

REVISTA DA
AGU

volume 19 nº 01 - Brasília-DF, jan./mar. 2019

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da AGU	Brasília	v. 19	nº 01	p. 1-324	jan./mar. 2020
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -
CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br
© Advocacia-Geral da União - AGU - 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Renato de Lima França

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Renato de Lima França	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vlória Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor
Adriana Maia Venturini	Coordenadora-Geral de Ensino
Roberto Ribeiro dos Santos	Coordenador-Geral Administrativo em exercício

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira

Capa: Niuza Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU/ Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes
Leal. – Brasília : EAGU, 2002.
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes
Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr:2005). Altera o título para: Revista da AGU :
Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da
AGU (2008-).

Apartir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá
numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN -L 1981-2035; ISSN 2525-328x

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA

Diretor da Escola da AGU, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado da União.

VICE-EDITOR

VICTOR GUEDES TRIGUEIRO

Coordenador da Pós-graduação da Escola da AGU. Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e Mestre em Direito, Estado e Constituição, pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Processual Civil na Pós-Graduação do IDP, da Escola da Advocacia-Geral da União. Advogado da União.

EDITORAS ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros.

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

CARLA AMADO GOMES
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL)

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Leciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

JOSÉ ALEXANDRE GUIMARAES DE SOUSA PINHEIRO. (UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL)

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências

Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,
ESPANHA)

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPANHA)

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

EDSON DAMAS DA SILVEIRA
(UEA/UFRR)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
(CESUPA)

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

REGIÃO NORDESTE

MONICA TERESA COSTA SOUSA
(UFMA)

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA (UNIFOR)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA
(UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTANA
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

REGIÃO CENTRO-OESTE

**JEFFERSON CARÚS GUEDES
(AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES
GODOY (AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO
NEVES (UNB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (PUC/SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em

Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

ADELICIO MACHADO DOS SANTOS

Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Mestre em Relações Internacionais. Especialista em Psicologia Organizacional e do Trabalho; em Psicopedagogia; em Gestão Educacional; em Supervisão, Orientação e Administração Escolar; em Direito Civil; em Negócios Internacionais; e em Ecumenismo e Diálogo Inter-religioso. Bacharel em Administração, Direito, Ciência Política, Filosofia, Jornalismo e Turismo. Docente e pesquisador dos Programas “Stricto Sensu” em Desenvolvimento e Sociedade e em Educação (Uniarp).

CARINA BARBOSA GOUVEA

Pós-Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE); Doutora e Mestre em Direito pela UNESA. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE); Professora Pesquisadora I da UFRPE no Curso de Bacharelado em Administração Pública; Professora da UNIT/PE. Advogada (OAB/BA). Membro de Conselhos Editoriais e Parecerista ad hoc de diversas Revistas Científicas.

EDILSON VITORELLI DINIZ LIMA -

Universidade Presbiteriana Mackenzie - DF
Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com Estudos no Max Planck Institute for Procedural Law (Luxembourg). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor e Orientador Pedagógico na Escola Superior do Ministério Público da União. Procurador da República.

ELIDA DE CÁSSIA MAMEDE DA COSTA

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Professora Universitária na Unama e Fibra. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará(TJ/PA).

FABRICIO VEIGA COSTA

Pós-Doutor em Educação UFMG. Doutor em Direito Processual PUC/MG. Mestre em Direito Processual PUC/MG. Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna

FELIPE FERRARO

Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Empresarial e em Direito Processual Civil (PUCRS). Professor nos cursos de graduação em Direito da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS) e no Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (CESUCA). Professor em diversas instituições em nível de pós-graduação lato sensu (PUCRS, UNISINOS, UNIRITTER, FADERGS, IDC), entre outras.

GABRIEL WEBBER ZIERO

Doutor em Direito Internacional pela Universidade Roma Tre e Mestre em Direito pelo Programa em Estudos Avançados (LL.M.) em Direito Internacional Público com ênfase em Justiça, Paz e Desenvolvimento pela Universidade de Leiden (reconhecido no Brasil pela Universidade Federal de Minas Gerais). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Metodista, IPA. Professor (Lecturer) no programa de especialização (CAS) em Finanças Sustentáveis organizado pela Universidade de Zurique. Também colabora com diversas revistas acadêmicas brasileiras como pareceristas ad hoc.

LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ

Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Professora do Mestrado em Direito da UNINOVE. Professora de Direito processual civil no curso de graduação na UNINOVE/SP. Professora convidada dos cursos de Especialização em Direito processual civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Convidada do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil na FDSBC/SP. Advogada, com ênfase em Direito Processual Civil, e Ações Coletivas

MARCIA ANDREA BÜHRING

Doutora pela PUCRS. Mestre pela UFPR. Professora do PPGD UCS e Professora da FADIR-PUCRS

MÁRCIO CARVALHO FARIA

Doutor e Mestre em Direito Processual (UERJ) Professor Adjunto de Direito Processual Civil (UFJF) Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, seção Juiz de Fora (IAMG-JF) Membro integrante da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO)

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Pós-Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora titular do curso de pós-graduação strictu sensu - mestrado e doutorado - em Direito Constitucional e do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Coordenadora e professora do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá (UNICATÓLICA). Coordenadora-chefe do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário (GEPDAT).

MATEUS COSTA PEREIRA

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Unicap. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco. Integrante do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Advogado.

PEDRO RAFAEL MALVEIRA DEOCLECIANO

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Coordenador do Curso de Direito da Unicatólica de Quixadá. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor e coordenador-adjunto do curso de direito do Centro Universitário Católica de Quixadá

REGINA HELENA GOMES DA SILVA

Doutora em Direito Público pela Universidade de Rennes 1 - França. Especialista "latu sensu" em Direito Público, Anhanguera - UNIDERP. Bacharel em Ciências Jurídicas e sociais, PUC de Campinas.

RENATA CARVALHO KOBUS

Doutoranda e mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professora da Graduação do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Professora Convidada das Pós-Graduações da PUC/PR, UNICURITIBA e do LLM em Direito Empresarial da FIEP/PR. Sócia e Coordenadora de Equipe do Instituto Brasileiro de de Pesquisas Aplicadas em Prevenção e Mediação de Conflitos Empresariais - IBCEMP. Pesquisadora integrante do Núcleo de Investigações Constitucionais - NINC da UFPR. Advogada.

ROGÉRIO BORBA

Doutor em Sociologia pela UCAM. Mestre em Direito pela UniFLU. Especialista em Direito pela UCAM. Bacharel em Direito pela UCAM. Professor dos Cursos de Direito da UNESA, IBMEC e UniCarioca.

ROGÉRIO PICCINO BRAGA

Pós-doutorando no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra - PT. Doutor e Mestre em Direito Constitucional - área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR), Pós-graduado em Direito Municipal (especialização).

RUBENS BEÇAK

Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-graduação). Professor visitante da Universidade de Salamanca no curso Master em Estudos Brasileiros.

SANDRO LÚCIO DEZAN - UNICEUB

Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho - UMinho, Braga, Portugal; Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV; Professor de Direito Administrativo e Constitucional.

SERGIO TORRES TEIXEIRA

Doutor em Direito. Professor Adjunto da FDR/UFPE e UNICAP. Desembargador do TRT6. Diretor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho..

THAIS BERNARDES MAGANHINI

Doutora em Direito Difuso e Coletivo pela PUC SP. Mestre em direito pela Universidade de Marília-SP. Professora adjunta no departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia.

THAÍS CÍNTIA CÁRNIO

Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP, especialista em Banking e graduada em Administração de Empresas pelo Mackenzie, graduada em Direito e especialista em Direito Privado pela USP. Professora dos cursos de graduação e Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Mackenzie e professora convidada do curso de Pós-Graduação Lato Sensu da PUC/SP e EPD .

WAGNER WILSON DEIRÓ GUNDIM

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bolsistas CAPES. Mestre em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, tendo sido Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Anhembi Morumbi (UAM).

AUTORES

ALESSANDRA CASTRO DINIZ

PORTELA

Mestranda em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara - DHC. Advogada.

AMADA LUZ LOPES

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário do Pará. Integrante do Grupo de Pesquisa: Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos (CNPQ) Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica PIBICT (CESUPA).

ANA CAROLINA DAROS NETO

Graduada pelo Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Advogada.

CAMILA MELLO E LIMA

Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade Candido Mendes. Procuradora da Fazenda Nacional - PGFM

DANILMA MELO DA SILVA

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Bacharela em Direito pela Faculdade Sete de Setembro - FASETE. Professora da Faculdade Sete de Setembro - FASETE. Advogada.

ELCIO NACUR REZENDE

Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, Procurador da Fazenda Nacional

ERIK NOLETA KIRK PALMA LIMA

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Advogado da União, Instrutor da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU).

FLÁVIA MÖLLER DAVID ARAUJO

Doutoranda em Direito Minerário Ambiental na PUC/SP, com bolsa CAPES. Mestre em Direito Minerário Ambiental na PUC/SP, com bolsa concedida em convênio com a VALE S.A. Advoga na área de Direito Regulatório, com ênfase em Direito Minerário e Ambiental.

GABRIELA MACEDO FERREIRA

Especialista em Processo Civil pelo Jus Podivm. Juíza Federal titular da vara única da Subseção Judiciária de Barreiras

INÊS QUERUBINA CENI REIS

Mestre em Ciência Jurídica. Procuradora Federal.

JADSON CORREIA DE OLIVEIRA

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos, pelo Ius Gentium Conimbrigae - IGC/CDH, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE. Professor da Faculdade Sete de Setembro e da Universidade Católica do Salvador, Graduação e Mestrado. Advogado.

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor do Programa de Pós-Graduação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Professor Titular da Universidade da Amazônia.

LAURA FERNANDES DE LIMA LIRA

Advogada da União - AGU

LOIANE PRADO VERBICARO

Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca. Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará . Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto e Lato Sensu em Direito do Centro Universitário do Pará.

MARCELO EUGÊNIO FEITOSA ALMEIDA

Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado da União - AGU - Procurador-chefe da PU/CE

MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Graduado e Especialista em Direito Processual pela PUC-Minas. Membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UNESC. Advogado

PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO

Doutora e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

RODRIGO MEDEIROS LÓCIO

Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pós-Graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera Univerp - LFG. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Atua na área de Direito Público. Procurador Federal.

ROSALY BACHA LOPES

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

THERESA CHRISTINE DE ALBUQUERQUE NÓBREGA

Doutora e Mestre pela UFPE. Professora da UNICAP, onde atua como coordenadora da disciplina de Direito Administrativo e como assessora de Avaliação do Curso de Direito. Presidenta da Subcomissão de Direito do Terceiro Setor da OAB-PE

URÁ LOBATO MARTINS

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), linha de pesquisa: Estado e Política Pública. Mestre em Direitos Humanos pela UFPA (Linha de pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos, pertencendo ao grupo de pesquisa: Direitos Humanos e Tributação).

