, do poder de dizer o direito e de pacificar as controvérsias. O monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado, por sua vez, acarreta um elevado custo de administração da Justiça, o que se traduz, frequentemente, em processos dispendiosos e morosos. Sem mencionar que até mesmo a decisão de mérito pode não surtir os efeitos que dela naturalmente se esperam, haja vista sua efetividade ser fortemente desafiada durante a etapa de execução.

A demora na prestação da tutela jurisdicional contribui para a perpetuação dos litígios, reforça a sensação de injustiça e testa os limites do tecido social, muitas das vezes, já bastante fragilizado. Em resposta ao clamor social por uma jurisdição mais célere, o legislador constituinte derivado fez inserir na CRFB, por intermédio da EC n. 45/2004, o direito fundamental à razoável duração do processo, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).

Destaque-se ainda que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu o Poder Judiciário não como um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento social criado para se fazer justiça:

Ressalte-se que a prestação jurisdicional firmou-se como um verdadeiro direito público subjetivo do cidadão na Constituição da República. Assim, o Poder Judiciário não é fonte de justiça segundo suas próprias razões, como se fosse um fim e a sociedade um meio. O Judiciário foi criado pela sociedade para fazer justiça, para que os cidadãos tenham convivência harmoniosa. Portanto, é dever do Judiciário dar a resposta buscada pelo cidadão no prazo razoável. A justiça humana se presta aos vivos e em prol da vida que se julga. (BRASIL, 2016).

E se o próprio Poder Judiciário nada mais é do que um instrumento para se fazer justiça, o que dizer então do processo, cuja instrumentalidade é há muito debatida? Nesse sentido, importante ressaltar a íntima relação entre instrumentalidade e efetividade do processo:

O direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se, no quadro das instituições do Estado, pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material [...] Falar da instrumentalidade é portanto alertar para necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir eficientemente à ordem jurídica justa. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 64-65)

O novo CPC promulgado em 2015 (BRASIL, 2015) deu um passo além e reconheceu não apenas a razoável duração do processo, mas também a primazia do julgamento de mérito, ao prescrever que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º). Ao interpretar o referido dispositivo, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) propôs o Enunciado n. 372, que estabelece:

O art. 4º tem aplicação em todas as fases e em todos os tipos de procedimento, inclusive em incidentes processuais e na instância recursal, impondo ao órgão jurisdicional viabilizar o saneamento de vícios para examinar o mérito, sempre que seja possível a sua correção.

A doutrina é pacífica no sentido de que o dispositivo do CPC abrange a razoável duração não apenas da fase de conhecimento, mas também das fases de execução e recursal, devendo o julgador preferir a decisão de mérito à anômala

extinção do processo sem sua análise, motivada, não raras vezes, por vícios processuais corrigíveis. Nessa perspectiva, tem-se:

A atividade jurisdicional nem sempre se completa com a mera declaração do direito. Da mesma forma, o dever de probidade processual das partes e terceiros (principalmente do vencido) não se esgota com o simples participar do processo na fase cognitiva. Sejam de que natureza for (declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais, executivas), é necessário que as decisões jurisdicionais (inclusive as arbitrais), provisórias ou finais, sejam cumpridas, isto é, efetivadas. Efetivação essa que, quando depender de comportamento de uma das partes, deve se dar sem embaraços, isto é, sem o emprego de expedientes que retardem ou dificultem o cumprimento da decisão (art. 77, IV, do CPC/2015). A parte não conta com ninguém mais, a não ser o magistrado, para fazer a decisão judicial valer. Que os juízes se conscientizem que a efetivação é tão, ou até mais importante, do que a própria declaração do direito. (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 251)

A efetividade do processo ganha, assim, *status* diferenciado com o novo CPC e reclama uma ampla revisão de posturas de todos os operadores do direito. Por outro lado, na esteira dessa mudança de paradigma, o legislador de 2015 dotou o juiz daquilo que se convencionou chamar de “poder geral de efetivação”. Ao conferir ao juiz o poder de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, o art. 139, IV, ampliou as hipóteses de adoção de medidas executivas atípicas e a possibilidade de restrição de direitos do executado. Como bem registra Araújo:

[...] o art. 139, inciso IV, do CPC/2015 outorga ao magistrado poderes-deveres para determinar, mesmo *ex officio*, medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas demandas que tenham por objeto prestação pecuniária; pouco importa seja o título executivo judicial ou extrajudicial, seja a tutela provisória ou definitiva ou, por fim, seja a obrigação de entrega de coisa, de fazer, de não fazer ou de pagamento de quantia certa. (ARAÚJO, 2017, p. 127).

Ao admitir expressamente a adoção de medidas atípicas, inclusive no âmbito da execução por quantia certa, o legislador deu origem a uma grande celeuma, pois muitos juristas entendem que elas violam o princípio da patrimonialidade e vão de encontro ao art. 391 do Código Civil, que dispõe que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Ademais, dependendo da forma como forem empregadas, elas podem servir muito

mais como institucionalização da vingança do que para induzir ao pagamento da dívida.

A matéria tem sido objeto de vivo debate no seio da doutrina, sobretudo devido ao fato de o CPC ter quedado silente sobre seus limites. É sobre isso que versa o item seguinte, o qual busca investigar, à luz de julgados selecionados, os limites e os requisitos para a adoção de medidas executivas atípicas no direito processual civil brasileiro.

3 AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NO CPC DE 2015

O CPC de 2015 incorporou a ideia de que o processo deve, preferencialmente, culminar em uma decisão de mérito. Além disso, essa decisão deve ser útil ao interessado não apenas no sentido técnico de esclarecer a quem assiste o direito, mas sobretudo em oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis ou de estabilizar situações justas.

É preciso que se tenha sempre em mente que o processo não acaba com a etapa de conhecimento, como bem esclarece Marinoni e Arenhart:

O juiz ao resolver o litígio, nem sempre presta a tutela do direito material. O autor, mesmo no caso de sentença favorável, pode não obter a tutela do direito. Isto acontece quando a sentença não é suficiente para prestar a tutela do direito ou não é capaz de satisfazer o desejo de tutela do autor.

Tal ocorre no caso em que a sentença necessita ser implementada para que o autor seja satisfeito. Quando a tutela do direito, para ser prestada, precisa do concurso da vontade do demandado ou mesmo de atos materiais que podem se praticados por auxiliares do juízo ou por terceiros, a sentença não é satisfativa, dependendo da técnica executiva.

Como está claro, a sentença é uma técnica processual que não se confunde com a tutela do direito, tanto é que pode não ser suficiente para prestá-la, dependendo da conjugação de outra técnica processual, a tutela executiva. (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 26).

Ciente dessa dualidade e da necessidade de reformar a etapa de execução, o legislador de 2015 ampliou os poderes dos juízes para permitir que eles se valham de todos os meios possíveis para garantir efetividade às decisões judiciais:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumpri-

mento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. (BRASIL, 2015).

A doutrina reconhece que, sob a égide do revogado CPC de 1973, notadamente a partir das reformas por que passou de 1994 a 2006, já existia a possibilidade de emprego das chamadas medidas executivas atípicas, muito embora elas se restringissem às obrigações de fazer e de não fazer (art. 461, §5º) e, por extensão, às obrigações de entrega de coisa (art. 461-A, §1º). A novidade do CPC de 2015 consiste em sua extensão quanto às obrigações de pagar quantia certa (DONIZETTI, 2017, p. 326).

À luz do dispositivo supratranscrito, seria possível ao magistrado determinar não apenas medidas sub-rogatórias ao devedor (como, por exemplo, a penhora de ativos financeiros), mas também medidas de caráter indutivo, mandamental e coercitivo, tais como a apreensão do passaporte, a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e até mesmo o cancelamento de cartão de crédito do executado.

A doutrina diverge sobre os limites das medidas atípicas para forçar o pagamento de quantia certa. Os mais cautelosos afirmam que muitas das medidas propostas não contribuem para o fim útil do processo e servem tão somente para punir pessoalmente o devedor, ao arrepio dos princípios basilares da patrimonialidade, da menor onerosidade e da utilidade que regem a execução (NÓBREGA, 2016).

Outros, por sua vez, apesar de reconhecerem que a execução não se confunde com vingança privada, são mais receptivos às medidas atípicas, ainda que alertem para o fato de que elas devam ser dirigidas sobretudo aos devedores contumazes ou àqueles que, mesmo podendo, recusam-se a pagar:

[...] a adoção de qualquer medida executiva, as atípicas especialmente, deve ser amparada em indícios presentes no processo de que a pressão psicológica por elas exercidas pode efetivamente funcionar para se obter no caso concreto a satisfação do direito exequendo. Indícios de que o executado, apesar de ser devedor de quantia certa, ostenta um padrão de vida incompatível com tal situação, desfrutando dos prazeres da vida e relegando o credor à eterna insatisfação de seu direito. Em outras palavras, a adoção de medidas atípicas, em especial de natureza coercitiva, previstas no art. 139, IV, do Novo CPC, deve ser dirigida ao devedor que não paga porque não quer e não para aquele que não paga porque não pode. (NEVES, 2017, p. 129).

Sem dúvida, a adoção de medidas diferenciadas contribui para a efetividade da prestação jurisdicional, entretanto, não se deve perder de vista que, via de regra, o patrimônio e não a pessoa do devedor responde por dívidas. Uma das poucas exceções conhecidas, e que reforça a regra da patrimonialidade, é a possibilidade de prisão do devedor de alimentos:

O princípio da patrimonialidade corresponde ao que afirma o art. 789 do NCPC, em informar que a execução recairá sobre os bens do devedor, e não sobre a sua pessoa, havendo aplicação para as dívidas presentes e futuras, sendo uma excepcionalidade o caso da prisão civil. Tal previsão apenas reforça o que está disposto como direito fundamental no art. 5º, LXXVII, da CF, que impossibilita a prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, sendo esta última situação já superada pela Súmula Vinculante 25 do STF. (MENDONÇA NETO; NASCIMENTO, 2018, p. 60).

Ademais, o exercício de amplos poderes pelo juiz, sem balizas específicas, pode ensejar medidas inadequadas. Nesse sentido, insta transcrever o alerta feito pelos juristas Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery de que “o desvio que macularia o poder de mando é a arrogância, que pode tornar abusivo o mando, pois o poder da autoridade não é absoluto” (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2015, p. 583-584).

Os tribunais pátrios têm demonstrado cautela na aplicação das medidas executivas atípicas no contexto das obrigações de pagar quantia certa, alertando para o fato de que elas devem ser razoáveis, proporcionais e úteis, sem o que se traduziria em puro arbítrio, inadmitido pela CRFB e pelos princípios do neoconstitucionalismo sobre os quais se alicerça o novo CPC.

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), destacam-se precedentes nos quais se faz a observação de que as medidas executivas atípicas devem ser empregadas sempre em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da utilidade, da razoabilidade e da proporcionalidade:

Providências para perseguir e expropriar bens sem sucesso. Pretensão de adoção de medidas atípicas, positivadas no artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil. Interpretação sistemática do aludido dispositivo legal. Consideração dos princípios da dignidade da pessoa humana, razoabilidade e proporcionalidade. Suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e retenção de passaportes. Medida inútil à satisfação da dívida. Violação da garantia constitucional de ir e vir. Cancelamento de cartões de crédito. Restrição da vida econômica do devedor não autorizada. Possível privação de alimentos. Decisão acertada. Recurso improvido. (SANTA CATARINA, 2018).

Pretensão de deferimento de medidas atípicas. Possibilidade, em tese. Artigo 139, IV, do CPC/2015. Necessidade, porém, de pertinência ao fim do processo, bem assim de observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Pleito de suspensão do direito de dirigir. Pretensão fundamentada na contenção de gastos do agravado com combustíveis. Inviabilidade. Medida extrema que não contribui para expropriação do executado e, via de consequência, com o fim útil do cumprimento de sentença [...] Bloqueio dos cartões de crédito e cheques do executado. Medida que não contribuirá para apreensão do patrimônio do agravado e consequente pagamento da dívida executada. Ausência de pertinência. (SANTA CATARINA, 2017).

Em semelhante sentido são os acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Paraná (TJPR), que condicionam a concessão de medidas executivas atípicas à demonstração de sua utilidade à satisfação da dívida:

Em que pese o art. 139, IV, do CPC/2015 permitir que o Juiz tome medidas atípicas a fim de assegurar o cumprimento de ordem judicial, essas só devem ser feitas em casos extremos e com o objetivo de se obter o resultado útil do processo. No caso dos autos, a suspensão da CNH e o bloqueio do cartão de crédito do agravado não trarão nenhuma satisfação financeira ao recorrente, servindo apenas como vingança ao executado. Inteligência do princípio da responsabilidade patrimonial. Negaram provimento ao agravo de instrumento. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Pleito da Fazenda Pública para inclusão do nome do executado no cadastro de inadimplentes. Impossibilidade. CDA que não trata de título judicial definitivo. Exegese do art. 782, §§ 3º e 5º, do novo CPC. Pedido de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e apreensão do passaporte. Medidas atípicas (artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil). Não cabimento. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem imperar. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido. (PARANÁ, 2018).

Na mesma toada, merece destaque a decisão do TJPR, que restringe o uso de medidas executivas atípicas a situações excepcionais em que se logre demonstrar a má-fé de “devedores profissionais” e que dolosamente ocultam seu patrimônio (PARANÁ, 2017). Esse entendimento encontra ressonância na doutrina, conforme se depreende do excerto seguinte:

Desse modo, para que o direito fundamental de propriedade, ao ser confrontado, no caso concreto, com o direito de ir e vir, prevaleça, autorizando assim a suspensão da CNH e a apreensão de pas-

saporte, será indispensável que sejam esgotados, anteriormente, os meios tradicionais sub-rogatórios, mandamentais e coercitivos (penhora de ativos financeiros, protesto da dívida no tabelionato, inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes, intimação prévia do executado para indicar bens à penhora, dentre outras), bem como haja indícios cabais de que o devedor estaria a esconder patrimônio ou conduzir atividades pessoais, profissionais ou empresariais absolutamente incompatíveis com o fato de dever certa quantia em juízo. Presentes esses requisitos e havendo pedido expresso e fundamentado por parte do exequente, é dado ao juiz adotar as aludidas medidas coercitivas contra o executado de prestação pecuniária. (ALVES; RETES, 2016, p. 278).

Mais recentemente, ao analisar *habeas corpus* impetrado em razão da decisão que autorizou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e do passaporte de devedor de quantia certa, o Ministro Luis Felipe Salomão, do STJ, considerou que a apreensão do passaporte violava a liberdade constitucional de locomoção do devedor e dependeria de previsão específica, como ocorre no âmbito do Direito Penal:

[...] a decisão judicial que, no âmbito de ação de cobrança de duplicata, determina a suspensão do passaporte do devedor e, diretamente, impede o deslocamento do atingido, viola os princípios constitucionais da liberdade de locomoção e da legalidade, independentemente da extensão desse impedimento. Na verdade, segundo penso, considerando-se que a medida executiva significa restrição de direito fundamental de caráter constitucional, sua viabilidade condiciona-se à previsão legal específica, tal qual se verifica em âmbito penal, firme, ademais, no que dispõe o inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual 'é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens'. (BRASIL, 2018).

Por sua vez, deixou de apreciar a suposta ilegalidade de suspensão da CNH, sob o argumento de inadequação da via eleita:

[...] no que respeita à determinação judicial de suspensão da carteira de habilitação nacional, anoto que a jurisprudência do STJ já se posicionou no sentido de que referida medida não ocasiona ofensa ao direito de ir e vir do paciente, portanto, neste ponto o *writ* não poderia mesmo ser conhecido. Isso porque, inquestionavelmente, com a decretação da medida, segue o detentor da habilitação com capacidade de ir e vir, para todo e qualquer lugar, desde que não o faça como condutor do veículo. (BRASIL, 2018).

Apesar de estar longe de representar o entendimento jurisprudencial da referida Corte sobre a matéria, a decisão causou bastante debate no mundo jurídico e foi inclusive objeto de divulgação em diversos veículos da imprensa não especializada.

O que se observa de sua leitura é que a suspensão do passaporte, no caso concreto, foi tida como ilegal em virtude de sua adequação, necessidade e proporcionalidade não terem sido demonstradas pelo juízo *a quo*. Não se afirmou, todavia, de maneira genérica, a impossibilidade de adoção da providência coercitiva em outros casos. No que tange à suspensão da CNH, o *habeas corpus* não foi conhecido em virtude de a medida não representar coação à liberdade de locomoção, admitindo-se, no entanto, sua impugnação por outras vias.

A decisão monocrática do STJ parece caminhar no sentido de que as medidas coercitivas atípicas devem ser aplicadas com extrema parcimônia, em situações excepcionais, por decisão solidamente fundamentada e que garanta o exercício do contraditório. É inclusive o que dispõe o Enunciado n. 12 do FPPC:

A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II.

Impõe-se cautela na busca da efetividade das decisões judiciais para que o processo de execução não seja maculado pela arbitrariedade, fazendo-o regredir ao tempo da Lei das XII Tábuas. Nas palavras de Lima Neto e Carneiro:

A única forma de se evitar este resultado é lembrar, insistir, reiterar que (a) só podem ser impostas medidas atípicas ao executado que possui meios de cumprir a obrigação e, mesmo assim, furta-se a isso, e não a todo e qualquer executado; e (b) não se pode impor a este executado (que possui meios de cumprir a obrigação, mas não o faz) toda e qualquer medida que venha à mente do exequente ou do juiz para testar se tem ou não força coercitiva, tolhendo-lhe a esmo a vida civil, mas apenas aquelas sobre as quais existam indícios de eficácia coercitiva. (LIMA NETO; CARNEIRO, 2017).

Diante do exposto, acredita-se que os critérios para a adoção de medidas atípicas no âmbito dos processos de execução por quantia certa devem ser precedidos do esgotamento dos mecanismos ordinários para a satisfação do crédito;

da prova de ocultação dolosa do patrimônio; da análise da proporcionalidade e da razoabilidade da medida; além da demonstração de que a medida contribuiu com o fim útil do cumprimento da decisão judicial e guarda compatibilidade com a natureza da obrigação exigida.

No item seguinte, respeitados os limites traçados, buscar-se-á demonstrar a possibilidade de emprego das medidas executivas atípicas pelo Ministério Público a fim de garantir, por exemplo, efetividade nas decisões judiciais que imponham sanções patrimoniais aos violadores da moralidade pública. Apesar de os limites para a adoção de medidas atípicas no âmbito da execução por quantia certa serem estreitos, é possível que a medida revele sua utilidade nas situações mais extremas de devedores contumazes e que, apesar de ostentarem estilo de vida suntuoso, recusam-se a reparar os danos causados ao Erário em virtude da prática de atos ímprobos.

4 MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS E IMPROBIDADE

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei n. 8.429/92, representa um importante marco na defesa do princípio da moralidade e se insere dentro do microsistema da defesa do patrimônio público, de que também são exemplos a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65).

A ação prevista no art. 17 da LIA busca resguardar um direito difuso por excelência, na medida em que a probidade administrativa interessa à coletividade e a todos os indivíduos da sociedade. Nesse sentido:

A ação de improbidade administrativa enquadra-se como ação coletiva, servindo para a tutela de interesses metaindividuais de pessoas indeterminadas integrantes da sociedade, protegendo não apenas o patrimônio público, mas também a probidade administrativa. Sendo a moralidade um valor socialmente difundido e, portanto, pertencente a toda sociedade, não há como deixar de enquadrar a tutela da probidade como uma proteção a interesse igualmente difuso, eis que de natureza transindividual e com objeto incindível, na medida em que ambas, como já visto, encontram-se intimamente ligadas e a probidade, por sua vez, também é um valor protegido constitucionalmente. (NEIVA, 2012, p. 198).

Especial menção foi feita ao Ministério Público no âmbito da LIA, pois ainda que ele não seja parte no processo – a pessoa jurídica interessada também goza de legitimidade ativa para ajuizar a ação de improbidade – deve atuar no

processo como fiscal da lei, sob pena de nulidade (art. 17). Outra não poderia ter sido a previsão legal, pois a missão do *Parquet* de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis advém de determinação constitucional expressa (art. 127).

Importa ainda mencionar que a LIA prevê sanções severas para os atos nela elencados, quais sejam, atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao Erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Respeitado o grau de má-fé do agente, as sanções impostas pelo legislador foram elencadas no art. 12 e podem envolver a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Sabe-se também que essas sanções não prejudicam outras de natureza civil, penal e administrativa previstas na legislação específica (art. 12, *caput*). Para os fins do presente artigo, contudo, interessam apenas as sanções de natureza patrimonial, pois se inserem no contexto de aplicação das medidas executivas atípicas previstas na parte final do art. 139, IV, do CPC. Nesse diapasão, insta transcrever o Enunciado n. 251 do FPPC, segundo o qual “o inciso VI do art. 139 do CPC aplica-se ao processo de improbidade administrativa”.

Diante da dificuldade de obter o justo ressarcimento ao Erário ou de executar a multa civil, o Ministério Público pode se ver tentado a lançar mão de meios “alternativos” para induzir o pagamento, tais como: proibir o devedor de exercer certas funções em sociedades empresariais ou na Administração Pública; proibir o uso de cartão de crédito; suspender os contratos de acesso aos serviços de telefonia, *Internet*, televisão a cabo, dentre outros, desde que não essenciais, tais como os de fornecimento de energia e água; proibir o devedor de frequentar determinados locais ou estabelecimentos; apreender seu passaporte; apreender determinados bens, como veículos, desde que não essenciais, a exemplo de roupas ou equipamentos profissionais; suspender sua habilitação para dirigir veículos; bloquear sua contracorrente bancária; embargar obra; fechar estabelecimento; restringir saídas ao horário de funcionamento da empre-

sa, dentre outras tantas possíveis de serem imaginadas (WALDRAFF, 2016, p. 121).

A jurisprudência também já teve a oportunidade de se debruçar sobre a aplicabilidade das medidas executivas atípicas no bojo de ações por improbidade administrativa. Porém, apesar de vislumbrar seu cabimento, os julgadores alertam para o preenchimento de múltiplas condições, tais quais as enumeradas no item anterior. É preciso, portanto, que tais medidas sejam excepcionais e subsidiárias, empregadas apenas e tão somente após esgotadas as vias típicas. Ademais, impõe-se a demonstração de sua necessidade, utilidade e proporcionalidade, sob pena de se descambar para a vingança.

Nesse sentido, destacam-se a seguir alguns julgados que consideram excessiva a suspensão da CNH e do passaporte do devedor de dívida pecuniária decorrente da prática de ato de improbidade por considerá-la discrepa da natureza da obrigação ou por não ser demonstrado o exaurimento das outras vias satisfativas disponíveis:

Agravo de Instrumento – Cumprimento de sentença – Improbidade Administrativa – Não localização de bens à penhora - Determinação de bloqueio da CNH e apreensão de passaporte do réu - Descabimento – As medidas executivas atípicas (previstas no art. 139, IV do CPC) devem ser adotadas em caráter excepcional, quando já esgotados outros meios menos gravosos de execução – As imposições de medidas atípicas com o intuito de compelir o devedor ao pagamento devem objetivar, ainda que indiretamente, o adimplemento e trazer alguma vantagem ao credor que leve à satisfação de seu crédito - Medidas determinadas que não guardam qualquer utilidade ao escopo da presente execução, que é a satisfação do credor - Recurso provido. (SÃO PAULO, 2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. POSTULAÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS NA FORMA DO ARTIGO 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APREENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E DE PASSAPORTES. DESPROPORCIONALIDADE. RESTRIÇÃO INDEVIDA. DESPROVIMENTO.

- O inciso IV do artigo 139 do Código de Processo Civil prevê medidas coercitivas atípicas, que somente poderão ser aplicadas subsidiariamente àquelas expressa e legalmente previstas.

- A despeito disso, a satisfação do crédito deverá ser feita pelo modo menos gravoso para o executado nos termos do artigo 805 da aludida norma processual, observadas a proporcionalidade, a razoabilidade e a boa fé processual.

- A suspensão da carteira nacional de habilitação e de passaporte da parte devedora discrepa da natureza pecuniária da obrigação imposta, não colaborando com o objetivo do requerente de obtenção do numerário objeto do cumprimento de sentença. (MINAS GERAIS, 2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APREENSÃO DE CNH COM FUNDAMENTO NO ART. 139, IV, DO CPC. Mostra-se excessiva a medida adotada de apreensão de CNH como forma coercitiva de cobrança de dívida por condenação em ação de improbidade. Ausente afinidade entre a medida almejada pelo exequente com a obrigação de pagamento. Trata-se de medida atípica que nada leva a crer que com esta, obter-se-ia o pagamento da dívida. Agravo provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Percebe-se, portanto, que mesmo na seara da improbidade administrativa, na qual se encontra em jogo a reparação de relevante direito difuso, as medidas executivas atípicas devem ser utilizadas com cautela e comedimento. Seria demasiadamente simplório flexibilizar os princípios basilares da execução sob o argumento da importância do ressarcimento ao Erário, ainda que no Brasil abundem os exemplos de mau uso do dinheiro público. É importante resistir à tentação de usar a opinião pública que se insurge contra os atos de improbidade administrativa para defender o *bullying* judicial contra devedores, ainda que seus atos repercutam negativamente sobre toda a sociedade.

Mais uma vez é importante que se repise:

O inciso IV do artigo 139 deve ser aplicado com cautela, pois deve ser sempre respeitado os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, como em qualquer ato da vida civil, não só no meio jurídico. Não é qualquer medida que pode ser tomada, de forma indiscriminada, para que possa ter o resultado útil do processo, principalmente nas condenatórias, onde a menor onerosidade ao devedor sempre deve ser observada. (ANDREASSA, 2017, p. 249).

Talvez, diante do atual cenário de incerteza e debates sobre o choque de direitos constitucionais, é prudente proceder como sugere Talamini, para quem:

[...] não cabe aplicar medida coercitiva atípica ao devedor, no cumprimento de sentença condenatória pecuniária, por falta de pagamento, mas essas medidas podem ser adotadas para se impor a apresentação de rol de bens penhoráveis, para se obter o acesso ao bem penhorado, para impedir o esvaziamento patrimonial, para permitir que o bem seja buscado e apreendido depois de arrematado - e assim por diante. (TALAMINI, 2017, p. 3).

Portanto, seja qual for a origem da dívida que enseje a deflagração do processo de execução (descumprimento contratual, dano moral, ressarcimento ao Erário decorrente de ato de improbidade, entre outros), há que se agir com

cautela e ter sempre em mente os princípios da patrimonialidade, utilidade e menor onerosidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de execução sempre foi motivo de grande frustração não apenas para os jurisdicionados, mas também para os operadores do direito, o verdadeiro “calcanhar de Aquiles” do processo civil. A efetividade da prestação jurisdicional muitas vezes se vê obstada em razão da ausência de bens suficientes para satisfazer a obrigação ou porque o devedor, valendo-se dos mais variados artifícios, dolosamente os oculta. A generalização desse estado de coisas fez com que ganhasse corpo o ditado popular “ganhou, mas não levou”.

O novo Código de Processo Civil busca remediar isso não apenas conferindo *status* de norma fundamental ao direito das partes a uma solução integral de mérito em prazo razoável, mas também ao municiar o magistrado de todos os meios capazes de garantir efetividade às decisões judiciais. No novo diploma legal, aflora o princípio da instrumentalidade do processo, tanto no sentido negativo, segundo o qual o processo não é um fim em si mesmo e, portanto, suas regras não devem se sobrepor às do direito material e às exigências sociais de pacificação de conflitos, quanto no sentido positivo, que expressa a ideia de efetividade do processo entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam nos contextos jurídico, social e político (DINAMARCO, 2013, p. 319).

Por sua vez, também buscou criar regras que permitissem ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias ao cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. A redação aberta do art. 139, IV, do CPC, e a extensão das medidas atípicas às execuções de pagar quantia deu origem a aberta divergência na doutrina, fazendo com que ela debatesse sua constitucionalidade (mormente à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proporcionalidade, da utilidade e da patrimonialidade) e os limites dentro dos quais possa ser lícitamente aplicada.

O presente artigo se propôs a analisar a aplicabilidade das medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa no âmbito do microsistema da improbidade administrativa, no qual se busca defender o direito difuso de probidade da Administração Pública. Não parece haver dúvida de

que as medidas executivas atípicas podem ser empregadas no bojo das ações de improbidade para, por exemplo, fazer com que o devedor restitua integralmente o Erário e pague, quando for o caso, a multa civil que lhe tenha sido aplicada.

Esse é o entendimento apresentado tanto pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis quanto pela jurisprudência selecionada: o juiz pode determinar todas as medidas necessárias à garantia da efetividade da decisão judicial, inclusive no processo de improbidade administrativa. Todavia, não é por se estar defendendo a probidade na Administração Pública que os princípios constitucionais poderão ser flexibilizados. Logo, aplicam-se nessa seara as mesmas restrições apontadas ao uso de medidas atípicas nos demais casos.

É preciso ter em mente que a execução não é vingança, nem pode se converter em *bullying* com autorização judicial. As medidas atípicas devem ser empregadas única e exclusivamente após o esgotamento dos meios executivos típicos, ser devidamente justificadas, ter sua utilidade demonstrada e empregadas, sobretudo quando se tenha indícios de ocultação patrimonial dolosa. A jurisprudência tem sido cautelosa na autorização de tais medidas, pois muitos vislumbram conflito com direitos fundamentais aos quais o próprio CPC prestou reverência no art. 4º. Portanto, caso o Ministério Público venha a requerê-las, é imperioso que elas sejam claramente proporcionais e razoáveis, não se admitindo que sejam mais gravosas que a própria punição a que se busca conferir efetividade. Ademais, há que se demonstrar sua necessidade e utilidade, invocando-as de maneira responsável, excepcional e constitucional, garantindo ao devedor todos os direitos inerentes ao contraditório, sem abuso ou restrição incoerente de seus direitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lucélia de Sena; RETES, Tiago Augusto Leite. O poder geral de efetivação das decisões judiciais na execução de pagar quantia certa: uma análise crítica acerca do art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Anais...** Florianópolis, CONPEDI, 2016. p. 266-281. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/6p264t76/33nw90ITews90jQq.pdf> . Acesso em: 22 jun. 2018.

ANDREASSA, João Victor Nardo. As medidas atípicas do artigo 139, IV, do Có-

digo de Processo Civil e os perigos de sua má aplicação. **Revista Aporia Jurídica**, Ponta Grossa, v. 1, n. 8, p. 241-250, jul./dez. 2017.

ARAÚJO, Luciano Vianna. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, v. 270, p. 123-138, ago. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm . Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Rescisória 1.244/MG**. Embargos infringentes na ação rescisória. Direito civil e constitucional. Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança [...]. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, Brasília, DF, 22 de setembro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 63, p. 100, 30 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 97.876/SP 2018/0104023-6**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 16 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=97876&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 07 dez. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA NETO, Francisco Vieira; CARNEIRO, Myrna Fernandes. A inovação do art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil à luz da jurisprudência: estamos no caminho adequado para desenvolver o processo justo? **Doutrina Pátria**. Belo Horizonte, 4 set. 2017. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/inovacao-do-art-139-iv-do-novo-codigo-de-processo-civil-luz-da-jurisprudencia-estamos-no-caminho-adequado-para-desenvolver-o-processo-justo/#_ftnref45. Acesso em: 20 jun. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**: curso de processo civil, 3. ed. São Paulo: RT, 2011. v. 3.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; NASCIMENTO, Vinícius Pereira. O poder geral de efetivação e os meios coercitivos na execução de alimentos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 19, v. 87, p. 57-73, mar. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (5. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 1.0040.10.001898-1/002**. Relator: Desembargador Moacyr Lobato, 24 de maio de 2018. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=1F616F-FDAE3D81C6105A03A6AC788C6A.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0040.10.001898-1%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar Acesso em: 07 dez. 2018.