SUMÁRIO

Editorial.....15

AUTORA CONVIDADA

Proteção à Vulnerabilidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+
Vulnerable Groups in the Jurisprudence of the Brazilian Supreme Court: the protection of the LGBTI+ community
Patrícia Perrone Campos Mello17

ARTIGOS

A Tutela de Evidência nas Ações de Responsabilidade Civil Ambiental: uma análise dos requisitos processuais diante ao dano ambiental
The Guarantee of Evidence in Environmental Civil Liability Actions: an analysis of the requirements of the procedural requirements in respect of environmental damage
Alessandra Castro Diniz Portela
Elcio Nacur Resende.....45

A Opinião Pública e o Supremo Tribunal Federal: uma análise do habeas corpus 126.292/SP
The Public Opinion And The Federal Supreme Court: an analysis of the habeas corpus 126.92/SP
Amada Luz Lopes
Loiane Prado Verbicaro.....67

O (Nem Tão) Novo Processo de Execução Civil no Brasil e o Sistema Italiano: o descolamento entre os dois modelos?
The (Not So) New Procedure of Civil Enforcement in Brazil and the Italian System: separation between the two models?
Erik Noleta Kirk Palma Lima.....93

Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos no Novo Código de Processo Civil: breves reflexões sobre possíveis inconstitucionalidades
Extraordinary and Special Repeated Appeals in the New Civil Procedure Code: brief reflections over possible unconstitutionality
Flávia Möller David Araujo109

A Coisa Julgada e o Código de Processo Civil de 2015 <i>Res Judicata and the Civil Procedure Code of 2015</i> Gabriela Macedo Ferreira Camilla Mello e Lima	129
O Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia: seu papel como agente concretizador do direito da União Europeia <i>The Advocate General of the European Union Court of Justice: his role as an enabling agent of the European Union Law</i> Inês Querubina Ceni Reis	157
A Função dos Tribunais no Estado Constitucional Contemporâneo à Luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann <i>The Courts Function in the Contemporary Constitutional State From Niklas Luhmann System Theory</i> Jadson Correia de Oliveira Danilma Melo da Silva	181
Retroatividade e Acordo de Leniência: a solução consensual da Lei Anticorrupção no tempo <i>Retroactivity and Leniency clause: the consensual solution of Anti-corruption Law in time</i> Marcelo Eugênio Feitosa Almeida Laura Fernandes de Lima Lira	201
O Princípio da Cooperação e a Atividade da Advocacia-Geral da União (AGU) <i>The Principle of Cooperation and the Activity of the Brazilian General Union Law (AGU)</i> Maurício da Cunha Savino Filó Ana Carolina Daros Neto	225
Da Coisa Julgada Inconstitucional e a Possibilidade de Flexibilização: uma colisão entre a segurança jurídica e os demais princípios constitucionais <i>The Unconstitutional Judged Thing and the Possibility of Flexibilization: the collision between legal security and other constitutional principles</i> Rodrigo Medeiros Lócio	245
A Constitucionalidade das Ações Afirmativas à Luz dos Princípios da Justiça Distributiva de Rawls e do Princípio da Igualdade de Recurso de Dworkin <i>The Constitutionality of Affirmative Action in the Light of the Principles of Distributive Justice of Rawls and the Principle of Equality of Feature of Dworkin</i> Rosaly Bacha Lopes José Claudio Monteiro de Brito Filho	261

A Regulação da Saúde no Brasil: o controle externo do Tribunal de Contas da União nas Unidades do SUS geridas por instituições privadas
The Regulation of Health in Brazil: the external control of the Federal Audit Court in SUS units managed by private institutions
Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega281

Limite de Gastos Municipais e Responsabilidade Fiscal: novos parâmetros estabelecidos pela lei complementar n. 164/2018
Limit of Municipal Expenditure and Fiscal Responsibility: new parameters established by complementary law n. 164/2018
Urá Lobato Martins305

EDITORIAL

Caríssimos leitores,

A Revista da AGU inicia mais um ano com o objetivo de oferecer à comunidade acadêmica uma produção científica de excelência. Para tanto, continuamos a seguir rigorosos critérios de seleção dos artigos publicados, dando-se sempre preferência à produção acadêmica de pesquisadores experientes, de diversas regiões, retratando assim a diversidade intelectual que um país de dimensões continentais como o Brasil oferece. Como de costume, convocamos os nossos leitores a produzirem artigos científicos em língua estrangeira, e àqueles que estejam em períodos de estudo no exterior, que produzam artigos em co-autoria com seus professores e submetam os trabalhos por meio do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER - <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU>. Convidamos, também, pesquisadores estrangeiros a submeterem seus trabalhos à Revista da AGU. A excelência na qualificação da Revista passa pelo aprofundamento do seu grau de internacionalização.

Na presente edição, convidamos Patricia Perrone Campos Mello, Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Direito do UniCeub. Seu artigo oferece interessante reflexão histórica sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na proteção da população LGBT+, através da análise de alguns casos paradigmáticos que avançaram no reconhecimento da vulnerabilidade desse grupo, e em consequência, na sua proteção.

Na sequência, 13 artigos apresentam as suas reflexões sobre temas que transitam por diversas áreas do Direito. Ferramenta essencial para o trabalho do advogado, o Direito Processual Civil está em transformação, e após a publicação do Código de Processo Civil de 2015, a produção acadêmica na área tem crescido de forma consistente. Nesta edição, oferecemos artigos que abordam: i) a tutela de evidência em matéria ambiental; ii) o novo processo executivo; iii) eventuais inconstitucionalidades no sistema de os recursos especiais e extraordinários repetitivos, e; iv) coisa julgada e a análise quanto à eventual inconstitucionalidade.

A estudo sobre o comportamento dos Tribunais, em especial da Suprema Corte Brasileira está sempre presente. Nesta edição, além do artigo da Professora Patricia Perrone, já mencionado, outros dedicam-

se ao tema, quais sejam: i) a opinião pública e o Supremo Tribunal Federal: uma análise do HC 126.92; ii) a função dos tribunais no Estado Constitucional Contemporâneo à luz da Teoria dos sistema de Niklas Luhmann; iii) constitucionalidade das ações afirmativas à luz das teorias de Rawls e Dworkin.

Por fim, reflexões acerca: i) dos Tribunais Internacionais como agentes concretizadores do direito na Comunidade Europeia, ii) dos acordos de leniência; iii) do princípio da cooperação na atividade da Advocacia-Geral da União; iv) da Regulação da saúde no Brasil, e; v) dos limites de gastos municipais e responsabilidade fiscal, fecham a edição.

A direção da Escola da AGU agradece a todos envolvidos no processo editorial da Revista e parabeniza os autores pelos excelentes artigos publicados. Convidamos o leitor a apreciar os trabalhos científicos oferecidos, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

A Direção

RECEBIDO EM: 01/12/2019

APROVADO EM: 14/12/2019

PROTEÇÃO À VULNERABILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL: A DEFESA DA POPULAÇÃO LGBTI+

VULNERABLE GROUPS IN THE JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT: THE PROTECTION OF THE LGBTI+ COMMUNITY

Patrícia Perrone Campos Mello

Doutora e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

*Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário
de Brasília (UnICEUB). Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.*

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Grupos Vulneráveis E Minoritários; . Jurisdição Constitucional E Standards Especiais De Proteção; 3. A Tutela Da População Lgbti+ Na Jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal; 3.1. Reconhecimento Das Uniões Homoafetivas (Adi 4277 E Adpf 132);

¹ O presente artigo se vincula ao grupo de pesquisa “Cortes Constitucionais e Democracia”, do Programa de Doutorado e Mestrado da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UnICEUB. Uma versão resumida dele foi objeto de apresentação perante o Seminário Internacional “Desafíos Democráticos y Derechos Humanos en Contextos de Diversidad Cultural” da Universidad Autónoma de Chile, em julho de 2019.

3.2 Equiparação Entre Regimes Sucessórios De Cônjuges E Companheiros Do Mesmo Sexo (Re 646.721); 3.3 Direito Das Pessoas Transgênero À Alteração De Prenome No Assento De Nascimento (Adi 4275); 3.4 Criminalização Da Homofobia E Da Transfobia (Ado 26 E Mi 4733); 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de examinar o comportamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil na tutela de grupos minoritários e vulneráveis, notadamente no que respeita à população LGBTI+. Pretende-se demonstrar que, por se tratar de grupo especialmente sujeito à discriminação e à violência, que não logra ter seus interesses tutelados no âmbito da política majoritária, o STF reconheceu-se como *locus* especial e qualificado para a sua proteção. Com esse propósito o artigo examina: (i) os conceitos de grupos minoritários e vulneráveis; (ii) o papel desempenhado pela jurisdição constitucional na sua defesa; e (iii) os casos paradigmáticos decididos pelo STF em favor da população LGBTI+ durante a vigência da Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Grupos vulneráveis. Grupos minoritários. População LGBTI+. Precedentes. Direitos Fundamentais. Democracia Constitucional.

ABSTRACT: This paper aims to examine the behavior adopted by the Brazilian Supreme Court in the protection of minority and vulnerable groups, notably with respect to the LGBTI+ community. It demonstrates that because it is a group especially subject to discrimination and violence, which does not manage to have its interests protected in the majoritarian instances, the Court has recognized itself as a qualified *locus* for the protection of its members. For this purpose, the article examines: (i) the concepts of minority and vulnerable groups; (ii) the role played by constitutional jurisdiction the defense of the LGBTI+ people; and (iii) the leading cases decided by the Court concerning this group, under de 1988 Constitution.

KEYWORDS: Vulnerable groups. Minority groups. LGBTI+ community. Precedents. Fundamental rights. Constitutional democracy.

INTRODUÇÃO

O Brasil é o país que mais mata transexuais e homossexuais no mundo em números absolutos, conforme ranking da Transgender Europe². E não é improvável que tais números estejam subdimensionados, tendo em vista a escassez de dados sobre o tema. De acordo com a Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA, estima-se que transexuais e travestis têm expectativa média de vida em torno de 30 (trinta) anos, no Brasil, contra os 75 (setenta e cinco) anos de expectativa média de um brasileiro³. A despeito disso, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexuais e demais grupos – designados, em seu conjunto, população LGBTI+⁴ – enfrentam enorme dificuldade de reconhecimento de seus direitos no Congresso Nacional, onde políticas públicas e projetos de lei que têm por objeto a sua proteção simplesmente não avançam⁵.

O presente trabalho tem o objetivo de examinar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (“STF” ou “Tribunal”) na defesa da população LGBTI+. Pretende-se demonstrar que o Tribunal, durante a vigência da Constituição de 1988, desenvolveu um comportamento especialmente protetivo com relação a esse grupo, assumindo a tarefa de concretizar direitos que não estavam encontrando acolhida no espaço da política majoritária.

O artigo seguirá o seguinte roteiro. Na primeira e na segunda seção, abordará brevemente o conceito de grupos vulneráveis e de minorias, demonstrando que se trata de categoria que autoriza um comportamento mais protetivo e ativista por parte dos tribunais. Na terceira seção, apresentará um panorama geral do ordenamento jurídico brasileiro na matéria. Na quarta seção, desenvolverá um estudo de casos, com o propósito de examinar os principais julgados do Supremo Tribunal Federal neste tema, demonstrando como o Tribunal vem progressivamente avançando na defesa da população LGBTI+.

-
- 2 O estudo a que se alude traz números sobre homicídios de “trans and gender-diverse people” a partir do ano de 2008. V. TGEU – Transgender Europe (2017).
 - 3 V. Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017, jan. 2018. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em 3 dez. 2019.
 - 4 O símbolo + tem o propósito de referenciar todas as expressões de identidade, sexualidade e/ou gênero não abrangidas explicitamente na sigla LGBTI. V. Gaylatino e Aliança Nacional LGBTI (2017).
 - 5 Cf., a título ilustrativo, o Projeto de Lei 7562/2014, que define os crimes de ódio e intolerância; o Projeto de Lei 7292/2017, que prevê o LGTBcídio; e o Projeto de Lei 5002/2013, que dispõe sobre o direito à identidade de gênero.

1 GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORITÁRIOS

A *vulnerabilidade* é uma condição presente em todas as pessoas. A fragilidade, a finitude, a destrutibilidade são traços comuns aos seres humanos. Todos podem sofrer violações. Todos morrerão um dia (MARINO MENÉNDEZ, 2001, p. 19). Há, contudo, grupos de pessoas que ostentam uma condição de maior debilidade e de menor capacidade de autodefesa diante de tais vulnerações. Trata-se de grupos que, de modo geral, destoam do padrão – étnico, racial, cultural, sexual, religioso, social ou econômico – dominante em uma sociedade e que, em virtude disso, são especialmente estigmatizados (MARTÍN RODRIGUEZ, 2015, pp. 517-534).

Nesses termos, quando se alude a grupos vulneráveis, pretende-se aludir a coletividades compostas por pessoas que encontram obstáculos sociais e jurídicos, *graves e específicos*, que as impedem de ostentar igualdade de direitos com os demais membros de uma comunidade; pessoas que, de modo geral, têm seus direitos sistemática e historicamente desrespeitados; que têm dificuldade de se fazer representar nas instâncias majoritárias e de ter voz no espaço público. Justamente por apresentarem uma especial condição de vulnerabilidade, demandam o desenvolvimento de *técnicas jurídicas específicas*, orientadas a restringir a sua submissão à dominação, exploração, discriminação e exclusão e a assegurar a sua dignidade, autonomia e igualdade (MARINO MENÉNDEZ, 2001, p. 21).