NEIVA, José Antônio Lisbôa. **Improbidade administrativa**: legislação comentada artigo por artigo. 3. ed. Niterói: Impetus, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - art. 139, IV, do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, v. 265, p. 107-150, mar. 2017.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o art. 139, IV do CPC de 2015. **Migalhas**. [S.l], 11 ago. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,-MI243746,21048-Reflexoes+sobre+a+atipicidade+das+tecnicas+executivas+e+o+artigo+139>. Acesso em: 20 jun. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (3. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 1738656-8, de Foz do Iguaçu**. Relator: José Sebastião Fagundes Cunha, Curitiba, 20 de março de 2018. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12507646/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1738656-8> Acesso em: 07 dez. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (14. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 1616016-8**. Relatora: Desembargadora Themis de Almeida Furquim Cortes, Curitiba, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12304263/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1616016-8> Acesso em: 07 dez. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (11. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 70075235242**. Relator: Alexandre Kreutz, Porto Alegre, 2 de maio de 2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075235242%26num_processo%3D70075235242%26codEmenta%3D7744596++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075235242&comarca=Comarca%20de%20Bag%C3%A9&dtJulg=02/05/2018&relator=Alexandre%20Kreutz&aba=juris Acesso em: 07 dez. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (21. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 70074635046**. Relator: Marco Aurélio Heinz, Porto Alegre, 13 de setembro de 2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%-

3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70074635046%26num_processo%3D70074635046%-26codEmenta%3D7451415++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70074635046&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Xavier&dtJulg=13/09/2017&relator=Marco%20Aur%C3%A9lio%20Heinz&aba=juris Acesso em: 07 dez. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (1. Câmara de Direito Civil). **Agravo de Instrumento n. 4023030-60.2017.8.24.0000**, de Tubarão. Relator: Desembargador Guilherme Nunes Born, Florianópolis, 12 de abril de 2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAJXMMMAAB&categoria=acordao_5 Acesso em: 07 dez. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (6. Câmara de Direito Comercial). **Agravo de Instrumento n. 4011578-87.2016.8.24.0000**, de Concórdia. Relator: Desembargador André Luiz Dacol, Florianópolis, 1 de agosto de 2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAACfEEAAK&categoria=acordao_5 Acesso em: 07 dez. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (7. Câmara de Direito Público). **Agravo de Instrumento n. 2232856-09.2017.8.26.0000**. Relator: Fernão Borba Franco. São Paulo, 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=DD2B6DFF65CDB3A3410AF00B-DD12F749.cjsg1> Acesso em: 07 dez. 2018.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas atípicas e a execução por quantia certa. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, n. 121, mar. 2017. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE121/IE121-Eduardo-poder-geral-medidas-executivas139IV.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

WALDRAFF, Célio Horst. Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 50, p. 113-130,

maio 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/94739>. Acesso em: 07 jun. 2018.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A IN/ COMPATIBILIDADE ENTRE OS PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015 E O COMMON LAW

CONSIDERATIONS ABOUT THE (IN)COMPATIBILITY BETWEEN THE
PRECEDENTS OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015 AND
COMMON LAW

Danilo Miranda Ribeiro

Bolsista PIBIC pela FAPESB

Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador

RESUMO: O presente artigo busca discutir a existência de convergência do processo civil brasileiro com o *common law*, que vem sendo aceita sem muitas reservas por tribunais e doutrinadores, em razão de o CPC/2015 ter dado maior destaque aos precedentes como técnica apta a fundamentar os julgados. O estudo recorrerá à tradição jurídica anglo-saxônica, por meio de revisão bibliográfica, para formar uma base de compreensão sobre as noções de utilização dos precedentes de força vinculante, com o escopo de enfrentar a questão referente à compatibilidade entre as tradições jurídicas brasileira e inglesa, da qual derivou a cultura de respeito aos precedentes, resultando no princípio do *stare decisis*. Isto, para compreender a distância e os equívocos que podem ser percebidos em razão de uma aparente importação de conceitos do *common law* pelo Código de Processo Civil de 2015 e Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Processo civil. *Stare decisis*. Precedente.

ABSTRACT: This article aims to discuss the existence of convergence in the Brazilian code of civil procedure with the common law, which has been accepted without much resistance by the courts and the doctrinaires, as CPC/2015 has given greater prominence to the precedents as a technique to justify the judgments. The study will use the Anglo-Saxon legal tradition to form a basis for understanding the notions about the use of precedents of binding legal force, with the scope of facing the question of compatibility between the Brazilian and English legal traditions, of which the respect for the precedents' culture has derived, resulting in the principle of *stare decisis* (the respect for what is decided). In order to understand the distance and misunderstandings that can be perceived due to an apparent importation from the common law concepts to the Code of Civil Procedure of 2015 and to the Brazilian Constitution.

Keywords: Code of Civil Procedure. *Stare decisis*. Precedent.

1 INTRODUÇÃO

Há forte movimento no sentido de o Código de Processo Civil (CPC/2015) ter acolhido as premissas do respeito aos precedentes retiradas do direito anglo-saxônico. Isto justifica a busca em traçar os alicerces da doutrina do *stare decisis*, com base na concepção jurídica do *common law* que, outrora, era concebida como a gama de costumes que regulavam a vida do povo inglês e acabou por se tornar uma forte vertente do direito dos Estados Unidos.

É com o escopo de demonstrar as incongruências teóricas que permeiam a utilização dos precedentes obrigatórios pela referida corrente em comparação à tradição jurídica do Brasil que este trabalho se move, visto não ser aconselhável a importação de conceitos sem uma reflexão apropriada do que se busca trazer e da realidade a que se traz.

Não se trata de apontar as diferenças de tratamento que os precedentes têm nas referidas correntes jurídicas, mas uma maneira de compreender como a sistemática do *common law* enfrenta e utiliza as decisões pretéritas na solução dos casos subsequentes, para que a reflexão sobre a adoção desses conceitos pelo processo civil brasileiro seja esclarecida. Para isso, é essencial que se perquirira o conceito e o papel que o *stare decisis* desempenha.

Contudo, não se está levantando a tese de que o respeito aos precedentes prescinde da base jurídica do *common law* para ter efetividade ou de que esta tradição jurídica do direito só pode ser compreendida à condição de observar as linhas de raciocínio expostas nos casos pretéritos. É em razão das inúmeras referências de aproximação e necessidade da base teórica do *common law* para compreensão dos precedentes no Brasil que se concretiza a necessidade de se debruçar sobre a doutrina estrangeira.

Por isso, a primeira seção dedicar-se-á a esclarecer quais os fundamentos e sob qual contexto histórico se fundou a doutrina do *stare decisis* e como se materializa o respeito aos precedentes. Para tanto, a pesquisa abordará os elementos históricos do direito inglês, teorias referentes à cognoscibilidade e à aplicação do direito e ponto teóricos fundamentais à compreensão dos precedentes, o que levará à conclusão de que, embora o respeito aos precedentes não esteja vinculado ao *common law*, a técnica de encarar os precedentes como vinculantes deriva de uma específica corrente histórica e demanda o preenchimento de certo ônus discursivo para seu emprego.

Na segunda seção, o olhar será voltado à questão da recepção do da *stare decisis* pelo direito brasileiro. No item de abertura, a relevância que o Brasil entrega à legalidade será exposta, ante sua veiculação no art. 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988). Também, será destacado qual foi o meio utilizado pelo Brasil para restringir o campo decisório do magistrado e, por último, quais os pronunciamentos que desafiaram a presente pesquisa, ao se ter afirmado uma aproximação do direito brasileiro a um sistema de precedentes.

2 A CONSTRUÇÃO DO STARE DECISIS PELO COMMON LAW

A tradição jurídica do *common law* surge desassociada à ideia de vinculação às decisões pretéritas e remonta os tempos da conquista normanda pela Inglaterra com a famosa Batalha de Hastings, em 1066, quando houve uma centralização dos poderes governamentais e o feudalismo foi implantado (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007).

Nesse processo de centralização, tanto do governo quanto da administração da justiça, um novo campo normativo foi produzido com o escopo de ter sua aplicação voltada aos cidadãos ingleses. Por isso, foi empregado o termo *common law*, ante o término da regulação por costumes locais e a imposição de um direito comum a todos os cidadãos do Reino da Inglaterra (BARBOZA, 2011, p. 29).

Era um direito baseado essencialmente em costumes, que deveriam ser respeitados e considerados relevantes por terem sido aceitos pelos cidadãos no passado. Ou seja, diferente dos precedentes, que são observados por estarem pautados em certas linhas de raciocínio, as cortes do *common law* consideravam os costumes que foram aceitos por sucessivas gerações, por uma questão do que foi tomado como regra em determinada comunidade jurídica no passado (BARBOZA, 2011, p. 32).

Conforme Duxburry (2008, p. 9), isto é uma prova de que o raciocínio de autoridade de um costume difere do utilizado por um precedente e uma forte evidência de que o *common law* surgiu muito antes de uma teoria dos precedentes:

[...] Em quarto lugar, os juízes do *common law* não seguem os precedentes apenas porque estes existem: eles os seguem – ou,

nesse movimento, utilizam do *distinguish* ou *overrule* – porque estes se fundamentam em certas linhas de raciocínio. Um costume, por outro lado, será considerado relevante ou irrelevante por um tribunal, não por causa das razões que ele representa, mas porque foi geralmente aceito por uma comunidade em particular no passado. Finalmente, talvez a evidência mais decisiva de que precedentes e costumes são diferentes formas de autoridade legal é o próprio direito comum, pois, como ficará claro no próximo capítulo, o direito comum existia como uma forma de direito costumeiro muito antes de haver uma doutrina de precedente (DUXBURY, 2008, p. 9, tradução nossa)¹.

Ao tomar a ideia de que o *common law* estaria baseado em costumes gerais, a tese de que o magistrado apenas declarava o direito ganhou corpo na Inglaterra, já que os costumes sempre existiram, mas havia a necessidade de serem explicitados pelos magistrados (MARINONI, 2016, p. 33). Sustentava-se que as cortes não se ocupavam em fazer leis, mas em declarar o direito que estava implícito, antes mesmo de que qualquer decisão fosse proferida. Ou seja, as partes deveriam enxergar as decisões como uma forma de expressão deste direito (LEE, 1999, p. 660).

Esta forma de perceber o direito, que passava por uma noção de existência ideal ou platônica, foi bem ilustrada pelas declarações de Coke (1642), ao entender que o relato de decisões é a melhor prova de qual é o conteúdo do direito, visto não ser a função do juiz fazer, mas tornar o direito evidente, palpável.

Outro grande expositor da teoria declaratória do *common law* foi William Blackstone, que defendia a presença da *lex non scripta* e do *statute law*. O primeiro elemento consiste no conjunto das leis não escritas, que expressam os costumes e as regras máximas estabelecidas e adotadas pela comunidade, de raiz pretoriana, em razão das atividades das Cortes de Justiça do Reino, enquanto que o *statute law* seria o direito escrito, oriundo de uma face legislativa, pelos atos do Parlamento. Assim, falava-se em *judge make law*, diante do poder do magistrado em confirmar o direito costumeiro, que se preferia ao *statutory law* (MARINONI, 2016, p. 26).

Com o advento da Revolução Gloriosa, em 1689, adotou-se o princípio da Supremacia do Parlamento, como um meio de coibir a ação despótica do monar-

¹ No original: [...] Fourthly, common-law judges do not follow precedents simply because they exist; they follow – or, for that matter, distinguish or overrule – precedents because those precedents support particular lines of reasoning. A custom, on the other hand, will be considered relevant or irrelevant by a court not because of the reasons it embodies but because it has been generally accepted by a particular community in the past. Finally, perhaps the most decisive evidence that precedent and custom are different forms of legal authority is the common law itself, for, as will become clear in the next chapter, the common law existed as a form of customary law long before there was a doctrine of precedent (DUXBURY, 2008, p. 9).

ca (MARINONI, 2016, p. 41). Todos ainda estariam submetidos e limitados ao *common law*, inclusive o direito legislativo. A ideia de *supremacy of the English parliament* não consistiu em uma forma de conceder uma autoridade ilimitada ao Parlamento, mas na possibilidade de se elaborar e revogar leis, sem que outras instituições pudessem intervir no processo legislativo. Ainda cabia a função do Parlamento de complementar o *common law*, nunca de o violar. Herbert Lionel Adolphus Hart esclarece que, na tradição inglesa, os costumes e precedentes podem perder seu conteúdo de direito por força de uma lei promulgada pelo Parlamento, porém, todo o direito está subordinado às práticas jurídicas daquela comunidade (HART, 2009, p. 130), que condizem ao *common law*.

No cenário do Reino Unido, os magistrados acompanharam o povo na luta contra o poder monárquico arbitrário, buscando o direito dos cidadãos e o controle do déspota. Já na Revolução Francesa, reclamou-se autoridade mediante a produção legislativa, que foi enxergada como fundamental para a caminhada rumo à coibição da aristocracia, de que faziam parte os magistrados, que não comungavam com os valores revolucionários e tinham relação com a nobreza e com ideias absolutistas (BARBOZA, 2011, p. 47).

Dessa forma, justifica-se o papel do juiz no *civil law*, enxergado como uma classe desconfiável e que deveria ter seu campo de ação fechado à aplicação legislativa. A falta de crédito concedida aos magistrados é fruto da Revolução Francesa, que antagonizou o poder judiciário e resistiu ao direito não escrito, com a finalidade de não dar margem ao arbítrio dos magistrados em favor da aristocracia e desfavor dos cidadãos (BARBOZA, 2011, p. 53). Não é por pouco que a primeira palavra bradada ao lembrar o lema da revolução francesa é a legalidade, que impõe a existência de lei como pressuposto de que alguém seja obrigado a algo, como insculpido na CRFB/1988, em seu artigo 5º, II.

Em outra perspectiva, no *common law*, os códigos não tinham a intenção de constranger o ato dos magistrados, até porque todos estavam sujeitos ao direito comum inglês, que deveria ser declarado pelo ato pretoriano (MARINONI, 2016, p. 41-44). O direito não escrito exercia o papel central na prática jurídica dos *englishmen*, enquanto que o *statute law* era uma forma de promover adequações à *lex non scripta* (BARBOZA, 2011, p. 51). No momento em que o *common law* consistia nos costumes aceitos entre os ingleses, ao juiz só restaria declarar aquele direito, que jazia oculto por uma *lex non scripta*, o que acabaria por demonstrar qual o real conteúdo do *common law*

Construiu-se a noção de que o relato constante das decisões judiciais seria uma forma de compreender o conteúdo do *common law*. Isto reclamaria uma noção, mesmo que implícita, da doutrina do *stare decisis*, pois as decisões proferidas nos casos pretéritos deveriam ser encaradas como verdadeiras provas da existência e essência do direito:

Essa noção declaratória de decisões de direito comum pressupõe uma doutrina de olhar relativamente fraca (se não inexistente) da doutrina do *stare decisis*. Longe de exigir a adesão à jurisprudência, a clássica teoria declaratória deixou amplo espaço para partir do precedente sob a ficção de que decisões anteriores não eram leis em si mesmas, mas eram meras evidências disso (LEE, 1999, p. 660, tradução nossa).²

Nestes termos, os adeptos à teoria declaratória teriam certa consciência de um dever legal de respeitar as decisões pronunciadas nos casos anteriores, pois o que foi decidido era apresentado como uma forma de direito revelado, que não poderia se modificar ao sabor do vento. O próprio conceito de um precedente, que se entende por uma decisão proferida anteriormente, passaria pela obrigação implícita do julgador decidir o presente caso de forma igual à decisão proferida em caso similar no passado, em virtude da declaração de um direito estável (SCHAUER, 2012, p. 131).

Além da questão declaratória, Duxbury (2008, p. 25) sugere que a mudança na estrutura do processo foi crucial para a emergência do *stare decisis*, que ocorreu durante o século XVI, com partes que passaram a lançar argumentos a serem resolvidos pelo magistrado e decisões que tinham que se sustentar por meio de linhas de raciocínio jurídico. Aqui se justifica a tese de J. Waldron, no sentido da existência de um dever derivado do *Rule of Law* (Estado de Direito) em seguir os precedentes quando houver um vácuo jurídico no momento de decidir um caso concreto. Em verdade, a lógica de Waldron é no sentido de que, no Estado de Direito, se há uma decisão sobre algum caso, o direito foi declarado e implementado. Logo, o magistrado subsequente não decidirá do zero e nem deve se perguntar sobre qual a melhor maneira que pessoalmente resolveria o caso, mas partirá da melhor maneira que o direito dispõe de decidir o caso, levando em conta a contribuição que o juiz pretérito garantiu ao ordenamento jurídico (WALDRON, 2012).

² No original: This declaratory notion of common law decisions presupposes a relatively weak (if not non-existent) doctrine of *stare decisis*. Far from demanding adherence to case law, the classic declaratory theory left ample room for departing from precedent under the fiction that prior decisions were not law in and of themselves but were merely evidence of it (LEE, 1999, p. 660).

Porém, este dever começou a ganhar forma no fim do século XVIII e começo do XIX (LEE, 1999, p. 661). Em 1801, a *House of Lords*, que se transformou na Suprema Corte do Reino Unido em 2009, ainda mantinha o entendimento que não estava vinculada às decisões que emanou no passado, o que durou até ser julgado o caso *London Tramways v. London County Council*, em 1898, quando se estabeleceu que a referida corte não poderia tomar em conta argumentos com a intenção de reconsiderar suas decisões prévias (DUXBURY, 2008, p. 42), o que acabou por afastar a litigiosidade desnecessária, entregou mais certeza à população sobre o direito e configurou certa adoção à doutrina do *stare decisis*.

Diante da anterior influência de J. Bentham e de inúmeros julgados que reiteravam a regra dos precedentes, a doutrina do *stare decisis* lançou-se de uma mera prática a um princípio do direito estabelecido. Assim, nasceu a noção dos precedentes com efeito vinculante do *common law*, não mais sendo visto, somente, como uma forma de evidência do direito, mas como uma fonte primária dele (FON; PARISI, 2004, p. 4).

Portanto, uma identificação do *common law* com a ideia de respeito aos precedentes é algo eventual. O direito costumeiro dos cidadãos ingleses existe muito tempo antes de a ideia de respeito aos precedentes estar fixada. Ou seja, o respeito aos precedentes reivindica certa independência dos conceitos arraigados no *common law*, pois surgiu em época pretérita à existência da referida corrente jurídica. Conforme a proposição de Simpson:

[...] qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, parece ser insatisfatória, pois a elaboração de regras e princípios que regem o uso do precedente e seu status como autoridades é relativamente moderna, e a ideia de que poderia haver precedentes obrigatórios mais recentes ainda. A *common law* existia há séculos antes que qualquer pessoa estivesse muito entusiasmada com esses assuntos, e ainda assim funcionava como um sistema de leis sem tal propósito como o conceito de *ratio decidendi*, e funcionava bem o suficiente. (SIMPSON, 1987, p. 359, tradução nossa).³

Por ser dessa forma, o respeito aos precedentes não reclama, por uma questão conceitual, que a corrente anglo-saxônica do direito esteja em sua base, frente à possibilidade de existir respeito aos precedentes sem o *common law*.

³ No original: [...] any attempt to explain the nature of the common law in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedent and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such propos as the concept of *ratio decidendi*, and functioned well enough (SIMPSON, 1987, p. 359).

Assim, o *stare decisis* constitui apenas um elemento contingente, não necessário do *common law*, que pode se distanciar da corrente anglo-saxônica do direito e integrar-se com outros sistemas processuais em sua individualidade e separabilidade, resguardados os encargos discursivos próprios à sua adequada aplicação e compreensão.

3 A NOÇÃO DE RESPEITO AOS PRECEDENTES

Com bem ensina Didier, o precedente, em sentido genérico, pode ser entendido como uma decisão que nasceu a partir de um caso concreto e pode ter sua linha de raciocínio encarada como elemento normativo para a resolução dos casos posteriores e análogos, cujo principal elemento é o fundamento jurídico que está a sustentar a decisão ou a *ratio decidendi* (DIDIER JR., 2015, p. 441-442). No *common law*, a razão da decisão é o que vai criar o efeito vinculante do precedente e, por isso, é aspecto fundamental.

Uma *ratio decidendi* é uma regra expressamente ou implicitamente dada por um juiz que é suficiente para resolver uma questão de direito colocada em questão pelos argumentos das partes em um caso, sendo um ponto em que uma decisão foi necessária para a sua justificação (ou uma de suas justificativas alternativas) da decisão do caso. (MACCORMICK, 2009, p. 153, tradução nossa)⁴.

Argumentar com bases em precedentes é utilizar o raciocínio inculcado em julgamento anterior para se ter o mesmo resultado no caso subsequente, mesmo que o magistrado esteja em desacordo com a linha de raciocínio exposta no caso paradigma.

Inclusive, é nas situações que o magistrado não concorda com o precedente que se enxerga de forma mais clara a aderência ao *stare decisis*, já que a decisão atual seguirá a antecedente, não porque o juiz a aprova e já decidiria conforme o caso passado, mas porque a *ratio decidendi* ou a fonte (SCHAUER, 2012, p. 124) tem autoridade sobre o que o magistrado estiver a julgar. No entanto, há divergências sobre a existência de um dever dos magistrados em seguir os precedentes que reconheçam como errados ou contrários à lei, à maneira da corrente originalista, pois haveria uma violação do seu dever jurídico ao

⁴ No original: A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in the case (MACCORMICK, 2009, p. 153).

aderir a teses que consideram injustas ou não se assemelham ao que foi democraticamente acordado (FARBER, 2005, p. 1174).

Logo, o raciocínio central que se toma do respeito ao precedente é de que a corte constrangida terá pouca escolha quando existir um precedente sobre o caso enfrentado pela autoridade do posicionamento anterior do tribunal, ressalvados os casos de distinção ou superação do precedente (DIDIER JR., 2015, p. 490-496).

Na etapa de sua aplicação, a racionalidade dos precedentes não subjaz a uma prática mecanicista, de aplicação das decisões anteriores ao caso presente por uma mera questão de *treat like cases alike*. Além das questões amplamente abordadas pela doutrina em relação ao *distinguishing* e *overruling*, o uso dos precedentes só pode ser feito por uma comparação entre os casos, uma vez que é o novo caso que ditará a possibilidade de uso do raciocínio inscrito no caso designado como precedente.

Também, o precedente não é compreendido como um argumento apto a finalizar o julgamento, pois será enfrentado como o ponto de partida da discussão do caso em julgamento. Como bem leciona Theodoro Júnior *et al.* (2015, p. 295), na discussão de um litígio, o que importa não é o tema, mas sim o caso e, nos países do *common law*, os precedentes não terminam a discussão, mas são o seu *principium*, funcionando como uma referência do passado para a discussão do presente.

Vale frisar que, por parte dos teóricos do direito, não houve muito esforço em tentar explicar o respeito aos precedentes fora do termo vago pertencente ao vernáculo do latim: *stare decisis et non quieta movere*, que exprime o sentido de não perturbar aquilo que já foi decidido (LILE, 1916, p. 97). Mesmo nos países de tradição de respeito aos precedentes, o que existe são vários argumentos políticos reservados à vinculação das cortes às decisões proferidas em casos passados (WALDRON, 2012, p. 4), que podem variar em razão da época ou do lugar.

Portanto, na tradição do *common law*, a observância aos precedentes é ideia que não se expressa a partir de uma lei positivada ou por algum requerimento constitucional. É noção derivada de razões de ordem histórica e principiológica, com vistas à solidificação do Estado de Direito, como a busca pela segurança jurídica, pela eficiência das decisões, pela legitimidade do sistema e

pela previsibilidade do direito. Isto se justifica em razão da dinâmica dos poderes naquela tradição, em que se entendeu o direito por máximas e costumes gerais declarados pelo judiciário, cabendo ao legislativo a função de guia para as práticas jurídicas.

No campo teórico, a doutrina do *stare decisis*, que reclama respeito aos precedentes, não comporta significado totalmente unívoco. Conforme Schauer (2012, p. 124), o conteúdo da referida doutrina é no sentido em uma obrigação da corte em seguir as mesmas linhas decisórias que adotou no passado, pela força horizontal dos precedentes. Logo, por uma questão temporal, pelo fato de a decisão ter sido proferida pela mesma corte em caso anterior, sem nada ter a ver com questões de hierarquia. Já Neil Duxbury entende o *stare decisis* como um entrelaçamento dos julgados subsequentes às razões apontadas pelo judiciário em casos anteriores, tanto por uma questão do que foi decidido pela corte no passado, quanto pelas razões que foram acolhidas pelo tribunal hierarquicamente superior.

Certo é que o efeito do *stare decisis* está em uma força no sentido de observância aos precedentes, com objetivo de manutenção das razões utilizadas na solução do caso pretérito similar, para que os juízes decidam os casos subsequentes com base nos mesmos motivos utilizados anteriormente, mesmo que discordem dos pontos de vistas delineados no julgado pretérito. Portanto, quanto maior for o reconhecimento do *stare decisis* por certa comunidade jurídica, menor será a discrepância existente entre as linhas de raciocínio presentes nos julgados com circunstâncias fáticas similares, ante a ideia de tratar casos iguais de forma igual.

4 O RESPEITO AOS PRECEDENTES E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Diferentemente do que ocorre nos países de doutrina de direito anglo-saxônica, no Brasil, as oportunidades análogas de respeito aos precedentes surgem, essencialmente, em virtude do constrangimento legal. Muito embora possa existir um apeço aos mesmos valores comungadas pelos países do *common law*, a atividade dos magistrados brasileiros estaria vinculada a um dever de respeito ao que a lei estabelecer, ante as coordenadas constitucionais estarem voltadas ao legicentrismo (art. 5º, II, da CRFB/1988).

É preciso evidenciar, sobretudo, a particularidade histórica incorporada pelo direito brasileiro, como uma tradição jurídica do *civil law*, que buscou a separação clara entre poderes e utilizou a codificação como um mecanismo de fechamento do horizonte de compreensão do direito e interpretação do magistrado. Enquanto no *common law* não havia a pretensão de cercear o poder do magistrado e os códigos eram uma forma de complementar a função jurisdicional (MARINONI, 2016, p. 44-48), a tradição do direito brasileiro acolheu a lei como seu centro gravitacional, tanto é que, no Brasil, a legislação é considerada como a fonte primária do direito, e a CRFB/1988 caracteriza-se pela natureza rígida e analítica.

No Brasil, vale evidenciar, em momento destinado a dar efeito vinculante às decisões em controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, o legislador constitucional teve que tomar partido de protagonista ao editar o artigo 102, §2º, da CRFB/1988. A autorização de se ter efeito vinculante é tão ligada ao comando legal que é condicionada à hipótese dos requisitos previstos no referido dispositivo constitucional serem preenchidos (não é mera permissão, mas uma prescrição). Ainda, quanto aos motivos que determinaram a decisão, muitos autores defendem não se falar em efeito vinculante, o que geraria afastamento de possível associação das decisões em controle concentrado de constitucionalidade com os precedentes obrigatórios. Da mesma maneira, ocorreu com a possibilidade do STF editar súmulas de força vinculante após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, conforme art. 103-A da CRFB/1988.

Evidencia-se que foi por processo de emenda constitucional que se pôde restringir a independência decisória dos juízes, pela instituição da súmula vinculante (art. 103-A da CRFB/1988). Logo, se admitirmos que o CPC/2015 elenca decisões que deverão ser observadas obrigatoriamente, qual o sentido que restaria na súmula vinculante (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 312)? Ainda, seria possível que legislação infraconstitucional equiparasse o efeito de outras decisões ao da súmula vinculante, que foi realizada pelo texto constitucional? Interessante é a colocação de Marinoni (2016, p. 287-288), ao afirmar que as súmulas vinculantes não correspondem à moderna realidade da função das Cortes de Precedentes e que o instituto normatizado pelo art. 103-A da CRFB/1988 deveria ser conciliado em face dos precedentes obrigatórios, que são elencados pelo CPC/2015.

Tempos estranhos, pois o Brasil adotou, muito antes da Lei 13.105 de 2015, o princípio da supremacia da Constituição, colocando as normas constitucionais no vértice de nosso sistema jurídico (SILVA, 2017, p. 47). É na Lei Fundamental que todas as regras do ordenamento jurídico encontram sua validade (SILVA, 2017, p. 48), o que impede a pretensão de conciliar o instituto da súmula vinculante com a moderna função das cortes de precedentes, uma vez que o CPC é interpretado por meio da Constituição, jamais o contrário. Dessa forma, fica comprometido o entendimento de que as decisões elencadas no art. 927 do CPC/2015 são de observância obrigatória, uma vez que a possibilidade de se dar efeito vinculante e restringir a independência dos juízes surgiu pela letra constitucional, o que não poderia ser mitigado ou equiparado por texto infraconstitucional.

Dessa feita, é de seriedade o pronunciamento feito em abril de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 655.265, sustentou a adoção da regra do *stare decisis* pelo sistema jurídico brasileiro e se referiu ao próprio tribunal como Corte de Vértice, destinada a dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. Ainda, o acórdão lavrado pela referida Corte refere-se ao art. 926 do CPC como ratificador das teses levantadas que, ao promover a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade, reforça a vinculação vertical e horizontal das cortes aos precedentes exarados.

É importante evidenciar que o entendimento no movimento da obrigatoriedade do respeito aos precedentes pelos tribunais não é tese defendida apenas pelo STF. Marinoni, ao reconhecer a aproximação do *civil law* brasileiro à tradição do *common law*, afirma que é imprescindível o respeito aos precedentes no Brasil (MARINONI, 2016, p. 81). Também, em recente artigo publicado, Luís Roberto Barroso afirma que se instituiu um amplo sistema de precedentes vinculantes com a promulgação do atual CPC (MELO; BARROSO, 2016, p. 18). Por último, Mitidiero entende que a regra do *stare decisis* advém de uma necessidade de se densificar a segurança jurídica, razão suficiente para as cortes hierarquicamente inferiores serem obrigadas a observar os precedentes emitidos pelas cortes superiores, dever que teria sido ressaltado pelos arts. 926 e 927 do CPC (MITIDIERO, 2016, p. 92).

No sentido das mencionadas teses, o enunciado n. 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis reconhece a obrigatoriedade dos órgãos do Poder

Judiciário em seguir os seus próprios precedentes, ao estilo do que ocorre nas práticas jurídicas que incorporaram a *rule of precedents*. *In verbis*: “(art. 927) Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e § 4º do art. 927. (Grupo: Precedentes)”.

5 PRECEDENTES: UMA NOVA SOLUÇÃO?

Não se interroga sobre a existência do direito jurisprudencial no Brasil antes do CPC/2015. Porém, havia costumeira postura de se repetirem de forma mecânica as ementas e os enunciados de súmulas, sem que houvesse qualquer contextualização com os fundamentos das decisões paradigmas (NUNES; BAHIA, 2015). Inexistia qualquer teoria a guiar o contato com o direito jurisprudencial, cuja consequência foi a origem de uma racionalidade análoga à de aplicação de leis, encarando os trechos dos enunciados ou ementas como comandos gerais e abstratos, que, ao inverso, deveriam ser encarados como objetos umbilicalmente ligados aos casos que os produziram (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 303).

Ou seja, era um direito jurisprudencial que em pouco se assemelhava à utilização dos precedentes pela tradição do *common law*, posta a pretensão de que as súmulas e os julgamentos pretéritos fossem passíveis de universalização e aplicáveis por subsunção aos casos subsequentes, sem que houvesse um esforço de contextualização.

Conforme afirma Humberto Theodoro Júnior *et al.*, o CPC acolheu premissas que favorecem a aplicação dos fundamentos determinantes de casos passados aos casos análogos em julgamento no presente (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 292), o que gera certa similaridade do Direito brasileiro ao *common law* e a seus sentidos, o que já vinha ocorrendo ao longo dos anos (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 302-303).

No entanto, é preciso ter cautela ao acreditar em uma aproximação do direito brasileiro ao *common law*, para que práticas e conceitos de tradição alheia não sejam acolhidos em razão de afirmações e interpretações da nova sistemática processual civil feitas de forma equivocada. A posição de relevância que as decisões proferidas em casos pretéritos ocupam na nova lógica processual é certa, porém, não se pode olvidar que toda compreensão do novo modelo de

processo deve ser feita a partir dos valores inscritos na Carta da República e do destaque que a lei tem perante a tradição jurídica do Brasil.

Sem ter como pretensão simplificar ou empobrecer as ideias que os citados autores desenvolveram, elas se encaminham à afirmação de que o Código de Processo Civil do Brasil trouxe certa aproximação à lógica do *common law*, em especial, quanto ao modo como os precedentes são tratados e em relação à função das cortes superiores. O papel alterado de Cortes de Vértice, como designou o STF, aptas a dar coerência e estabilidade ao direito, pela vinculação das cortes inferiores aos seus precedentes, e a construção de um sistema amplo de precedentes são enunciados de caráter performativo e podem encobrir sérios problemas provisoriamente. Este é o ponto nevrálgico: a proposição de um efeito obrigatório às decisões dos tribunais, à maneira do que ocorre com o direito jurisprudencial do *common law*.

Neste momento, a atuação do Ministério Público como fiscal da lei pode vir a ser valorosa, ante a possibilidade de propor ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, da CRFB/1988) contra lei federal que não esteja em consonância com conteúdo constitucional. Dessa maneira, destacam-se dois argumentos que podem ser tomados pelo MP para arguir a inconstitucionalidade do art. 927, do CPC/2015, ou seja, dos precedentes obrigatórios.

A primeira ideia é de que a função precípua do Poder Judiciário é solucionar os conflitos com base nas leis. A fixação de competência dos órgãos jurisdicionais ocorre por norma constitucional. No entanto, o STF se intitulou como Corte de Vértice, com a função de dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes, o que não é encontrado no rol de suas atribuições (art. 102, da CRFB/1988). A compreensão de o STF surgir como guardião da Constituição deveria ser o responsável por dar-lhe vida e contemporaneidade, jamais tentar se sobrepor a ela.

Quando o STF determinou no recurso extraordinário n. 655.265 que sua função é a de uma corte de vértice, destinada a dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes, reclama por atribuição que não lhe foi conferida pela Constituição Republicana. Mesmo que se argumente que o CPC/2015 foi o responsável por essa nova competência do STF, haveria clara incompatibilidade com os ditames constitucionais, ante a impossibilidade de lei infraconstitucional ampliar a competência de tribunal (DE MELO FRANCO, 1958).