É com esse sentido que se aludirá a grupos vulneráveis ou minoritários neste trabalho. Não se desconhece que alguns autores diferenciam os dois termos. Tampouco se ignora a enorme controvérsia existente sobre o conceito de minoria e a multiplicidade de definições que ele suscita (PÉREZ DE MADRID, 2004, pp. 28-36). Sem prejuízo disso, adota-se aqui o conceito de minoria para aludir a todo e qualquer grupo de pessoas que, *independentemente de ser mais ou menos numeroso*, encontra-se em *posição de sujeição* na sociedade. Alude-se, nessa medida, a cidadãos que não chegam a fruir dos mesmos direitos que os demais, em condições de *igualdade*, por possuírem uma identidade distinta daquela que é a identidade dominante e, eventualmente, por desejarem preservar seu *direito à diferença*.

Partimos, portanto, de um conceito não quantitativo de minoria, que na prática e para os fins presentes, a equipara a grupo vulnerável. A razão de ser desta escolha está em que, de modo geral, os mesmos fundamentos que justificam a proteção de grupos vulneráveis justificam igualmente a proteção de grupos minoritários, independentemente de considerações quantitativas, a saber: a preservação da dignidade, da igualdade e do direito

à diferença, em uma sociedade democrática, plural e inclusiva (FAUNDES, 2019; FAUNDES, 2015).

Para os fins do presente trabalho, portanto, consideramos grupos vulneráveis ou minoritários as coletividades de indivíduos que reúnem as seguintes condições: (i) destoam do padrão social dominante e, em razão disso, são estigmatizados; (ii) detêm um *status* inferior ao *status* dos demais cidadãos no que respeita ao exercício de seus direitos, sendo alvo de práticas discriminatórias; (iii) têm dificuldade de acesso e de acolhimento de seus pleitos junto à política majoritária; (iv) em razão de tais circunstâncias, demandam do Estado o desenvolvimento de técnicas de proteção específicas para promover a sua defesa e assegurar a sua igualdade material⁶.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E STANDARDS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO

Em uma democracia, espera-se que a política majoritária seja o espaço principal em que é travada a luta por direitos. É, portanto, no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, compostos por representantes eleitos pelo voto popular, que os cidadãos podem e devem buscar o reconhecimento de seus interesses. A democracia está intimamente relacionada à ideia de soberania popular e de autogoverno e, por conseguinte, de que todos participem da produção das leis que regerão a comunidade, diretamente ou através de seus representantes.

A democracia, contudo, não se reduz ao princípio majoritário. Para que se tenha verdadeiramente uma democracia, não basta assegurar a prevalência da vontade de determinada maioria. É preciso assegurar, igualmente, que o conjunto mais amplo de pessoas possa participar do processo de formação de tal vontade majoritária (MÜLLER, 2003, pp. 47-90). Nessa medida, o respeito a direitos fundamentais constitui uma pré-condição para a própria existência do processo democrático. Onde não há direitos políticos iguais para todos os cidadãos, livre circulação da informação ou liberdade de expressão, não haverá democracia ainda que se respeite um processo de deliberação majoritária (ELY, 1980, pp. 73-183). A democracia pressupõe a inclusão do número mais amplo de pessoas e a possibilidade de que todas elas exerçam influência sobre o processo decisório em igualdade de condições. Há, portanto, uma relação

6 Para a relação entre igualdade material, redistribuição e reconhecimento de grupos minoritários, v. Honneth (1997); Honneth (2006); Sarmento (2016).

de implicação recíproca entre democracia e direitos fundamentais (NINO, 2003; DWORKIN, 2003; DWORKIN, 2000)⁷.

Por isso e, ainda, porque os direitos fundamentais representam um mínimo ético sem o qual se nega a própria dignidade e humanidade dos sujeitos, entende-se que tais direitos devem ser protegidos inclusive contra maiorias transitórias, uma vez que nem mesmo essas maiorias podem sacrificá-los. É justamente esse critério que orienta o entricheiramento de determinados direitos por meio de normas constitucionais. A rigidez da constituição impõe a necessidade de maiorias especialmente qualificadas para a aprovação de emendas e sujeita eventuais normas limitadoras de direitos fundamentais ou do adequado funcionamento do processo democrático ao controle de constitucionalidade.

A jurisdição constitucional é, nesses termos, um instrumento de tutela de direitos fundamentais e, portanto, também da democracia. É justamente em virtude de tais argumentos que uma corte constitucional pode proferir decisões contramajoritárias, que invalidam deliberações dos representantes do povo, sem que se lhes possa imputar a pecha de antidemocráticas. Isso porque, ao protegerem direitos fundamentais e o adequado funcionamento do processo democrático, as Cortes agem na defesa das condições para a existência da democracia. O debate sobre os limites do exercício de tal jurisdição constitucional e de quão deferente ou, ao contrário, ativista deve ser uma Corte não apresenta respostas unívocas e extrapola o objeto do presente trabalho.

Defende-se, contudo, que, no que respeita a grupos vulneráveis e minoritários, as cortes constitucionais e supremas cortes podem e devem funcionar com base em um standard mais ativista e, portanto, com menor deferência às deliberações majoritárias. É que esses grupos têm, por definição, menor acesso e menor voz no âmbito das instâncias representativas. Não conseguem ter seus direitos reconhecidos. São estigmatizados e tratados em condições de desigualdade comparadamente aos demais cidadãos. Dependem, portanto, da jurisdição constitucional como principal e, às vezes, como único canal de acesso institucional, para ter seus pleitos ouvidos e para buscar uma inclusão que é pré-condição para sua participação na vida democrática. Nessa medida, cortes constitucionais e supremas cortes são agentes essenciais para a proteção de tais grupos

7 As perspectivas dos autores referenciados nesse parágrafo não são idênticas, mas são complementares para a compreensão da relação de implicação recíproca entre direitos fundamentais e democracia, abrangendo aspectos procedimentais, substanciais e deliberativos de tal relação.

e devem buscar *técnicas especiais de proteção* para seus direitos (SOUZA NETO, 2014; BARROSO, 2018, pp. 2171-2228).

A pergunta que se coloca neste trabalho é em que medida tais reflexões são aplicáveis ao Supremo Tribunal Federal, ou, ainda, e se o Tribunal efetivamente desempenha tal função protetiva, no que respeita à população LGBTI+, nos moldes descritos acima.

3 A TUTELA DA POPULAÇÃO LGBTI+ NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição de 1988 foi a Carta que operou a transição do Brasil, após dezenas de anos de ditadura, para um regime democrático (BARROSO, 2018; MELLO, 2018, pp. 95-118). Trata-se de um texto longo e analítico, integrado por mais de duzentos dispositivos, que constitucionalizou um universo amplíssimo de matérias e teve a preocupação de contemplar os direitos dos mais distintos grupos que compunham a sociedade brasileira (BARROSO, 2019a, pp. 418-420; SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, pp. 155-182). No que respeita especificamente à população LGBTI+, dois conjuntos de dispositivos são relevantes para compreender a tutela que lhe seria outorgada ao longo da vigência da Constituição.

Em primeiro lugar, a Constituição de 1988 contemplou normas de ordem geral que afirmaram: que a dignidade da pessoa humana é o fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF); que constitui objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, CF); que a todos é assegurada a liberdade, a igualdade (art. 5º, CF), a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, CF); que a lei punirá toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XLI, CF); e que os direitos previstos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados de que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º, CF).

Em segundo lugar, a Constituição estabeleceu uma série de dispositivos que reconheceram a família como um *locus* essencial de proteção pelo Estado, por ter reconhecido tratar-se de uma instituição fundamental para o desenvolvimento do indivíduo e para a sua plena realização. Nessa medida, a Constituição previu o reconhecimento de novas formas de família, diversas daquelas constituídas por meio do casamento, tais como a união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º, CF). Atribuiu, ainda, a tais entidades o dever de assegurar, com

absoluta prioridade, o desenvolvimento das crianças e jovens (art. 227, CF). Como se verá ao longo deste trabalho, esses dispositivos constituíram a base para a tutela da população LGBTI+ nos anos que se seguiram.

Por outro lado, o comportamento judicial apresentado pelo STF, na implementação da Constituição de 1988, pode ser dividido em, ao menos, dois grandes momentos: (i) um primeiro momento de autocontenção (entre 1988 e 2000); e (ii) um segundo momento de expansão (a partir de 2000) (MELLO, 2018, pp. 95-118; ARGUELHES, 2015). A fase autocontida corresponde aos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 e é explicada por alguns fatores. O STF pós-Constituição de 1988 se compunha por Ministros que foram nomeados durante a ditadura. Em razão de suas próprias contingências históricas, não se tratava de uma corte com tradição de implementação de direitos (BARROSO, p. 24). Além disso, a educação e a compreensão do papel do juiz, à época, eram mais formalistas e expressavam uma visão mais tradicional do dogma da separação dos poderes.

Não bastasse isso, o primeiro momento de vigência da Constituição coincidiu com a transição para a democracia, oportunidade em que havia uma especial preocupação em não produzir decisões que pudessem desestabilizar o ambiente público e comprometer a consolidação do regime democrático (ARGUELHES, 2015, pp. 211-244). A própria apreciação de demandas sobre direitos fundamentais – em especial aqueles violados durante o regime militar – inspirava cautela. Não surpreende, portanto, que os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 sejam relativamente pobres nesse tema (MELLO, 2018, pp. 95-118).

A situação começa a se alterar a partir dos anos 2000 (MELLO, 2018, pp. 95-118). Passados doze anos de vigência da Constituição, a democracia se encontrava razoavelmente consolidada⁸. Entre 1988 e 2002, 82% da composição do Tribunal se alterou. Nove ministros (de onze) foram substituídos⁹. No final de 2006, o STF havia passado por uma renovação de 100% dos seus membros¹⁰. Os novos ministros trouxeram consigo uma nova visão do direito e do papel do intérprete, que se expressou,

8 O Brasil já havia passado pelo impeachment de um Presidente da República (por corrupção) e por múltiplos planos econômicos voltados à estabilização de um regime inflacionário gravíssimo, com uma preservação do funcionamento das instituições democráticas (VILHENA VIERA, 2002).

9 Permaneceram os Ministros Moreira Alves e Sidney Sanches (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

10 V. Linha sucessória dos Ministros (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

no plano dogmático, pela consolidação da doutrina da efetividade e do neoconstitucionalismo.

A doutrina da efetividade prega a ideia de que todas as normas constitucionais são normas e, como tais, podem ter seu cumprimento exigido perante o Judiciário. Pode parecer curioso, mas houve um tempo, durante o regime autoritário, em que parte das normas constitucionais era compreendida como meramente programática e, portanto, apenas indicativas de um estado ideal de coisas, não podendo ser exigidas em juízo. A doutrina da efetividade rompe com esse entendimento (BARROSO, 1994; MELLO, 2019).

O neoconstitucionalismo, a seu turno, corresponde a um conjunto inconcluso de ideias, que prega o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, abrangendo: (i) a atribuição de normatividade aos princípios constitucionais e aos conceitos jurídicos indeterminados; (ii) o recurso a teorias da argumentação; e (iii) a defesa de um novo papel para o juiz na construção do direito¹¹. O reconhecimento de que também os princípios e conceitos indeterminados são normas e o desenvolvimento de teorias argumentativas permitiu que os direitos de diversos grupos, previstos de forma genérica na Constituição, deixassem de ser meras disposições no papel e, por meio de decisões judiciais, tivessem seu alcance afirmado em situações concretas (BARROSO, 2009a, pp. 306-350; MELLO, 2019).

Essas ideias pressupunham e reforçavam uma nova compreensão do papel do juiz, não só como aplicador do direito, mas como cocriador e desenvolvedor do seu conteúdo. Foi precisamente nessa segunda fase que decisões importantes foram tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, no que respeita à tutela da população LGBTI+. Passa-se, a seguir, ao exame de quatro casos paradigmáticos apreciados pela Corte a respeito da matéria, a saber: (i) o julgado que reconheceu as uniões homoafetivas entre pessoas do mesmo sexo; (ii) a decisão que assegurou aos parceiros homoafetivos o mesmo regime sucessório dos cônjuges; (iii) o acórdão que determinou o direito de transgêneros à alteração do prenome nos assentos de nascimento; e, por fim, (iv) a decisão que criminalizou a homofobia e a transfobia. O exame é desenvolvido com base no voto proferido pelos relatores ou pelos redatores para cada acórdão, bem como na ementa do julgado e na tese firmada pela maioria (desde que existente)¹².

11 Esse conjunto de ideias recorre a diversos autores, como: Alexy (2001, pp. 179-201); Klatt (2005, pp. 1-26); Maccormick (2008, pp. 1-64).

12 No STF, sobretudo em casos relevantes, os onze ministros que compõem a Corte apresentam declaração de voto. Um acórdão de um caso paradigmático geralmente soma centenas de páginas, o que dificulta

3.1 RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS (ADI 4277 E ADPF 132)

O debate sobre o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta. No Brasil, os casais podem submeter-se essencialmente a dois regimes jurídicos: o casamento e as uniões estáveis. O regime do casamento aplicava-se às pessoas que voluntariamente decidiram casar-se. A união estável aplicava-se aos casais que detinham relações estáveis, à semelhança de um casamento, mas que, por qualquer razão, não chegaram a oficializar a relação. A tutela às uniões estáveis tinha um duplo propósito. Buscava proteger a mulher, no caso das uniões não oficializadas, a fim de assegurar-lhes direitos em caso de separação e falecimento do companheiro. E procurava assegurar a família como *locus* essencial à plena realização de todas as pessoas e, em especial, das crianças geradas por tais casais. A Constituição previu, ainda, que a lei deveria facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento. Confira-se o teor do dispositivo constitucional:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

.....
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ocorre que a literalidade do dispositivo constitucional e do art. 1723 do Código Civil, que o reproduziu, contemplavam o reconhecimento apenas de uniões estáveis “entre o homem e a mulher”. Por essa razão, casais de mesmo sexo não gozavam da mesma proteção e, eventualmente, parceiros que viveram por toda uma vida e que construíram patrimônio

a análise das razões comuns que conduziram a maioria do Tribunal a adotar determinada conclusão. Nessas circunstâncias, optou-se por adotar o voto do relator ou do redator para o acórdão (quando o relator fica vencido) como o ponto de partida para compreender as razões acolhidas pela maioria. Em alguma medida, o relator escreve em nome próprio e fala por si. Pode, por isso, expressar alguns argumentos que não tiveram a adesão dos demais. Entretanto, produz uma ementa do julgado, que, como regra, expressa a síntese do entendimento da Corte. Atualmente, explícita, ainda, uma tese, que equivale à razão de decidir da maioria. Assim, o exame dos casos acima, com base no voto do relator ou do redator para o acórdão, e com ênfase nos elementos destacados na ementa e/ou na tese firmada pelo Tribunal (sempre que existente), permite retratar o entendimento do STF, sem tornar a presente narrativa exaustivamente analítica. Para um exame crítico do modo agregativo e em série de decidir do STF, v. Mello (2015, pp. 198-214).

juntos, em um momento de ruptura ou de falecimento, se viam desassistidos e desprovidos de direitos. Atentas a essa realidade, as cortes passaram a reconhecer, no caso das uniões homoafetivas, a existência de “sociedades de fato”, equiparando-as a pessoas jurídicas não formalizadas perante os órgãos estatais, com vistas a garantir a divisão de patrimônio em caso de separação. Entretanto, tais decisões não solucionavam problemas relacionados à prole e à sucessão em famílias de casais do mesmo sexo.

Então, duas ações diretas chegaram ao Supremo Tribunal Federal. As ações ponderavam que, muito embora a Constituição falasse em uniões estáveis como uniões entre “homem e mulher”, era possível extrair de outros dispositivos constitucionais a vedação ao tratamento discriminatório com base na orientação sexual, razão pela qual uma interpretação sistemática da Constituição implicava a extensão da proteção das uniões estáveis, previstas no art. 226, CF, também aos casais homoafetivos. Com base nesse argumento, postulou-se ao STF que conferisse interpretação conforme à Constituição ao Código Civil, para explicitar o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo¹³.

O pedido, de certa forma, contrariava o teor literal do texto constitucional. Entretanto, ao examinar a questão, o Supremo Tribunal Federal assentou que a vedação à discriminação em razão do sexo (art. 3º, IV, CF) alcança não apenas a dicotomia homem/mulher, mas também a discriminação em razão da orientação sexual. Observou, ainda, que tal orientação sexual é uma emanção da dignidade humana, integrando o direito de cada indivíduo à liberdade, à intimidade e à vida privada. Ponderou que a Constituição, ao tratar da família, pretendeu contemplar a proteção de toda e qualquer entidade familiar que desempenhasse o papel de *locus* de desenvolvimento do afeto e de realização das pessoas. Assinalou que, ao mencionar as uniões estáveis entre homem e mulher, a Constituição tinha por propósito ampliar a proteção às mulheres companheiras, e não excluir a proteção aos casais homoafetivos. Tal comando, cuja literalidade era subinclusiva, deveria ser interpretado à luz dos demais dispositivos, que vedavam a discriminação em razão da orientação sexual. Por fim, o Tribunal observou que não se proíbe nada a ninguém, senão em razão da proteção de um interesse legítimo de outrem, e que não era possível

13 BRASIL. ADI 4277, rel. Min. Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 03 de março de 2019; BRASIL. ADPF 132, rel. Min Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 03 de março de 2019.

falar em um direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos.

Com base nesses fundamentos, a Corte julgou procedente o pedido, reconheceu as uniões estáveis homoafetivas e afirmou seu direito ao mesmo tratamento conferido às uniões estáveis heteroafetivas. Posteriormente, resolução do Conselho Nacional de Justiça, tendo por base a decisão do STF, regulamentou o direito dos casais de pessoas do mesmo sexo ao casamento civil¹⁴. A decisão é considerada um dos julgados mais importantes da história do STF, é extensamente comentada pela doutrina e deu origem a uma linha de precedentes da Corte sobre a tutela das pessoas LGBTI+, como esse artigo demonstrará¹⁵.

3.2 EQUIPARAÇÃO ENTRE REGIMES SUCESSÓRIOS DE CÔNJUGES E COMPANHEIROS DO MESMO SEXO (RE 646.721)

Nesse novo caso, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a examinar a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, que outorgava direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro¹⁶. No caso concreto, o recorrente vivera em união estável homoafetiva por 40 anos com seu companheiro, até que o último faleceu sem deixar testamento. O falecido não tinha descendentes, mas tinha uma mãe. O Tribunal de origem atribuiu ao companheiro apenas 1/3 dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável e determinou que os demais bens seriam recebidos integralmente pela mãe. Entretanto, se o casal fosse casado (o que não era possível ainda, à época dos fatos), o companheiro faria jus a 50% dos bens¹⁷.

Na hipótese, o Supremo Tribunal Federal observou que, no passado, a família era protegida como ente autônomo, e não como ambiente de desenvolvimento dos indivíduos. Entretanto, durante a segunda metade do século XX, operou-se uma gradual transformação na compreensão do significado da família na sociedade brasileira, com o reconhecimento de múltiplos modelos de entidade familiar não constituídos pelo casamento, e sim pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum. Assim, o pluralismo das relações familiares se sobrepôs à rigidez da família

14 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013.

15 V., nesse sentido: Sarmiento (2008, pp. 619-660); Barroso (2008, pp. 661-695); Raupp Rios (2008, pp. 695-720); Berkman (2013, pp. 329-338); Ribeiro de Medeiros (2015, pp. 227-239).

16 BRASIL. Código Civil. Artigo 1.790.

17 BRASIL. RE 646.721, red. p/ o acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 10 maio 2017. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>>. Acesso em: 03 de março de 2019.

matrimonial. Sensível a essa evolução, a Constituição de 1988 contemplou uma multiplicidade de entidades familiares e rompeu com o tratamento convencional dado ao instituto.

Não bastasse isso e quanto às uniões homoafetivas, o próprio STF já havia reconhecido a ausência de hierarquia entre os distintos tipos de família, bem como a impossibilidade de aplicar às uniões homoafetivas regime jurídico distinto daquele aplicável às uniões heteroafetivas¹⁸. Assim e na mesma linha do que já havia sido decidido para companheiros heteroafetivos, era ilegítimo atribuir ao companheiro homoafetivo direitos sucessórios distintos daqueles reconhecidos ao cônjuge¹⁹. Tal como já assentado no precedente, o tratamento discriminatório, na hipótese, conflita com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com o direito à igualdade e com o princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proteção deficiente, porque implica tratamento desigual a um grupo especialmente estigmatizado, que o direito tem o dever de proteger.

Não bastasse o exposto, o Tribunal observou que, antes da edição do novo Código Civil, em 2002, o tratamento sucessório dado a cônjuges e companheiros era quase idêntico, contemplando menos distinções que aquele previsto pelo novo Código Civil. Tal previsão e o impacto diferenciado que ela produzia sobre os casais homoafetivos (que até recentemente não podiam optar pelo casamento à luz do ordenamento jurídico brasileiro) implicava, ainda, em violação ao princípio da vedação ao retrocesso social porque implicava em redução das garantias sucessórias de um grupo especialmente minoritário e vulnerável.

O STF concluiu, então, pela inconstitucionalidade do tratamento sucessório diferenciado entre cônjuges e companheiros, previsto no art. 1790, CC, e, em razão disso, equiparou os direitos titulados por ambos, dando provimento ao recurso extraordinário interposto pelo companheiro homoafetivo.

18 BRASIL. ADI 4277, rel. Min. Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6286335>>. Acesso em: 03 de março de 2019; BRASIL. ADPF 132, rel. Min Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6286333>>. Acesso em: 03 de março de 2019.

19 O Supremo Tribunal Federal equiparou os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros heterossexuais, de forma que o julgado referido acima apenas estendeu o mesmo tratamento às uniões entre pessoas de mesmo sexo. V. BRASIL. RE 878.694, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10 maio de 2017. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 09 de novembro de 2019.

3.3 DIREITO DAS PESSOAS TRANSGÊNERO À ALTERAÇÃO DE PRENOME NO ASSENTO DE NASCIMENTO (ADI 4275)

Em uma nova oportunidade, o Procurador-Geral da República propôs ação direta de inconstitucionalidade, postulando a interpretação conforme à Constituição do dispositivo da Lei de Registro Público brasileira, que veda a alteração do prenome nos assentos de nascimento, ressalvada sua substituição por apelidos públicos notórios (art. 58 da Lei 6.015/1973)²⁰. O requerente pediu à Corte que reconhecesse a possibilidade de alteração do nome de transgêneros no Registro Civil, de forma a ajustar seu prenome à sua identidade de gênero²¹.

A questão tinha relevância ímpar. A disparidade entre a apresentação social dos transgêneros e o nome constante dos seus documentos era fonte de constrangimentos tais, que, na prática, lhes dificultava o acesso a direitos básicos como: educação, tratamento de saúde no sistema público, exercício do direito de voto e obtenção de emprego. A circunstância favorecia reprovações, deboches, situações de escárnio e ofensas, produzindo um reforço do enorme estigma já sofrido por tais pessoas. Possibilitar que os assentos de nascimento de transgêneros fossem convergentes com a sua forma de apresentação significava conferir-lhes uma nova cidadania, viabilizar o exercício de direitos básicos e minimizar a sua exposição.

O debate travado no Tribunal teve, ainda, uma importância pedagógica para o esclarecimento do significado da homossexualidade e da transexualidade para o público em geral. A decisão explicitou que, enquanto, no caso da homossexualidade, estava em questão a orientação sexual da pessoa, relacionada ao direcionamento do seu desejo a pessoas do mesmo sexo; na transexualidade estava em questão a própria identidade de gênero: pessoas transexuais se identificam como pertencentes ao sexo oposto àquele de seu sexo biológico. Esclareceu-se, ainda, que a identidade de gênero, tanto quanto a orientação sexual, é uma manifestação da própria personalidade, pertinente a uma vivência interna e subjetiva de cada pessoa, sobre a qual não pode haver interferência do Estado, salvo para promover-lhe o reconhecimento de tal identidade. Qualquer outra medida implicaria violação à dignidade de tais pessoas, ao direito à intimidade, à privacidade, à honra e à liberdade, assegurados pela Constituição.

20 BRASIL. Lei 6.015, de 1973. Artigo 58.

21 BRASIL. ADI 4275, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, j. 01 mar. 2018. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 07 de março de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 03 de março de 2019.