Todos os órgãos do poder judiciário exercem sua competência que é constitucional, tanto por ser atribuída pela CRFB/1988 quanto pelo dever de zelar pela Carta da República, como a lei maior, que atribui a função jurisdicional ao poder judiciário. Portanto, não são dispositivos da Constituição Federal que perdem seu uso perto de uma nova concepção dos precedentes do CPC/2015, mas os artigos infraconstitucionais que perdem sua eficácia caso não observem os ditames constitucionais. Isto não é mera questão de fontes, a se fazer solucionar por critérios de resolução de antinomias, mas de respeito às bases do direito.

O segundo argumento que importa ressaltar é referente ao art. 927 do CPC, que, ao indicar a observância de certas decisões pelos tribunais, suscita diversas dúvidas quanto à sua real capacidade de gerar preceitos que devem ser seguidos. Primeiramente, por usar a palavra “observar” e não “vincular”, como ocorre no art. 947, §3º, do CPC, ao firmar vinculação de todos os juízes e órgãos fracionários à tese firmada em assunção de competência; além disso, por ausência de autorização do texto constitucional para ter efeito vinculante, à moda da súmula vinculante (art. 103-A, CRFB/1988).

Segundo Nery Jr. e Nery (2016, p. 1963), somente no caso da súmula vinculante há caminho para fincar preceito de caráter geral e obrigatório, pois houve autorização constitucional para o poder judicante exercer função análoga à legislativa. Como na hipótese lançada pelo art. 927 do CPC,

[...] não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto. [...] Optou-se aqui pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law* (2016, p. 1963).

Dessa forma, à luz das razões citadas, o Ministério Público pode liderar uma discussão sobre a constitucionalidade dos precedentes obrigatórios. Além de potencialmente desconstituir a existência de jurisprudência vinculante por lei infraconstitucional, tal discussão levará a problemática ao confronto com novas ideias, o que pode resultar em um refinamento, aperfeiçoamento do modo de utilização do julgamento a partir de casos análogos no cenário jurídico brasileiro.

6 O CPC/2015 E A IMPORTAÇÃO DE TEORIAS

A mudança de concepção do processo trouxe muitos autores à afirmação de uma aproximação com a tradição anglo-saxônica de respeito aos preceden-

tes, pela introdução de princípios (art. 926 do CPC) como o da estabilidade, da integridade e da coerência ao processo civil. Igualmente, como um princípio em atenção aos precedentes, vale citar o dever imposto aos tribunais de não editar súmulas sem que exista cuidado às circunstâncias fáticas dos casos que motivaram sua edição, conforme art. 926, §2º, do CPC/ 2015, o que valoriza os julgamentos anteriores e demonstra aproximação à prática de respeito aos precedentes do *common law*, pois o juiz não mais poderia interpretar e aplicar enunciados sem atentar à circunstância fática do caso paradigma.

Por estes e outros dispositivos do atual CPC, as alegações de aproximação ao *common law* ganharam força e desaguaram em afirmações de que houve uma adoção pelo sistema brasileiro da regra do *stare decisis*, que é um elemento agregador da história jurídica do *common law*, e de que o Supremo Tribunal Federal passara a exercer o papel de uma Corte de Vértice (BRASIL, 2016), como anteriormente referido. Em síntese, o movimento é no sentido de que as decisões exaradas pelos tribunais deveriam ter conteúdo vinculante, o que desembocaria numa ampliação da competência conferida pela CRFB/1988 e da proposta do próprio art. 927 do CPC/2015.

O problema é que, novamente, a legislação processual não trouxe em seu bojo um arcabouço conceitual que possibilitasse o manejo adequado da jurisprudência. O que houve foi a tentativa de se apropriar dos sentidos do *common law*, sem a reflexão e a discussão necessárias. Como bem pontua Streck (2016), o uso dos precedentes se concretizou em uma lógica quantitativa de resolução de casos. A racionalidade é de utilidade e eficiência, em detrimento dos valores inscritos em nossa Constituição e do bom uso do direito jurisprudencial. Certamente, o CPC/2015 inovou e a doutrina trouxe inúmeros conceitos e termos do *common law*, porém, o objetivo de uma teorização consistente e de alteração da prática jurisprudencial parece ser algo secundário, frente à possibilidade de impor precedentes vinculantes.

Em consideração inicial, mesmo diante da adoção dos referidos princípios e do fortalecimento de uma base conceitual voltada ao direito jurisprudencial, não há como manter as afirmações de que um sistema de precedentes (MELLO; BARROSO, 2016, p. 14) vige ou de que o direito brasileiro acolheu a regra do *stare decisis*. Isto não por motivos relativos ao conteúdo agregado à nova legislação processual, mas por uma questão de divisão de águas.

Segundo Bobbio (1995, p. 80), para a existência de um sistema, o ordenamento jurídico deve apresentar unidade e coerência, em que todas as normas possam se relacionar de forma harmônica. Ou seja, a instituição de um sistema jurídico de precedentes pelo CPC/2015 pressupõe que as práticas delineadas no processo civil passassem a ser a estrutura natural do direito jurisprudencial como um todo, o que não ocorre. Ressalta-se a Instrução Normativa n. 39 do TST, que delimitou quais normas do CPC, com destaque para as relativas aos precedentes, poderiam ser incorporadas no processo do trabalho, ante a inexistência de natureza sistêmica do direito jurisprudencial da legislação processual civil.

Outra importante disposição que contradiz a afirmação de um novo sistema é o art. 15 do CPC/2015, ao não permitir aplicação das normas processuais civis aos outros campos processuais irrestritamente, o que poderá ser feito apenas ao processo eleitoral, trabalhista ou administrativo, de forma supletiva, subsidiária e quando houver compatibilidade (NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 245). Quanto ao processo penal, a falta de menção pelo mencionado art. 15 é suficiente para entender a sua incompatibilidade com os procedimentos do processo civil. Nestes termos, há clara limitação de aplicação do rol de decisões que o tribunal deve observar (art. 927 do CPC) às outras áreas processuais, o que não prosperaria em disposição atinentes a um sistema jurídico.

Ademais, a própria aplicação da legislação processual civil no sentido de gerar observância à determinadas decisões proferidas em casos anteriores não é compatível com a noção de respeito aos precedentes do *common law*, de onde se busca inspiração. O rol do art. 927 do CPC estabelece certos provimentos judiciais que deverão ser observados, em contradição à prática do direito anglo-saxônico, em que a possível vinculação às decisões anteriores é de natureza filosófica e jurisprudencial, não ser uma questão formal (SCHAUER, 2012, p. 134).

A vinculação aos precedentes surge por uma questão histórica, não por uma determinação legal, por isso que boa parte dos escritos relacionados ao *stare decisis* correspondem a uma tentativa de justificar a utilização dos julgamentos pretéritos por meio da ideia do Estado de Direito, a exemplo do esforço de Waldron (2012).

Na prática do *common law*, o respeito aos precedentes surge de forma contingencial. À diferença da lei, que surge com o intuito de constranger a deci-

são dos magistrados, não há uma obrigação formal em seguir a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, uma vez que o principal do precedente no *common law* não é quem o emitiu, mas quais são seus motivos determinantes. O contrário ocorre no CPC/2015, que descarta a qualidade e estabelece a fonte de emissão como único critério para a decisão dever ser observada, bastando o *pedigree*: ser orientação do plenário ou acórdão em incidente de resolução de demanda repetitiva para se ter a categoria de uma decisão que se deva observar.

Se a intenção é que os julgados anteriores sirvam como bússola decisória para os tribunais, a deliberação deveria abarcar a totalidade dos argumentos relevantes (NUNES; BAHIA, 2015, p. 18), com atenção voltada à comparação entre as hipóteses fáticas do caso anterior e o novo (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 297). Acontece que o CPC/2015 não reclama por uma comparação entre circunstâncias fáticas como requisito para aplicação dos precedentes, muito embora esse cuidado seja cobrado no momento de edição dos enunciados de súmula (art. 926, §2º, do CPC) e na possibilidade de distinção entre o caso paradigma e o em julgamento (art. 489, §1º, VI, do CPC).

O dever de fundamentação (art. 489, V, do CPC/15) corresponde a identificar os fundamentos determinantes e demonstrar a adequação daqueles fundamentos ao caso em julgamento, não impõe uma comparação entre casos, como é costume no *common law*. De forma muito clara, Dierle Nunes e Alexandre Bahia afirmam que:

Aqui entre nós, a “jurisprudência” (ou o que chamamos disso) esforça-se para, logo, formatar um enunciado de Súmula (ou similar), que deveria corresponder sempre a *ratio decidendi/holding* (mas com recorrência não correspondem), a fim de se encerrar o debate sobre o tema, hiperintegrando a discussão, já que, no futuro, o caso terá pinçado um tema que seja similar ao enunciado sumular e, então, a questão estará “resolvida” quase que automaticamente, como nos tempos da subsunção da escola da exegese, apenas que, em vez de a premissa maior ser a lei, agora é uma Súmula, “jurisprudência dominante”, ou julgado proferido em técnicas repetitivas (NUNES; BAHIA, 2015, p. 24).

A questão que se põe é a possibilidade de se fazer uso do direito jurisprudencial sem dar atenção central às hipóteses fáticas. Nesse sentido, é de grande valor o art. 926, §2º, do CPC, ao colocar o dever de atenção à circunstância fática no ato de editar os enunciados de súmula, o que deveria ser uma regra estendida à aplicação dos precedentes. O uso do direito jurisprudencial

não pode se dar de maneira irresponsável, sem levar em consideração o julgado que o formou, pois o enunciado de súmula ou precedente surge em correspondência a certas particularidades fáticas e normativas. Não existe um marco zero interpretativo (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 298).

A título de comparação, no *common law* as cortes não podem veicular preceitos jurídicos de cunho genérico e sobre o abstrato, a declaração do direito pelos tribunais está adstrita à situação concreta do caso que se está a julgar. A vinculação só poderia ser fixada e aplicada a partir dos fatos que deram causa à declaração pretoriana (HUGHES, 1996, p. 19), vez que é o juiz subsequente que determina a aplicação do precedente ou enunciado de súmula. Infelizmente, esta não é a *praxis* jurídica do Brasil, em que as súmulas vinculantes valem pelo seu caráter genérico e abstrato, sem haver eficaz juízo sobre as razões que as fundamentaram (ABBOUD, 2009, p. 230).

Enfatiza-se que a própria forma de aplicação dos precedentes, no Brasil, ocorre mediante a transcrição das ementas e dos enunciados jurisprudenciais, muitas vezes com circunstâncias fáticas alheias ao julgamento paradigma. Não se pode concordar que o importante são as teses e não os casos, para que o tribunal não se pronuncie de forma a ignorar o que está descrito no processo e gere uma interpretação da lei a partir de um marco zero de interpretação (NUNES; BAHIA, 2015, p. 38). No próprio CPC/2015, a palavra “tese” aparece ligada às súmulas, julgamento de casos repetitivos e incidentes de assunção de competência, o que leva à noção de que, nesses casos, os precedentes não estariam ligados ao julgamento anterior, o que afastaria a noção dos legítimos precedentes do *common law*.

Como bem adverte Theodoro Junior *et al.* (2015, p. 304), este equívoco não advém apenas de se manejar a jurisprudência à maneira das leis, sem que exista uma real análise comparativa entre casos, com o escopo de conhecer a adequação do caso anterior ao atual. O problema concorrente e conexo é a crença de que a estipulação de causas pilotos, como ocorre na repercussão geral do STF e demandas repetitivas, possibilitaria a eleição de uma tese que pudesse ser aplicadas a todos os outros casos por uma questão de subsunção, fazendo com que o precedente ou o enunciado emitido fosse um meio de se encerrar a discussão do julgamento presente.

Confundem-se as tradições e conceitos. Quando se estiver a tratar sobre o ordenamento jurídico brasileiro, a fonte deveria ser o Brasil e não qualquer ou-

tro país. No entanto, quase todos os textos sobre precedentes fazem referência histórica e técnica ao *common law*.

O texto constitucional continua impávido e colosso, sem alteração que retire a legislação do centro normativo, porém, parece que o Brasil acolheu o *common law*, uma vez que falamos em adoção ao *stare decisis*, sistema amplo de precedentes e todos outros jargões técnicos usados por aquela tradição.

O desarranjo se revela na tentativa de importar o direito jurisprudencial do *common law*, que não oportuniza a utilização dos julgamentos anteriores como normas abstratas, descoladas do caso concreto e que nascem para vincular os julgados subsequentes. A imagem é de uma busca voltada apenas a incorporar o efeito obrigatório dos precedentes e enunciados de súmula, sem que seja preciso a construção de uma técnica discursiva de aplicação (NUNES; BAHIA, 2015, p. 28) ou crítica da forma com que o Brasil utiliza sua jurisprudência. A visão não pode ser míope, na intenção de se preferir crescimento quantitativo à revelia da CRFB/1988, do CPC/2015 e da prática jurídica brasileira.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na democracia brasileira, todo o ordenamento jurídico é submetido ao crivo da Constituição, e medidas não são adotadas a qualquer custo para a obtenção de reflexos quantitativos. O direito jurisprudencial é técnica de grande relevância, como revela o CPC/2015, e não deve ser interpretado a partir de enunciados performáticos, que ignoram a tradição jurídica e pretendem funcionar sem rigor conceitual.

O grande problema da importação de teorias é acreditar que elas serão uma panaceia e esquecer o ônus discursivo que aquela tradição enfrenta. Como se analisou, os precedentes são um ponto de partida para a discussão presente, que não se descolam do caso concreto, pois não deve haver incidência das razões da decisão antes da experiência de comparar o caso pretérito com o que se está a julgar. Para fazer o uso adequado do direito que se encontra nos precedentes deve existir uma real comparação fática, o que não se enxerga na realidade brasileira.

Em uma democracia constitucional, a lei maior não se submete a valores de eficiência quantitativa. Toda prática jurídica encontra limite e possibilidade no vernáculo constitucional. É na letra do constituinte que o Estado toma corpo e

sentido, com uma estrutura de poderes dividida entre o poder legislativo, executivo e judiciário (art. 2º da CRFB/1988). A função de se comunicar por meio de enunciados abstratos e genéricos com capacidade de obrigar é do poder legislativo, cabendo ao judiciário a aplicação das leis e resolução dos casos concretos. Dessa forma, a utilização de precedentes obrigatórios se mostra incompatível com o arcabouço constitucional do Brasil.

Ao direito e à jurisprudência não podem faltar integridade, estabilidade e coerência, do que não se extrai uma adoção ao *stare decisis*. No Brasil, a adoção de um sistema de precedentes jamais poderia ser realizada de forma velada, por adoção de alguns princípios, visto que a tradição jurídica brasileira é voltada ao respeito e soberania da lei.

O que sustenta o uso da jurisprudência, antes de tudo, é a Constituição da República, não valores como a liberdade, a igualdade ou a coerência do direito (MARINONI, 2016, p. 290), que são defendidos pela totalidade das pessoas e podem ter diversos sentidos e rumar a qualquer objetivo. A interpretação acerca do uso dos precedentes deve ser constitucional, sem que fique nada fora dela. Aqui, a postura não é de antagonismo, mas o objetivo segue no caminho do esclarecimento, da reflexão e do aprimoramento das ideias. O deslinde não é incontroverso, porém, é com esforço de tornar a visão nítida que se chega a práticas condizentes e adequadas à realidade que se interpela.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante**: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional. 2009. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 655.265**. Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, DF. 13 de abril de 2016. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268. Acesso em: 08 set. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea. 2011. 264 f. Tese (Dou-

torado em direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

COKE, Edward. **The second part of the institutes of the laws of england 51**. London: E&R Brooke, 1642.

DE MELO FRANCO, Afonso Arinos. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado n. 169. **Carta de São Paulo**. Coordenação de Fredie Didier Jr. São Paulo, 20 de março de 2016. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FARBER, Daniel A. The rule of law and the law of precedents. **Minnesota law review**, v. 90, p. 1173, 2005.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis. **University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper**, n. 07-19, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=534504. Acesso em: 14 ago. 2017.

HUGHES, Graham. Common law systems. *In*: **Fundamentals of American law**, Oxford University Press: New York, 1996.

LEE, Thomas Rex. Stare Decisis in Historical Perspective: from the founding era to the rehnquist court. **Vanderbilt law review**, v. 52, p. 647-735, 1999.

Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1263610>. Acesso em: 20 ago. 2017.

LILE, William Minor. Some Views on the Rule of Stare Decisis. **Virginia law review**, p. 95-113, 1916. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1063617>.

Acesso em: 30 set. 2017.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Stanford University Press, Califórnia, 2007.

MACCORMICK, Donald Neil. **Rhetoric and the Rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: <http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>. Acesso em: 16 ago. 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 92.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 57, p. 17-52, jul./set. 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98634/precedentes_compreensao_constitucionalmente_nunes.pdf. Acesso: em: 14 ago. 2017.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *In: The routledge companions to philosophy of law*. New York: Routledge, 2012.

SIMPSON, Alfred William Brian. **Legal theory and legal history**: essays on the common law. London: The Hambledon Press, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>. Acesso em: 19 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **Michigan Law Review**, v. 111, 2012.

ASPECTOS CRÍTICOS DOS INSTRUMENTOS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS A ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

CRITICAL ASPECTS OF THE DELEGATION INSTRUMENTS FROM THE PUBLIC SERVICES TO THE NON-PROFIT ENTITIES

Juliana Goulart Ferreira

*Técnica do Ministério Público de Santa Catarina
Especialista em Administração, Gestão Pública e Políticas Sociais pela
Faculdade Dom Bosco*

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é esquematizar os principais instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos e distinguir alguns dos problemas sobressalentes de sua aplicação para a Administração Pública brasileira. O artigo busca contextualizar a criação dos instrumentos de delegação a partir da evolução histórica das atividades estatais, com ênfase na realidade brasileira e, em específico, na reforma gerencial do Estado. O estudo aborda a organização das entidades sem fins lucrativos e suas principais características no ordenamento jurídico brasileiro e apresenta os instrumentos que delegam a essas entidades serviços públicos a cargo do Estado, bem como seus principais fundamentos legais. Ao final, este trabalho ilustra algumas das inconsistências da criação desses instrumentos e os problemas gerados pela sua implementação na Administração Pública brasileira.

Palavras-chave: Administração Pública. Serviços públicos. Instrumentos de delegação.

ABSTRACT: The aim of this study is to schematize the main instruments of delegation from public services to non-profit entities and to distinguish some of the most common problems of these applications to the Brazilian Public Administration. It attempts to contextualize the creation of the instruments of delegation from the historical evolution of the State activities, emphasizing the Brazilian reality and, in particular, the management reform of the State. It addresses to the organization of non-profit entities and their main characteristics in the Brazilian legal system. This paper also presents the State's instruments to delegate the public services to these type of organizations, and their main legal basis. Finally, this work demonstrates some of the creation's inconsistencies of these instruments and the implementation's problems in the Brazilian Public Administration.

Keywords: Public administration. Public services. Delegation instruments.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, desde o período colonial até os dias atuais, o serviço público se desenvolveu sob diversas perspectivas. Perpassou dos serviços pontuais de infraestrutura realizados pelo governo português à doutrina de bem-estar social que se tentou implantar com a Constituição de 1988, a qual contava também com ferramentas rígidas que buscavam elidir a má gestão do patrimônio estatal pelos gestores públicos, ao enrijecer os processos administrativos.

O enrijecimento trazido pela Carta Constitucional originou o ideal do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, que buscou a redução do tamanho do Estado e uma maior eficiência na prestação de serviços públicos, provocando diversas mudanças na organização da Administração Pública no país.

Uma importante mudança, nesse sentido, foi o alargamento do papel das entidades sem fins lucrativos na prestação de serviços públicos, pela celebração de instrumentos negociais, adotados pelo Estado, que objetivavam dar maior agilidade à atividade estatal ao permitirem a delegação dessas atividades às mencionadas entidades, regidas pelo direito privado. A flexibilização trazida por esses instrumentos, no entanto, está ainda entremeada por proeminentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em decorrência, principalmente, da problemática trazida à Administração Pública pela oposição dos preceitos constitucionais ao ideário da reforma gerencial do Estado.

Consideradas essas circunstâncias, este trabalho pretende tecer uma análise crítica acerca dos instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos, examinando-os sob aspectos jurídicos e operacionais, de modo a compreender as consequências de seus ideais teóricos e a realidade prática de sua aplicação.

2 ASPECTOS DESTACADOS DO SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

A intervenção estatal na ordem econômica, segundo se reconhece atualmente na doutrina pátria, pode se dar por duas diferentes formas, que são o exercício de atividade econômica por parte da Administração Pública e a prestação de serviços públicos.

No que se refere ao exercício de atividade econômica pelo Estado, a Constituição Federal de 1988 expressamente determina, em seu artigo 173, ressalva-

dos os casos previstos na mesma Carta Constitucional, que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (BRASIL, 1988).

Diferentemente, a carta política (BRASIL, 1988) impõe que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (art. 175). Conforme comenta Justen Filho (2003, p. 30), essa titularidade atribuída ao Estado decorre da natureza da necessidade a ser atendida pelo serviço público, que, em regra, vincula-se às manifestações da dignidade humana, motivo pelo qual os referidos serviços não estariam completamente abertos ao mercado, devendo ao Estado prestá-los.

Encontrar um conceito preciso do que seriam os serviços públicos é uma tarefa dificultosa, senão inviável, especialmente porque não há, na doutrina e na jurisprudência, uma definição uniforme. Ainda assim, faz-se necessário abordar as formulações dos autores administrativos com o intuito de melhor compreender o instituto.

Nesse contexto, o serviço público, de acordo com a obra de Meirelles (2010, p. 350-351), caracteriza-se como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”. Aragão (2009, p. 9) comenta a amplitude do conceito de serviço público e argumenta que, muito embora grande parte dos conceitos existentes na doutrina se concentre na base axiológica das atividades estatais, isto é, o bem-estar da sociedade, a conceituação deveria ter como fundamento, na verdade, seu regime jurídico. O autor propõe então um conceito que acredita ser operacional e inferível da Constituição Federal, e afirma que serviços públicos são as atividades de prestações de utilidades econômicas que objetivam o bem-estar da coletividade, a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, que podem ser por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, de forma gratuita ou remunerada (ARAGÃO, 2009, p. 31).

Parte significativa dos conceitos perfilhados pela doutrina pátria traz como traços caracterizadores dos serviços públicos a realização de atividades estipuladas em normas (legais ou constitucionais) pelo Estado ou seus delegatários,

com a finalidade de atender necessidade, utilidade, comodidade ou conveniência pública, submetidas total ou parcialmente ao regime jurídico de direito público. É pertinente apontar, de todo modo, que “a evolução do Estado gerou mudanças no papel que deve ser desempenhado pela Administração Pública”, de modo que o que se entende por serviço público muito se relaciona com sua construção histórica (OLIVEIRA, 2015, p. 33).

Em análise específica da história brasileira, são perceptíveis diversas modificações do papel do Estado na prestação de serviços públicos, desde sua colonização. No período colonial, por exemplo, existia no país determinada estrutura política e administrativa, sem, efetivamente, haver uma organização estatal. Costa (2008, p. 832) argumenta que, naquela época, existia uma ampla, complexa e ramificada administração, a qual, porém, não se alinhava a princípios uniformes de divisão de trabalho, simetria e hierarquia. Em razão dessa débil configuração anterior, o marco para a construção do Estado nacional deu-se apenas quando do desembarque da Coroa portuguesa no país, em 1808, visto que, com a chegada da corte ao Brasil – que na época carecia de infraestrutura mínima –, fez-se indispensável investimento em melhorias básicas, com a consequente instalação de serviços públicos e a criação uma série de organismos que existiam na antiga sede do Reino, cujas inovações institucionais, jurídicas e administrativas tiveram grande impacto na vida econômica, social, política e cultural do Brasil.

Com a independência do país, em 1822, outras inovações foram efetuadas. As primeiras concessões de serviços públicos, por exemplo, foram realizadas na época do Brasil Império, especialmente das ferrovias, ainda com base na ideia de concessão para utilização do domínio público (ARAGÃO, 2013, p. 58).

Após instaurada a República, segundo comenta Aragão (2013, p. 59), a maior preocupação era a existência de infraestrutura, “como forma de se moldarem a identidade e a integração nacional, mantido o liberalismo reinante”. Isso porque, com a enorme extensão do território nacional, era esperado que houvesse lugares onde não se tivesse conhecimento sobre a situação política do país e, se todos antes serviam ao Monarca, era preciso que forjassem a mesma lealdade para com a República.

Durante todo esse período da história do país, que abrange o Brasil Colônia, Império e República, até início da década de 1930, predominava o modelo

de administração pública patrimonialista, que se caracteriza pela confusão entre o que é público e o que é privado. O citado modelo de administração é decorrente, em regra, de um Estado centralizador, no qual aqueles que governam interpretam-se no poder de tirar do Estado proveitos pessoais:

Até a Revolução de 1930, o modelo patrimonial de administração pública é predominante. Constatam-se que a sociedade brasileira foi criada e desenvolvida sob o controle atento de um Estado centralizador e extorquido por uma elite patrimonial e burocrática que insistiu, por longo período, em enriquecer e garantir os privilégios em detrimento da maioria excluída deste processo. (SOUZA; MELLO, 2013, p. 4).

Diferente dos países europeus, em que o absolutismo patrimonialista foi combatido pela Revolução Francesa, ocorrida no fim do século XVIII, a primeira tentativa de superação dessa forma de organizar o Estado, no Brasil, só ocorreu com o Estado Novo, quando o poder público passou a intervir fortemente na economia. Nessa época, a tendência era a estatização dos serviços públicos, especialmente aqueles que eram indispensáveis ao desenvolvimento do país, como os serviços de energia elétrica, serviços ferroviários, transportes coletivos, entre outros (ARAGÃO, 2013, p. 68). Nas palavras de Lima Júnior (1998, p. 6), “além de um estado administrativo, centralizador, ele passou a assumir as feições de um estado intervencionista”.

Internamente, as reformas realizadas no governo de Getúlio Vargas buscavam implantar um sistema mais racional de administração pública, que pretendia robustecer os processos administrativos, profissionalizar o corpo de funcionários, com promoções baseadas no mérito, e elaborar uma definição legal rígida de objetivos e meios para alcançá-los, como forma de combater o patrimonialismo até então instalado (PEREIRA, 1998, p. 9).

Uma das consequências desse modelo burocrático de administração pública instalado pelas reformas de 1930, porém, foi o engessamento da máquina estatal. Por ter ênfase nos métodos utilizados para administrar e na padronização do modo de realização de cada etapa do processo a fim de evitar desvios, o modelo burocrático omitia-se em observar os resultados alcançados.

Por conta disso, de acordo com Lima Júnior (1998, p. 13), no governo militar no Brasil, fez-se uma tentativa de implantar instrumentos de gestão que flexibilizassem e descentralizassem o poder público por meio da administração indireta, instrumentos esses que foram incorporados ao Decreto-Lei n. 200, de

1967. Pereira (1998, p. 11) ressalta que, muito embora o decreto possa ser considerado uma primeira tentativa de reforma gerencial na administração pública brasileira, resultou, no entanto, em algumas consequências indesejáveis, especialmente porque, ao flexibilizar instrumentos administrativos, permitiu a sobrevivência de práticas patrimonialistas na gestão pública. Lima Júnior (1998, p. 14) argumenta que a flexibilização trazida por aquela norma permitiu a utilização do aparelho estatal, renunciando à impessoalidade, principalmente na estrutura da administração indireta, que “passou a ser utilizada como fonte de recrutamento, prescindindo-se, em geral, do concurso público”.

A consequência dessa tentativa de flexibilização da Administração Pública realizada pelo governo militar foi, quando do retorno à democracia, a elaboração de uma Constituição repleta de garantias e instrumentos ainda mais rigorosos, com vistas a garantir o patrimônio público.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 deu à Administração Pública e aos serviços públicos ampla regulamentação e enrijeceu os moldes da atuação estatal. Considerando-se que a carta constitucional foi elaborada como uma carta compromissária que, segundo Aragão (2009, p. 9), buscou conciliar os interesses públicos e privados às ideologias envolvidas em sua concepção, não poderiam os serviços públicos escapar a essa lógica.

Pereira (1998, p. 8) comenta o modo como a crise do modelo burocrático, percebida ainda no regime militar, e as tentativas subsequentes de flexibilizar a máquina estatal resultaram na elaboração de uma Constituição mais rígida que viria, mais tarde, a causar inchaço na máquina pública e resultar em um serviço público, segundo o autor, de baixa qualidade:

A crise do modelo burocrático de administração pública, que foi introduzido no País nos anos 30, no governo Vargas, começou ainda no regime militar, devido a sua incapacidade de extirpar as práticas patrimonialistas ou clientelistas da administração. [...] Ao invés de consolidar uma burocracia profissional no País, através da redefinição das carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, o regime militar preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores através das empresas estatais. [...] A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se salta para o extremo oposto e a administração pública brasileira passa a sofrer do mal oposto: o enrijecimento burocrático extremo. As consequências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, serão o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira. (PEREIRA, 1998, p. 8).

Indispensável reconhecer que, se por um lado a Constituição aspirou ao bem-estar da população brasileira e, como consequência, impôs ao governo adoção de políticas públicas e pró-atividade na prestação de serviços públicos, por outro, esses mesmos encargos representaram maior dispêndio para as contas públicas, que motivaria, antes mesmo que a Constituição completasse a primeira década, a propositura de mudanças na Administração Pública brasileira, representadas pela Reforma do Aparelho do Estado, também conhecida como Reforma Gerencial do Estado.

Por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), de 1995, objetivou-se substituir a administração burocrática pela administração pública gerencial, “para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania” (BRASIL, 1995, p. 12). Para atingir essa finalidade, essa nova forma de gerir a Administração Pública precisaria implementar algumas mudanças na organização do aparelho estatal. As principais modificações intentadas pelo Plano foram:

[...] (1) a descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal; (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos procedimentos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida. (PEREIRA, 1996, p. 11-12).

Com esse desígnio, foram identificados no PDRAE quatro setores principais componentes do Aparelho do Estado, cada um com características próprias no que tange à prioridade e aos princípios administrativos aplicáveis:

- a) Núcleo Estratégico: corresponde ao governo em sentido *lato*, como setor responsável pela definição de leis e políticas públicas, isto é, pelas decisões estratégicas;
- b) Atividades Exclusivas: tratam dos serviços que somente o Estado pode realizar – poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar;
- c) Serviços Não Exclusivos: são aqueles que podem ser exercidos pelo Estado ou por entidades privadas, e cujo exercício pelo Estado decorre da relação com direitos humanos fundamentais, como educação e saúde; e

d) Produção de Bens e Serviços para o Mercado: pertinente às atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado.

A partir dessa distinção entre os setores que compõem a estrutura estatal, definiu-se em quais deles deveria haver atuação prioritária pelo Estado. Pelas características do Núcleo Estratégico e das Atividades Exclusivas, somente poderiam as atividades serem de propriedade estatal. Para o setor de Produção de Bens e Serviços para o Mercado, a regra é a propriedade privada, enquanto no setor de Serviços Não-Exclusivo, entendeu-se que a propriedade ideal seria a pública não-estatal:

[...] não é a propriedade estatal porque aí não se exerce o poder de Estado. Não é, por outro lado, a propriedade privada, porque se trata de um tipo de serviço por definição subsidiado. A propriedade pública não-estatal torna mais fácil e direto o controle social, através da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos envolvidos, ao mesmo tempo que favorece a parceria entre sociedade e Estado. As organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado. (BRASIL, 1995, p. 43).

Os termos propostos para a reforma deixam clara, assim, a opção do Estado de manter sob sua responsabilidade as atividades estratégicas e aquelas em que sua atuação é essencial, repassando ao setor privado as atividades que melhor se regulam pelas regras do mercado competitivo. “Em outras palavras, o Estado brasileiro optou por prestigiar a atuação de empresas privadas na condução de atividades antes reservadas ao Poder Público, reservando a si a tarefa, considerada estratégica, de regular normativamente tais atividades” (AGUILLAR, 2011, p. 23).

A partir das bases instituídas pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a Administração Pública brasileira passou por ampla transformação. Diversas empresas estatais foram privatizadas e o setor público buscou participar dos serviços não exclusivos mais como órgão de fomento do que como prestador direto.

Nesse contexto, Di Pietro (2015b, p. 31) comenta:

Daí o instituto da privatização, considerado em seu sentido amplo, para designar todos os instrumentos de que o Estado se serve para reduzir o tamanho de seu aparelhamento administrativo; [...] daí a delegação de serviços públicos aos particulares, pelos institutos da

autorização, permissão, concessão de serviços públicos e parcerias públicos privadas; daí também a parceria com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos ou serviços de utilidade pública, por meio de convênios, consórcios e contratos de gestão; daí também o instituto da terceirização para buscar a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades-meios da Administração.

Embora a Reforma Gerencial do Estado não tenha tido sucesso na sua implantação integral, foi nesse momento histórico brasileiro que, entre outras modificações, foi ampliado o sistema de parceria com entidades privadas para prestação de serviços públicos, com a criação de novos institutos legais destinados a essa finalidade.