Com base nesses fundamentos, o Supremo reconheceu o direito dos transgêneros à alteração do prenome. O acórdão recorreu, ainda, ao dispositivo da Constituição que determinou que os direitos nela previstos não excluem outros decorrentes dos tratados de que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º, CF). Com base nele, invocou, complementarmente às normas constitucionais, os Princípios de Yogyakarta, diversas normas de direito internacional dos direitos humanos, bem como o Pacto de São José da Costa Rica. Tratou, ainda, de opinião consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que assentou que tanto a orientação sexual quanto a identidade de gênero são categorias protegidas pela Convenção, que vedam a discriminação com base na orientação sexual ou na expressão de gênero da pessoa²².

Ao final, julgou a ação procedente para conferir à Lei de Registros Públicos interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejassem, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais, o direito à substituição do prenome e do sexo em seus assentos de nascimento perante o Registro Civil.

3.4 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA (ADO 26 E MI 4733)

Todavia, o caso mais emblemático e polêmico envolvendo a proteção da população LGBTI+ foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal no princípio de 2019. Tratava-se de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão e de um mandado de injunção. Nessas ações se afirmava que o Congresso Nacional tinha o dever de criminalizar condutas ofensivas e estigmatizantes, direcionadas contra homossexuais e transexuais, com base nos art. 5º, XLI e XLII, CF. Apesar de tais previsões constitucionais e dos alarmantes índices de violência contra tal grupo, afirmava-se, o Congresso quedara-se inerte, em omissão violadora da Constituição. Confira-se a redação dos dispositivos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 24/2017. Publicada em 24 nov. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2019.

.....

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto o mandado de injunção constituem ações previstas na Constituição de 1988 destinadas ao enfrentamento de omissões normativas inconstitucionais. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é cabível sempre que a omissão normativa ensejar o descumprimento de norma constitucional²³. O mandado de injunção, a seu turno, poderá ser utilizado quando a omissão normativa frustrar o exercício de direito fundamental²⁴.

Ao longo dos trinta anos de vigência da Constituição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avançou bastante quanto ao tipo de provimento que a Corte poderia entregar no âmbito do mandado de injunção. No início da vigência da Constituição, coerentemente com a postura de autocontenção adotada pelo Tribunal, o STF entendia que o mandado de injunção somente lhe permitia constituir o legislador em mora e instá-lo a agir. Não lhe possibilitava, contudo, suprir a norma faltante. Entendia-se, então, que, no âmbito do controle de constitucionalidade, o Supremo podia, quando muito, atuar como legislador negativo, retirando uma norma inconstitucional do mundo jurídico. Não podia, todavia, atuar como legislador positivo, criando norma, porque, nesse caso, ensejaria violação ao princípio constitucional da separação dos poderes²⁵.

Entretanto, em um segundo momento do desenvolvimento da sua jurisprudência, no início dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal começou a mudar de comportamento e a proferir decisões que asseguravam a fruição do direito fundamental no caso concreto, com efeitos restritos às partes que propuseram o mandado de injunção²⁶. Posteriormente, a

23 BRASIL. Constituição de 1988. Artigo 103, § 2º.

24 BRASIL. Constituição de 1988. Art. 5º, LXXI.

25 BRASIL. Questão de ordem no MI 107, rel. Min. Moreira Alves, j. 23 nov. 1989. Brasília: Diário de Justiça de 21 de setembro 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em: 04 set. 2019.

26 BRASIL. MI 283, rel. Sepúlveda Pertence, j. 20 mar. 1991. Brasília: Diário de Justiça de 14 de novembro de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 04 set. 2019; BRASIL. MI 284, red. p/ acórdão: Min. Celso de Mello, j. 22 nov. 1992. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 26 de junho de 1992. Disponível

partir do ano de 2007, em novo avanço, o STF passou a entender que, após tantos anos de vigência da Constituição de 1988, a persistente inércia do legislador lhe autorizava a produzir a norma que faltava, com efeitos gerais e vinculantes, até que o Legislativo viesse a se manifestar sobre o tema²⁷.

Recentemente, o próprio mandado de injunção foi regulamentado por lei, por meio da qual se previu que, em caso de mora, o Tribunal deveria deferir ordem: (i) determinando prazo razoável para a produção da norma regulamentadora; e (ii) caso não atendida a determinação, assegurar o exercício do direito²⁸. A mesma lei previu que a decisão proferida no mandado de injunção produziria efeitos apenas entre as partes, salvo se deferidos efeitos gerais à decisão²⁹. A norma parecia, assim, pretender retroceder parcialmente o alcance que o STF conferira ao mandado de injunção por meio da sua jurisprudência.

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a jurisprudência do STF não avançou para permitir a produção da norma faltante no seu âmbito. Possivelmente, isso ocorreu justamente porque, na prática, o mandado de injunção se prestou a tal fim, bem como porque admitia um rol de legitimados ativos mais amplo do que as ações diretas

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>>. Acesso em: 04 set. 2019; BRASIL. MI 232, rel. Min. Moreira Alves, j. 02 ago. 1991. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 27 de março de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 04 set. 2019.

27 BRASIL. MI 670, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 04 set. 2019; BRASIL. MI 708, rel. Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário Eletrônico de Justiça de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 04 set. 2019; MI 712, rel. Min. Eros Grau, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 04 set. 2019; BRASIL. MI 758, rel. Min. Marco Aurélio, j. 08 abr. 2010. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 26 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610996>>. Acesso em: 04 set. 2019.

28 BRASIL. Lei 13.300/2016, art. 8º: “Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

29 BRASIL. Lei 13.300/2016, art. 9º: “A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. § 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator” (grifos do original).

por omissão. Nesse contexto, o natural é que se optasse pela propositura do mandado de injunção³⁰.

A digressão é importante para que se compreenda a relevância da decisão proferida na ADO 26 e no MI 4733. Isso porque, no julgamento sobre a homofobia, o Supremo Tribunal Federal, ao que tudo indica, superou 30 anos de jurisprudência consolidada, que afirmava que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se prestava a suprir a falta de lei, mas apenas a constituir o Legislativo em mora e a instá-lo a agir. Em segundo lugar, pouco aludiu à nova lei regulamentadora do mandado de injunção, que limitava o poder do STF de suprir a norma faltante³¹. Em terceiro lugar, o Tribunal reconheceu o descumprimento de um dever de legislar por parte do Congresso, diante de um comando Constitucional que não impunha expressamente a criminalização da homofobia e da transfobia, apenas determinava que a discriminação atentatória de direitos fundamentais seria punida por lei (art. 5º, XLI, CF).

Não bastasse o exposto, o STF supriu a falta de norma regulamentadora em matéria penal, sujeita ao princípio da legalidade estrita³². Para isso, o Tribunal referenciou decisão proferida no HC 82.424 (Caso Ellwangler), na qual rejeitou a concessão de ordem de *habeas corpus* em favor do autor de um livro que propugnava ideias antisemitas e negava a ocorrência do Holocausto, reconhecendo a configuração da conduta como racismo³³.

30 Sobre a trajetória da ação direta de inconstitucionalidade e do mandado de injunção na jurisprudência do STF, v. Barroso (2019, pp. 325-351); Mendes e Gonet (2015, pp. 1195-1231); Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, pp. 1221-1276).

31 Vale ressaltar, contudo, que o acórdão ainda não foi publicado e que as observações acima se baseiam nos Informativos nºs 930, 931, 941 e 944 do STF sobre o julgado. Assim, a publicação do acórdão, com as declarações de voto, pode vir a alterar a análise nesses dois pontos.

32 BRASIL. Constituição de 1988, art. 5º, inc. XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

33 BRASIL. HC 82.424, redator p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa, j. 17 set. 2003. Brasília: Diário Eletrônico de 19 de março de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 03 set. 2019. Constatou da ementa do acórdão: “1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescribibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. *A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de*

Observou que, na ocasião, explicitara que “*a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social*”³⁴. Assim, a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei 7.716/1989 – não se resume, segundo a jurisprudência do Tribunal, “*a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica*”³⁵. Ao contrário, tal conceito projeta-se também sobre dimensões culturais e sociológicas, de modo a “*abranger até mesmo situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero*”³⁶.

Ponderou que, como já reconhecido pelo STF, gênero e orientação sexual correspondem a elementos estruturantes da personalidade e da identidade das pessoas, que não constituem base legítima para a sua discriminação. Observou que não é aceitável, à luz do ordenamento jurídico, submeter as pessoas a um “*padrão existencial heteronormativo, incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam a sociedade democrática*”³⁷. Observou que a discriminação e a violência direcionada a homossexuais e transexuais expressam atos de desqualificação de tais pessoas, de forma a suprimir-lhes qualquer valor e a degradar-lhes à condição de marginais, ensejando uma “*injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito*”³⁸. Concluiu que, nessas condições, o tratamento penal era imprescindível à sua proteção. Aludiu, igualmente, ao direito internacional dos direitos humanos e ao tratamento conferido às pessoas homossexuais e transexuais em tal sede.

conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista” (grifou-se).

- 34 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 931 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.
- 35 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 931 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.
- 36 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 931 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.
- 37 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 931 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.
- 38 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 944 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.

Por fim, o Tribunal explicitou que, ao proferir tal decisão, apenas aplicava o conceito de racismo tal como já cunhado por sua própria jurisprudência (procurando descaracterizar a analogia ou interpretação extensiva). Salientou, ainda, que, desempenhava, na hipótese, função contramajoritária, em razão da inércia do Congresso Nacional no tema e da gravidade dos direitos violados. Salientou que uma atuação em tais termos, na hipótese, estava legitimada, diante da sua missão de proteger minorias vulneráveis contra os excessos das majorias. Frisou que a democracia constitucional só existe quando se confere a todos os indivíduos igual consideração e respeito e, portanto, as mesmas condições para participar dos processos de formação da vontade estatal. Confira-se o trecho da decisão:

Por fim, o relator afirmou que o presente julgamento reflete a função *contramajoritária* que incumbe ao STF desempenhar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. É uma função exercida no plano da jurisdição das liberdades. Nesse sentido, o STF *desempenha o papel de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias* contra eventuais excessos da maioria ou contra omissões que se tornem lesivas, diante da inércia do Estado [quanto] aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Assim, *para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar às minorias a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais* assegurados a todos. Ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República³⁹.

Essas razões levaram a Corte a proferir decisões de procedência de ambas as ações, por meio das quais: (i) declarou a omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo; (ii) cientificou o Congresso Nacional da decisão, para que adotasse as providências que lhe cabiam; (iii) deu interpretação conforme à Constituição, para enquadrar a homofobia e a transfobia nos diversos tipos penais da Lei 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma editada pelo Congresso. Declarou, ainda, que os efeitos da interpretação conforme somente se aplicariam a partir da data de conclusão do julgamento. Em respeito à liberdade de religião, excluiu as pregações religiosas do alcance do julgado, desde que observassem os

39 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 931 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.

limites da proporcionalidade e que não derivassem para o discurso de ódio e de incentivo à intolerância.

Não há dúvida, portanto, de que o Supremo Tribunal Federal desenvolveu um comportamento especialmente protetivo com relação à população LGBTI+, justamente por identificá-la como grupo especialmente vulnerável. Nesses termos, a Corte atuou não apenas de forma contramajoritária, mas substancialmente ativa na proteção de tal grupo. Ao fazê-lo, sinalizou que tal comportamento se legitimava pela necessidade de assegurar a sua não exclusão do sistema geral de proteção do direito. Observou, ainda, que, ao fazê-lo, impedia que a ideia de democracia fosse reduzida a uma concepção meramente formal, já que uma democracia substantiva depende de uma ampla inclusão dos cidadãos no processo de formação da vontade estatal.

CONCLUSÃO

Tal como qualificados neste trabalho, os grupos minoritários ou vulneráveis correspondem a coletividades de pessoas que, independentemente do aspecto quantitativo, ostentam uma condição de maior debilidade e de menor capacidade de autodefesa, preenchendo as seguintes condições: (i) destoam do padrão social dominante e, em razão disso, são estigmatizadas; (ii) detêm um *status* inferior ao *status* dos demais cidadãos, no que respeita ao exercício de seus direitos, sendo alvo de práticas discriminatórias; (iii) têm dificuldade de acesso e de acolhimento de seus pleitos junto à política majoritária; (iv) em razão de tais circunstâncias, demandam do Estado o desenvolvimento de técnicas de proteção específicas, para promover a sua defesa e assegurar a sua igualdade material.