Entre os instrumentos criados, destacam-se aqueles voltados à delegação dos serviços públicos a entidades sem fins lucrativos, objeto deste trabalho. Ressalta-se que a participação dessas entidades na prestação de serviços públicos se deu principalmente nas atividades classificadas, segundo o PDRAE, como Serviços Não Exclusivos.

3 DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS A ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

As diversas transformações das necessidades de serviços públicos ao longo da história exigiram que o Estado contemporâneo criasse formas de organização para desenvolvimento de suas atividades. Por conta disso, embora, em tese, a prestação do serviço público se trate de responsabilidade do Estado, existe possibilidade, em algumas situações, da transferência da execução desses serviços a particulares.

Carvalho Filho (2016, p. 365) elucida que a delegação de serviços públicos se refere à forma de execução indireta desses serviços, transferidos a particulares que atuarão em colaboração com o Estado. A própria Constituição Federal, no seu artigo 175, prevê essa circunstância ao dispor sobre a possibilidade de prestação indireta de serviços públicos.

Note-se que, para alguns doutrinadores, a delegação de serviço público ocorre, em regra, com a concessão, a permissão e a autorização. Destaca-se, no entanto, que será adotado, para este trabalho, o sentido genérico do termo delegação, de modo a compreender também outras importantes espécies de prestação de serviços públicos por particulares, assemelhadas a prestações ter-

ceirizadas de serviços, nos mesmos moldes adotados por Carvalho Filho (2016, p. 365-366).

Deste modo, tem-se que a atuação das entidades sem fins lucrativos a que se refere este artigo, as quais atuam ao lado do Estado para desenvolvimento de atividade de interesse público e com ele mantêm algum vínculo jurídico, integra-se ao conceito de delegação.

Entidades sem fins lucrativos, nos termos do art. 12, § 3º da Lei n. 9.532, de 1997 (BRASIL, 1997), com redação dada pela Lei n. 9.718, de 1998, são aquelas que não apresentam superávit em suas contas ou, caso o apresentem em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais. Essas entidades não são tratadas de modo unânime pela doutrina, que as designa por termos variados, como organizações não governamentais (ONGs), organizações da sociedade civil ou outros. Integram o que se conhece como terceiro setor, composto por organizações da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos.

Em termo de direito brasileiro, essas organizações são constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, geralmente sob a forma de associações ou fundações, e têm como objetivo atender a alguma demanda social. Por atuarem em áreas de interesse público, muitas vezes recebem atenção especial por parte do Estado ou mesmo auxílio financeiro.

Por ser o terceiro setor composto por entidades privadas, não há razão que justifique que sejam elas inteiramente regidas pelo direito público. Não obstante, quando recebem recursos públicos em decorrência de acordo firmado com a Administração, também não cabe aplicação exclusiva das normas aplicáveis ao setor privado, haja vista as especificidades do interesse envolvido. É nesse contexto que o regime jurídico de direito público derrogará parcialmente as normas de direito privado.

Acerca das interferências das normas de direito público nas atividades das entidades sem fins lucrativos, Di Pietro (2015a, p. 604-605) expõe que:

não é possível dizer, de forma genérica, em que medida se dá essa derrogação, tendo em vista que cada modalidade está disciplinada por legislação específica; em consequência, é nessa legislação, fundamentalmente, que se encontram as derrogações, muitas vezes consistindo na exigência de procedimentos simplificados para seleção de pessoal e contratação com terceiros, ou apenas dizendo respeito a algum tipo de controle. Em alguns casos, o legislador privilegiou o direito privado, impondo pouquíssimas normas de direito

público, como ocorre em relação às entidades declaradas de utilidade pública; em outros casos, existem maiores exigências quanto à outorga do título, quanto aos requisitos para formação de vínculo com o Estado e quanto à prestação de contas, como ocorre em relação às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público.

Percebe-se, portanto, que, de acordo com o instrumento de colaboração a ser utilizado, as regras do Direito Administrativo incidirão em menor ou maior grau na atuação das entidades do terceiro setor.

No sentido amplificado de delegação de serviços públicos adotado neste estudo, serão abordados apenas aqueles instrumentos usualmente celebrados com entidades sem fins lucrativos que permitem que essas instituições prestem serviços públicos, os quais seriam de encargo, originalmente, do Estado. Destaca-se, ainda, que nem todos os instrumentos aqui comentados foram concebidos no contexto da reforma gerencial do Estado, já que alguns deles foram criados recentemente. Ademais, não há intento de esgotar aqui todos os instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos possivelmente existentes, mas tão somente citar aqueles que estão em constante debate, de modo que se possa conhecer suas principais características e finalidades.

3.1 CONVÊNIOS

Os convênios são instrumentos usualmente adotados na Administração Pública para buscar, em comunhão de esforços, resultados de interesse comum dos participantes. Segundo Di Pietro (2015b), podem ser utilizados pelo Poder Público para associar-se tanto com outras entidades públicas quanto com entidades privadas.

É comum que se dê aos convênios, quando firmados, outras designações, como Termo de Cooperação, Acordo de Colaboração, entre outros. Em geral, essas expressões não correspondem a um instituto específico do Direito Administrativo, ressalvados os Termos de Parceria e, mais recentemente, os Termos de Colaboração e de Fomento, instrumentos que serão analisados mais adiante. Em concordância com Carvalho Filho (2016, p. 373), mais importante que a denominação, porém, é o conteúdo, que se caracteriza pelo intuito de recíproca cooperação.

Não há legislação específica que preveja esse tipo de instituto, mas a Lei n. 8.666/1993, que institui normas de licitações e contratos da Administração

Pública, dispõe, em seu art. 116, que “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração” (BRASIL, 1993).

Apesar de o dispositivo estar incluído na norma que trata de contratos administrativos, o convênio não pode ser considerado como seu sinônimo. Na obra de Meirelles (2010, p. 432-433), fica clara a distinção entre os dois instrumentos:

Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.

O autor enuncia ainda que essa igualdade jurídica dos signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles permite que qualquer deles denuncie e retire sua cooperação quando assim desejar, respondendo apenas pelas obrigações do tempo em que participou voluntariamente do acordo (MEIRELLES, 2010, p. 433).

Também em decorrência da natureza do convênio, a doutrina entende que sua celebração, em regra, prescinde de prévia licitação. Isso porque, diferente do que ocorre nos contratos, a Lei n. 8.666/1993 somente se aplica aos convênios no que couber. Carvalho Filho (2016, p. 371) registra que dificilmente se caracterizará a competitividade na celebração do acordo, pois no verdadeiro convênio não ocorre projeção de lucro e os recursos empregados são voltados a cobrir os custos da operacionalização do acordo, de forma que se torna inviável a realização de licitação.

A celebração de convênio, nos termos da Lei n 8.666/1993 (art. 116, §1º), será precedida da aprovação de plano de trabalho formulado pela organização interessada, que deverá explicitar informações mínimas, como a identificação do objeto a ser executado, as metas a serem atingidas, as etapas ou fases de execução, o plano de aplicação dos recursos financeiros, o cronograma de desembolso e a previsão de início e fim da execução do objeto.

No que trata dos repasses de verba, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 116, §3º) conjectura situações em que as parcelas do convênio ficarão retidas em decorrência de impropriedades, até que estas tenham sido sanadas. Entre essas impropriedades, podem ser citadas possível inconsistência da comprovação da regular aplicação de parcela anteriormente recebida, desvio de finalidade na aplicação de recursos, atrasos injustificados na execução do convênio, entre outras.

Além de estar obrigado a prestar contas ao ente repassador da verba, nos termos do art. 116, § 5º da Lei 8.666/1993, o executor do convênio se sujeitará também à fiscalização pelo Tribunal de Contas, por se enquadrar no previsto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, como administrador de dinheiro público.

Destaca-se, todavia, que, com a recente entrada em vigor da Lei n. 13.019/2014, sobre a qual se discutirá com mais detalhes adiante, parte do que aqui foi exposto deixou de ser aplicável aos acertos entre o Poder Público e entidades sem fins lucrativos. Isso porque a mencionada Lei estabeleceu, em seu art. 84, que as parcerias entre as instituições públicas e as privadas sem fins lucrativos deverão ser estabelecidas mediante Termos de Colaboração e Termos de Fomento, permanecendo regidos pelo art. 116 da Lei n. 8.666/1993 somente os convênios entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculados e aqueles celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que participam do sistema único de saúde de forma complementar, nos termos previstos no art. 199, §1º da Constituição Federal.

3.2 CONTRATOS DE GESTÃO

A figura do contrato de gestão, no âmbito da reforma do aparelho do Estado, foi considerada elemento estratégico para as mudanças que se pretendiam implementar. Previsto por diferentes leis que lhe apresentam variados tratamentos, tem como finalidade básica “possibilitar à Administração Superior fixar metas e prazos e execução a serem cumpridos pela entidade privada ou pelo ente da Administração indireta, a fim de permitir melhor controle de resultados” (MEIRELLES, 2010, p. 273).

Foram duas as formas existentes de contrato de gestão idealizadas pela reforma gerencial. A primeira delas, prevista na Lei n. 9.637/1998 (BRASIL,

1998a), como instrumento de parceria entre Poder Público e organizações sociais para prestação de serviços não exclusivos do Estado, e a segunda como uma forma de concessão de maior autonomia às entidades da Administração Indireta qualificadas como Agências Executivas (art. 51, § 2º, da Lei n. 9.649/1998) (BRASIL, 1998b).

No tocante ao contrato de gestão com as Agências Executivas, mesmo que não se enquadre no escopo deste trabalho, vale comentar que se tornou um instrumento de pouca eficácia na realidade da Administração Pública brasileira que, regida pelo princípio da legalidade, ficou impossibilitada de estabelecer, meramente por meio de contrato, direitos não previstos em lei. Nesse sentido, a obra de Meirelles (2010, p. 274) salienta que “o contrato de gestão não é fonte de direitos. Ele é simplesmente um fato jurídico que permite a aplicação de determinados benefícios previstos em lei”.

Ao contrário, os contratos de gestão formalizados com as organizações sociais vêm ganhando força no país, adotados, nos mesmos moldes federais, também por estados e municípios.

Entende-se por contrato de gestão, para fins da Lei n. 9.637/1998 (BRASIL, 1998a), o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas de ensino, pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Esse instrumento, diferente da denominação que recebe, não se refere propriamente a um contrato, visto que não há interesses contrapostos. Na acepção de Carvalho Filho (2016, p. 375), assemelha-se mais, em razão de sua fisionomia e objeto, ao convênio, o qual possui maior compatibilidade com o regime de parceria a que se refere o contrato de gestão.

Por conta dessa natureza de cooperação intrínseca ao contrato de gestão, no que toca ao interesse público a ser perseguido, a lei prevê hipótese de dispensa de licitação, admitindo, em consequência, a contratação direta com a organização social. Com efeito, a Lei n. 9.648/1998, que alterou a lei de licitações e contratos, beneficiou as organizações sociais ao incluir o inciso XXIV em seu artigo 24, inserindo a celebração dos referidos contratos de gestão entre as hipóteses de dispensa.

Para que estejam habilitadas a firmar contratos de gestão com a Administração Pública, as entidades privadas sem fins lucrativos devem ser qualificadas como organizações sociais. Aragão (2013, p. 709) alega que essa qualificação não se trata de transformação ou criação de uma nova pessoa jurídica, pois as instituições não perdem sua natureza jurídica original de associações civis, fundações privadas etc., mas de um título concedido a determinadas entidades que atendam às exigências legais.

Meirelles (2010, p. 407-408) destaca que a qualificação de uma entidade como organização social é feita a título discricionário, isto é, cabe à autoridade da área de atividade correspondente ao seu objeto social analisar os critérios de conveniência e oportunidade para sua habilitação. Todavia, a Administração há de justificar devidamente o porquê da outorga, ou não, do título, já que “todo e qualquer ato administrativo deve ser motivado, principalmente aqueles resultantes do poder discricionário, pois são precisamente estes que precisam estar embasados na clara demonstração do interesse público que os fundamenta”.

A discricionariedade para conferir a comentada qualificação, todavia, esbarra em requisitos legais, previstos no artigo 2º da Lei n. 9.637/1998, que exigem a comprovação do registro de ato constitutivo da entidade, o qual deve dispor obrigatoriamente sobre determinadas matérias, entre as quais podem ser citadas a natureza social de seus objetivos e a finalidade não lucrativa, a previsão de órgãos de deliberação com representação do Poder Público e membros da comunidade, a obrigatoriedade de publicação anual de relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão, entre outros.

Cumpridos todos os requisitos, dá-se ocasião à celebração do contrato de gestão, que “servirá de instrumento para estabelecer-se um vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública” (DI PIETRO, 2015b, p. 279). Nele são especificados o programa de trabalho a ser desenvolvido pela organização social, as metas a serem atingidas, os prazos de execução, bem como os critérios de avaliação de desempenho a serem utilizados. Estabelecer-se-á, ainda, os limites e critérios para despesas com remunerações e vantagens a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das entidades qualificadas como organizações sociais (art. 7º). Como contrapartida, o Poder Público auxilia a execução dessas atividades, seja pela destinação de recursos orçamentários (art. 12), bens públicos, incluindo imóveis (art. 13), ou pela cessão de servidor público, com ônus para o Estado (art. 14).

Mello (2012, p. 243) assim resume o contrato de gestão:

Uma vez qualificada como “organização social” e tendo travado contrato de gestão – que será “elaborado de comum acordo” entre o Poder Público e a entidade privada e discriminará as respectivas atribuições, responsabilidades e obrigações (art. 6º) –, a pessoa estará, nesta conformidade, apta a receber bens públicos em permissão e sem licitação prévia (art. 12, § 3º), não havendo restrição alguma a que se trate também de bens imóveis, ser beneficiária de recursos orçamentários (art. 12) e de servidores públicos que lhe serão cedidos a expensas do erário público (art. 14)! Caberá ao Poder Público fiscalizar o cumprimento do programa de trabalho proposto no contrato, com suas metas e prazos de execução verificados segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade (art. 7º, I, c/c art. 8º).

Diante da permissão legal de serem destinados às organizações sociais recursos financeiros e bens pertencentes ao patrimônio público, a mesma lei também exige que sejam fiscalizadas, pela Administração Pública, as atividades pertinentes ao contrato de gestão, pela análise de prestações de contas e relatórios comparativos de metas e resultados expedidos pela entidade (art. 8º, §1º da Lei n. 9.637/1998), bem como acompanhamento periódico pela comissão de avaliação que, ao tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, deve comunicar ao Tribunal de Contas e também, quando assim exigir a gravidade dos fatos, ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União.

A Lei n. 9.637/1998 prescreve ainda que, se for constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, pode a Administração Pública, mediante prévio processo administrativo que assegure ampla defesa, desqualificar a entidade como organização social. Frisa-se que, quando da sua elaboração, a referida lei teve como objetivo não apenas autorizar a celebração de contratos de gestão com organizações sociais, para fomentar entidades da sociedade civil existentes, em paralelo à atuação estatal já em execução, mas estabeleceu também o Programa Nacional de Publicização, que se referia, na verdade, à extinção de órgãos ou entidades públicas e à consequente absorção de suas atividades pelas organizações sociais.

Esses e outros aspectos suscitaram inúmeras controvérsias acerca da constitucionalidade da norma, desde a necessidade de licitação para celebração do instrumento, a possibilidade de transferência de atividades estatais para entidades do terceiro setor, até, como lembra Medauar (2015, p. 120), a obrigatoriedade de prestação de contas aos Tribunais de Contas.

Algumas dessas controvérsias tornaram-se objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923, proposta, em 1998, pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista. O julgamento da ação, sucedido somente em 2015, considerou-a procedente em parte, para conformar sua interpretação à Constituição Federal, para que sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, por parte da Administração Pública, o procedimento de qualificação das organizações sociais, a celebração do contrato de gestão e a dispensa de licitação para contratações nos termos do art. 24, XXIV da Lei n. 8666/1993 e, por parte das organizações sociais, a celebração de contratos com terceiros quando realizados com recursos públicos e sua seleção de pessoal, afastada qualquer interpretação que restrinja o controle pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas.

Dessa feita, apesar das inúmeras críticas dos doutrinadores brasileiros à composição do instrumento, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade da lei que o instituiu e autorizou, por conseguinte, a utilização do contrato de gestão pelos órgãos públicos, desde que sua celebração tenha por consideração os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

3.3 TERMOS DE PARCERIA

De modo semelhante ao contrato de gestão, cuida-se o termo de parceria de um instrumento específico, criado pela Lei n. 9.790/1999 (BRASIL, 1999), passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), com vistas à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para fomento e execução de atividades de interesse público.

Também em semelhança àquele instrumento, o termo de parceria não se insere nos contratos propriamente ditos, porque não existe entre os órgãos signatários interesses contraditórios, mas convergentes (CARVALHO FILHO, 2016, p. 379). O instrumento só pode ser firmado com as chamadas OSCIPs, qualificação concedida às entidades sem fins lucrativos pelo poder público.

A qualificação como OSCIP somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos

uma das finalidades previstas no art. 3º da Lei n. 9.790/1999, como a promoção da assistência social, da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico, a promoção gratuita da educação ou da saúde, segurança alimentar e nutricional, proteção do meio ambiente, estudos, pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, entre outras estabelecidas naquele diploma legal. Segundo a nova redação dada ao art. 1º pela Lei n. 13.019/2014, as OSCIP devem também ter sido constituídas e encontrarem-se em funcionamento regular há, no mínimo, três anos.

Além disso, exige-se que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos, que devem expressar, obrigatoriamente, formalidades que visem garantir a boa gestão dos recursos públicos, impeçam aferição de vantagens pessoais em decorrência da participação do processo decisório da entidade, prevejam constituição de conselho fiscal que possa opinar sobre operações financeiras e contábeis e que, também, institua que remuneração para dirigentes e prestadores de serviço respeitem os valores praticados no mercado, bem como outras ferramentas previstas no art. 4º da Lei n. 9.790/1999. Algumas categorias de pessoas jurídicas estão impedidas de se qualificar como OSCIP, por força do previsto no art. 2º da lei, como é o caso das sociedades comerciais, entidades sindicais, entre outras.

Diferente do que se dá no caso das organizações sociais, a outorga da qualificação de OSCIP é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos (art. 1º, § 2º). O termo de parceria, firmado de comum acordo, discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias e terá como cláusulas essenciais a do objeto, com a especificação do programa de trabalho, a de estipulação de metas e resultados a serem atingidos, bem como prazos de execução, a previsão de receitas e despesas para seu cumprimento, o detalhamento da remuneração de pessoal a ser paga com recursos provenientes da parceria, entre outras (art. 10).

Também, nos termos do art. 14 da Lei das OSCIPs (BRASIL, 1999), a organização parceira deve publicar, no prazo máximo de trinta dias da data de assinatura do termo, regulamento próprio que contenha os procedimentos a serem adotados para contratação de obras e serviços e para compras quando forem empregados os recursos provenientes do Poder Público.

A execução do termo de parceria será ainda acompanhada por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre órgão parceiro e OSCIP. Caso a

comissão tome conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública, deve dar imediata ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária (arts. 11 e 12 da Lei n. 9.790/1999).

Diante de tais características, percebem-se inúmeras semelhanças entre os termos de parceria e os contratos de gestão sobre os quais se discutiu no tópico anterior. Carvalho Filho (2016, p. 380) aponta que o núcleo central de ambos os instrumentos é a parceria entre o Estado e a entidade privada na busca de objetivos de interesses comum e benéficos à coletividade e que os dois retratam novas formas de prestação de serviços públicos, mas, logicamente, existem pontos específicos que distinguem seus regimes. Um deles é a participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade, uma vez que ela é exigida nos Conselhos de Administração das organizações sociais, enquanto nos termos de parceria não é feita essa imposição.

Alguns autores, como é o caso de Queiroz (2011, p. 57), entendem o termo de parceria como um aperfeiçoamento do modelo dos contratos de gestão, pelos requisitos mais rígidos estabelecidos pela lei, pela ampliação do controle social das entidades (art. 11, § 3º da Lei 9.790/1999) e pelo fato de que, no caso de extinção da OSCIP, fica obrigada a transferir seu patrimônio para entidade similar.

3.4 TERMOS DE COLABORAÇÃO, TERMOS DE FOMENTO E ACORDOS DE COOPERAÇÃO

Conhecida como “Marco Regulatório do Terceiro Setor”, a Lei n. 13.019/2014 (BRASIL, 2014) estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação. As entidades, designadas genericamente na lei como “organizações da sociedade civil”, são aquelas integrantes do terceiro setor que a lei especifica como sendo as entidades privadas sem fins lucrativos, as sociedades cooperativas sociais e as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou projetos de interesse público que não sejam destinados a fins exclusivamente religiosos.

O texto original da lei em análise alcançava todas as entidades do terceiro setor que fizessem parceria com o poder público, mesmo as OSCIPs, as fundações de apoio, os serviços sociais autônomos, entre outras. Tratava-se de um leque bastante abrangente, que submetia, mesmo que subsidiariamente, parte dos instrumentos de parceria já existentes aos preceitos da Lei n. 13.019/2014. No entanto, antes mesmo de sua entrada em vigor, a Lei n. 13.204/2015 fez modificações significativas em seu texto, e incluiu no artigo 3º novas hipóteses em que o marco regulatório deixa de ser aplicado, incluídas entre elas os contratos de gestão e os termos de parceria.

Do mesmo modo, não se aplicam às parcerias regidas pela Lei n. 13.019/2014 os convênios entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculados e aqueles celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que participam do sistema único de saúde de forma complementar, nos termos previstos no art. 199, §1º da Constituição Federal (art. 84), que continuarão a ser regidos pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/1993.

Percebe-se que, como regra, os institutos previstos na Lei n. 13.019/2014 aplicam-se basicamente às parcerias que antes eram celebradas pela administração pública na forma de convênios e que não mais se emolduram no artigo 116 da Lei n. 8.666/1993.

Os instrumentos de parceria disciplinados pela lei são o termo de colaboração, o termo de fomento e o acordo de cooperação. *Termo de colaboração* é o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública, envolvendo a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VII). O *termo de fomento*, de modo semelhante, é o instrumento de formalização de parcerias propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VIII). Os *acordos de cooperação* são os instrumentos de formalização de parcerias que não envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VIII-A).

Em qualquer caso, para que sejam firmadas as parcerias, deve ser realizado o procedimento de chamamento público, destinado a selecionar organização da sociedade civil, com observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade

administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros princípios que lhes são correlatos. A celebração dos instrumentos só não será precedida de chamamento público nas hipóteses previstas na própria lei (art. 24), que inclui, por exemplo, hipóteses de dispensa (art. 30) e inexigibilidade (art. 31) do chamamento.

Outros requisitos exigidos para celebração de termo de colaboração ou termo de convênio, previstos no artigo 33, V, é que a entidade deve possuir um período mínimo de existência, com cadastro ativo, ter experiência prévia na atividade objeto da parceria e possuir instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para desenvolvimento dessas atividades.

A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da aprovação, pela Administração, do plano de trabalho a ser executado pela organização da sociedade civil (art. 35, IV), o que servirá de parâmetro para pesquisa de satisfação dos beneficiários (art. 58, §2º) e justificará a aplicação de sanções à organização da sociedade civil que executar a parceria em desacordo com o plano (art. 73).

Os artigos 39, 40 e 41 da Lei n. 13.019/2014 tratam das vedações na celebração de parcerias. Di Pietro (2015b, p. 642) afirma que no art. 39 são estabelecidas vedações que correspondem ao impedimento da organização da sociedade civil que, em nome da eficiência e da razoabilidade, devem ser verificados durante o chamamento público. Ficou proibida também a celebração de parcerias relacionadas à delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado (art. 40).

É vedado, ainda, utilizar recursos da parceria para finalidade alheia ao seu objeto e para pagamento, a qualquer título, de servidor ou empregado público, salvo nas hipóteses previstas em lei específica ou na lei de diretrizes orçamentárias (art. 45). Se verificadas impropriedades na aplicação dos recursos, as parcelas poderão ficar retidas até que as irregularidades sejam sanadas (art. 48).

O texto legal se volta para a transparência (arts. 10 a 12) e para a participação social (arts. 13 a 15), ao prever, por exemplo, que a prestação de contas e todos os atos que dela decorram sejam disponibilizadas em plataforma eletrônica que permita a visualização por qualquer interessado (art. 65), assim como ao estabelecer o Procedimento de Manifestação de Interesse Social, por meio do

qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos podem apresentar projetos de atividades a serem prestadas em parceria com o Poder Público que, se for aceito, dará origem a chamamento público para selecionar a entidade mais apta a executá-lo.

Sobre a lei em comento, Medauar (2015, p. 124) sustenta que “se revela excessivamente minuciosa, burocratizando em alto grau os vínculos entre a Administração e as entidades privadas sem fins lucrativos, em linha oposta a inúmeros ordenamentos ocidentais, cuja linha está na simplificação administrativa”. A opinião do autor não é compartilhada por outros estudiosos que, em certa conta, viram a normatização dos instrumentos a serem celebrados com organizações da sociedade civil como uma importante disciplina jurídica sobre matéria que até então carecia de regulamentação, especialmente se considerado que a falta de requisitos mais severos oportunizou abusos na utilização desses instrumentos.

Nesse sentido se manifesta Di Pietro (2015b, p. 310), ao defender que “a Lei n. 13.019/2014 adotou uma série de medidas que, se devidamente monitoradas pelos órgãos de controle, podem contribuir para moralizar as parcerias com as entidades do terceiro setor e corrigir abusos que atualmente se verificam”. Oliveira (2015, p. 348) esclarece:

Em verdade, o novo marco regulatório incorpora, em grande medida, as exigências e recomendações, apresentadas pela doutrina e jurisprudência, inclusive dos Tribunais de Contas, para parcerias entre as Administrações Públicas federal, estaduais, distritais e municipais, de um lado, e as OSCs, de outro lado, com o objetivo de implementar a Administração Pública consensual e de resultados.

Por ser bastante recente, pelo menos no que se refere à sua entrada em vigor, a Lei n. 13.019/2014 ainda está na fase inicial para demonstrar sua aplicabilidade prática. Não obstante, ao estabelecer critérios definidos e menos discriminatórios para estabelecimento de parcerias entre o setor público e as entidades sem fins lucrativos, bem como ferramentas para acompanhamento e penalização da execução das atividades realizadas pelas organizações do terceiro setor, tem sido vista pela maioria dos administrativistas como uma norma que busca moralização dessa forma de aplicação dos recursos orçamentários e de prestação de serviços públicos.

4 PROBLEMAS REMANESCENTES DOS INSTRUMENTOS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS A ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

A participação das entidades sem fins lucrativos na prestação de serviços públicos é hoje uma realidade na Administração Pública brasileira. Independente da qualificação que recebem e do instrumento que delega a essas entidades a prestação dos serviços, verifica-se nítido crescimento dessa forma de parceria, em qualquer unidade da Federação.

Segundo pesquisa divulgada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2012, p. 9), acerca da transferência de recursos federais para entidades sem fins lucrativos, é comum ocorrer forte variação anual na destinação de recursos a essas organizações, para mais ou para menos, mas, em longo prazo, marca-se uma tendência crescente dos valores repassados. A título de visualizar esse crescimento, vale conhecer alguns dos valores repassados a essas entidades pela União. Em 2010, segundo a pesquisa, a transferência de valores alcançou o montante de pouco mais de R\$ 4 bilhões (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2012, p. 10). Já em 2015, dados do Portal da Transparência do Governo Federal demonstram que o valor total transferido foi superior a R\$ 8 bilhões.

Não obstante, a utilização desses instrumentos de vínculo entre Estado e organizações da sociedade civil para prestação de serviços públicos tem sido efetuada muitas vezes de forma equivocada, seja pelo desvio de sua finalidade, seja pelas irregularidades na aplicação dos recursos públicos. Lamentavelmente, tem sido comum, nos últimos anos, notícias sobre supostos desvios nos recursos repassados, como a que deu origem, em 2007, à CPI das ONGs no Congresso Nacional, que tornou público o esquema de desvio de verbas do Programa “Segundo Tempo”, do Ministério do Esporte, em 2011 (D’AGOSTINO, 2011), entre outras veiculadas rotineiramente na imprensa nacional.

Não se pode conjecturar que, em qualquer caso de repasse de recursos públicos a entidades sem fins lucrativos, indiscriminadamente, ocorrerá algum tipo de desvio. Distintamente, destaca-se que muitas dessas entidades realizam seu trabalho de maneira séria e proba.

É preciso reconhecer, porém, que a forma como alguns desses instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos foi conce-

bida e mesmo os motivos que embasaram sua criação, compreendendo falhas significativas que acabam por contribuir pela sua má utilização, se este for o intuito do gestor público.

Pretende-se, nesse contexto, apontar e debater, nos próximos tópicos, algumas dessas falhas, não como uma forma de objetar completamente a utilização dos mencionados instrumentos, mesmo porque, considerando-se a tendência de crescimento da celebração de parcerias entre Administração Pública e entidades sem fins lucrativos, seria fantasioso falar na extinção desses instrumentos. Nada impede, todavia, que suas falhas sejam conhecidas, de modo que eles possam ser constantemente repensados e aprimorados.

4.1 DEBILIDADE DAS JUSTIFICATIVAS DA REFORMA GERENCIAL DO ESTADO NO BRASIL

As primeiras falhas que podem ser apontadas na concepção dos instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos são imputadas às próprias justificativas que deram origem à Reforma Gerencial do Estado.

Nesse tocante, a primeira observação a ser feita é o tratamento dispensado à Constituição pelos reformistas e à interpretação dada, nos termos da reforma gerencial, aos dispositivos que buscavam assegurar direitos aos cidadãos e dificultar a ingerência da máquina estatal. Não há dúvidas de que a carta constitucional previu uma infinidade de atividades que deveriam ser desenvolvidas pelo Estado, exigindo da Administração muito mais do que se dispunha a realizar até sua promulgação, assim como o enrijecimento administrativo que visava assegurar a adequada utilização dos recursos públicos.

Violin (2006, p. 58-59) chama a atenção para o fato de que, ao contrário do que foi alegado pelos gerencialistas, a Constituição de 1988 defendia a prestação de um serviço público de qualidade, livre do patrimonialismo vigente no Estado brasileiro:

Os vícios da Administração Pública brasileira não são advindos do modelo burocrático, como defendem os gerencialistas, pois a não efetivação dos ideais de Max Weber é que mantém o clientelismo, fisiologismo e nepotismo. [...] A fuga aos ideais burocráticos e a aplicação do gerencialismo fez com que a Administração Pública brasileira perdesse seus melhores quadros, desestruturando-a, diminuiu os recursos financeiros na prestação direta dos serviços sociais, tra-

zendo equivocadamente para a esfera pública ideais de competição, individualismo e o fim das utopias, com um retorno claro ao patrimonialismo. (VIOLIN, 2006, p. 58-59).

Fez-se conveniente, aliás, se analisado do ponto de vista dos gestores públicos que pretendiam implantar uma reforma do aparelho do Estado no Brasil, que o discurso adotado no PDRAE fosse determinista a ponto de persuadir de que não havia outra resposta à situação vivenciada no país a não ser reduzir o tamanho do Estado e repassar atividades estatais ao setor privado, como único modo de equilibrar as contas públicas. As justificativas utilizadas para fundamentar esse discurso, no entanto, demonstram-se privadas de solidez e não conseguem se sustentar frente aos três aspectos simples sobre as circunstâncias políticas nas quais o PDRAE foi elaborado.

O primeiro deles deriva do argumento de crise do Estado de bem-estar social. Em verdade, nunca se firmou no Brasil esse modelo de Estado que, muito embora tenha sido idealizado pelo constituinte originário, não perdurou por tempo suficiente para que pudesse ser implementado na realidade brasileira. Em 1995, quando o PDRAE foi lançado, muitos serviços públicos não tinham sequer sido devidamente estabelecidos e dificilmente significariam um inchaço tão grande da máquina estatal a ponto de denotar uma crise.

Nesse sentido, Violin (2006, p. 20) argumenta que a adoção da ideia da crise do “Estado-Providência” se torna inadequada sem que se tenha usufruído verdadeiramente dele. Ademais, segundo o autor, se realmente havia crise fiscal do Estado, estaria mais relacionada ao uso político e econômico do capital de forma ineficiente e circunscrita em corrupção, de tal maneira que não seria o gerencialismo a apresentar solução para esses problemas (VIOLIN, 2006, p. 57).

Como segundo contraponto às justificativas do PDRAE, pode-se citar o contraditório argumento de que não se poderia manter, às expensas dos cofres públicos, a prestação de serviços públicos pelo Estado. Ao transferir os serviços públicos a entidades sem fins lucrativos, não obrigatoriamente deixará o Estado de arcar com custos do serviço público. Violin (2006, p. 29) considera que, em regra, as parcerias incluem o repasse de recursos financeiros às entidades privadas, de modo que os custos se mantêm, ainda que sejam outras pessoas a prestá-los. A manutenção dos dispêndios se dá especialmente naqueles serviços que a Constituição descreve como *dever* do Estado, como saúde e educação.

A esse respeito, cita-se, como exemplo, no Estado de Santa Catarina, a transferência da gestão do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU para organização social em 2012. De acordo com levantamento da Comissão de Saúde na Assembleia Legislativa do Estado (MELO, 2015), o Executivo gastava cerca de R\$ 3 milhões de reais por mês com a prestação direta do serviço, antes da transferência. Em 2016, o repasse mensal à SPDM ultrapassava R\$ 9 milhões, sem que tenha ocorrido qualquer melhoramento na prestação dos serviços (ASSOCIAÇÃO PAULISTA..., 2016). No caso em tela, ao contrário de desoneração, o Estado arcava com custos superiores aos da prestação direta do serviço.

O terceiro argumento a ser rebatido é a ideia reformista de que a aproximação do serviço público com o setor privado traria maior eficiência e qualidade ao desenvolvimento das atividades prestadas ao cidadão. Essa afirmação não é necessariamente verdadeira, visto que entidades estatais regidas em conformidade com os preceitos constitucionais podem exercer de maneira bastante eficiente e eficaz os serviços dos quais são encarregadas, como é o caso das universidades federais, que são referências na produção de conhecimento acadêmico, inclusive em situação de superioridade a grande parte das entidades privadas.

Barbado (2003, p. 314) comenta que, na elaboração do plano diretor do PDRAE, que adotou a premissa irrefutável de que o aparato estatal é ineficiente por natureza, haveria contaminação da ideologia do governo por “um fetichismo de mercado, ao associar a ineficiência a toda e qualquer organização estatal, e atribuir eficiência, dinâmica e modernidade às lógicas de organização do setor privado”, mesmo porque, em nenhum momento, cogitou-se o aprimoramento da prestação de serviços pelo próprio Estado.

Leva-se a crer, portanto, que os motivos que levaram à proposição da reforma gerencial do Estado não são aqueles expostos no PDRAE, ou que pelo menos não são os únicos, haja vista a fragilidade dos argumentos utilizados.

4.2 DESCONSIDERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS PARA DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

É comum que as normas regulamentadoras dos instrumentos de delegação de serviços públicos prevejam quais tipos de entidade estão aptas a celebrá-los, previsões que se relacionam, geralmente, com a forma de composição

da entidade e seu objeto social, sem se preocupar, contudo, com a qualificação técnica necessária para prestação dos serviços a serem delegados.

Por outro lado, algumas normativas determinam que as entidades signatárias devem comprovar sua capacidade técnica e gerencial, como é o caso do Decreto n. 6.170/2007 (BRASIL, 2007), que regulamenta as transferências de recursos mediante convênios no âmbito da União. No entanto, mesmo essas deixam de especificar a forma como se dará a comprovação da qualificação. Na maioria dos casos, o atendimento desse requisito se dá mediante simples apresentação de “Declaração de Capacidade Técnica e Gerencial”.

De forma semelhante se dão também os contratos de gestão e os termos de parceria. Rodrigues (2012, p. 169) discorre sobre a desconsideração da capacidade técnica das organizações sociais nos requisitos previstos pelo legislador para qualificação dessas entidades, já que o ato de qualificação está envolto por requisitos que não parecem garantir um efetivo controle das atividades desenvolvidas pelas entidades. Nesse sentido, pode-se expor o caso do “Conselho de Administração [...], cuja eficácia e utilidade são discutíveis, ao mesmo tempo em que se opta por dispensar a entidade candidata da necessidade de demonstração de qualquer habilitação técnica e econômico-financeira mais minuciosa”.

A inércia da Administração Pública em obter comprovação da capacidade das entidades sem fins lucrativos com quem pretende firmar parcerias pode culminar na irregular aplicação dos recursos públicos. Identificar com precedência a incapacidade técnica de determinada organização possibilita que os recursos venham a ser aplicados em atividades que de fato serão executadas e reverterão benefícios para a sociedade.

Destaca-se, por outro lado, que a Lei n. 13.019/2014, buscou aprimorar os instrumentos de parceria, ao determinar requisitos mínimos de qualificação dessas entidades ao exigir tempo mínimo de existência, experiência prévia comprovada no objeto da parceria, comprovação de instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para desenvolver as atividades previstas na parceria (art. 33, V). A mencionada lei também alterou o texto da Lei das OSCIPs (Lei n. 9.790/1999) e passou a exigir que, para qualificar-se, a entidade sem fins lucrativos precisa comprovar funcionamento regular há, no mínimo, três anos. Lembra-se, no entanto, que a referida norma não se aplica aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais.

4.3 PARCERIA COM O SETOR PRIVADO COMO FUGA AO REGIME JURÍDICO PÚBLICO

Embora tenham sido apresentadas justificativas para a reforma gerencial, a fragilidade de seus argumentos, como se viu, levou a doutrina administrativista a suspeitar da existência de outros motivos não explicitados, em que o principal seria o anseio pela fuga do regime jurídico de Direito Público. Sobre essa feição, Di Pietro (2015b, p. 329) comenta que, em decorrência do tratamento equivalente entre a Administração Direta e a Indireta dado pelo texto constitucional, “aliada à tradição brasileira de desprezo à legalidade, de nepotismo, de apadrinhamento, [...] levaram à procura de mecanismos de fuga ao regime jurídico administrativo”.

Barbado (2003, p. 319) considera que os defensores dessa nova administração pública nos moldes gerenciais pregam uma flexibilização, na verdade, do princípio da legalidade. Ao determinar que a ênfase maior passasse a ser nos resultados, nas metas e não nos procedimentos, impôs que matérias vitais como licitações, contratações de bens e serviços, bem como seleção e contratação dos servidores públicos, seguissem esses modelos mais flexíveis, em detrimento, muitas vezes, do legítimo interesse público.

De modo semelhante, Nascimento (2006, p. 253) comenta que, se por um lado, a administração gerencial promove flexibilização e autonomia, por outro, cria “uma região de fronteira entre público e privado, que pode se constituir em um ‘limbo’ perigoso”, pois permite procedimentos típicos da esfera privada, com a chancela do estado. Segundo o autor, “pode-se dizer que o gerencialismo não oferece garantias do ponto de vista da sustentação do interesse público” (NASCIMENTO, 2006, p. 253).

Essa suposta contrariedade da flexibilização da Administração ao real interesse público, segundo os autores mencionados, decorre do fato de que a Constituição, ao prever procedimentos rígidos para a gestão da coisa pública, visava proteger aqueles bens considerados de todos, dificultando sua malversação por gestores que não estivessem bem-intencionados. Ao criar práticas que fogem a essas regras, submetendo recursos públicos e prestação de serviços ao regime de Direito Privado, o gerencialismo concedeu maior liberdade para a disposição do dinheiro público, o que abre possibilidades para sua utilização com finalidades que não são, de fato, públicas, exatamente o que a Constituição buscou evitar

ao estabelecer regras austeras e princípios limitadores para a Administração Pública.

No entender de Queiroz (2011, p. 59), outras irregularidades acabam ainda por ser perpetradas por meio dessas entidades, entre as quais podem ser citadas falsas transações comerciais com empresas fantasmas, nepotismo indireto, lavagem de dinheiro ilícito, uso político-eleitoreiro de recursos públicos, favorecimentos pessoais, burla das exigências de licitação e de concurso público e contratação irregular de pessoal.

Diante dessa realidade, muito embora as entidades sem fins lucrativos não sejam integrantes da Administração Pública, faz-se indispensável a incidência de algumas normas de direito público na gestão dos recursos repassados, a exemplo do que já se comentou no tópico 3 deste trabalho. Para que se possa evitar ou minimizar esses desvios, é também relevante a implantação de um sistema eficiente e integrado de controle, com participação do órgão que instituiu a parceria, dos órgãos de controle externo e mesmo da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações políticas e históricas brasileiras em muito influenciaram a organização da Administração Pública como é atualmente. O enrijecimento burocrático trazido pelo constituinte de 1988 deu causa à Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, que propôs, entre outras mudanças, uma redução do aparelho administrativo, com a transferência dos serviços categorizados como não-exclusivos a entidades do setor privado, inclusive com a criação de instrumentos que permitiram a prestação dos serviços, antes sob responsabilidade do Estado, por entidades da sociedade civil sem fins lucrativos.

Os instrumentos mencionados, respeitadas as características e os requisitos próprios, possibilitam a delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos, que passam a prestá-los, em geral, por meio de contrapartida financeira do Estado. Trazem como vantagem, em tese, a submissão ao regime jurídico de direito privado, o que traria mais dinamicidade e flexibilidade à gestão dos serviços prestados.

A criação desses instrumentos, no entanto, demonstrou-se permeada por fragilidades, e a sua implementação acarreta, exatamente por conta da flexibilidade a eles inerentes, situações que a Constituição tentou evitar ao definir pro-

cedimentos burocráticos para a gestão pública. Entre as críticas que podem ser feitas a esses instrumentos, tem-se, em primeiro lugar, que a justificativa dada a sua criação na verdade não se sustenta, visto que, embora as atividades deixem de ser prestadas pelo Estado, seus custos continuam suportados por ele, e a transferência tampouco representou melhoria na prestação dos serviços. Além disso, apesar de algumas das leis que criam os instrumentos exigirem qualificação técnica para a assunção da prestação dos serviços, esse requisito é, em geral, desconsiderado, exigindo-se tão somente uma declaração dos responsáveis, sem, contudo, aferir sua veracidade.

A principal crítica, porém, tem relação com a fuga do regime jurídico administrativo, haja vista que, pelo fato de as entidades pactuantes serem privadas, não estão submetidas ao regime constitucional público. Ainda que indiretamente, essa fuga cria alternativas para a má utilização dos recursos públicos e dá azo a irregularidades na utilização dos repasses, visto que, se com critérios rígidos e bem definidos para a Administração Pública já ocorrem irregularidades, ao não se submeterem totalmente a esses critérios, as entidades privadas sem fins lucrativos podem mais facilmente vir a ser utilizadas para interesses escusos de gestores mal-intencionados.

Por outro lado, sabe-se que, com a necessidade de redução do papel do Estado, as parcerias com as entidades privadas tendem a ganhar cada vez mais espaço na execução de atividades estatais e na prestação de serviços públicos. Por isso, a utilização dos instrumentos abordados neste estudo deve ser cada vez mais comum pelos entes estatais. Embora essa delegação a entidades privadas possa não ser o modelo ideal de prestação de serviços públicos, tendo em vista os problemas apresentados, talvez a parceria com entidades privadas seja a melhor alternativa possível, considerados os encargos atribuídos ao Poder Público em contraposição com os recursos disponíveis.

Assim, para se evitar qualquer problematização, é indispensável o fortalecimento das ferramentas de controle, envolvendo aí o controle interno, externo e social. Observa-se, portanto, a essencialidade da manutenção de algumas ferramentas burocráticas, de modo a resguardar o dinheiro público e voltar sua efetiva aplicação às necessidades sociais. A execução de um controle acirrado por todos os interessados tende a resguardar o verdadeiro interesse público, ao exigir dessas entidades a correta aplicação dos recursos repassados, com vistas a alcançar, de fato, um serviço público mais abrangente e de qualidade.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos**: doutrina, jurisprudência e legislação. Coleção Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 17, fev./abr. 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA. Portal da Transparência. **Prestação de contas mensal**. 2016. Disponível em: <http://www.spdmpais.org.br/site/Transparencia/693-portal-da-transparencia-samu.html>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BARBADO, Michelle Tonon. O plano diretor da reforma do aparelho do estado e as organizações sociais. In: PEREIRA, Cláudia Ferreira de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: o estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1998.

BRASIL. **Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007**. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 jul. 2007.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

BRASIL. **Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997.** Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 dez. 1997.

BRASIL. **Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998a.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 maio 1998.

BRASIL. **Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998b.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 1998.

BRASIL. **Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999.** Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 mar. 1999.

BRASIL. **Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014.** Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º ago. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado.** Brasília: Presidência da República, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923.** Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 4 maio 2015. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=-1923&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 5, p. 829-874, set./out. 2008.

D'AGOSTINO, Rosanne. Entenda como ocorrem as fraudes nos convênios entre ONGs e governos. **G1 Política**. São Paulo, 27 out. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/10/entenda-como-ocorrem-fraudes-nos-convenios-entre-ongs-e-governos.html>. Acesso em: 17 jun. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015a.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015b.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Transferências Federais a Entidades Privadas sem Fins Lucrativos (1999-2010)**. Brasília, DF: IPEA, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, ano 49, n. 2, p. 5-32, abr./jun. 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO, Patrícia de. Problemas no Samu voltam a ser discutidos na Comissão de Saúde da ALESC. **Agência AL**. Florianópolis, 03 jun. 2015. Disponível em: http://agenciaal.alesc.sc.gov.br/index.php/gabinetes_single/problemas-nosamu-voltam-a-ser-discutidos-na-comissao-de-saude-da-alesc. Acesso em: 21 jun. 2016.

MONTAÑO, Carlos E. O projeto neoliberal de resposta à 'questão social' e a funcionalidade do 'terceiro Setor'. **Revista Lutas Sociais**, São Paulo, n. 8, 2002.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Gestão pública**. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, ano 47, v. 120, n. 1, p. 7-40, jan./abr. 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, ano 49, n. 1, p. 5-42, jan./abr. 1998.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Transferências de recursos por favorecido (entidades sem fins lucrativos)**. [2015]. Disponível em: <http://www.portal-transparencia.gov.br/PortalTransparenciaPesquisaFavorecido.asp?hidIdTipoFavorecido=2&hidNumCodigoTipoNaturezaJuridica=3&Exercicio=2015>. Acesso em: 17 jun. 2016.

QUEIROZ, Júlio César Schroeder. Parcerias entre o poder público e o terceiro setor: o controle pelos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 80, n. 3, p. 48-68, jul./set. 2011.

RODRIGUES, Renata da Silva. O público não estatal: as organizações sociais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 11, n. 39, p. 141-175, jul./dez. 2012.

SOUZA, Selma Chorro de; MELLO, Mônica Seixas de Oliveira. **A evolução histórica do serviço público e a necessidade da transformação do servidor público**. 2013. Disponível em: http://www.convibra.org/upload/paper/2013/38/2013_38_6812.pdf Acesso em: 23 fev. 2016.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Uma análise crítica do ideário do “terceiro setor” no contexto neoliberal e as parcerias entre a administração pública e a sociedade civil organizada no Brasil**. 2006. 241 f. Dissertação - (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

A DIMENSÃO DO EFEITO DO MODELO DE COOPERAÇÃO JUDICIAL PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO

THE DIMENSION OF THE EFFECT OF THE JUDICIAL COOPERATION MODEL FOR THE STATE PROSECUTION SERVICE

Guilherme Christen Möller

*Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)
Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)*

RESUMO: Tendo por objetivo investigar a dimensão do efeito do modelo cooperativo judicial na atuação do Ministério Público no processo, seja como parte, seja intervindo para a defesa da ordem jurídica, em um primeiro momento, este artigo explora as modificações ocorridas nas disposições acerca do Ministério Público na transição do Código de Processo Civil de 1973 para o Código de Processo Civil de 2015. Em um segundo momento, discorre acerca da conceituação da garantia da cooperação judicial, abordando questões como a distinção do princípio da cooperação com o modelo de cooperação judicial, bem como os efeitos da cooperação judicial para os sujeitos da relação processual, a fim de, a partir do confronto desses dois momentos, abordar o objetivo geral deste trabalho. Por meio de um estudo dedutivo, consultando o acervo de bibliografias específicas, obtém-se, na conclusão, a confirmação da hipótese provisoriamente formulada na introdução. A postura cooperativa que se deve ter do Ministério Público, seja como parte, seja intervindo em defesa da ordem jurídica, como qualquer outro sujeito da relação processual, deve ser a de cooperar para com a figura do juiz, não praticando atos que tendam a dificultar a prestação da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, ou qualquer ato que vise retardar a efetivação de medidas constritivas na execução.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Cooperação judicial. Modelo cooperativo de processo. Ministério Público.

ABSTRACT: The objective of this study is to investigate the dimension of the effect of the judicial cooperative model when the State Prosecution Service acts in the judicial process, either as a party or when it is intervening to defend the legal order, this article explores, at first, the changes that has happened in the State Prosecution Service's institutional arrangements in the transition from the Code of Civil Procedure of 1973 to the Code of Civil Procedure of 2015. Afterwards, this paper discusses the guarantee's concepts about the judicial cooperation, mentioning the issues about the distinction between the principle of cooperation and the model of judicial cooperation, as well the potential legal effects of the judicial cooperation to the subjects of the procedural relation, in order to, after the confrontation of these two moments, be able to approach the general objective of this work. This paper was based on a deductive study, consulting the collection of specific bibliographies, to obtained, in conclusion, the confirmation of the hypothesis provisionally formulated in the introduction. The cooperative attitude to be assumed by the State Prosecution Service as a party or as a subject in defense of the legal order, or like any other subject of the legal procedure, must be to cooperate with the figure of the judge, avoiding the practice of acts that tend to complicate the adequate provision of the judicial tutelage, timely and effectively, as well to avoid any other act aimed to delay the implementation of constrictive measures in the execution Action.

Keywords: Code of Civil Procedure. Judicial cooperation. Cooperative process model. State Prosecution Service.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) estabeleceu, logo nos seus primeiros doze capítulos, as suas normas fundamentais – proposta de estrutura que lembra o Código de Processo Civil de 1939 –, responsáveis por nortear o sentido de todas as normas subsequentes dessa codificação.

Assim, entre normas e princípios, ali estão garantias como inafastabilidade da tutela jurisdicional, tutela jurisdicional tempestiva, contraditório efetivo, boa-fé processual, publicidade das decisões judiciais, dever de fundamentação e, dentre tantos outros, a garantia da cooperação judicial, o objeto deste estudo.

O estudo da garantia processual da cooperação no processo é demasiadamente relevante, haja vista sua mistificação cada vez mais presente – especialmente no cotidiano forense –, criando-se vulgatas que vão desde a ideia – claramente utópica – de que as partes devem cooperar entre si, até a visão de que o juiz deve manter a mesma postura colaborativa das partes.

Atrelada a essa problemática, tem-se a questão da postura do órgão ministerial frente a esse modelo cooperativo de processo, inaugurado com o CPC/2015. Afinal, seja como parte do processo, seja intervindo no processo a fim da defesa da ordem jurídica, qual é a dimensão dos efeitos desse modelo cooperativo de processo para o Ministério Público?

A partir de um estudo pautado no método de pesquisa dedutivo, consultando-se pertinente bibliografia, este estudo será desenvolvido em três etapas, sendo as duas primeiras os objetivos específicos e a última, os objetivos gerais.

Notadamente, o primeiro objetivo específico deste estudo refere-se às modificações promovidas pelo CPC/2015 no tocante aos dispositivos que tratam sobre o Ministério Público nessa codificação, observando o que mudou da transição do CPC/1973 para o CPC/2015. O segundo objetivo específico, correspondente à segunda seção deste estudo, aborda a questão do princípio da cooperação, sua distinção em relação ao modelo cooperativo de processo, os efeitos da cooperação judicial aos sujeitos do processo, bem como explora um conceito para esse instituto. Por fim, o último capítulo, representando o objetivo geral deste estudo, objetiva responder qual seria a dimensão do efeito do modelo de cooperação judicial nos processos em que o órgão ministerial atua, seja como parte, seja intervindo em prol da defesa da ordem jurídica.

Nessa perspectiva, tem-se como hipótese para a problemática deste trabalho que, a partir da melhor compreensão do que seria o modelo cooperativo de processo, não haveria qualquer distinção do Ministério Público em relação aos demais sujeitos da relação processual nessa proposta de cooperação, seja como parte ou intervindo a fim da defesa da ordem jurídica. Sua postura cooperativa, como qualquer outro sujeito da relação processual, deve ser a de cooperar com a figura do juiz, não praticando atos que tendem a dificultar a prestação da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, ou qualquer ato que vise retardar a efetivação de medidas constritivas na execução.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: ENTRE O PASSADO E O PRESENTE, O QUE MUDOU COM A VIGÊNCIA DO CPC/2015?

A figura do Ministério Público, mesmo que haja divergências doutrinárias acerca do seu surgimento na história (MAZZILLI, 1991), surge, em síntese, a partir de uma obrigação criada para o Estado, frente à imparcialidade que deve ser adotada pela posição ocupada pelo juiz de conceber um órgão autônomo ao Poder Judiciário e encarregado da defesa dos interesses coletivos da sociedade – sendo, inicialmente, no crime, isso diante da abolição do exercício da vingança privada e do reconhecimento de “que os crimes atingem mais as condições de convivência social do que os interesses privados dos ofendidos”, portanto, necessária a sua criação para a permanente defesa dos interesses comuns da sociedade (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 463).

Dessa forma, Marques (1997, p. 284) aposta em conceituar o Ministério Público como sendo:

O órgão através do qual o Estado procura tutelar, com atuação militante, o interesse público e a ordem jurídica, na relação processual e nos procedimentos de jurisdição voluntária. Enquanto o juiz aplica imparcialmente o direito objetivo, para compor litígios e dar a cada um o que é seu, o Ministério Público procura defender o interesse público na composição da lide, a fim de que o Judiciário solucione esta *secundum ius*, ou administre interesses privados, nos procedimentos de jurisdição voluntária, com observância efetiva e real da ordem jurídica.

Sabe-se, no entanto, que as funções contemporâneas do órgão ministerial vão muito além daquela primitiva da qual se originou a sua criação, até porque

o *Parquet* não está restrito à atuação apenas em questões relativas ao direito penal, haja vista que evoluiu no sentido de atuar na área do processo civil – notando-se, aqui, da mesma forma como no direito penal, a prevalência do interesse público sobre o privado. Assim, numa perspectiva contemporânea, seja na atuação na esfera cível ou penal, o Ministério Público “é a personificação do interesse coletivo ante os órgãos jurisdicionais”, atuando como o representante da “ação do Poder Social do Estado junto ao Poder Judiciário” (REZENDE FILHO, 1957, p. 90).

Avançando-se na questão histórica e restringindo-se à análise do órgão ministerial no contexto brasileiro, especialmente no pós-Constituição Federal de 1988¹, a Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 127, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988).

Mesmo que esteja caminhando para o seu terceiro ano de vigência, o CPC/2015, Lei n. 13.105/2015, apresenta, dia após o outro, diversas novidades em seu texto, especialmente na aplicação no cotidiano forense, em temas que partem desde suas propedêuticas até o seu efeito quando este for dialogado com outra legislação, especialmente diante das suas características de exclusão² e generalidade³.

Diferentemente, não ocorreu, no tocante ao disposto no **Título V, do Capítulo III, do Título IV, do Livro III**, do CPC/2015, ou seja, as normas que passam a regular o Ministério Público frente à revogação do art. 81 ao art. 85 do Código de Processo Civil de 1973. Ocorre, no entanto, como ficará claro ao fim deste primeiro ponto, que, em comparação a diversos outros artigos dessa codificação – ressalvados alguns que serão apresentados no próximo parágrafo – suas alterações mostram-se quase que limitadas a uma busca por contemplar o “modelo constitucional de Direito Processual Civil”.

Assim, da leitura do CPC/2015, notadamente na parte em que dispõe acerca do Ministério Público, o que se pode observar, numa análise geral, são algu-

¹ Adiante, deverá ser feita uma necessária observação sobre o Código de Processo Civil de 1973 para os fins que se esperam para este momento. [OK? EU NÃO ENTENDI ESTA OBSERVAÇÃO. TROUXE COMO NOTA DE RODAPÉ, PORQUE NO PARÁGRAFO ESTAVA CONFUSO]

² “Funciona o direito processual civil, então, como principal instrumento do Estado para o exercício do Poder Jurisdicional. Nele se encontram as normas e princípios básicos que subsidiam os diversos ramos do direito processual, como um todo, e sua aplicação faz-se, por exclusão, a todo e qualquer conflito não abrangido pelos demais processos, que podem ser considerados especiais, enquanto o civil seria o geral” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 5).

³ “Contudo, não apenas as questões de direito civil são solucionadas pelo processo civil, mas também as de direito comercial e até as de direito público não penal que não caibam em outros ramos especializados do direito processual” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 5).

mas atualizações dos dispositivos que já existiam no CPC/1973, isso levando em conta a adição formulada pela Lei n. 9.415/1996 – cujo objeto exclusivo foi uma nova redação ao inc. III, do art. 82, do revogado CPC –, a fim de contemplar o Ministério Público não mais como um “fiscal da lei”, mas como um “fiscal da ordem jurídica” (*in casu*, as alterações promovidas no art. 178 do CPC/2015) e propulsá-lo ao “modelo constitucional de Direito Processual Civil” (*in casu*, o art. 176 do CPC/2015, artigo sem qualquer correspondência à prévia legislação, ou ainda, o art. 177 do CPC/2015, artigo que foi adaptado para aderir a essa roupagem de um “modelo constitucional de Direito Processual Civil”). Justamente por isso, inspirando-se no art. 127 da Constituição Federal de 1988, apresenta-se o art. 176, dispondo que “o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais” (BRASIL, 2015; BUENO, 2015). Por mais que esse último artigo aparente a mera transcrição adaptada do texto constitucional, deve-se, novamente, reforçar a ideia de que todos os institutos do CPC/2015 passam a assumir a roupagem de um “modelo constitucional de Direito Processual Civil”, o que decorre de um movimento de constitucionalização desse ramo do Direito – assim como ocorreu em tantos outros – reforçando a força normativa da Constituição⁴ (MÖLLER, 2017).

O art. 176 representa a síntese da função institucional do Ministério Público estabelecida desse o art. 127 da CF e, nesse sentido, encontra-se em total sintonia com o “modelo constitucional do direito processual civil” e, conseqüentemente, com o art. 1º do novo CPC. [...] Com a necessária adaptação, o art. 177 atualiza a previsão do art. 81 do CPC atual [referindo-se ao CPC/1973] ao “modelo constitucional do direito processual civil”. A lei, curial, só pode reconhecer legitimidade para o Ministério Público em harmonia com aquele modelo. [...] Abandonando a vetusa (e, em rigor insuficiente) expressão “fiscal da lei”, o novo CP se ocupa com os casos em que o Ministério Público atuará como “fiscal da ordem jurídica”, fazendo as devidas atualizações e os devidos aprimoramentos quando contrastado o art. 178 com o art. 84 do CPC atual [referindo-se ao CPC/1973]. O *caput*, que foi reescrito na última revisão a que foi submetido o novo CPC, acabou incorporando o que, nos Projetos do Senado e da Câmara, estava previsto no inciso IV do dispositivo. Admitindo que se trata de mero apuro redacional, a previsão é pertinente porque coloca em relevo a circunstância de haver, na Constituição Federal e na legislação esparsa, diversos casos em que a atuação do Ministério Público, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, faz-se necessária. Chama a atenção o parágrafo único, que permite uma (sempre necessária) retomada de reflexão sobre o papel a ser desempenhado pelo Ministério como interveniente nos casos em que seja parte a Fazenda Pública, justamente pela dualidade de interesses e de direi-

⁴ Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto. Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

tos tutelados por um e por outro ente. A ausência de intimação do Ministério Público para atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica acarreta a nulidade do processo desde o instante em que a instituição devia ser intimada. A disciplina respectiva está no art. 279. [...] O art. 179 disciplina o procedimento padrão a ser observado pelo Ministério Público quando sua intervenção justifique-se como fiscal da ordem jurídica. Não há nenhuma novidade substancial diante do art. 83 do CPC atual [referindo-se ao CPC/1973]. [...] O prazo para manifestação do Ministério Público, como parte ou como interveniente, é em dobro (salvo quando a lei, excepciona o § 2º do art. 180, estabelecer expressamente prazo próprio, como ocorre, por exemplo, com o art. 178, caput) e as intimações de seus membros devem ser feitas pessoalmente. Novidade importante também está no § 1º do art. 180 sobre o descumprimento do prazo para que o Ministério Público se manifeste. Nesta hipótese, o magistrado os requisitará dando andamento ao processo, regra que certamente inspirou-se no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança. [...] O art. 181 não traz nenhuma novidade diante do art. 85 do CPC atual [referindo-se ao CPC/1973] e da previsão quanto à responsabilidade do membro do Ministério Público. (BUENO, 2015, p. 156-158).

3 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO JUDICIAL, O MODELO DE COOPERAÇÃO JUDICIAL E O DEVER DE COOPERAÇÃO ENTRE OS ENVOLVIDOS NO PROCESSO NA BUSCA POR UMA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA, TEMPESTIVA E EFETIVA: ENTRE CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

A estrutura do CPC/2015 foi desenhada na perspectiva de, inicialmente, contemplar normas fundamentais a serem observadas e servirem de norte para a compreensão de todas as demais normas dessa codificação, ou, como preferem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 165), tratam-se de “eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado”. Compreendidos no Capítulo I do Título único do Livro I da Parte Geral, os arts. 1 ao 12 servem como uma espécie similar a uma “introdução” do CPC, o que muito lembra, como propõe Möller (2018), ao proposto pelo Código de Processo Civil de 1939, Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, conjunto que pode ser denominado, na proposta de Didier Júnior (2015, p. 61), por “Direito Processual Fundamental” ou, ainda, “Direito Processual Geral”, embora esse rol não seja exaustivo.

Há outras normas fundamentais do processo civil brasileiro que não estão consagradas expressamente nos doze primeiros artigos do CPC. Há normas fundamentais na Constituição – devido processo legal, juiz natural, proibição de prova ilícita; há normas fundamentais espalhadas no próprio CPC, como o princípio de respeito ao autor-

regramento da vontade no processo e o dever de observância dos precedentes judiciais (arts. 926-927, CPC). Há, portanto, esquecimento incompreensíveis – não seria exagero dizer que os art. 190 e 926 e 927 são pilares do novo sistema do processo civil brasileiro –, além de ao menos um exagero: a observância da ordem cronológica da decisão [ref. ao art. 12 do CPC/2015, já modificado após a edição desse livro, pela Lei n. 13.256/2016], embora realmente seja importante, não merecia o *status* de entrar no rol de normas fundamentais do processo civil. Mas, no particular, *legem habemus*. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 62).

Não se pode, no entanto, obstar que “norma” é gênero do qual derivam o “princípio” e a “regra”⁵, distinguindo-se, na proposta de Canotilho (2004, p. 1160-1161), por cinco critérios, (i) o grau de abstração de uma regra é inferior ao de um princípio; (ii) o seu grau de determinação, outrossim, os princípios possuem um grau de determinação, uma vagueza, superior à precisão da regra; (iii) na posição hierárquica do sistema das fontes, os princípios devem ser observados como normas de natureza estruturante; (iv) diferentemente dos princípios, as regras são de natureza vinculativa, cujo conteúdo é tão somente funcional; e (v) os princípios são os fundamentos das regras⁶.

O que se observa, desse modo, é que o primeiro capítulo do CPC/2015, denominado “Das normas fundamentais do processo civil”, apresenta um misto de princípios e regras processuais, cuja preponderância seria principiológica, haja vista os primeiros onze artigos, a partir da proposta supra de Canotilho (2004, p. 1160-1161), contarem com a natureza de princípio, enquanto o décimo segundo, por sua vez, conta com a natureza de regra. Portanto, mostra-se correta a opção legislativa quando se denominou tal capítulo por “normas fundamentais do processo civil” (AURELLI, 2017).

A discussão acima mostra-se relevante na medida em que se observa que o protagonista deste estudo, a cooperação, ou colaboração, está disposta na primeira parte desse primeiro capítulo, no caso, como o princípio da cooperação, representado pelo art. 6º do Código de Processo Civil, dispondo que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

⁵ Nesse sentido, deve-se ter em mente a clara distinção entre “regra” e “princípios”: “a observação é importante. A distinção entre regras e princípios tem grande importância prática. São normas com estruturas distintas e formas de aplicação próprias, orientadas por padrões de ‘argumentação específicos, que favorecem o estabelecimento de ônus argumentativos diferentes e impactam diretamente na definição daquilo que deve ser exigido de forma definitiva’, por meio da solução jurisdicional” (LIMA, 2014, p. 52).

⁶ Nesse sentido, Mello propõe que “princípios” são: “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas comparando-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (MELLO, 2000, p. 68).

Tal dispositivo é resultado de um desdobramento do princípio do contraditório – mais precisamente da roupagem contemporânea do contraditório, garantindo-se a sua aplicação de forma efetiva, sustentando o seu posicionamento central de relevância em comparação aos demais princípios processuais (RIBEIRO, 2014, p. 13-35) –, ou seja, permitindo a democracia na relação processual a fim de viabilizar a participação e, principalmente, a capacidade de que todos os sujeitos da relação processual possam influir na formação do provimento jurisdicional. “É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo [...]” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 81).

Mesmo com o considerável lapso temporal de vigência do Código de Processo Civil de 2015, muito se diverge acerca da proposta esperada de tal dispositivo, merecendo, portanto, aqui, um aprofundamento acerca do que essa “cooperação” representa para os envolvidos na relação processual – especialmente para poder observar qual a dimensão dos efeitos de tal princípio no caso do Ministério Público (seja como parte, seja como fiscal da ordem jurídica), o objetivo geral deste estudo –, em especial, a abordagem de dois assuntos, notadamente, a um, a distinção entre a cooperação como um princípio e a cooperação como um modelo de processo, e o dever de cooperação entre os sujeitos da relação processual frente ao caráter litigioso do processo.