Embora, de modo geral, a política majoritária deva ser o espaço de embate, luta e conquista de direitos, tais grupos, em virtude do estigma e da discriminação, não logram acesso ou representação no âmbito do Legislativo e do Executivo. Nessas circunstâncias, a jurisdição constitucional pode constituir o principal senão o único canal de acesso institucional e de proteção e acolhimento dos seus direitos. Esse aspecto autoriza as cortes constitucionais e/ou supremas cortes não apenas a atuarem de forma contramajoritária, mas a serem especialmente protetivas no exercício da jurisdição, de modo a assegurar a igualdade material e a promover a tutela dos direitos fundamentais e da democracia constitucional. Ao fazê-lo, as cortes atendem à necessidade de tais grupos por instrumentos especiais de proteção, compensando sua vulnerabilidade.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil tem desempenhado tal papel protetivo no quanto à proteção da população LGBTI+: assegurou o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, garantiu regime jurídico sucessório não discriminatório aos companheiros do mesmo sexo, determinou a alteração dos assentos de nascimento dos transexuais e, por fim, reconheceu a homofobia e a transfobia como crime. A atuação da Corte em tais termos tem levado em conta a extrema vulnerabilidade de tal grupo, alvo de índices alarmantes de violência, bem como a inércia das instâncias representativas na matéria.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017*. 2018. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em 3 dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019a.

_____. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019b.

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Praxis*, v. 9, n. 4, 2018.

_____. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Diferentes, mas iguais: O Reconhecimento das Uniões Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. t. I.

_____. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, pp. 30-60, jul./set. 1994.

BERKMAN, Ricardo R. Sobre o Direito à Identidade Sexual e Aspectos Relacionados. In: JUBILUT, Liliana Lyra et alii (coord.). *Direito à Diferença: Aspectos de Proteção Específica às Minorias e aos Grupos Vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL, Ministério dos Direitos Humanos. *Manual Orientador sobre Diversidade*. 2018. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/dezembro/ministerio-lanca-manual-orientador-de-diversidade/copy_of_ManualLGBTDIGITAL.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019.

CONSTANTINO, Rita; COSTA, Valter; EIRAS, Yuri. As ideias e os valores de Bolsonaro em 100 frases. *Época*, Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/as-ideias-os-valores-de-bolsonaro-em-100-frases-23353141>>. Acesso em: 20 jul. de 2019.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Jefferson Luiz Camargo [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, pp. 51-78, fev. 2019.

_____. Pensando un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina, desde una relectura crítica a Laclau y Mouffe. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 6, n. 3, pp. 85-121, set./dez. 2015.

GAYLATINO; ALIANÇA NACIONAL LGBTI. *Manual de Comunicação LGBTI+*. 2017. Disponível em: <<https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

HONNETH, Axel. Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser. In: FRASER, N. y HONNETH, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*. Madrid: Morata, 2006.

_____. *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos*. Barcelona: Crítica, 1997.

KLATT, Matthias; ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINO MENÉNDEZ, Fernando M. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARINO MENÉNDEZ, Fernando M; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (Coords.). *La protección de las personas y grupos vulnerables em el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001.

MARTÍN RODRIGUEZ, Gabriel. Cuestiones generales sobre el Derecho de Minorías: una visión global. *Cadernos de direito actual*, n. 3, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, ago./set., 2019.

_____. *Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Trinta anos, uma constituição, três Supremos: Autorrestrrição, expansão e ambivalência no exercício da jurisdição. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que Ainda Não Foi: Os Trinta Anos da Constituição da Visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENA, Fernanda. Mais da metade dos LGBT diz ter sofrido violência desde as eleições. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 20 de março de 2019. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/mais-da-metade-dos-lgbt-diz-ter-sofrido-violencia-desde-as-eleicoes.shtml>>. Acesso em 03 set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional* 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NINO, Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

PÉREZ DE MADRID, Amelia Díaz. *La Protección de las Minorías em Derecho Internacional*. Granada: Universidad de Granada, 2004.

RAUPP RIOS, Roger. Direito Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos* (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO DE MEDEIROS, Jorge Luiz. E Agora, José? Ou “A Trajetória da Afirmação da Homossexualidade no Direito Brasileiro e Novos Desafios Após a ADPF 132 e ADI 4277”. In: FERRAZ, CAROLINA V.; LEITE, Glauber S. (coord.). *Direito à Diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Linha Sucessória dos Ministros*. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_mar_2017.pdf>. Acesso em 13 abr. 2018.

TGEU – TRANSGENDER EUROPE. *TvT Research Project. Trans Murder Monitoring (TMM) TDoR 2017 Update, Transrespect versus Transphobia Worldwide*. 2017 Disponível em: <<http://transrespect.org/en/trans-murder-monitoring/tmm-resources/>>; <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2017/11/TvT_TMM_TDoR2017_Tables_EN.pdf>. Acesso em 03 nov. 2019.

VILHENA VIERA, Oscar. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DECISÕES

BRASIL. ADI 4275, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, j. 01 mar. 2018. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 07 de março de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. ADI 4277, rel. Min. Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 13 jun. 2019. Brasília: Supremo Tribunal Federal, acórdão ainda não publicado.

BRASIL. ADPF 132, rel. Min Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. HC 82.424, redator p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa, j. 17 set. 2003. Brasília: Diário Eletrônico de 19 de março de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019. Brasília: Supremo Tribunal Federal, acórdão ainda não publicado.

BRASIL. MI 107 QO, rel. Min. Moreira Alves, j. 23 nov. 1989. Brasília: Diário de Justiça de 21 de setembro 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 283, rel. Sepúlveda Pertence, j. 20 mar. 1991. Brasília: Diário de Justiça de 14 de novembro de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus>>

br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 284, red. p/ acórdão: Min. Celso de Mello, j. 22 nov. 1992. Brasília: Diário de Justiça de 26 de junho de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 232, rel. Min. Moreira Alves, j. 02 ago. 1991. Brasília: Diário de Justiça de 27 de março de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 670, red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 708, rel. Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário Eletrônico de Justiça de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 712, rel. Min. Eros Grau, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 758, rel. Min. Marco Aurélio, j. 08 abr. 2010. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 26 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610996>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. RE 646.721, red. p/ o acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 10 maio 2017. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>>. Acesso em: 03 de set. de 2019.

BRASIL. RE 878.694, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10 maio de 2017. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 09 de novembro de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 24/2017. Publicada em 24 nov. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019.

RECEBIDO EM: 18/06/2019

APROVADO EM: 29/08/2019

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS PROCESSUAIS DIANTE AO DANO AMBIENTAL

THE GUARANTEE OF EVIDENCE IN ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY ACTIONS: AN ANALYSIS OF THE REQUIREMENTS OF THE PROCEDURAL REQUIREMENTS IN RESPECT OF ENVIRONMENTAL DAMAGE

Alessandra Castro Diniz Portela
Mestranda em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela DHC. Advogada.

Elcio Nacur Rezende
Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, Procurador da Fazenda Nacional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tutela de Urgência no Estado contemporâneo pós moderno na legística brasileira; 2 Responsabilidade Civil Ambiental no Brasil; 3 Uma Análise dos requisitos processuais em sede de responsabilidade civil; 3.1 As condições da ação: conceito, natureza jurídica e espécies; 3.2 Sobre a Teoria Eclética da ação e suas controvérsias; 3.3 O Código de Processo Civil e as condições da ação; 3.4 A tutela de evidência no Código de Processo Civil e sua instrumentalidade para a efetivação do Princípio da Precaução; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é realizar uma breve análise dos requisitos para alcançar a tutela de evidência, garantindo, assim, a proteção ao meio ambiente, bem como as ações de responsabilidade civil ambiental. Utilizaremos o método teórico documental, através de pesquisa bibliográfica estabelecendo a visão doutrinária acerca do tema apresentando sugestões às causas de dano ambiental. Conclui-se que para solucionar parte do problema da morosidade na prestação jurisdicional, da ineficiência do direito e do acesso à ordem jurídica social, o instituto da tutela de evidência é um instrumento efetivo para o alcance dos resultados pretendidos neste imenso arcabouço normativo que disciplina a matéria ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Tutelas de Evidência. Processo Civil. Responsabilidade Civil. Direito Ambiental. Dano Ambiental.

ABSTRACT: The objective of this article is to deal with a brief analysis of the requirements to achieve the protection of evidence, thus guaranteeing the protection of the environment as well as environmental liability actions. We will use the documentary theoretical method, through a bibliographical research establishing the doctrinal view about the theme presenting suggestions to the causes of environmental damage. It is concluded that, in order to solve part of the problem of delays in jurisdictional provision, inefficiency of law and access to the social legal order, the institute for the protection of evidence is an effective instrument for achieving the desired results in this immense normative framework that environmental issues.

KEYWORDS: Evidence Protection. Civil Procedure. Civil Liability. Environmental Direction. Environmental Damage.

INTRODUÇÃO

O problema que se enfrentará neste trabalho consiste em demonstrar as evoluções alcançadas no Brasil. Nos últimos 200 anos, a Justiça vem evoluindo de forma significativa, com objetivo de transformação do processo como instrumento de acesso amplamente democrático, e explicitar, como vêm sendo encontradas nas liminares, soluções de celeridade nos processos. Com a evolução das normas da antecipação de tutela, destaca-se a importância do instituto da tutela de evidência como instrumento efetivo para a aplicação do princípio da precaução, em especial nas ações de responsabilidade civil ambiental, pois o que se busca é o direito da vigilância no que se refere à degradação da qualidade ambiental, e não o direito da tolerância com as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

As exigências trazidas por um mundo pós-modernista, dentre elas a necessidade de respostas rápidas e práticas para a solução de problemas, fazem com que estudiosos e aplicadores do direito busquem soluções para simplificar o chamado “acesso à justiça” de forma segura e eficiente. Há um clamor social por um acesso sem restrições a uma ordem jurídica com respostas eficientes. Talvez este seja o maior desafio para os processualistas modernos que se dedicam à evolução da teoria processual.

O principal objetivo deste trabalho é realizar uma análise dos requisitos para alcançar a tutela de evidência visando a proteção ao meio ambiente, bem como as ações de responsabilidade civil ambiental.

Foi utilizada como forma de elaboração da pesquisa o método teórico documental, através de pesquisa bibliográfica estabelecendo a visão doutrinária acerca do tema sendo possível analisar alternativas que alberguem às causas de dano ambiental.

Após realizada pesquisa bibliográfica e reflexão acerca do quadro em que vivemos atualmente, discutindo aspectos sociais e ambientais, será abordada, neste estudo, a relação entre desenvolvimento e sustentabilidade; com o objetivo de trazer sugestões para solucionar causas de dano ambiental e analisar como as evoluções legislativas procuram cada vez mais aproximar a Justiça da sociedade, trazendo soluções céleres e fazendo-se valer cada vez mais do fenômeno reparação do dano ambiental.

Justifica-se este estudo na importância de se compreender os mecanismos utilizados para se alcançar a eficácia e celeridade processual que são as chamadas Tutelas Cautelares, conhecidas e utilizadas em diversos

países. Este instituto faz com que sejam evitados futuros prejuízos a uma das partes, sendo garantida a execução do processo, deferindo o que foi pedido da inicial, sempre com caráter de reversibilidade, a fim de resguardar o bem ou a pessoa até o fim do litígio.

Sabe-se que morosidade é a antítese da justiça. Por este motivo, faz-se necessário o empenho dos operadores do Direito para que se possa construir um processo cada vez mais acessível, justo e eficaz na sociedade, com o intuito de garantir direitos e garantias fundamentais advindos da nossa Constituição.

O direito, fenômeno dinâmico e interdisciplinar que é, no cenário das mudanças sociais, políticas, econômicas, culturais e ambientais, deve sempre manter um contínuo e concreto diálogo com a sociedade, realizando uma prática empírico-dialética de libertação, inclusão e promoção social que impeça seu maior distanciamento cada vez maior dos cidadãos, dos sujeitos jurídicos.

O sistema judiciário brasileiro é conhecido por ser um dos mais complexos do mundo. Há uma sofisticada divisão em matéria de competência para garantir a função do Poder Judiciário, qual seja, a de garantir direitos individuais, coletivos e sociais bem como alcançar a resolução de conflitos. O sistema judiciário brasileiro é composto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), além dos Tribunais Regionais Federais (TRF), Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos estados e do Distrito Federal e Territórios.