O primeiro ponto a ser considerado sobre o princípio da cooperação é o fato de que ele não corresponde, por si, ao modelo cooperativo que se espera na visão contemporânea de processo. O modelo cooperativo de processo é inerente ao princípio da cooperação, entretanto, tratam-se de questões distintas. Enquanto o primeiro – o modelo cooperativo de processo – está ligado ao fato da organização do papel das partes e do juiz na conformação do processo, de modo a estruturá-lo como uma comunidade de trabalho⁷, privilegiando o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes, o segundo – o princípio da cooperação, ou a cooperação como um princípio processual – impõe um estado de coisas que tem de ser promovido, cujo objetivo está em ser um elemento de organização

⁷ Nesse sentido, explica Mitidiero: “A colaboração é um modelo que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa dar feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes – com um aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional” (MITIDIERO, 2012, p. 68-69).

de um processo adequado, viabilizando alcançar uma decisão de mérito atinente às propostas constantes no art. 6º do CPC, ou seja, de uma “decisão de mérito justa e efetiva”. A cooperação como princípio é “a maneira como esse modelo cooperativo opera no processo”, aqui a distinção entre ambas (BRASIL, 2015; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017a, p. 163-164).

Problema central do processo está na equilibrada organização de seu formalismo-vale dizer, da divisão do trabalho entre os seus participantes. O modelo do nosso processo justo é o modelo cooperativo – pautado pela colaboração do juiz para com as partes. A adequada construção do modelo cooperativo de processo e do princípio da colaboração que é a ele inerente servem como linhas centrais para organização de um processo civil que reflita de forma efetiva os pressupostos culturais do Estado Constitucional. A colocação da colaboração nesses dois patamares visa a destacar, portanto, a necessidade de entendê-la como o eixo sistemático a partir do qual se pode estruturar um processo justo do ponto de vista da divisão do trabalho entre o juiz e as partes no processo civil. São basicamente dois os enfoques com que a colaboração pode ser observada no direito processual civil: como modelo e como princípio. A ligação entre o modelo cooperativo e o princípio da cooperação é inequívoca. Os deveres inerentes à colaboração no processo respondem aos pressupostos que sustentam o modelo cooperativo. Os deveres de esclarecimento e de consulta respondem principalmente aos pressupostos lógicos e éticos do modelo cooperativo de processo, na medida em que decorrem do caráter problemático-argumentativo do Direito e da necessidade de proteção contra a surpresa. Os deveres de prevenção e de auxílio descendem diretamente do pressuposto social do modelo, haja vista evidenciarem o fato de o sistema processual civil ser um sistema orientado para tutela dos direitos, tendo o juiz o dever de realizá-los a partir da relativização do binômio direito e processo e do compartilhamento da responsabilidade pela atividade processual. Vale dizer: deve o juiz ver o processo não como um sofisticado conjunto de fórmulas mágicas e sagradas, ao estilo das *legis actiones*, mas como um instrumento para efetiva realização do direito material. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017a, p. 162-163)

Viabilizando abrir margem ao segundo ponto a ser explorado ao fim deste momento, mostram-se, a partir da construção feita acima, dois pontos controversos sobre a cooperação, notadamente, o primeiro no tocante ao dever do juiz em cooperar para com as partes, e o dever de cooperação entre as partes.

Sobre esses dois pontos, o primeiro mostra-se quase que inviável, afinal, a postura que se espera da figura do juiz, ou melhor, do papel que se espera a ser desempenhado por esse sujeito, é a de um papel que conte com imparcialidade. A cooperação do magistrado para com as partes, nesse sentido, poderia ser, tão somente, considerada como a prestação de uma tutela jurisdicional adequada,

tempestiva e efetiva, em contrapartida, contando com a adesão do modo cooperativo a ser seguido pelos demais sujeitos da relação processual (especialmente das partes). Parafraseando-se o exemplo apresentado por Aurelli (2017, p. 26) no sentido do construído acerca desse primeiro ponto, tem-se que “o juiz deve fornecer os meios necessários para a localização do réu, mandando expedir ofícios para as repartições públicas”, ou ainda, em fase de cumprimento de sentença, o juiz deve atuar “no sentido de localizar bens a serem penhorados”⁸. Novamente, a cooperação do julgador dar-se-á tão somente no sentido de prestar uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, todavia, mantendo-se a sua imparcialidade.

O juiz, como sujeito da cooperação no processo, não exerce poder, mas sim dever de prestar a tutela jurisdicional de modo eficiente. Assim, jamais o juiz poderá, em nome da colaboração, agir com discricionariedade ou abuso de poder. Primeiro que o juiz deve agir com imparcialidade, zelar pela paridade de armas e proporcionar o contraditório participativo. Então, sua atividade encontra limites nas próprias garantias constitucionais. O agir do juiz se dá, como exposto acima, no sentido de contribuir, dentro dos limites impostos pela constituição federal, com o dever de proporcionar tutela jurisdicional eficiente. (AURELLI, 2017, p. 26).

O segundo ponto destacado acima, que é também o segundo assunto – e último ponto deste momento – a ser abordado, refere-se à cooperação mútua entre as partes do processo, ou seja, da cooperação que o autor deve ter com o réu e vice-versa, inclusive é o que preza a disposição do art. 6º do CPC/2015.

A redação final deste dispositivo procurou explicar a cooperação como princípio processual. E não se trata de colaboração no sentido de fornecer informações ou simplesmente não atuar com má-fé: todos – juízes, demais operadores do direito, auxiliares da justiça e partes – devem estar atentos para efetivamente atuarem de forma colaborativa uns com os outros, para que o processo alcance seu objetivo. É preciso haver reciprocidade, o que fica evidenciado pela inclusão da expressão “entre si” no texto deste CPC 6º. Essa foi a intenção do legislador, ao que parece, tendo em vista o referido pelo relator do projeto de novo CPC na Câmara dos Deputados – “há uma má compreensão do princípio da cooperação: não se trata de uma parte ajudar a outra: trata-se, sobretudo, de uma parte colaborar com a outra e com o órgão jurisdicional para que o processo seja conduzido da melhor forma possível”. (NERY JÚNIOR; NERY, 2016, p. 218-219).

⁸ E continua: “Deve ser diligente na prolação dos pronunciamentos que lhe cabem, evitando a morosidade. Deve colaborar, no que toca ao direito probatório, de forma ativa (e não ativista), no sentido de tentar chegar o mais próximo possível do que seria a verdade, mas de forma subsidiária à atividade das partes. Com isso quer se dizer que as partes devem requerer as provas, mas o juiz, dentro dos requerimentos feitos, pode determinar todos os meios de provas adequados para a busca da verdade” (AURELLI, 2017, p. 19-47).

Quando se assume a proposta de um modelo de processo que conte com a cooperação das partes, não se pode esquecer que, naturalmente, autor e réu estão em posições antagônicas, ou seja, com interesses divergentes, sendo difícil, ou melhor utópica, a ideia de que um colabore para com o outro e, conseqüentemente, contrariando as suas próprias expectativas para o resultado final do processo. Assim, nesse ponto, interpretar o art. 6º nesse sentido mostra-se como algo utópico, inclusive que acabará por transformá-lo em um dispositivo morto (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017b; NEVES, 2016).

Não se pode esquecer que as partes estarão no processo naturalmente em posições antagônicas, sendo difícil crer que uma colabore com a outra tendo como resultado a contrariedade de seus interesses. Nas palavras da melhor doutrina, “não se trata da aplicação da cooperação/colaboração das partes entre si e com o juiz, proposta há muito defendida por correntes doutrinárias estrangeiras, que ainda partem da premissa estatualista (socializadora) de subserviência das partes em relação a um juiz visto como figura prevalecente. Nem mesmo de uma visão romântica que induziria a crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de solidariedade, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Essa utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz dar vazão à sua pesada carga de trabalho”. (NEVES, 2016, p. 15).

A cooperação, ou colaboração, proposta pelo art. 6º do Código de Processo Civil de 2015, não significa que uma parte está obrigada a ajudar a outra, seja da forma que for, por exemplo, produzir uma prova que está desincumbida, mas, em realidade, está ligada a ideia de máxima contribuição individual – especialmente visando colacionar no processo uma vasta gama de elementos que auxiliem o julgador a alcançar o resultado de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva –, por meio de um comportamento ético, evitando-se a desvirtuação da verdade, ou provocando atitudes de caráter tão somente procrastinatório e temerário, ou seja, seguindo-se o proposto por Mitidiero (2009, p. 101-102), atuando de boa-fé, subjetiva⁹, na relação processual. “Na realidade, o princípio da cooperação está intimamente ligado, garantindo às partes um maior protagonismo na realização do processo, proporcionando a elas oportunidades e participação ativa na solução dos conflitos e efetividade da tutela” (AURELLI, 2017, p. 25).

⁹ Neste ponto cabe um esclarecimento de Didier Júnior: “Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais. A ‘boa-fé subjetiva’ é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa-fé objetiva é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. ‘Distingue-se, pois, entre o princípio e o estado ou situação de boa-fé’. Não existe princípio da boa-fé subjetiva” (DIDIER JÚNIOR, 2010. p. 81).

Outrossim, o art. 6º do CPC/2015 deve ser lido conforme essa realidade¹⁰, afinal,

[...] não se pode descartar o caráter litigioso do processo, tampouco o fato de que os interesses das partes são contrários e não tem qualquer sentido lógico, moral ou jurídico, exigir que uma delas sacrifique seus interesses em prol da parte contrária, contribuindo conscientemente para a sua derrota. (NEVES, 2016, p. 16).

Assim, concluindo-se, por cooperação judicial deve-se ter em mente três pontos: 1) a postura cooperativa do juiz para com as partes deve ser, e tão somente, de prestar uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva; 2) as partes não cooperam entre si¹¹, afinal, trata-se de uma utopia a ideia de que elas, cada qual com objetivos divergentes para o resultado do processo, contrariarão suas expectativas para o resultado daquele processo¹²; 3) “a cooperação de cada uma das partes com o juiz constitui também um enérgico ditame do princípio da lealdade processual (g.n.), que veda a prática de atos tendentes a dificultar a instrução da causa ou a retardar a efetivação de medidas constritivas na execução forçada” (DINAMARCO, 2015, p. 75).

4 O DEVER DE COOPERAÇÃO NO PROCESSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Assim, partindo do que foi acima abordado acerca do princípio da cooperação, sua distinção em relação ao modelo cooperativo de processo e seus efeitos para com os sujeitos da relação processual, confrontando com o que foi observado anteriormente acerca das modificações ocorridas nas disposições acerca do órgão ministerial, deve-se, agora, responder à seguinte pergunta: o Ministério

¹⁰ Uma posição antagônica, outrossim, dá-se em Cambi, Haas e Schmitz, quando afirmam que “a cooperação guia os sujeitos processuais a um caminho norteado pela colaboração mútua e pelo equilíbrio entre o que deve ser requerido, o que pode ser acordado e o que é decidido. Em virtude disso, o processo deve ser formado por uma troca de experiências que agregam argumentos, provas e informações necessárias à formação do convencimento judicial”. (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 347). Ainda, em Nunes, quando defende o modelo de participação processual, ou seja, em que há a condução do processo a partir de uma comunidade de trabalhos, não havendo um protagonismo (NUNES, 2008, p. 215). Por fim, em Didier Júnior, na mesma linha dos demais autores acima destacados, quando aduz que o processo, em verdade, se trata de uma comunidade de trabalhos com a posição paritária dos sujeitos do processo, de modo a dialogarem entre si (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 221).

¹¹ “E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. E é justamente a partir daí que surge observação de fundamental importância que deve ser feita em relação ao texto do art. 6º do novo Código. A colaboração não implica de modo algum cooperação entre “todos os sujeitos do processo”. Como é evidente, as partes não querem e não devem colaborar entre si. Não há dever de colaboração entre as partes. Portanto, a colaboração não deve ser vista como fonte de deveres recíprocos entre as partes e nem como um incentivo ao juiz para impor sanções às partes por falta de cooperação recíproca” (MITIDIERO, 2017).

¹² O discurso da colaboração judicial entre as partes, ou seja, em que ambas acabam por cooperar entre si e convergir as suas expectativas para o processo – que muito lembra a proposta do amor waratiano (WARAT, 2004) – atua num discurso paralelo ao do discurso do litígio existente nos processos judiciais (salvo quando se tratar de jurisdição voluntária).

Público deve adotar o modelo cooperativo de processo? Se sim, deve-se responder outra pergunta: qual o limite da dimensão dessa cooperação por parte do órgão ministerial? Ou seja, se difere em algum momento em relação aos demais sujeitos do processo, seja como parte, seja intervindo a fim de garantir a defesa da ordem jurídica.

A partir do que se observou sobre o que seria o Ministério Público, na proposta de conceito de Marques (1997), trata-se de um órgão pelo qual o Estado visa tutelar o interesse público e a ordem jurídica, seja na relação processual, seja nos procedimentos de jurisdição voluntária, divergindo, portanto, da figura do juiz, haja vista a postura imparcial que deve ter sobre o direito objetivo. É o Ministério Público um órgão do Estado, sem vínculo com o Poder Judiciário, que objetiva defender o interesse público na composição da lide, com a devida observância efetiva e real da ordem jurídica. Portanto, como esclarece Theodoro Júnior (2016) a corroborar o que se afirmou por diversos momentos neste estudo, o Ministério Público pode figurar como parte (seja autor, seja réu – mesmo que seja cotidianamente visto figurando no polo ativo das relações jurídicas) ou intervindo em defesa da ordem jurídica.

Essa conceituação é importante porque deixa claro que não há motivo aparente para desvencilhar o órgão ministerial da amplitude de sujeitos que reza o disposto no art. 6º do Código de Processo Civil. Em outras palavras, quando o art. 6º do CPC/2015 dispõe sobre “todos os sujeitos do processo [...]”, inevitavelmente, não se pode interpretar que não se está falando sobre o Ministério Público, ou seja, respondendo à primeira questão posta neste capítulo, o Ministério Público deve adotar o modelo cooperativo de processo (assim como os demais sujeitos da relação processual), seja como parte, seja intervindo em defesa da ordem jurídica (BRASIL, 2015).

O dever de cooperação estaria voltado eminentemente para o magistrado, de modo a orientar sua atuação como agente colaborador do processo, inclusive como participante ativo do contraditório, não mais se limitando a mero fiscal de regras. Entretanto, não somente o juiz deve colaborar para a tutela efetiva, célere e adequada. Todos aqueles de atuam no processo (juiz, partes, oficial de justiça, advogados, Ministério Público etc.) têm o dever de colaborar para que a prestação jurisdicional seja concretizada da forma que prescreve a Carta de 1988. Nesse sentido, o art. 6º do CP/2015 estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Diante desta nova realidade, torna-se necessário renovar mentalidades com o intuito de afastar o individualismo do processo,

de modo que o papel de cada um dos operadores do direito seja o de cooperar com boa-fé numa eficiente administração da justiça. O processo deve, pois, ser um diálogo entre as partes e o juiz, e não necessariamente um combate ou um jogo de impulso egoístico (DONIZETTI, 2016, p. 42).

Mesmo que, com a devida vênia, pelo menos para a conclusão observada no capítulo anterior, não se concorde com o posicionamento de Donizetti (2016) acerca da sua interpretação sobre esse modelo cooperativo de processo, deve-se enfatizar e aproveitar do trecho que se colhe acima o que o carismático professor mineiro explica acerca dessa pluralidade de sujeitos da relação processual que estão submissos ao dever de cooperação no processo. Percebe-se, portanto, que o órgão ministerial, seja atuando como parte do processo ou intervindo em prol da defesa da ordem jurídica, não escapa desse dever de cooperar.

O que é importante frisar, no entanto, são os três pontos que foram possíveis de serem observados sobre a cooperação judicial, ratificando-se, o primeiro, *in casu*, que a postura cooperativa do juiz para com as partes deve ser, e tão somente, de prestar uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva; o segundo, que as partes não cooperam entre si, afinal, trata-se de uma utopia a ideia de que elas, cada qual com objetivos divergentes para o resultado do processo, contrariarão suas expectativas para o resultado daquele processo; e, por último, a partir da afirmação de Dinamarco (2015, p. 75), “a cooperação de cada uma das partes com o juiz constitui também um enérgico ditame do princípio da lealdade processual (g.n.), que veda a prática de atos tendentes a dificultar a instrução da causa ou a retardar a efetivação de medidas constritivas na execução forçada”.

Assim, a partir do confronto de tudo que se observou até então, especialmente do que é o órgão ministerial, bem como a sua relevância constitucionalmente garantida, seja atuando como parte, seja intervindo em defesa da ordem jurídica, a dimensão dos efeitos da cooperação judicial para o Ministério Público não pode divergir, que seja minimamente, da dimensão dos efeitos da cooperação judicial para os demais sujeitos do processo, afinal, ele é um sujeito do processo, e, por conta disso, acaba por, quando diante da norma fundamental do processo disposta no art. 6º do Código de Processo Civil, ter a mesma atuação cooperativa como os demais. Outrossim, deve o Ministério Público cooperar para com a figura do juiz, não praticando atos que tendem a dificultar a prestação

da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, ou qualquer ato que vise retardar a efetivação de medidas constritivas na execução.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esta breve digressão, espera-se não apenas ter respondido ao problema de estudo aqui apresentado, mas também ter alcançado os objetivos específicos de cada seção e o objetivo geral do trabalho.

Observou-se, na primeira seção, que a figura do Ministério Público surge a partir de uma obrigação criada para o Estado, frente à imparcialidade que deve ser adotada pela posição ocupada pelo juiz, de conceber um órgão autônomo ao Poder Judiciário e encarregado da promoção da defesa dos interesses coletivos da sociedade. Todavia, sabe-se que as funções contemporâneas do órgão ministerial vão muito além daquela primitiva pela qual originou a sua criação, até porque o mesmo não está restrito à atuação apenas em questões relativas ao direito penal, visto que evoluiu no sentido de atuar na área do processo civil. Assim, numa perspectiva contemporânea, seja na atuação na esfera cível ou penal, o Ministério Público representa a personificação do interesse coletivo frente aos órgãos jurisdicionais, atuando como o representante da ação do Poder Social do Estado diante do Poder Judiciário.

Para o Brasil, especialmente no pós-Constituição Federal de 1988, o texto constitucional consagra, em seu art. 127, o Ministério Público como sendo uma instituição permanente que é essencial à função jurisdicional do Estado, atribuindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A modificação das normas que regulam o Ministério Público frente à transição do CPC/1973 para o CPC/2015, no entanto, mostra-se quase que limitada a uma busca por contemplar o “modelo constitucional de Direito Processual Civil”. Nesse sentido, na leitura do CPC/2015, notadamente, na parte que dispõe acerca do Ministério Público, o que se pode observar, numa análise geral, são algumas atualizações dos dispositivos que já existiam no CPC/1973, com a ressalva de que passa a contemplar o Ministério Público não mais como um “fiscal da lei”, mas como um “fiscal da ordem jurídica” (*in casu*, as alterações promovidas no art. 178 do CPC/2015) e propulsá-lo ao “modelo constitucional de Direito Processual Civil” (*in casu*, o art. 176 do CPC/2015, sem qualquer correspondência

à prévia legislação, ou ainda, o art. 177 do CPC/2015, adaptado para aderir à roupagem de um “modelo constitucional de Direito Processual Civil”).

Na segunda seção deste estudo, observou-se que a estrutura do Código de Processo Civil de 2015 foi desenhada na perspectiva de, inicialmente, contemplar normas fundamentais a serem observadas e servirem de norte para a compreensão de todas as demais normas dessa codificação.

Entre normas processuais e princípios dispostos na referida seção, encontram-se o princípio da cooperação, representado pelo art. 6º do Código de Processo Civil, o dever de cooperação judicial, dispositivo que é resultado de um desdobramento do princípio do contraditório, ou seja, permitindo a democracia na relação processual a fim de viabilizar a participação e, principalmente, a capacidade de que todos os sujeitos da relação processual possam influir na formação do provimento jurisdicional, bem como do princípio da boa-fé objetiva.

Sobre a cooperação judicial, mesmo com o considerável lapso de vigência do CPC/2015, muito se diverge acerca da proposta esperada de tal dispositivo, merecendo, portanto, aprofundar-se, naquele momento, acerca do que essa “cooperação” representa para os envolvidos na relação processual – especialmente para poder observar qual a dimensão dos efeitos de tal princípio no caso do Ministério Público (seja como parte, seja como fiscal da ordem jurídica). O objetivo geral deste estudo –, em especial a abordagem de dois assuntos, notadamente, a distinção entre a cooperação como um princípio e a cooperação como um modelo de processo, e o dever de cooperação entre os sujeitos da relação processual frente ao caráter litigioso do processo.

Nesse primeiro ponto, observou-se que ele não corresponde, por si, ao modelo cooperativo que se espera na visão contemporânea de processo, visto que o modelo cooperativo de processo é inerente ao princípio da cooperação, entretanto, tratam-se de questões distintas. Enquanto o modelo cooperativo de processo está ligado ao fato da organização do papel das partes e do juiz na conformação do processo, de modo a estruturá-lo como uma comunidade de trabalho, privilegiando o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes, o princípio da cooperação, ou a cooperação como um princípio processual, impõe um estado de coisas que tem de ser promovido, cujo objetivo está em ser um elemento de organização de um processo adequado, viabilizando alcançar uma decisão de mérito atinente às propostas constantes no art. 6º do CPC.

Aqui, ainda, observam-se dois pontos, sendo o primeiro no tocante ao dever do juiz em cooperar com as partes, e o segundo, o dever de cooperação entre as partes. O primeiro mostra-se quase inviável, afinal, a postura que se espera do papel a ser desempenhado pelo juiz, é a de um papel que conte com imparcialidade. A cooperação do magistrado para com as partes, nesse sentido, poderia ser, tão somente, considerada como a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, em contrapartida, contando com a adesão do modo cooperativo a ser seguido pelos demais sujeitos da relação processual (especialmente das partes).

Adiante, no segundo ponto destacado acima, que é também foi segundo assunto daquele momento, com relação ao dever de cooperação mútua entre as partes do processo, ou seja, da cooperação que o autor deve ter com o réu e vice-versa, inclusive é o que preza a disposição do art. 6º do CPC/2015, quando se assume a proposta de um modelo de processo que conte com a cooperação das partes, não se pode esquecer que, naturalmente, autor e réu estão em posições antagônicas, ou seja, com interesses divergentes, sendo difícil, ou utópica, a ideia de que um colabore para com o outro e, conseqüentemente, contrariando as suas próprias expectativas para o resultado final do processo. Assim, nesse ponto, interpretar o art. 6º nesse sentido mostra-se como algo utópico, inclusive que acabará por transformá-lo em um dispositivo morto.

Naquele momento deste estudo, foi possível concluir que por cooperação judicial deve-se ter em mente três pontos: 1) a postura cooperativa do juiz para com as partes deve ser, e tão somente, de prestar uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva; 2) as partes não cooperam entre si, afinal, trata-se de uma utopia a ideia de que elas, cada qual com objetivos divergentes para o resultado do processo, contrariarão suas expectativas para o resultado daquele processo; 3) “a cooperação de cada uma das partes com o juiz constitui também um enérgico ditame do princípio da lealdade processual (g.n.), que veda a prática de atos tendentes a dificultar a instrução da causa ou a retardar a efetivação de medidas constritivas na execução forçada” (DINAMARCO, 2015, p. 75).

Por fim, respondendo ao objetivo geral e ao problema formulado para este estudo, está o último capítulo, destinado ao confronto dos resultados até então observados.

Recapitulando-se, a partir do que se observou sobre o que seria o Ministério Público, na proposta de conceito de Marques (1997), ou seja, que se trata,

portanto, de um órgão pelo qual o Estado visa tutelar o interesse público e a ordem jurídica, isso, seja na relação processual ou nos procedimentos de jurisdição voluntária, divergindo, portanto, da figura do juiz, posto a postura imparcial que deve ter sobre o direito objetivo. É o Ministério Público um órgão do Estado, sem vínculo com o Poder Judiciário, que objetiva defender o interesse público na composição da lide, com a devida observância efetiva e real da ordem jurídica, seja como parte ou intervindo em defesa da ordem jurídica.

Essa conceituação foi importante porque deixou claro que não há motivo aparente para desvencilhar o órgão ministerial da amplitude de sujeitos que reza o disposto no art. 6º do Código de Processo Civil. Em outras palavras, quando o art. 6º do CPC/2015 dispõe sobre “todos os sujeitos do processo [...]”, inevitavelmente, não se pode interpretar que não se está falando sobre o Ministério Público, ou seja, o Ministério Público deve adotar o modelo cooperativo de processo (assim como os demais sujeitos da relação processual), seja como parte, seja intervindo em defesa da ordem jurídica (BRASIL, 2015).

Desta forma, a dimensão dos efeitos da cooperação judicial para o Ministério Público não pode divergir, mesmo que minimamente, da dimensão dos efeitos da cooperação judicial para os demais sujeitos do processo, afinal, ele é um sujeito do processo e, por conta disso, acaba por, quando diante da norma fundamental do processo disposta no art. 6º do Código de Processo Civil, ter a mesma atuação cooperativa como os demais. Outrossim, deve o Ministério Público cooperar para com a figura do juiz, não praticando atos que tendem a dificultar a prestação da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, ou qualquer ato que vise retardar a efetivação de medidas constritivas na execução.

REFERÊNCIAS

AURELLI, Arlete Inês. Normas fundamentais no Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 271, p. 19-47, set. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidente da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

Brasília, DF: Presidente da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 ago. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Princípio da cooperação processual e o Novo CPC. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 984, p. 345-384, out/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 63-103, set. 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017a.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017b. v. 1

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**, Brasília, v. 78, n. 1, jan./mar. 2012. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29621/003_mitidiero.pdf?sequence=4. Acesso em: 21 out. 2018. p. 68/69

MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. In: BUENO, Cassio Scarpinella; NETO, Olavo de Oliveira (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo 3. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/206/edicao-1/principio-da-colaboracao>. Acesso em: 20 out. 2018.

MÖLLER, Guilherme Christen. **Anotações sobre a constitucionalização do direito processual civil contemporâneo brasileiro**. Curitiba: Prismas, 2017.

MÖLLER, Guilherme Christen. A formação do direito processual civil brasileiro contemporâneo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 764-791, ago. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**: artigo por artigo. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. atualizado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 13-35, jun. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS DECORRENTES DE DESLIZAMENTOS EM ÁREAS DE RISCO

THE CIVIL LIABILITY OF THE STATE FOR DAMAGES ARISING FROM LANDSLIDES IN THE RISK AREAS

Marcos Golembiewski

Procurador do Município de Cachoeirinha

Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de deslizamentos em áreas de risco. Qual a natureza da responsabilidade civil nesses casos, objetiva ou subjetiva? Para responder a essa indagação, inicialmente, o problema dos deslizamentos será contextualizado. Em seguida, serão apresentadas as teorias sobre a responsabilidade civil do Estado e o modelo adotado pelo Brasil e, na sequência, as condições e requisitos para a caracterização da responsabilidade estatal nos casos de deslizamentos. Por fim, conclui-se que a natureza da responsabilidade civil do Estado nesses casos é objetiva. Por isso, é necessário que o Estado brasileiro realize investimentos para a implementação de políticas públicas eficazes para a remoção das populações dessas áreas de risco.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Áreas de risco. Deslizamentos.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the civil liability of the State for damages caused by landslides in the hazardous areas. Is the nature of these cases of civil liability objective or subjective? In order to answer this question, initially, the problem of landslides needs to be contextualized. In this way, it will be presented some theories about the civil liability of the State and the model adopted in Brazil. Besides that, this paper will approach the conditions and requirements for the characterization of the State's responsibility in cases of landslides. Finally, it will be concluded that the nature of the civil liability of the State in these cases is objective. Therefore, it is necessary that the Brazilian States make an effort to invest in the implementation of an effective public policy with the purpose to reallocate the populations from these risk areas.

Keywords: The civil liability of the State. Risk areas. Landslides.

Enviado em: 20-08-2018

Aceito em: 29-10-2018

1 INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas e as suas consequências, tais como a elevação do nível dos oceanos e o aquecimento global, têm provocado o aumento de desastres naturais, como deslizamentos, ondas de calor excessivo, tornados, ciclones, enchentes e secas, estes cada vez mais frequentes. Mas não são apenas as mudanças climáticas que têm potencializado a ocorrência desses eventos extremos, há outros, e para o tema deste estudo, importa assinalar o crescimento demográfico, a tendência demográfica e o planejamento e uso do solo urbano.

Os desastres naturais não têm hoje unicamente causas da natureza, mas também causas antropogênicas, ou seja, decorrentes da ação do ser humano no meio ambiente. Esses fatores antropogênicos acabam por dificultar, em alguns casos, a delimitação das responsabilidades. A razão dessa dificuldade reside na identificação das causas dos desastres, se preponderantemente naturais ou decorrentes da ação humana.

No entanto, a evolução tecnológica e científica da Sociedade Contemporânea ocorrida, principalmente, após a industrialização, desencadeou a ampliação da capacidade de intervenção do homem sobre a natureza, havendo, em quase todos desastres denominados naturais, algum fator antropogênico. Esta situação, por evidente, ocasiona, ao direito e à teoria da responsabilidade, uma maior dificuldade na delimitação do que se trata de *act of God* e o que seria decorrente de *act of Man*, para fins de delimitação da previsibilidade ou não de um evento e, conseqüentemente, da incidência destes fenômenos como excludentes de responsabilidade (especialmente civil e administrativa) de entes públicos e privados. (CARVALHO, 2017, p. 266).

Um evento extremo emblemático para o tema deste estudo é o deslizamento ocorrido em abril de 2010 no Morro do Bumba¹, na cidade de Niterói. Nesse evento está presente a complexidade de causas que combinam a ação da natureza, a ação do homem e fatores sociais.

As causas para o deslizamento que provocou a morte de 45 pessoas foram principalmente as chuvas intensas e a explosão do gás metano em decomposição do antigo "lixão", localizado no alto do morro. A combinação, portanto,

¹ No dia 7 de abril de 2010, ocorreu um deslizamento no Morro do Bumba em Niterói/RJ. O Morro foi formado em um vale que servia de "lixão". Por 30 anos, camadas de lixo foram alternadas com camadas de terra. Aproximadamente 60 casas foram soterradas. As chuvas intensas provocaram o deslizamento em meio a muita lama, fazendo que o solo perdesse aderência. Morreram 45 pessoas.

de causas naturais, antropogênicas e sociais propiciaram o deslizamento. Além desses fatores, a ocupação dessa área de risco revela o problema social da moradia, na medida em que milhares de pessoas ocuparam a encosta do morro coberta de lixo.

O deslizamento aponta para um dos maiores desafios das administrações municipais – o planejamento e ocupação do uso do solo urbano. O constante aumento demográfico das cidades brasileiras e o crescimento desordenado das grandes e médias metrópoles vêm contribuindo para a ocorrência desses eventos extremos que acabam por atingir a população mais vulnerável.

Há, portanto, um ciclo perverso em que a população pobre, sem alternativa, ocupa áreas de risco sujeitas a eventos extremos e, na ocorrência destes, perde o escasso patrimônio de suas vidas.

Nesse contexto, o problema proposto neste trabalho é verificar a natureza da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de deslizamentos em áreas de risco, bem como as medidas necessárias para a remoção das populações que ocupam essas áreas. O método adotado no trabalho é a pesquisa bibliográfica sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, assim como a comparação e análise de precedentes jurisprudenciais sobre a responsabilidade estatal decorrentes de danos verificados em deslizamentos em áreas de risco.

O problema, objeto da pesquisa, tende a aumentar devido ao crescimento demográfico urbano. No período de 1950 a 2000, o aumento da população urbana é constante, ao passo que a população rural diminuiu drasticamente, conforme gráfico da evolução da população brasileira, publicado no “Atlas da questão Agrária Brasileira”. Em 1950, a população urbana era de 20.000.000 pessoas e a rural era de 25.000.000. Em 2000, a população urbana saltou para 140.000.000, enquanto a rural manteve-se no mesmo patamar (GIRARDI, [2008?]).

O investimento em moradia popular por todas as esferas de governo e a qualificação técnica das administrações municipais para responderem adequadamente ao planejamento do solo urbano são indispensáveis para o enfrentamento do problema da ocupação de áreas de risco. Quanto à questão específica dos deslizamentos em áreas de risco, a Lei n. 12.608/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, outorgou competência aos Municípios, nos temas que interessam ao presente estudo, para (artigo 8º, incisos V e VII):

- IV - identificar e mapear as áreas de risco de desastres;
- V - promover a fiscalização das áreas de risco de desastre e vedar novas ocupações nessas áreas;
- VII - vistoriar edificações e áreas de risco e promover, quando for o caso, a intervenção preventiva e a evacuação da população das áreas de alto risco ou das edificações vulneráveis;
- XVI - prover solução de moradia temporária às famílias atingidas por desastres. (BRASIL, 2012).

Assim, na segunda seção, será abordada a questão da responsabilidade civil do Estado, decorrente de eventos extremos, particularmente dos deslizamentos em áreas de risco. O estudo levará em conta a legislação e a jurisprudência sobre a matéria, além, evidentemente, das questões sociais que envolvem o problema. Na terceira seção, verificar-se-á o problema específico da responsabilidade civil do Estado por omissão em razão de danos decorrentes de deslizamentos em áreas de risco e no capítulo final as conclusões da pesquisa.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

As teorias da responsabilidade civil do Estado foram desenvolvidas especialmente no Estado francês. Essas teorias, segundo Mello (2012, p. 1017), evidentemente acompanharam o modelo de estado vigente nos períodos históricos. Assim, por exemplo, no Estado absolutista vigorou a teoria da irresponsabilidade do Estado.

Nessa forma de Estado, ficou célebre a expressão: “*The King can do no wrong*” (MEIRELLES, 2013, p. 725), tal frase revela o espírito da época e a posição subordinada e servil do cidadão frente aos poderes da administração estatal. Outros fundamentos para a irresponsabilidade do Estado seriam que: “O Estado atua para atender ao interesse de todos e não pode ser responsabilizado por isso; a soberania do Estado, poder incontrastável, impede seja reconhecida sua responsabilidade perante um indivíduo” (MEDAUR, 2014, p. 415).

Com a evolução das teorias acerca da responsabilidade do Estado liberal, passou-se da responsabilidade com culpa baseada em princípios civilistas para a responsabilidade objetiva, lastreada em princípios de direito público. A responsabilidade do Estado evoluiu, portanto, a partir da segunda metade do século XIX, da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa para a responsabilidade objetiva, na qual o dever de indenizar decorre da simples comprovação da relação de causa e efeito entre a conduta administrativa e o evento danoso.

A responsabilidade civil do Estado tem três teorias principais: teoria da culpa administrativa, teoria do risco administrativo e teoria do risco integral (MEIRELLES, 2013, p. 726). Em todas as três modalidades a responsabilidade é objetiva, sendo por isso dispensável a comprovação da culpa comissiva ou omissiva dos agentes públicos. A teoria da culpa administrativa considera que o dever de indenizar decorre da falta do serviço. A teoria do risco integral advoga que todo e qualquer dano deve ser ressarcido, independentemente do comportamento do particular lesado. Por fim, a teoria do risco administrativo, modalidade adotada pelo direito brasileiro, não exige a falta do serviço, mas simplesmente o “fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público” (MEIRELLES, 2013, p. 726).

O Estado brasileiro adotou a modalidade do risco administrativo, conforme mandamento constitucional, previsto no parágrafo 6º, do artigo 37 da Constituição Federal, o qual dispõe que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988).

Em conformidade com o texto constitucional, o Código Civil, de igual modo, no artigo 43, estabelece a responsabilidade objetiva nos seguintes termos:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores dos danos, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002).

A modalidade de responsabilidade adotada pela legislação pátria é a da responsabilidade objetiva, a qual independe da comprovação de culpa da administração, bastando ser demonstrado o nexó causal entre a ação ou omissão do Poder Público e o dano. O afastamento da responsabilidade estatal poderá ocorrer com a constatação das excludentes da responsabilidade. Essas cláusulas de exclusão são: “força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Como causa atenuante, é apontada a culpa concorrente da vítima” (DI PIETRO, 2010, p. 652).

Meirelles (2013, p. 732) e Gasparini (2004, p. 875) especificam os fenômenos da natureza como excludentes da responsabilidade estatal, os quais

integram o conceito de força maior para afastar a responsabilização do Poder Público. Gasparini leciona:

De sorte que não se cogita da responsabilização do Estado por dano decorrente de ato de terceiro (RDA, 133:199) ou de fato da natureza (vendaval, inundação), salvo a hipótese de comportamento estatal culposos. Isso é mais que óbvio. Em suma, diz-se que não cabe responsabilidade do Estado quando não se lhe pode atribuir a autoria do ato danoso. Afirma-se, assim, que em duas hipóteses o Estado não tem de indenizar. (GASPARINI, 2004, p. 875).

Como se vê, para os fenômenos da natureza, alguns doutrinadores como Mello (2012, p. 1030) e Gasparini (2004, p. 875) exigem o requisito da culpa. O tema da culpa, da responsabilidade subjetiva ou objetiva, no caso de eventos extremos (no caso do presente estudo, os deslizamentos), será abordado no próximo item.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO EM RAZÃO DE DANOS DECORRENTES DE DESLIZAMENTOS EM ÁREAS DE RISCO

Os danos provocados por deslizamentos em áreas de risco, notadamente em encostas de morros, atraem a responsabilidade estatal por omissão diante das obrigações impostas aos municípios da Federação pelo artigo 8º da Lei 12.608/2012. A ocorrência desses eventos decorre por várias causas, como antropogênicas, referidas na introdução deste trabalho, e eventos extremos, como chuvas intensas.

O tema da responsabilidade do Poder Público em razão de omissão apresenta controvérsia. Alguns doutrinadores (MEIRELLES, 2013, p. 729), sustentam que o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal não se aplica aos danos provocados por omissão. Na hipótese de omissão, a responsabilidade seria subjetiva.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona a controvérsia:

Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço. Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco de interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar. (DI PIETRO, 2010, p. 654).

Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, situa-se entre aqueles alinhados com a teoria que entende ser subjetiva a responsabilidade civil, no caso de uma omissão do Estado:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (MELLO, 2012, p. 1029).

Mais adiante, o administrativista ratifica essa posição de modo categórico, dizendo que:

É corretíssima, portanto, a posição sempre e de há muitos lustros sustentada pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo quem a responsabilidade do Estado é objetiva no caso de comportamento danoso comissivo e subjetiva no caso de comportamento omissivo. (MELLO, 2012, p. 1032-1033).

O ponto convergente na doutrina parece ser que, independentemente da natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade estatal por omissão, a caracterização do dever de indenizar em decorrência de ato omissivo tem como elemento central uma omissão antijurídica (DI PIETRO, 2010, p. 655). Délton Winter de Carvalho define com clareza essa omissão antijurídica e elenca com precisão os requisitos da violação dos deveres de agir da Administração, expressão que na atualidade vem sendo adotada:

Apesar de a matéria estar longe de ser pacífica, a tendência parece apontar para a objetivação da responsabilidade civil do Estado, mesmo que por omissão, também para os casos de *desastres naturais*. Para tanto, há a exigência de ser demonstrado que conduta omissiva do ente estatal violou *deveres de agir protetivamente*, quer: *i) por imposição normativa expressa de deveres de cuidado; ii) por agir em desconformidade com a juridicidade* (Direito visto como um sistema); *iii) por descumprir atribuições decorrentes da própria competência e função estatal envolvida; e iv) por omissão frente a riscos conhecidos, para os quais detinha capacidade para evitá-los*. (CARVALHO, 2017, p. 345).

Com relação ao problema proposto no presente estudo, conclui-se que a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros é objetiva, em razão de o direito brasileiro ter adotado a teoria do risco administrativo, inscrita

no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal. A subjetividade e a culpa constam da segunda parte do dispositivo constitucional, quando dispõe que fica: “[...] assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa [...]” (BRASIL, 1988), ou seja, refere-se à ação regressiva do Estado contra seus agentes causadores do dano por dolo ou culpa.

A aventada exclusão por parte da doutrina quanto aos fenômenos da natureza igualmente não afasta a responsabilidade estatal nos casos de deslizamentos, primeiramente porque há disposições legais obrigando os Municípios a agirem. O artigo 8º da Lei 12608/2012, em vários de seus incisos, estabelece encargos específicos aos entes estatais quanto à fiscalização e intervenção em áreas de risco, como o inciso IV, que se refere à competência de identificar e mapear as áreas de risco de desastres e, assim como o inciso V, que obriga a promover a fiscalização das áreas de risco de desastre e vedar novas ocupações.

Os encargos específicos das áreas de risco elencados no diploma legal são: i) identificar e mapear as áreas de risco de desastres; ii) promover a fiscalização das áreas de risco de desastre e vedar novas ocupações nessas áreas; iii) vistoriar edificações e áreas de risco e promover, quando for o caso, a intervenção preventiva e a evacuação da população das áreas de alto risco ou das edificações vulneráveis; iv) prover solução de moradia temporária às famílias atingidas por desastres.

Vê-se que, em casos de deslizamentos, o descumprimento dessas obrigações contempla os requisitos da violação dos deveres de agir protetivamente descritos por Délton Winter de Carvalho,

i) por imposição normativa expressa de deveres de cuidado; ii) por agir em desconformidade com a juridicidade (Direito visto como um sistema); iii) por descumprir atribuições decorrentes da própria competência e função estatal envolvida; e iv) por omissão frente a riscos conhecidos, para os quais detinha capacidade para evitá-los. (CARVALHO, 2017).

Em deslizamentos em áreas de risco, a omissão estatal é evidenciada, pois os Municípios estão obrigados por lei a identificarem as áreas, vistoriarem, fiscalizarem, evacuarem a população em áreas de alto risco e ainda proverem moradia temporária para as famílias atingidas por desastres. Havendo danos decorrentes de deslizamentos em áreas de risco, os Municípios respondem objetivamente pela reparação, por estarem obrigados a agirem preventivamente e

removerem a população em risco. Ressalte-se que está em jogo nessa situação o bem maior protegido pela ordem constitucional, qual seja: o direito à vida. Acrescente-se como reforço à responsabilização do Poder Público o princípio constitucional da dignidade humana e o direito à moradia.

A responsabilidade objetiva nos casos de deslizamentos decorre da violação dos deveres de agir, da omissão antijurídica ou ainda para usar outra expressão da “omissão específica”, cunhada por Cavalieri Filho (1998, p. 344), quando leciona que “haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo”.

A jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores vem reconhecendo a responsabilidade objetiva do Estado, quando presente omissão específica, conforme ilustra o julgado do STJ, o qual confirmou decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESLIZAMENTO DE TERRA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO, POR OMISSÃO, RECONHECIDA PELO TRIBUNAL LOCAL. ALEGAÇÃO DE CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA. REEXAME DA CONDUTA DO ENTE MUNICIPAL E, EM CONSEQUÊNCIA, DO REFLEXO NO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Segundo consta do acórdão recorrido, ‘considerando-se que o ente público tinha pleno conhecimento de que se tratava de área de risco de deslizamento de terras e conseqüente desmoronamento de imóveis, e que não implementou medidas suficientes a impedir o evento danoso narrado nos autos, observa-se a omissão específica do Município do Rio de Janeiro e a conseqüente responsabilidade objetiva do ente público quanto aos danos experimentados pelas autoras, eis que a inércia do agente público foi causa direta para os danos’. Desse modo, alterar o entendimento do Tribunal de origem, tanto em relação à responsabilidade do ente municipal, quanto ao reflexo da sua conduta na fixação da indenização, ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos, procedimento vedado, pela Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ. II. Agravo Regimental improvido. (BRASIL, 2016).

O aresto acima, em linhas gerais, demonstra que, para o reconhecimento da responsabilidade em casos de deslizamentos, são necessários o prévio conhecimento do risco e a inércia quanto à adoção de medidas suficientes para impedir o dano. Esse cenário qualifica a omissão específica do Município, pois inércia administrativa foi causa direta e imediata do deslizamento, devendo o

administrador provar a existência do dano e do nexo causal entre a conduta omissiva do réu e o dano.

Outro precedente importante, pois se refere ao deslizamento do Morro do Bumba, situação em que a responsabilidade do Poder Público é agravada pelo fato da ocupação ter se dado sobre aterro sanitário, tem a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE CONHECEU DO AGRAVO, PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 544, § 4º, DO CPC. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DESLIZAMENTO DE TERRA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELO DEVER DE INDENIZAR, EM RAZÃO DA OMISSÃO DO ESTADO. SÚMULA 7/STJ. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (BRASIL, 2015).

O Supremo Tribunal Federal, na mesma linha de entendimento, tem firme e reiterada jurisprudência no sentido de responsabilização dos Municípios nesses casos, consoante demonstra trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no ARE 1118222 – Recurso Extraordinário com Agravo:

As áreas de alto risco encontram-se localizadas em partes da favela Liberdade, em toda a região da favela Pantanal e Chacrinha, e parte das favelas Matinha, Bispo e Sumaré. As regiões de médio risco são encontradas nas comunidades Liberdade, Matinha, Bispo e Sumaré. Classifica-se como área de alto risco aquela em que existe a possibilidade de queda de blocos e/ou lascas rochosas, solos espessos, expostos, com forte declividade, sujeitas a grande vazão de água em épocas chuvosas, onde são registradas inúmeras ocorrências de deslizamentos. Informa o laudo técnico que nessas áreas de alto risco existem mais de 2.435 casas, a explicar a existência nesses locais de grande concentração de lixo/entulho em razão da densidade ocupacional humana.

As áreas de médio risco são assim denominadas pela presença de taludes com forte declividade, geralmente verticalizados e expostos, onde são encontradas feições erosivas que indicam certa instabilidade e cicatrizes de deslizamentos, indicando locais passíveis de deslizamentos de solos espessos. Nessas áreas de médio risco existem 700 casas.

Portanto, indubitável a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para a proteção, primordialmente, da vida destas mais de 3.135 famílias residentes em áreas de alto e médio risco, sem qualquer violação ao princípio da separação dos poderes, pois, repita-se, o que se está exercendo é a competência constitucional de atuação nos casos de lesão ou ameaça a direitos, quais sejam, à vida, à dignidade, à moradia e ao meio ambiente, uma vez que qualquer ocorrência de fortes chuvas pode tirar-lhes o pouco que têm e o tudo que são. (BRASIL, 2018b).

Os precedentes citados alinham-se à caracterização da responsabilidade civil do Estado, em razão da omissão específica dos Municípios e da proteção à vida, à dignidade, à moradia e ao meio ambiente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os desastres naturais têm variadas causas, tanto naturais como antropogênicas. O aumento da temperatura global, em razão da emissão dos gases do efeito estufa, tem provocado o aumento desses eventos extremos.

Nos casos dos deslizamentos em encostas de morro, as causas igualmente são diversas. Há causas da natureza, ações antropogênicas, como as mudanças climáticas decorrentes da ação do homem e, em muitos casos, ações específicas, como ocupações em áreas de risco, no caso do Morro do Bumba, na cidade de Niterói/RJ, ocorridas mesmo em antigo aterro sanitário.

Além dessas causas, importa mencionar o crescimento desordenado das cidades, as ocupações em áreas de risco, o aumento da população urbana e o déficit de moradias. O Brasil tem um déficit de moradias de 7,757 milhões, conforme estudo da Fundação Getúlio Vargas (BOAS; CONCEIÇÃO, 2018).

Essas causas, o aumento desordenado das cidades e o déficit de moradia, sem sombra de dúvidas, geram para o Município enormes desafios. É claro que é uma situação difícil de resolver, pois envolve a necessidade de recursos públicos vultuosos e, certamente, não pode ser suportado apenas pelas contas das Fazendas Públicas Municipais. Evidentemente, todas as esferas da Federação – União, Estados e Municípios – são responsáveis por implementarem políticas públicas no sentido de evacuem a população residente em áreas de risco.

Entretanto, para efeito de responsabilização civil por danos decorrentes desses eventos extremos em encostas de morro, o ente responsável pela reparação são os Municípios. Essa responsabilidade civil dos Municípios tem como fundamento, nos termos da doutrina citada neste estudo, a violação dos deveres de agir (CARVALHO, 2017), a omissão antijurídica (DI PIETRO, 2010), ou a omissão específica (CAVALIERI, 1998).

A omissão específica, para usar a expressão de Cavalieri, tem origem nos encargos previstos no artigo 8º da Lei 12608/2012, notadamente os seguintes: i) identificar e mapear as áreas de risco de desastres; ii) promover a fiscalização das áreas de risco de desastre e vedar novas ocupações nessas áreas; iii) vis-

toriar edificações e áreas de risco e promover, quando for o caso, a intervenção preventiva e a evacuação da população das áreas de alto risco ou das edificações vulneráveis; iv) prover solução de moradia temporária às famílias atingidas por desastres.

A imposição legal desses deveres para os Municípios acarreta, em caso de inércia, a responsabilização na ocorrência de danos devido à expressa disposição legal, conferindo encargos específicos nessas áreas de risco. Essa responsabilidade é objetiva, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Assim, considerando essa modalidade de responsabilidade objetiva do Poder Público ao lesado, basta comprovar o nexo causal entre o evento extremo e os danos. Em casos de deslizamentos, na ocorrência de danos aos moradores desses locais, os Municípios, por força da Lei 12.608/2012 e da teoria do risco administrativo adotada pelo direito brasileiro, ficam obrigados em reparar, pois presentes os requisitos do dano e do nexo causal.

A solução desse problema social, contudo, depende do Poder Executivo, pois o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais (BRASIL, 2018a).

A doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a responsabilidade objetiva dos Municípios nesses casos. Por isso, é indispensável que os Municípios brasileiros se preparem para enfrentar esse problema, investindo em qualificação de pessoal e recursos para a implementação de políticas públicas eficazes para a remoção das populações dessas áreas de risco, no intuito de assegurar o direito à vida, à moradia, à dignidade e ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BOAS, Bruno Villas; CONCEIÇÃO, Ana. **Déficit de moradias no país já chega a 7,7 milhões**. Valor Econômico, [São Paulo], 3 maio 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5498629/deficit-de-moradias-no-pais-ja-chega-77milhoes>. Acesso em: 7 ago. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.608, de 10 de abril de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nos 12.340, de 1o de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm. Acesso em: 7 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 826.646/RJ**. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Sandra Maria Moura Oliveira; Janete da Silva Moura. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Brasília, DF, 17 de março de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?%2520componente=ATC&sequencial=58484774&num_registro=201503132987&data=20160329&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 7 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 658.954/RJ**. Agravante: Município De Niterói. Agravado: Adriano Gonçalves Farias; Thais Santos Farias; Leticia dos Santos Farias. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Brasília, DF, 13 de outubro de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA-&sequencial=1451889&num_registro=201500202924&data=20151023&formato=PDF. Acesso em: 7 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo ARE 1100338/RJ**. Requerente: Estado do Rio de Janeiro; Recdo: Ministerio Publico do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 30

de abril de 2018a. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1100338&classe=ARE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&Julgamento=M>. Acesso em: 7 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo ARE 1118222/RJ**. Requerente: Estado do Rio de Janeiro; Requerido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 de abril de 2018b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+1118222%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yctct629>. Acesso em: 7 ago. 2018.

CARVALHO, Délton Winter. **Gestão jurídica ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2004.

GIRARDI, Eduardo Paulon. População. Atlas da questão Agrária Brasileira, [2008?]. Disponível em: http://www2.fct.unesp.br/nera/atlas/caracteristicas_socioeconomicas_b.htm. Acesso em: 7 ago. 2018.

MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

A CRIAÇÃO DE UM CADASTRO NACIONAL DE POLUIDORES COMO HIPÓTESE DE MONETIZAÇÃO DOS RISCOS AMBIENTAIS

THE CREATION OF A NATIONAL REGISTRATION FOR POLLUTERS AS A WAY FOR ENVIRONMENTAL RISKS MONETIZATION

Sávio Araújo de Lemos Silva

Procurador Jurídico do Município de Tamarana-PR

Mestrando em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina

RESUMO: O presente estudo tem por escopo apresentar a criação de um cadastro nacional de poluidores. O trabalho visa internalizar ao produto os custos sociais da exploração do meio ambiente, conforme relação entre direito e economia, como uma alternativa para a desaceleração de atividades em dissonância com a ordem socioambiental vigente, além de servir como medida de coerção indireta para cumprimento da legislação ambiental. Utiliza-se do conceito democrático, de Norberto Bobbio, e da Teoria da Sociedade do Risco, de Ulrich Beck, por meio da metodologia dedutiva, com método de abordagem preponderantemente qualitativo. Em síntese, postula-se a possibilidade de existência e validade da medida objeto deste texto no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direito e Economia. Cadastro de Poluidores. Risco Ambiental.

ABSTRACT: The aim of the current study is to show the creation of a national registration for polluters. This work intends to add a social cost as a compensation for the environmental exploitation in the production factors, in accordance with the relation between rights and economics, as an alternative to decline activities that breach current environmental policy and rights, and also serving as an indirect coercion measure in compliance with environmental law, using the democratic concept of Norberto Bobbio, and the Theory of the Risk Society of Ulrich Beck. This paper was building arguments through deductive method with predominant qualitative approach. In conclusion, it postulates for the possibility of validity and existence for this measure in the Brazilian legal system.

Keywords: Rights and Economics. National registration for polluters. Environmental Risk.

Enviado em: 23-07-2018

Aceito em: 09-10-2018

1 INTRODUÇÃO

Na atual sociedade da informação, é exponencial o crescimento das ditas “empresas amigas do meio ambiente”. Criam-se selos de autenticação de “entidades verdes” na mesma velocidade em que se aumentam os números de espécies em extinção e que se diminuem os índices mundiais de qualidade do ar.

Após décadas do início da comercialização da imagem corporativa verde, não se verificaram diminuições sensíveis nos índices de degradação ambiental mundial.

Tal premissa pode, em um primeiro momento, gerar dúvidas acerca do potencial protecionista da monetização dos riscos ambientais, uma vez que as “empresas ecológicas” provavelmente não estariam sendo bem-sucedidas, tampouco estariam se expandindo, fato que justificaria o aumento dos níveis de poluição.

Entretanto, da análise dos números de tais empreendimentos, verifica-se que a associação de um produto à preservação ambiental realmente aumenta o nível de seu consumo (BUOGO; VIEIRA; ZILLI, 2015).

Desta forma, os números não fecham neste somatório. A única explicação lógica é a de que a variável da preservação ambiental não é verdadeira nesta equação.

Em sua obra “A Sociedade do Risco”, Ulrich Beck aponta que um dos elementos constantes no quadro social moderno é a situação de cinismo dos seres sociais, que agrava os riscos sociais absorvidos pela população em geral, pela desinformação proporcionada.

Criam-se inúmeras normas penais, na mesma proporção em que também se facilitam as medidas despenalizadoras, tornando a aparência de uma medida jurídica, mais valiosa que o conteúdo.

Em relação ao meio ambiente, esta premissa não é diferente. A construção histórica de que vivemos em um ambiente com recursos naturais infinitos parece de difícil alteração.

Desta forma, aceitamos a falsa imagem de empresas poluidoras, como parceiras do meio ambiente. Esta falsa imagem corporativa também é encontrada em outros setores, como empresas “amigas das crianças” que exploram trabalho infantil escravo em países africanos e asiáticos.

Na contramão, os grupos econômicos não somente adquirem nossa aparência, apropriando-se também de nosso conteúdo. Atualmente, as empresas que exploram os serviços de redes sociais conhecem os perfis psicológicos de seus usuários melhor do que eles próprios.

Os algoritmos utilizados pelos sistemas informatizados traduzem o comportamento humano numa escala em que tal conhecimento somente seria obtido após anos de sessões de estudo com profissional da psicologia. Estamos cada vez mais nus perante os grupos econômicos.

Tal relação impõe uma subjugação do indivíduo aos grupos econômicos, em uma situação similar ao de estado de natureza, de Hobbes e Locke, que por sua vez é “uma prefiguração da sociedade de mercado” (MACPHERSON apud BOBBIO, 2006, p. 21), sendo imperiosa a incidência do direito, a fim de equilibrar as partes nesta relação social.

Na obra “O Futuro da Democracia”, com a corriqueira lucidez, Norberto Bobbio pontua que a relação entre Estado e cidadão pode ser equilibrada pela transparência dos atos da Administração Pública, em seu conceito de democracia. Tal disposição deve ser compreendida de acordo com a evolução social. É certo que atualmente o Estado teve sua posição de protagonismo substituída pelos grandes agentes econômicos, em virtude do relativo sucesso da economia de mercado.

Assim, a intervenção do Estado nas relações de exploração dos recursos naturais deve levar em consideração a exposição dos grupos econômicos como eles realmente são, eventualmente rotulando-os como poluidores, equilibrando a relação social, por meio do direito, conforme a concepção de Bobbio.

Aqui reside o ponto central do presente estudo: a criação de um cadastro nacional de poluidores, com vistas a conciliar a necessidade de diminuição do risco social, por meio da democracia efetiva, ou seja, aquela que ampara o cidadão com o poder de decisão, inclusive para atuação no mercado de consumo.

Como base normativa concretizadora do cadastro anteriormente descrito, surge o art. 782, §3º, do Código de Processo Civil, que afirma que, na fase de execução, a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, como medida de coerção indireta, ressaltando-se que, em matéria ambiental, não existe tal cadastro de forma específica, o que torna o dispositivo sem eficácia neste aspecto.

Ademais, com relação às obrigações ambientais, sabe-se que a compensação monetária ambiental é o último recurso de pacificação social, uma vez que se prioriza a adoção, em regra, das medidas de recomposição do meio ambiente.

Assim, torna-se extremamente relevante a discussão acerca da criação de um cadastro de inadimplentes com o meio ambiente, a fim de coibir a atividade degradadora, como meio de coerção indireta para a prevalência da recomposição ao meio ambiente por parte dos descumpridores da legislação ambiental.

Ora, o fato de determinada empresa adimplir uma multa ambiental não retira desta sua respectiva inclusão no espectro das empresas poluidoras, em absoluto, pois, conforme será abordado adiante, o conceito jurídico-social de poluição é relativo à ordem socioambiental vigente, e não uma visão empírica reducionista.

Os bens ambientais possuem valores muitas vezes incalculáveis, seja pela dimensão transnacional dos efeitos da precarização dos recursos naturais, seja pela percepção social dos danos ambientais, que muitas vezes somente ocorrem no futuro, quando o retorno ao *status quo ante* já não é mais possível.

Neste norte, é ainda de extrema importância o potencial efeito de desaceleração das atividades degradadoras, uma vez que, com a medida, haveria diminuição do consumo de produtos decorrentes da exploração arbitrária do meio ambiente, em virtude da negativa rotulação de empresa poluidora, com precarização de sua imagem corporativa.

É nesta perspectiva que se inicia o presente estudo, objetivando a criação, através do direito, de um risco empresarial para os grupos econômicos, visando combater, na mesma proporção, e com o mesmo mecanismo, os riscos socioambientais gerados pela exploração dos recursos naturais em dissonância com a ordem socioambiental vigente.

Para atingir o objetivo anteriormente descrito, será utilizada a metodologia dedutiva, com análise dos princípios jurídicos envolvidos, através da revisão bibliográfica, pesquisa de jurisprudência, e hermenêutica dos dispositivos legais envolvidos, com abordagem preponderantemente qualitativa.

Serão analisados, de início, pontos relevantes na intersecção entre meio ambiente, direito e democracia, para fixação do conceito de externalidades sociais. Posteriormente, será investigada a forma deficiente como a sociedade atual vem percebendo a absorção destas externalidades, demonstrando-se as

deficiências do sistema vigente. Na sequência será apresentada a fragilidade da imagem corporativa, como um risco empresarial a ser enfrentado na mesma proporção em que o corpo social sofre com a absorção dos riscos proporcionados pela exploração de recursos naturais. Por fim, será analisada a base principiológica do ordenamento jurídico vigente, no viés processual, constitucional e ambiental, as quais possibilitam a alteração do paradigma anteriormente descrito através do direito.

2 MEIO AMBIENTE, DIREITO E DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

A análise da economia do bem-estar, havida no seio do modelo econômico neoclássico, verificada durante o século XX, deixou claro que os mercados não eram perfeitos e autorreguláveis, tampouco havia uma exploração eficiente e consciente dos recursos naturais, contrariando parcialmente os teóricos liberais.

Essas falhas foram compreendidas como externalidades, ou seja, um efeito colateral não pretendido pelo mercado, uma vez que estavam fora do panorama da continuidade de produção, e em alguns aspectos, colidindo com tal premissa.

Como exemplo, aduz-se que a utilização dos métodos de menor custo para exploração de determinado recurso natural, em regra, é aquele que causa maior impacto ambiental, vide a secular utilização de queimadas na agropecuária.

Essa busca pelo baixo custo na linha de produção causa uma externalidade de degradação ambiental. Trata-se de uma externalidade, pois tal fato pode acabar com tal recurso natural, o que não é esperado pelo mercado e a respectiva continuidade da atividade produtiva.

Neste sentido, ensina Cristiane Derani que:

[...] durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas 'externalidades negativas'. São chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão 'privatização de lucros e socialização de perdas', quando identificadas as externalidades negativas. (DERANI, 2008, p. 142-143).

Além da privatização do lucro proposta por Cristiane Derani, defende-se com este trabalho que a externalidade negativa de degradação ambiental pode ser coibida através da publicização desta externalidade, informando a sociedade

dos riscos sociais causados pelo empreendimento, através da rotulação como empresa poluidora, causando um prejuízo à imagem corporativa da empresa.

Outro exemplo de externalidade do sistema capitalista pode ser verificado nos processos de urbanização em diferentes culturas. Nesses processos, em regra, verificou-se uma sociedade rural, pós-estamental, que tinha o proprietário de terra como topo da cadeia produtiva (SINGER, 1982).

Os interesses desse latifundiário não se restringiam ao uso da terra para produção agrícola, mas também como exploração do direito de propriedade, pela simples posição de detentor da terra (SINGER, 1982).

Aquele que não era detentor de terras se tornava dependente da produção do latifundiário, ou seja, o monopólio da propriedade induzia ao controle do mercado consumidor (SINGER, 1982).

Esse princípio de acumulação, como externalidade negativa do sistema capitalista, vem permeando o processo de urbanização, até o período contemporâneo, com a exploração do mercado imobiliário e as existências dos vazios urbanos.

Nessa linha, o Direito Econômico, atua ainda aparando as arestas do liberalismo, diminuindo suas potencialidades autofágicas, uma vez que o sistema autoalimenta suas externalidades, conforme exposto alhures.

Entretanto, há que se ressaltar que a deterioração da imagem corporativa de um determinado grupo econômico, em razão do descumprimento de normas ambientais é fato que também seria autoalimentável, uma vez que os grupos econômicos concorrentes poderiam utilizar esse fato em benefício próprio.

Por outro lado, não só os concorrentes, como também os grupos econômicos que se relacionam com o poluidor durante a produção poderiam reprimir a prática de degradação, a fim de que a imagem corporativa do parceiro não fosse contaminada pela atuação do poluidor.

Dessa forma, vislumbra-se a possibilidade da externalidade autoalimentável ser combatida por uma medida de mesma estirpe.

Atualmente, adentramos em um novo patamar de externalidades socioeconômicas, onde a acumulação de capital entrou em simbiose com os sistemas informatizados de armazenamento de informações.

Norberto Bobbio, na obra "O Futuro da Democracia", trás dentre as premissas iniciais de sua tese, os fracassos e os sucessos das previsões dos es-

critérios políticos de sua época sobre democracia, na reconstrução europeia do pós-Segunda Guerra Mundial, que buscavam uma nova alternativa para o desenvolvimento social, por meio do neoliberalismo ou da social democracia.

Seguindo a mesma linha de elaboração textual, imperioso salientar o enorme sucesso de tal filósofo em prever como o acesso à informação possui o condão de delimitar as relações sociais, em sua digressão acerca do poder invisível.

O ideal do poderoso sempre foi o de ver cada gesto e escutar cada palavra dos que estão a ele submetidos (se possível sem ser visto nem ouvido): hoje este ideal é alcançável. Nenhum déspota da antiguidade, nenhum monarca absoluto da idade moderna, apesar de cercado por mil espiões, jamais conseguiu ter sobre seus súditos todas as informações que o mais democrático dos governos atuais pode obter com o uso dos cérebros eletrônicos. (BOBBIO, 2006, p. 43).

O que talvez Bobbio não tenha conseguido prever é que nos tempos atuais, a emancipação do indivíduo proporcionada pela política de bem-estar social fez com que nós retirássemos do Estado o controle sobre nossas informações pessoais, enquanto indivíduos “livres”.

A expressão supratranscrita entre aspas se dá porque, na realidade, somente substituímos o controle público, por um controle privado, vide o recente escândalo de vazamento de dados pelo aplicativo *Facebook* (AGRELA, 2018).

Pelo princípio do *non laedere*, o ente estatal não poderia utilizar o controle de dados em desfavor de seu súdito, de forma arbitrária. Entretanto, isso não ocorre quando os dados estão sob o controle dos grupos econômicos, guiados pela lógica da acumulação, conforme ocorre nos tempos atuais.

Nessa linha, parece uma incongruência os crescentes argumentos em prol da suposta privacidade de dados em redes sociais, que comercializam tais informações com diferentes grupos econômicos.

Se, na antiguidade, o latifundiário controlava o mercado consumidor, agora tal controle é realizado pelos grupos que monopolizam e comercializam as informações dos súditos.

Em apertada síntese, na obra supracitada, Norberto Bobbio compreendia a democracia como a obtenção do equilíbrio das forças socioeconômicas, por meio do Estado de Direito.