Além deste considerável número de órgãos jurisdicionais, o sistema judiciário brasileiro conta com uma infinidade de códigos legais que permitem um grande número de recursos e que, infelizmente, é desconhecida pela maioria da sociedade.

A adaptação e recriação de institutos e procedimentos do nosso direito tornou-se condição *sine qua non* em relação aos novos desafios enfrentados com a era moderna. Sem uma justiça acessível ao homem comum, aplicada com razoável rapidez, não se pode falar em liberdade e direitos de cidadania, em paz, segurança e bem-estar, alicerces em qualquer sociedade. O excesso de burocracia é a negação da democracia. A barreira econômica deste acesso pode levar o cidadão à renúncia de seus direitos, o que representa fato político e social da maior gravidade, podendo gerar consigo sequelas indesejáveis, tais como o exercício da autotutela, ou a

“justiça pelas próprias mãos”. Uma justiça segura, rápida e efetiva, que gere para a sociedade a certeza de processos justos, se faz imprescindível.

Em um mundo de relações globalizadas, de distâncias relativizadas, de contínuo aperfeiçoamento tecnológico, de acelerado avanço das ciências, é exigido cada vez mais uma constante atualização e reaprendizagem, fazendo com que nosso tempo diário seja suprimido. Não há dúvida de que o tempo e a informação representam os dois principais ativos da atualidade. São o que de mais precioso uma pessoa pode ter nos dias de hoje.

Muitos institutos do nosso direito positivo, inclusive no campo do processo, regem-se pelo fator tempo, o qual é vital, em especial com a aceleração das comunicações, que atualmente ocorrem por e-mail, Internet e celulares, fazendo com que haja maior cobrança de solução rápida dos processos judiciais e administrativos.

O tempo, somado a esta globalização, deu maior visibilidade às vantagens e desvantagens, acertos e equívocos dos poderes públicos em virtude da exposição a que eles estão sujeitos, situação que é decorrente da transparência que deve existir no estado democrático de direito.

Surge, a necessidade de melhores condições para se garantir a justiça no caso concreto sem diminuir o grau de efetividade jurisdicional. Logo, o processo deve ser ordenado, sem retardamentos, sem gastos excessivos, sem estratégias reprováveis, sem criação de incidentes procrastinatórios. A ausência de prazos poderia ensejar a eternização dos litígios.

A exaustiva duração do processo que ocorre atualmente é um dos poucos aspectos sobre o qual a opinião dos especialistas e da população em geral converge notavelmente. O tempo é o principal motivo da crise da justiça. Em uma inversão completamente danosa a qualquer ordem jurídica que se pretende democrática, a morosidade processual tornou-se regra e a celeridade, exceção. A morosidade processual suprime os direitos de cada indivíduo da sociedade. A Justiça se encontra hoje, em uma situação de pane, fazendo com que os jurisdicionados, ou seja, aqueles a que se aplica a jurisdição, percam sua fé na instituição ao serem esquecidos pela mesma. Este clima de insatisfação e angústia se traduz em um estado de grande decepção.

O direito a um processo sem atrasos foi aos poucos sendo consagrado como garantia fundamental do cidadão em vários textos legislativos, nacionais ou internacionais. Porém, nenhum destes textos conseguiu

estabelecer um prazo determinado e razoável para se prestar a tutela jurisdicional, pela impossibilidade de se fixar uma regra específica ante a generalidade dos casos que aportam o Judiciário, surgindo a partir daí alguns critérios objetivos para se aferir o tempo razoável de duração de um determinado processo, como sua natureza e complexidade, o comportamento dos litigantes e seus procuradores, e a atuação das autoridades judiciárias e administrativas competentes.

O tema central visa demonstrar como as liminares vêm sendo de suma importância para a celeridade nos processos como um todo e ressaltar a importância do instituto da tutela de evidência nas Ações de responsabilidade civil ambiental como instrumento de aplicar efetivamente o princípio da precaução, na busca de impedir a degradação do meio ambiente, e não de apenas criar meios de tolerância de condutas e atividades que são lesivas ao meio ambiente, assegurando a proteção da qualidade da vida humana, mediante a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Indaga-se a efetividade dos instrumentos processuais da atualidade em busca da solução do problema da morosidade da prestação jurisdicional. Seria a tutela de evidência capaz de concernir os resultados pretendidos quais sejam, de proteção e preservação do meio ambiente, neste imenso arcabouço normativo que disciplina a matéria ambiental?

1 TUTELA DE URGÊNCIA NO ESTADO CONTEMPORÂNEO PÓS MODERNO NA LEGÍSTICA BRASILEIRA

A pretensão de tutela jurídica do Estado, o direito de ação ou o direito de acesso à justiça se estende a todos, tenham ou não razão a respeito de determinado conflito. Alcançam pessoas físicas, jurídicas, entes despersonalizados, nacionais e estrangeiros.

Para que o processo possa produzir efeitos é necessário tempo. Embora a sociedade anseie uma justiça imediata, um julgamento sem processo (ou seja, algo muito diferente daquilo que o Judiciário pode oferecer), não há justiça que seja instantânea. Sua distribuição exige, por parte dos operadores do direito, atividade cognitiva, exercício de inteligência, seja para postular, seja para decidir. A Constituição da República garante a razoável duração do processo, porém esta não foi definida, sendo certo apenas o cabimento de indenização pela demora excessiva, o que, aliás, gera mais conflito e mais processo.

Deseja-se que as regras processuais, pautando-se pelo contraditório, sejam seguras e, ao mesmo tempo, céleres. Se essas regras não puderem ser a tônica de todos os ritos processuais, espera-se que mecanismos processuais outros deem vazão, ainda que a título precário (tutela de urgência, preventiva ou reparatória), a legítimas demandas levadas ao Poder Judiciário, as quais não podem aguardar o normalmente demorado trâmite, sob pena de ter o direito material fulminado com o perecimento do bem da vida pleiteado.

Para que isto ocorra, é necessário que haja procedimentos que tutelam de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo, segundo Luiz Guilherme Marinoni (1997, p.20).

Para a autora Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 11-37), ao analisar relatórios de processualistas de diversos países de tradição romano-germânica, há a necessidade de coexistirem dois tipos de tutela, *in verbis*:

Em geral os relatórios admitem a necessidade dos dois tipos de tutela – a do procedimento ordinário, de cognição profunda e exauriente, culminando com a sentença e coisa julgada; e, ao seu lado, a tutela sumária, destinada aos casos de urgência ou àqueles em que a natureza do bem a ser protegido demanda uma resposta mais célere e eficaz. A tutela sumária jamais poderá substituir completamente o procedimento ordinário, mais seguro e adequado aos casos mais complexos, nem poderá simplificação e aceleração do procedimento ordinário dispensar completamente a tutela sumária. Quase todos os relatórios salientam a diversa função, e conseqüentemente, a necessidade de coexistência das duas formas de tutela.

De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão. (MARINONI, 1007, p.17)

O processo, em regra, projeta-se para trás. Não é como uma fotografia, capaz de captar e congelar determinada situação para a posteridade. Precisa, na maioria das vezes, reconstruir, por meio de elementos de prova, uma situação já consumada, na qual uma parte tem razão ou a razão está em parte com ambas.

Como forma de alcançar o direito de forma eficiente sem que haja dano ao objeto da ação pleiteada, surge a possibilidade de julgamentos em caráter liminar. Entende-se como liminar aquilo que é dado preliminarmente, linearmente, sem que ocorra o contraditório, ideia já fixada anteriormente. É possível verificar que não há identidade entre as liminares concedidas em sede de cautelares, antecipatórias e em tutelas específicas, em relação ao objeto e seus requisitos.

O Código de Processo Civil enfatiza o cuidado do Legislador em reduzir a complexidade que havia no sistema anterior no que tange o instituto das Tutelas de Urgência. Os institutos que abordam as tutelas antecipadas no Código de Processo Civil, introduzidos pelo art. 294 e seguintes do CPC, são espécies do gênero agora conhecido como “tutelas provisórias”. Esta é uma expressão que foi consagrada no direito processual brasileiro, que se trata de uma manifestação jurisdicional não autônoma, ficando necessariamente ligada a uma tutela definitiva, sendo, portanto, tutelas provisórias, com eficácia limitada no tempo. Ressalta-se a existência de algumas tutelas específicas, como o mandado de segurança, ação possessória, nunciação de obra nova, dentre outras. Essas são apontadas como uma Terceira espécie de tutela de urgência.

Abordaremos, neste estudo, especificamente a Tutela Provisória de Evidência. Este instituto abrange dois critérios básicos: o primeiro é aquele que consiste que o direito material da parte que o pleiteia é notoriamente evidente, ou seja, aquele direito é indiscutível pela incontestabilidade, sendo nitidamente irrefutável. O segundo critério se encontra no momento em que uma das partes evidencia a necessidade de se exaurir a prestação jurisdicional.

Para esclarecer os critérios que foram passados, vejamos o art. 311 do Código de Processo Civil:

Art. 311 A tutela de evidência será concedida, independente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III- se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequado do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único: Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Percebe-se que, em se tratando de tutela de evidência, o direito postulado é indubitável possibilitando assim a abreviação da lide.

Com a última reformulação legislativa no Código de Processo Civil sancionada em 2015, emergiu-se um sistema de tutela jurisdicional com fulcro em cognição sumária. Com isso, tutela antecipada e tutela cautelar passaram a se submeter ao mesmo regime legal.

Em relação às Tutelas Cautelares, sabe-se que elas existem no mundo todo. No Brasil, no que se refere ao regime jurídico específico da cautelar, tanto as medidas típicas como as que decorrem do poder geral de cautela são proporcionadoras de segurança do juízo. Entende-se como medida cautelar o pedido da parte, e medida tomada pelo magistrado, ato efetivo de deferimento do que se pediu na petição inicial para que se possa evitar o prejuízo de uma das partes.

O objeto das medidas cautelares se encontram nos artigos 295 e seguintes do CPC, visando assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou execução. O conteúdo tratado na cautelar é autônomo em relação à tutela definitiva, embora a cautelar seja dependente de uma ação principal. Ressalta-se que a reforma do Código de Processo Civil trouxe a seguinte orientação legislativa: “Art.297- O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” (BRASIL, 2015).

Já em relação ao Código de Processo Civil de 1973, os requisitos para a concessão das medidas cautelares são: a) *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito afirmado pela parte); b) *periculum in mora* (irreparabilidade ou difícil reparação do direito afirmado pela parte); c) lesão grave ou de difícil reparação.

As medidas cautelares poderiam ser preparatórias, ajuizadas antes de se ingressar com o processo principal, ou antecipatórias, aquelas

em que já existe um processo principal ajuizado. A medida cautelar pode ser, em algumas hipóteses, concedida *inaudita altera parte*, ou seja, sem ouvir a outra parte. Neste caso, a cautela é dada antes mesmo que ocorra o contraditório. Se caso a outra parte souber do pedido cautelar, torna-se ineficaz a medida.

Face à natureza difusa e indisponível do direito ao meio ambiente, e do caráter frequentemente grave e irreversível das degradações ambientais, a tutela de urgência antecipada em assuntos de meio ambiente constitui, não raras vezes, a tutela padrão nas demandas coletivas, à qual se deve dar preferência como forma adequada de amparo a ser concedido na prestação jurisdicional.

Pode-se dizer que uma das principais características do processo civil destinado à proteção do meio ambiente, devido a indisponibilidade deste, a tutela de urgência, é tida como a tutela ordinária. Nesse sentido, o processo organiza-se em vista da pronta e imediata intervenção do juiz para a defesa desses direitos, atribuindo-se as fases sucessivas do procedimento cingir-se ao controle de juridicidade e licitude das medidas de urgência concedidas.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NO BRASIL

Antes de entrarmos nos conceitos ambientais trazidos pela Doutrina e Legislação, é importante revermos alguns conceitos. A palavra responsabilidade tem sua origem etimológica no Latim *Responsus*, participípio passado de *Respondere*, que em português se assemelha ao termo responder, dar alguma resposta. A responsabilidade se encontra nas esferas civil, penal, administrativa.

Para que haja responsabilidade civil *lato sensu* é necessário que ocorra uma ação ou omissão por parte do agente causador, assim como nexos causal ou dano. O Código Civil de 2002 nos traz aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

Para o instituto de responsabilidade, o artigo 186 CC/02 trata-se do dispositivo mais importante para os nossos estudos. É preciso saber que a ocorrência da Responsabilidade Civil presume que o ato cometido deve ser ilícito capaz de gerar um dano para a outra parte.