É ululante que atualmente o controle de informações pelos grupos econômicos tem se mostrado como um desequilíbrio democrático. Reforçando tal tese,

tem-se que o controle de informações inclusive alterou o equilíbrio nas eleições da referida “maior democracia do mundo”, conforme suposta recente interferência russa nas eleições norte-americanas do ano de 2016.

Com efeito, a intersecção entre Direito e Economia pode ser analisada na relação dinâmica entre Direito Econômico e Política Econômica, e na ampliação ou redução do desequilíbrio democrático gerado pela interação dessas duas ciências. Enquanto o Direito Econômico normatiza a Política Econômica, esta última concretiza os valores previstos naquele primeiro (DERANI, 2008, p. 37-72).

Mas a relação não se encerra nesse paradigma, uma vez que o Direito Econômico pode atuar como agente subversivo da Política Econômica, ao passo que essa pode se colocar como fonte material alteradora das normas postas (DERANI, 2008, p. 37-72).

Desta forma, o Direito Econômico atual transformando a igualdade formal, em um viés material, tratando de forma adequada os diversos sujeitos atuantes no sistema de produção, que estão em situação de desigualdade.

Neste aspecto, visando maximizar as relações jurídicas materialmente iguais, é que o Direito Econômico atual como instrumento de redistribuição de riquezas, buscando com tal desiderato, o aumento da eficiência do sistema de produção, e a diminuição de externalidades do sistema capitalista.

Com efeito, não se restringe ao campo do Direito Econômico, as normas denominadas como tal, mas aquelas que atuam organizando essa forma de prevenção e balanceamento social.

Ademais, a escassez dos recursos naturais, essenciais para a consecução da produção, é evidente. Hodiernamente, as mudanças climáticas, os desmatamentos excessivos, a monocultura, as queimadas tornam muito mais complicadas as buscas por elementos cada vez menos presentes na natureza.

Por outro lado, vislumbra-se que o direito ambiental, nesta perspectiva, atua no conceito de justiça ambiental, também tendo por escopo a redução de desigualdades, no bojo da atividade produtiva.

Especificamente com relação ao controle das informações, verifica-se que o Direito Econômico Ambiental, por sua vez, deve buscar maximizar a exposição das informações dos grupos econômicos perante a sociedade, uma vez que o indivíduo já se encontra nu perante tais entes, visando contrabalancear essa relação social.

Ademais, se o sistema econômico está baseado no consumo de bens, ligando-se à problemática da escassez de matéria prima, por sua vez, o Direito Ambiental também se comunica com o Direito Econômico, visando à preservação do atual modo de vida social, garantindo-se a continuidade da existência de recursos naturais, por meio do controle social propiciado pela exposição dos grupos econômicos.

Portanto, o Direito Ambiental não pode ser aplicado de forma isolada, deve ele estar atrelado às outras manifestações da sociedade, como o Direito Econômico, e o Direito Processual.

3 FORMA DE PERCEPÇÃO SOCIAL DOS RISCOS AMBIENTAIS

No mês de maio do ano corrente, a Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia, ao ministrar palestra com o tema “Constitucionalização do Direito Civil” a alunos do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), afirmou que o Brasil tem ‘boas leis’, mas ‘dificuldade’ de cumpri-las (GARCIA, 2018).

Nesta linha, a ciência política tem perquirido o motivo da dificuldade do brasileiro, em cumprir normas jurídicas, a fim de compreender e buscar minorar tal fenômeno social, uma vez que o descumprimento reiterado do ordenamento jurídico é um fator de risco social, por causar insegurança.

Recentemente, mais precisamente a partir do ano de 2013, a Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas passou a editar o Índice de Percepção do Cumprimento da Lei (IPCLBrasil/FGV-SP), cujo objetivo é medir, de forma sistemática, a percepção dos brasileiros em relação ao respeito às leis e a algumas autoridades que estão diretamente envolvidas com o cumprimento das leis.

Conforme último relatório emitido no ano de 2015, uma constatação relativamente alarmante de tal pesquisa foi no sentido de que 80% (oitenta por cento) dos brasileiros acreditam ser fácil desobedecer à lei em solo nacional.

A pesquisa ainda apontou que o índice de percepção acerca do cumprimento da norma é menor entre os jovens, levando a crer que tal situação tende a piorar nos anos vindouros, pela movimentação da pirâmide etária.

Essa falta de identidade e de representatividade pode estar ligada à incompatibilidade existente entre a percepção dos riscos sociais por parte de quem cria as normas jurídicas e da população em geral.

Na obra “Sociedade de Risco”, Ulrich Beck pontua que o poder econômico direciona a produção científica, incluindo-se a ciência jurídica, uma vez que as pesquisas são financiadas por empreendedores, na economia de mercado, e conseqüentemente por potenciais poluidores, chamando esse fato social de “cegueira econômica em relação ao risco” (BECK, 2010, p. 72).

Podemos verificar essa cegueira econômica em relação ao risco quando verificamos o crescimento de empresas supostamente observadoras de suas responsabilidades socioambientais, e a inexistência da diminuição da degradação, conforme já proposto neste trabalho.

Ainda segundo tal autor, isto faz com que a percepção dos riscos pela comunidade científica seja um tanto quanto mais permissiva, do que em relação à percepção dos riscos pela sociedade em geral (BECK, 2010, p. 87).

Nessa crítica, devemos incluir ainda a comunidade jurídica. Como exemplo, é espantoso verificar a nova sistemática de prazos em dias úteis do Novo Código de Processo Civil, sob a alegação de que é um código de “advogados feito para advogados”. Ocorre que a percepção social da letargia e da falência do sistema judicial, fatalmente impediria a tomada de uma medida como esta de dilação de prazos, o que reforça a situação de ausência de identidade e representatividade acima descrita.

Há ainda a crítica quanto ao conceito científico de limites de tolerância de poluição, uma vez que este pode ser absorvido pela sociedade como uma autorização para poluição.

Limites de tolerância para vestígios poluentes e tóxicos “admissíveis no ar, na água e nos alimentos têm relação com a distribuição de riscos, um significado comparável ao que tem o princípio de desempenho para a distribuição desigual de riqueza: eles simultaneamente admitem as emissões tóxicas e legitimam-na dentro dos limites que estipula. Quem quer que limite a poluição estará fatalmente consentindo com ela. Aquilo que ainda é admissível é, por sua definição em termos sociais, “inofensivo” – independente do quão daninho seja. (BECK, 2010, p. 82).

Reforçando tal tese, imperioso salientar que existem inúmeros estudos apontando pelos potenciais danos à saúde causados pelas ondas de rádio frequência, os quais resultaram em algumas ações civis públicas em âmbito nacional questionando a instalação de novas antenas de transmissão, sob a égide do princípio ambiental da precaução.

Entretanto, recentemente, o STF criou paradigma que salvaguarda a degradação do meio ambiente, com base nos parâmetros mínimos da ONU, conforme Recurso Extraordinário n. 627.189, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 08/06/2016, exemplificando como os limites de tolerância podem legitimar um potencial dano desconhecido.

Assim, a criação de um cadastro ostensivo de poluidores ainda seria importante para que a percepção acerca da atividade degradadora dos grupos econômicos não se restringisse aos órgãos públicos de controle, como o poder judiciário por exemplo, sendo estendida à toda a sociedade, em termos simples, mediante um rótulo de poluidor.

Quando são analisadas as publicações das atividades executadas pelos órgãos de controle ambiental, verifica-se que o excesso de termos técnicos utilizados muitas vezes afasta o objetivo de tal estrutura social, que é o controle ambiental.

É imperioso salientar que a própria Constituição Federal, quando trata da comunicação social, impõe que é obrigação do poder público a criação de mecanismos legais que protejam a sociedade de propaganda de produtos e serviços nocivos ao meio ambiente, conforme art. 220, §3º, II, da CF.

Destarte, a prevenção dos riscos sociais, por meio da democratização das informações sobre as atividades dos grupos econômicos é medida necessária, e possível, inclusive para que a população faça sua autogestão, em decorrência da falência das instituições públicas.

4 IMAGEM CORPORATIVA – RISCO INVERSO

Segundo o *Reputation Institute*, a reputação corporativa é definida como o conjunto de percepções, opiniões e julgamentos dos grupos de relacionamento de uma empresa sobre a sua capacidade de gerar valor e, especialmente, sobre o quanto ela é capaz de honrar e cumprir as promessas que fez (PRADO, 2017).

Ora, se não há um controle social acerca da atuação de determinado grupo econômico, inviável se torna a fiel percepção de sua reputação.

Por isto que, atualmente, muitas empresas se autodenominam ambientalistas, sem estarem comprometidas de fato com a preservação do meio ambiente. Não há controle sobre as promessas das empresas.

A criação do cadastro de poluidores ainda se mostra efetiva, juridicamente, para proporcionar tal controle dos riscos sociais da empresa, construindo uma reputação real.

Ademais, é imperioso reconhecer a relação entre reputação corporativa e o risco de crise gerencial. Nas palavras de Lalá Aranha:

Crise para mim é toda a ação imprevista que rompe com a rotina, seja de um profissional ou de operação empresarial, processo ou norma em vigor. Uma crise mal administrada ou não resolvida tem o poder de derrubar a credibilidade, a reputação e a imagem. Já a reputação é o legado que as empresas oferecem para a sociedade, sua comunidade, corpo funcional, e *stakeholders*. Aporta confiança na organização. Trata-se de uma herança; e, como diz o magnata norte-americano Warren Buffet, "são preciosos 20 anos para construir uma reputação e 10 minutos para perdê-la". A reputação é o somatório dos valores, códigos, história, memória, cultura e políticas corporativas. Um patrimônio que aporta uma medida de confiança para o negócio da empresa. E como todo ativo, deve ser protegido por um lado e dar retorno do outro. (ARANHA, 2017, p. 18).

Ou seja, o descumprimento das normas ambientais, criando um risco social, deve ter por efeito reflexo a criação de um risco gerencial de propagação da má reputação da empresa.

Mencionou-se acima a prevalência da recomposição ambiental em contraposição à indenização das perdas, uma vez que parte dos valores ambientais não é mensurável.

Entretanto, tanto a diversidade ambiental, quanto a imagem corporativa se tratam de bens imateriais, de difícil mensuração, ao passo que se justifica o sacrifício de um por sanção em decorrência da destruição do outro.

De outro norte, no sistema de consumo vigente, em que os riscos se autorealimentam, a criação de um risco gerencial pela criação do cadastro de poluidores seria uma medida de coerção para que os grupos econômicos adotassem verdadeiras políticas de prevenção, que coaduna com o princípio ambiental de mesma nomenclatura.

Elisa Prado, organizadora da obra *Gestão de Reputação – Riscos, Crise e Imagem Corporativa*, exemplifica:

Um exemplo é o escândalo que ficou conhecido como Dieselgate: a Volkswagen, maior fabricante de automóveis do mundo, líder de vendas no primeiro semestre de 2015 e orgulho nacional na Alemanha, viu sua imagem e reputação abaladas por conta de uma fraude contra as normas nacionais (norte-americanas) de controle de poluentes. O caso foi revelado pela Agência de Proteção Ambiental dos

Estados Unidos (EPA).

(...) Hoje essa fraude já custou mais de 18 bilhões de euros em compensações e custos legais, segundo reportagem de William Boston do The Wall Street Journal.

Não teria sido melhor agir corretamente e evitar a crise de reputação? Será que o diretor mundial de comunicação e reputação tinha conhecimento dessa fraude? Havia uma gestão de riscos na empresa? Sem sombra de dúvida, a resposta é sim. (PRADO, 2017, p. 12).

Portanto, vislumbra-se a adequação do sacrifício da liberdade empresarial, para a proteção do meio ambiente, forçando os grupos econômicos a incluírem no interior de suas estruturas medidas preventivas para respeito da ordem socioambiental vigente.

5 PREMISA CONTRÁRIA – CONCEITO LEGAL DE POLUIÇÃO

Em que pese o exposto até o presente momento, poderia ser aventado que a rotulação de poluidor, conforme proposto pelo presente estudo, poderia ofender ao disposto no ordenamento jurídico vigente.

É que o art. 3º, da Lei sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal Nº 6.938/1981), aponta que:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (BRASIL, [2013]).

Nessa linha, o descumprimento da legislação ambiental, por si só, não se enquadraria no critério legal de poluição. Como exemplo, cite-se o proprietário de terras rurais que não observa o prazo para inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), previsto no art. 29, §3º, da Lei Federal n. 12.651/2012. Tal situação, em tese, não configuraria poluição, para os efeitos legais acima mencionados.

Contudo, calha destacar a lição do professor Paulo de Bessa Antunes no sentido de que “a poluição e o dano ambiental não existem em si, eles somente podem ser compreendidos em relação a uma determinada realidade previamen-

te estabelecida” (2002, p. 173). Segundo tal autor, não há um conceito abstrato de poluição, uma vez que tal conceito é apontado concretamente em decorrência da violação de uma determinada ordem social inicialmente posta (ANTUNES, 2002, p. 178).

Como exemplo, ressalta-se a existência dos aterros sanitários, que inevitavelmente são uma forma clara de degradação ambiental. Entretanto, a ordem social vigente optou por aceitar o funcionamento destes equipamentos públicos, para manutenção do organismo social.

Nessa linha, o conceito jurídico-social de poluição não é dado por métodos empíricos, tampouco se dá pelo rompimento do equilíbrio ecológico, conforme modelo cientificista. Para sua caracterização, em verdade, há a necessidade de que seja ultrapassado um limite imposto pela sociedade, para a degradação ambiental. Este ponto, em outras palavras, é o limite do risco que a sociedade aceita enfrentar.

Portanto, nada impede que a sociedade opte por alterar o conceito legal de poluição, e conseqüentemente de poluidor, no que tange à forma de exposição dos grupos econômicos perante a sociedade, para classificar como poluidor aquele que deixa de cumprir com suas obrigações socioambientais, em especial, aquelas impostas em norma jurídica.

Por outro lado, insta destacar que o descumprimento reiterado da norma jurídica, potencialmente causa uma situação de prejuízo à segurança pública, enquadrando-se no conceito legal de poluição anteriormente mencionado.

6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

Considerando a necessidade fática da medida proposta, bem como a possibilidade legal anteriormente descrita, insta salientar que a construção de um cadastro legal de poluidores ainda deverá observar valores expressos na Constituição Federal, ante a característica normogenética fundamentante dos princípios contidos na Magna Carta.

Destaca-se que os princípios abaixo elencados não excluem a existência de outros previstos na Norma Fundamental, relacionados com o tema proposto. Os princípios da legalidade, do devido processo legal e da obrigatoriedade da intervenção estatal em matéria ambiental foram escolhidos por serem, em tese,

os principais instrumentos norteadores para fixação de normas infraconstitucionais que regulamentem o mecanismo proposto pelo presente estudo.

6.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – NECESSIDADE DE NORMATIZAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DO CADASTRO NEGATIVO

Não há como não constatar que o Cadastro Negativo, conforme proposto anteriormente, teria sua utilização como método de coerção para observância de uma determinada conduta prevista na norma jurídica ambiental.

Com efeito, verifica-se que tal disposição coloca a medida em comento como uma hipótese de sanção jurídica. Entretanto, com relação a esse aspecto punitivo, necessária a observância do princípio da legalidade, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio está estabelecido em um Estado Democrático de Direito, ao passo que a Constituição Federal é clara ao prever a necessidade de lei para imposição de sanções e observância de condutas, conforme art. 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal.

O princípio acima mencionado classicamente atua como uma proteção dos indivíduos frente à atuação do Estado, inclusive para se evitar que *ius puniendi* seja utilizado de forma casuística e arbitrária.

Na sessão 5 apontou-se que o conceito jurídico-social de poluição é relativo, e está vinculado a uma escolha social. Nesta linha, impende salientar que a norma jurídica é, por excelência, o princípio instrumento de expressão da vontade popular.

Nesse diapasão, impende destacar a necessidade de observância do princípio da legalidade, para se evitar que o Cadastro Negativo em discussão no presente trabalho seja utilizado por grupos econômicos em desfavor de outros, desvirtuando sua finalidade democrática.

Portanto, tendo em vista que o Cadastro Negativo teria uma finalidade não meramente informativa, mas também punitiva, necessária seria a observância do critério da anterioridade, decorrente do princípio da legalidade, aplicando-se a inscrição no Cadastro Nacional de Poluidores somente os fatos posteriores à regulamentação de tal cadastro.

Ademais, considerando que a própria Constituição Federal também veda a pena de caráter perpétuo, a lei em sentido estrito seria de vital importância

para definir o período em que as inscrições no Cadastro Nacional de Poluidores poderiam ser efetivadas.

6.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA PARA AFETAR NEGATIVAMENTE O PATRIMÔNIO IMATERIAL DE TERCEIROS

O art. 5º, LIV, da Constituição Federal aponta que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. De tal princípio, decorre o princípio do contraditório, consolidando-se, de forma sucinta, que no ordenamento jurídico nacional, inexistente a possibilidade de prejuízo ao patrimônio pessoal, sem a garantia de que a parte afetada apresente suas razões de defesa para impugnar o dano potencial.

Conforme já mencionado anteriormente, extrai-se da realidade fática que a imagem corporativa compõe o patrimônio imaterial dos agentes econômico. Nesta linha, a inscrição em um cadastro negativo inevitavelmente impõe a necessidade de existência de um contraditório prévio.

Ocorre que existem vários níveis de contraditório e cognição. Por outro lado, impende destacar, conforme exposto alhures, que a construção da reputação empresarial é construída de forma lenta, em que pese ser de fácil deterioração. Desta forma, no que tange ao cadastro negativo, pela proporcionalidade em sentido estrito da medida, sua gravosidade aponta pela necessidade de imposição de um contraditório em cognição exauriente.

Nesta linha, impende destacar que seria extremamente discutível e temerário a utilização do Cadastro Nacional de Poluidores em forma acautelatória, inclusive pela dificuldade de reversibilidade da medida.

Por outro lado, impende destacar que a ampla defesa e o contraditório em discussão não se resumem àqueles realizados no bojo de procedimento judicial. Conforme será trabalhado neste artigo, propõe-se a utilização do Cadastro Negativo inclusive para a resolução extrajudicial de conflitos.

Destarte, verifica-se como possível a utilização de procedimentos administrativos prévios à determinação de inscrição no referido Cadastro Negativo, desde que previamente sejam oportunizados à parte afetada o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, tendo em vista a imposição desta sanção poderia decorrer, em tese, da inadimplência de títulos executivos extrajudiciais, como multas e ter-

mos de ajustamento de condutas, impende destacar que tal contraditório poderia ser oportunizado no bojo de determinada execução de título extrajudicial.

6.3 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL EM MATÉRIA AMBIENTAL - A OFICIALIDADE DA MEDIDA PROPOSTA

No art. 225, *caput*, da Constituição Federal, o Estado é apontado como um dos sujeitos ativos responsáveis pela defesa do meio ambiente. Observa Celso Antonio Pacheco Fiorillo que

[...] a noção e o conceito de desenvolvimento, formados num Estado de concepção liberal, alteram-se, porquanto não mais encontravam guarida na sociedade moderna. Passou-se a reclamar um papel ativo do Estado no socorro dos valores ambientais, conferindo outra noção ao conceito de desenvolvimento (FIORILLO, 2018, p. 28).

Ademais, na concepção pós-moderna de Estado, verifica-se sua imperiosa caracterização como protetor das garantias fundamentais do indivíduo. É bem verdade que as decisões coletivas devem ser tomadas assegurando-se a participação social, conforme já trabalhado neste estudo. Entretanto, tais decisões também são tomadas pelo Estado, mediante a democracia representativa.

A atuação obrigatória do Estado decorre da natureza indisponível do meio ambiente, visto que sua proteção é pressuposto da dignidade da vida humana, verbete concebido como núcleo essencial dos direitos fundamentais. Inexistindo meio ambiente sadio, relativizam-se todas as outras garantias fundamentais.

Nesta linha, impende que, se criado o Cadastro Nacional de Poluidores, há a necessidade de Intervenção Estatal de forma obrigatória, regulando este mecanismo de controle social, ou implementando-o.

6.3.1 POSSIBILIDADE DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

Ainda sobre o prisma da atuação do poder público em matéria ambiental, a Carta Magna, em seu art. 174, também dispõe sobre as formas de intervenção indireta do Estado na Economia, determinando a atuação do Estado como agente normativo e regulador, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Especificamente quanto à questão de incentivo, vislumbra-se que este também deve ser verificado em seu aspecto negativo. Ora, se incumbe ao poder

público a proteção do meio ambiente, não pode este incentivar atividades conhecidas como poluidoras.

Assim, eventuais grupos econômicos regularmente inscritos em cadastro de poluidores, em tese, não poderiam receber qualquer tipo de incentivo por parte do poder público, por aplicação do princípio da intervenção obrigatória do Estado em assuntos ambientais.

Ademais, no ano de 2010, adveio a Lei Federal n. 12.349/2010, que alterou o art. 3º, da Lei Federal n. 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), trazendo o conceito de licitação sustentável. Por outro lado, parcela da doutrina ambientalista ainda aponta acerca da incidência da função socioambiental do contrato administrativo.

Tais premissas são analisadas de forma sucinta no presente estudo, uma vez que não são objetos de discussão. Entretanto, verifica-se que os conceitos de sustentabilidade e proteção ambiental já permeiam as contratações públicas, ao passo que as empresas regularmente inscritas no cadastro de poluidores, também estariam impedidas de firmar de contratos administrativos.

A concessão de benefícios creditícios somente às empresas que estritamente prestam observância às normas ambientais causaria um tratamento diferenciado entre os grupos econômicos, reequilibrando as externalidades provocadas pela busca desenfreada da diminuição dos custos de produção, que sacrificam o meio ambiente, conforme acima proposto.

7 ASPECTOS PROCESSUAIS CONTEMPORÂNEOS – PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA EFETIVAÇÃO – APLICAÇÃO NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Além dos aspectos constitucionais anteriormente descritos, e ainda considerando de forma especial o princípio constitucional-processual do contraditório e da ampla defesa, impende analisar as limitações processuais impostas à criação do cadastro de poluidores.

Ao longo da evolução processualista nos países orientados pelo *civil law*, muito se discutiu acerca da natureza do direito de ação. Em breve síntese, partiu-se dos teóricos romanistas, com a confusão entre a prerrogativa de agir, com o próprio direito material, até a criação de uma linha doutrinária da ação como direito autônomo.

Essa autonomia, de início, seria a possibilidade de as partes reclamarem a tutela jurisdicional do Estado, sendo, portanto, um direito abstrato, mormente porque independentemente do reconhecimento do direito material, com características eminentemente públicas, pela relação Estado-Particular.

Impende destacar que tal evolução doutrinária criou a ideia de indispensabilidade do Estado na prestação da tutela jurisdicional, o que por sua vez levou à publicização do direito de ação.

Tal orientação acerca do Direito de Ação está prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, *in verbis*, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior “todo titular de direito subjetivo lesado ou ameaçado tem acesso à Justiça para obter do Estado a tutela adequada a ser exercida pelo Poder Judiciário” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 153).

Assim, essa adequação da tutela jurisdicional fez com que o Direito de Ação voltasse a ser analisado com intrínseca ligação ao Direito Material.

O que ocorre, em verdade, é que sob a égide do princípio constitucional implícito da proibição proteção deficiente, busca-se evitar que o direito processual seja um obstáculo ao direito material, reforçando sua característica instrumental.

Esta instrumentalidade foi compreendida na nova sistemática processual como o princípio da adequação, em que a mão do direito material deve utilizar a luva processual que melhor se ajustar ao seu contorno para apanhar o bem da vida pretendido.

Nessa linha de raciocínio, é evidente que a tutela jurisdicional do meio ambiente, na sistemática do Novo Código de Processo Civil, também deve ganhar novos contornos, ante as peculiaridades do direito material tutelado.

Dentre as peculiaridades do direito ambiental, destaca-se sua característica transindividual, em que a ofensa a tal bem jurídico afeta a todos os entes da coletividade.

Com efeito, podemos definir que os processos transindividuais, por natureza, têm por escopo a prolação de decisões coletivas, se confundindo neste ponto com a instrumentalização da democracia, uma vez que há a

[...] definição mínima de democracia, segundo a qual por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está

prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados. (BOBBIO, 2006, p. 22).

Portanto, o processo civil mais adequado à tutela do meio ambiente é aquele que facilita a participação mais ampla possível dos interessados, inclusive informando a sociedade acerca do descumprimento de eventuais obrigações socioambientais.

Outrossim, continuando a análise do direito processual constitucional, verifica-se a garantia da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVII da Constituição Federal), que no Novo Código de Processo Civil foi orientado pelo princípio da efetivação, que por sua vez norteou o Poder Geral de Satisfação.

Este poder geral de satisfação possibilita ao julgador medidas inominadas que assegurem a satisfação do bem jurídico pretendido, impedindo o perecimento de direito em função da letargia processual.

Vale ressaltar que, em matéria ambiental, o princípio do poluidor pagador não se limita a tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita a compensar os danos causados, mas principalmente evitar o dano ambiental.

Desta forma, é óbvio que a recomposição dos danos, em lugar da conversão em indenização, é sempre preferível. Nesta linha, o princípio da efetivação anteriormente mencionado ainda possibilita que o juiz utilize de medidas inominadas para obtenção da tutela jurisdicional específica da obrigação de recompor os danos ambientais, preferencialmente, ao passo que tal preferência vem expressamente prevista no art. 225, §2º, da Constituição Federal.

Este poder geral de satisfação estaria limitado de forma conglobante pelo ordenamento jurídico, em especial, pelos princípios constitucionais supramencionados, que, por sua vez, impõem a tutela ambiental como pressuposto da vida, conforme previsto no art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

Em síntese, pela ótica processual, a criação do cadastro de poluidores estaria fundamentada pelo princípio da adequação processual, tendo em vista especificidade do bem jurídico tutelado que requer a primazia da tutela específica de recomposição ambiental para sua satisfação e pelo princípio da participação democrática, assim como pelo poder geral de satisfação, previsto no atual ordenamento jurídico processual.

7.1 CADASTRO DE POLUIDORES COMO HIPÓTESE INSERIDA NO MODELO MULTIORTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O novo Código de Processo Civil, efetivando as garantias da duração razoável do processo e do acesso à justiça, traz o conceito de modelo multiportas de resolução de conflitos que, em apertada síntese, é a compreensão da jurisdição não mais como única forma de pacificação social, desafogando o judiciário pelos métodos alternativos.

Atualmente dados alarmantes refletem a ineficiência do atual sistema administrativo de proteção ambiental mediante a imposição de multas. Segundo matéria veiculada no jornal *El País*, no ano de 2015, a cada 100 reais em multas aplicadas pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (Ibama), desde 2011, para quem infringiu regras ambientais, menos de três reais entraram nos caixas do Governo federal. Os dados constam de um relatório do órgão que é entregue ao Tribunal de Contas da União anualmente.

Ainda, entre janeiro 2011 e setembro de 2015, foram aplicados 16,5 bilhões de reais em punições, por exemplo, a empresas que emitiram gases poluidores acima do limite aceitável, petroleiras responsáveis por derramamento de óleo no mar ou madeireiras que desmataram áreas proibidas, entre outros. Desse valor, apenas 494,2 milhões acabaram sendo efetivamente pagos pelas empresas infratoras, o que fatalmente não se coaduna com o Poder Geral de Satisfação anteriormente trabalhado.

Realmente, a judicialização das multas ambientais, e os respectivos procedimentos administrativos tornam a proteção do meio ambiente pelos órgãos do poder executivo extremamente ineficiente.

Assim, a inscrição do grupo econômico no cadastro de poluidores, após a fase de defesa da autuação (possibilidade do contraditório), poderia ser um instrumento de efetivação da proteção do meio ambiente, facilitando sua reparação e evitando a judicialização da demanda.

Eventuais excessos por parte da Administração Pública deveriam ser impugnadas pelo poluidor em juízo, presumindo-se a legitimidade do ato praticado pelos órgãos de proteção.

Tal medida reflete jurisprudência já pacificada no STJ, da possibilidade de inversão do ônus da prova em matéria ambiental, sob a égide do princípio da

precaução, conforme *leading case* AgInt-AREsp 779.250/SP, de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, acórdão publicado em 19/12/2016.

O grupo econômico, podendo sofrer com os efeitos da inscrição do cadastro de poluidores, conforme exposto alhures, evitaria o inadimplemento de multa ou eventual outra obrigação ambiental.

Por outro lado, tal cadastro ainda poderia ser utilizado pelos órgãos públicos legitimados para elaboração de Termos de Ajustamento de Conduta, que poderiam inscrever regularmente os grupos econômicos que não cumprissem com obrigações ambientais anteriormente acordadas.

Destarte, extrai-se que o cadastro de poluidores também possui fundamento jurídico, quando analisado pelo prisma extrajudicial, pelo modelo multiportas de resolução de litígios.

8 CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se a intensa necessidade de utilização de mecanismos jurídicos e econômicos que se autoalimentem para propiciar a efetiva proteção do meio ambiente.

Inserida em uma economia de mercado, a sociedade não pode se furtar em compreender os fenômenos sociais decorrentes deste ambiente, buscando maximizar os benefícios proporcionados por este sistema econômico.

Por outro lado, na sociedade de informação, é imperioso que esta autoalimentação seja realizada pelo próprio corpo social, controlando os grupos econômicos, ante a falência do controle estatal, inclusive a fim de possibilitar o reequilíbrio democrático em função da exposição social dos indivíduos perante os grupos econômicos.

Entretanto, para propiciar o controle por parte da sociedade é fundamental que esta seja dotada de informações adequadas, cabendo ao Estado o papel de fomentar esta atividade, elidindo eventuais falsas imagens corporativas de preservação ambiental, de grupos econômicos degradadores, consagrando o princípio constitucional ambiental da participação democrática.

Nesta linha, a criação de um cadastro nacional de poluidores com as empresas em mora com obrigações ambientais se mostra medida adequada para propiciar a participação democrática supracitada, desde que observadas as ga-

rantias fundamentais previstas na Constituição Federal, conforme princípios discutidos neste trabalho.

Ainda, extrai-se que essa medida possui fundamentos legais mediante a nova sistemática processual implementada com o advento do Novo Código de Processo Civil, seja pela ótica processual do princípio da efetivação, seja extrajudicialmente pelo modelo multiportas de solução de conflitos.

Cabe à ciência jurídica abandonar a postura dogmática similar à antiga escolástica, de controle de determinado ramo do conhecimento pelo monopólio da informação, incompatível com a atual dinâmica social, convocando a sociedade para participação efetiva quando houver necessidade de tomada de decisões coletivas que afetem integralmente o corpo social.

Ademais, a adoção da política pública exaustivamente mencionada neste trabalho ainda pode ser uma alternativa ao atual modelo de proteção ambiental, extremamente ineficiente, que não atende aos seus objetivos de coibir a degradação, ante a situação de impunidade gerada.

REFERÊNCIAS

AGRELA, Lucas. O escândalo de vazamento de dados do Facebook é muito pior do que parecia. **Revista Exame**, Brasília/São Paulo, 06 abr. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/o-escandalo-de-vazamento-de-dados-do-facebook-e-muito-pior-do-que-parecia>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ARANHA, Lalá. Quando a má gestão nas crises afeta a reputação corporativa. *In*: PRADO, Elisa. (Org.). **Gestão da reputação**: riscos, crise e imagem corporativa, São Paulo: ABERJE, 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENITES, Afonso; MENDONÇA, Heloísa de Resende. Menos de 3% das multas ambientais cobradas no Brasil são pagas. **El País**, Brasília/São Paulo, 24

nov. 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/19/politica/1447971279_540766.html. Acesso em: 21 jul. 2018.

BOBBIO, Norberto Bobbio. **O futuro da democracia**. 10. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no AgInt-AREsp n. 779.250/SP**. Relator: Herman Benjamin. Publicado no DJe 19 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201502288719>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário n. 627.189/SP**. Relator: Dias Toffoli, José Antonio. Publicado no DJe 18 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BUOGO, Felipe Piacentini; VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; ZILLI, Júlio Cesar. Marketing verde como diferencial competitivo: um estudo em uma indústria química do sul de Santa Catarina. **RECC – Revista Eletrônica Científica do CRA-PR**, v. 2, n. 2, p. 60-73, 2015.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FGV Direito SP. **Índice de Percepção do Cumprimento da Lei – IPCLBrasil**. São Paulo, [201-]. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/ip-cl-brasil>. Acesso em: 21 jul. 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GARCIA, Gustavo. Cármen Lúcia diz que Brasil tem 'boas leis', mas 'dificuldade' de cumpri-las. **G1**, Brasília, 21 de maio de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/carmen-lucia-diz-que-brasil-tem-boas-leis-mas-dificuldade-de-cumpri-las.ghtml>. Acesso em: 05 dez. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Elisa. **Gestão da reputação: riscos, crise e imagem corporativa**. São Paulo: ABERJE, 2017.

SINGER, Paul. O uso do solo urbano na economia capitalista. In: MARICATO, Ermínio. (Org.). **A produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial**. São Paulo, Alfa-Omega. 1982.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. v. 1. 56. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Forense, 2015.