Percebe-se que, no artigo supracitado, o termo moral deveria ser tratado como extrapatrimonial, pois engloba o dano moral, estético, ao esquecimento.

Este fato causa um espectro de abrangência maior. Nota-se também que o legislador, ao criar a norma, não se atentou em explicitar o termo imperícia, sendo essa uma das maiores críticas da legislação no que tange este instituto. O Código também dispõe que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

A partir dessa leitura constata-se que há duas espécies de ato ilícito. O ato ilícito clássico do tratado no art. 186 e agora o explícito do art. 187. No exercício do direito excede os fins impostos pela finalidade ou seja, axiologicamente falando, trata-se da hipótese da pessoa não cometer um ato ilícito entretanto, no exercício daquele direito previsto na CR/88 por exemplo, houve por consequência um ato ilícito.

A Responsabilidade Civil se subdivide em dois conceitos: Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva.

A Responsabilidade Civil Objetiva, objeto de nossa discussão, dispensa a perquirição do elemento subjetivo, ou seja, dispensa pesquisa do dolo e da culpa. É necessário apenas que haja a constatação do dano ilícito para que seja suficiente alcançar uma condenação. Nos últimos 40 anos, a objetivação responsabilidade civil do dano tem sido uma constante no direito civil brasileiro. Isso porque o instituto de responsabilidade deslocou-se do elemento subjetivo para a tutela da vítima. Todo aquele que sofreu um dano deve ser reparado gerando assim uma constatação de eventual vítima.

A Responsabilidade Civil Ambiental se alicerça basicamente nos seguintes pressupostos: da existência de atividade de risco para a saúde e o meio ambiente; do dano ou risco de dano, efetivo ou potencial; do nexo de causalidade entre a atividade e o resultado lesivo.

A atividade capaz de gerar risco para a saúde e o meio ambiente é suficiente para a configuração da responsabilidade, independentemente da licitude de seu exercício, vez que não se admite excludentes de responsabilidade, tampouco a cláusula de não indenizar.

A exemplo disso, o licenciamento ambiental válido ou o desempenho de uma atividade legítima não exime o causador de degradação ambiental do dever de reparação. A antijuridicidade é satisfeita com a verificação do risco. Nesse sentido, para se estabelecer a responsabilização, basta a existência da relação de causa e efeito entre a atividade e o dano.

A Constituição da República trouxe a noção de teoria objetiva no campo do Direito Ambiental, onde não se exige a comprovação da culpa, ao recepcionar a responsabilidade objetiva no § 3º do seu art. 225, estabelecendo que:

Art. 225, § 3º: as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Por desdobramento interpretativo do dispositivo constitucional, vincula-se a responsabilidade objetiva com a teoria do risco integral, reforçando o dever de reparar os danos independentemente da constatação da culpa do agente. Ou seja, o simples fato da atividade desempenhada pelo agente implicar em risco intrínsecos ao Meio Ambiente já recai sobre ele o dever de reparar eventuais danos.

3 UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS PROCESSUAIS EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL

É uma tarefa intransponível discorrermos sobre o conceito, natureza jurídica e espécies de condições da ação, quais sejam: a legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Devidamente conceituadas as condições da ação, faz-se necessário analisar como se inseriam na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, a Teoria Eclética da Ação, bem como as duas principais correntes que se fortaleceram ante a problemática surgida em relação a seus efeitos práticos, as Teorias da Apresentação e a da Asserção.

Igualmente importante é a análise do tratamento dispensado à matéria pelo novo Código de Processo Civil e do encerramento da dicotomia doutrinária encabeçada pelas duas teorias supracitadas.

3.1 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES

As condições da ação são requisitos processuais essenciais de regulação do trâmite processual e eventual julgamento do mérito. Em caso de ausência de qualquer uma das condições da ação, teremos a carência da ação, causa de extinção do processo sem julgamento de mérito (art.

267, VI, CPC/73). Entretanto, esta regra foi e vem sendo mitigada pela teoria da asserção, que será analisada mais adiante.

A teoria processualista leciona as condições da ação como uma categoria fundamental do processo moderno, fixada entre os pressupostos processuais e o mérito da causa. No bojo do Processo Civil, compreendem-se as condições da ação como um acervo composto por três institutos, quais sejam: legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Legitimidade *ad causam* consiste na pertinência subjetiva da ação, ou seja, qualidade expressa em lei que autoriza o autor a invocar a tutela jurisdicional. Nessa lógica, será réu aquele contra qual o autor concentra sua pretensão.

Uma melhor compreensão do interesse de agir nos remete indubitavelmente ao art. 3º CPC/73, que traz o conceito em três acepções: Necessidade: se funda na ideia de que somente o processo é o meio hábil à obtenção do bem da vida almejado pela parte; Utilidade: preconiza que o processo deve propiciar, em tese, algum proveito ao demandante; Adequação: compreende-se que a parte deve escolher a via processual adequada aos fins que almeja.

Parte da doutrina critica esta última acepção do interesse de agir. Nas palavras de Freddie Didier Jr.:

O procedimento é a espinha dorsal da relação jurídica processual. O processo, em seu aspecto formal, é procedimento. O exame da adequação do procedimento é um exame de sua validade. Nada diz respeito ao exercício do direito de ação. Não há erro na escolha do procedimento que não possa ser corrigido, por mais discrepantes que sejam o procedimento indevidamente escolhido e aquele que se reputa correto. Um exemplo talvez sirva para expor o problema: se o caso não é de mandado de segurança, pode o magistrado determinar a emenda da petição inicial, para que o autor providencie a adequação do instrumento da demanda ao procedimento correto. Não existisse o inciso V do art. 295, que expressamente determina uma postura do magistrado no sentido aqui apontado, sobriaria a regra da instrumentalidade das formas, prevista nos arts. 244 e 250 do CPC, que impõe o aproveitamento dos atos processuais, quando houver erro de forma.

Nesse sentido, o interesse de agir pode ser concebido como o binômio necessidade/utilidade. A possibilidade jurídica do pedido, terceiro e último

instituto da classificação clássica das condições da ação, consubstancia a aptidão implícita ou explícita no ordenamento jurídico, de que a demanda do autor possui para ser julgada procedente.

3.2 SOBRE A TEORIA ECLÉTICA DA AÇÃO E SUAS CONTROVÉRSIAS

As condições da ação, embora expressamente previstas no Código de Processo Civil de 1973, nunca foram matéria doutrinariamente pacífica ou unânime. Essas condições da ação são resultado de uma teoria encabeçada por Liebman que informa todo o CPC de 1973: a Teoria Eclética da Ação.

A teoria eclética considera que, para o exercício regular do direito de ação, é imprescindível o preenchimento de certos requisitos, quais sejam: a legitimidade ad causam, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, que formariam a categoria denominada condições da ação. Uma vez não observadas essas condições, estaríamos fatalmente diante da carência da ação.

No axioma processual, o magistrado não realiza um juízo específico de análise das condições da ação, e sim um juízo de admissibilidade e um juízo de mérito. Verificamos que as condições da ação não são analisadas autonomamente, recaindo, portanto, em um desses dois juízos. Dessa forma, tem-se que as condições da ação ou seriam questões de admissibilidade ou questões de mérito.

Divergindo sobre tal problemática, duas correntes se formaram. A Teoria da Apresentação, sustenta, na direção do disposto no §3º, artigo 267, CPC, que *“o juiz conhecerá a qualquer tempo ou grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, as matérias constantes nos incisos VI (...)”*. O inciso VI, por sua vez, trata justamente da extinção do processo sem resolução de mérito por ausência de possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Outra corrente se apoia na Teoria da Asserção. Essa teoria tem enfoque no momento e os efeitos do reconhecimento de ausência de qualquer das condições da ação. O juiz verificará, abstratamente, a presença das condições da ação na fase postulatória. Caso constate a ausência de qualquer uma delas, extinguirá o feito sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, VI, CPC. Se a ausência de uma das condições da ação for verificada após o início da fase instrutória, se extingue o feito com resolução do mérito, julgando improcedente o pedido.

Essas decisões podem produzir efeitos completamente distintos. De um lado teremos carência da ação, permitindo-se nova propositura, não sendo apta, tal decisão, a gerar coisa julgada. De outro lado, o exato oposto, vez que a sentença resolve o mérito, apta, portanto, à coisa julgada. Do mesmo modo, incabível nova propositura da ação, devendo o autor irresignado buscar a procedência de sua demanda pelas vias recursais.

Em análise pragmática, parece correta a aplicação da Teoria da Asserção, inclusive por privilegiar os princípios da efetividade e da celeridade. Contudo, com o surgimento do novo Código de Processo Civil, essa teoria perdeu a razão de ser.

3.3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

O Código de Processo Civil que passou a vigorar em 2015 extinguiu a categoria das condições da ação. Apesar da extinção desse instituto, seus elementos permaneceram intactos, embora realocados.

Doravante, o magistrado realiza dois juízos: o de admissibilidade e de mérito. O CPC/2015 buscou separar os elementos integrantes das condições da ação alocando-os em pressupostos processuais, relativos ao juízo de admissibilidade da ação e como questão de mérito.

O artigo 17 do CPC/2015 traz a seguinte assertiva: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Nesse sentido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* passaram a ser tratados como pressupostos processuais.

Assim, verificando o magistrado, ao receber a petição inicial, que se encontram ausentes interesse de agir ou legitimidade *ad causam*, indeferirá a petição inicial. No artigo 330 está expresso que a petição inicial será indeferida quando a parte for manifestadamente ilegítima e quando o autor carecer de interesse processual. (BRASIL, 2015)

Verificando a ausência de um desses pressupostos após a fase postulatória, será declarada a carência da ação. Afirma o art. 485 do Código que o juiz não resolverá o mérito quando verificar a ausência de legitimidade ou interesse processual. (BRASIL, 2015)

A possibilidade jurídica do pedido passou a ser considerada questão de mérito. Quando a parte apresenta demanda de manifesta impossibilidade

jurídica, não se trata de carência da ação, mas de uma improcedência do pedido, resolvendo-se, assim, o mérito.

O Código de Processo Civil trata à legitimidade da parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido de modo a encerrar um debate doutrinário acerca das condições da ação que alçava a um status ontológico.

3.4 A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA INSTRUMENTALIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Modificando o sistema cautelar adotado pelo Código de 2015 que disciplinou a tutela provisória, que agora passa a se fundamentar em urgência ou evidência. Tendo em vista o nosso objetivo na presente abordagem: identificar os meios mais condizentes com a defesa do ambiente.

A noção geral da tutela de evidência está disciplinada pelo artigo 311 CPC, notadamente seu inciso IV, que pode ser manuseado como um eficiente instrumento de prevenção à degradação ambiental ou mitigar os efeitos diante de sua ocorrência.

Com a consagração do princípio da precaução, não se pode mais haver dúvida de que o direito ambiental no Brasil é o direito da prudência, é o direito da vigilância no que se refere à degradação da qualidade ambiental e não o direito da tolerância com as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Esse paradigma precisa prevalecer em toda atividade de aplicação do direito nessa área, especialmente, na esfera judicial.

Trata-se de uma tutela jurisdicional sumária satisfativa, fundada em um juízo de alta probabilidade ou de quase certeza da existência do direito que prescinde da urgência. Obviamente, não se tutela a evidência, mas sim o direito evidente, isto é, aquela situação jurídica que permite inferir um alto grau de probabilidade do direito substancial afirmado.

O fundamento se encontra no dispositivo do art. 311 do CPC que afirma “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”. (BRASIL, 2015)

A tutela de urgência pode ser concedida sem ouvir a outra parte. O juiz não poderá conceder a tutela de evidência sem ouvir a outra parte nas hipóteses dos incisos I e IV, do art. 311, isto porque não tem como

saber se a parte contrária agiu de maneira abusiva se ela não for ouvida. Ademais, a tutela documentada como ausência de contraprova, documentada suficiente, o réu deve ser ouvido para saber se ele apresentou ou não a contraprova, nas demais hipóteses o juiz poderá conceder.

É possível verificar a efetivação do princípio da precaução em diversos julgados por todo o País, ilustrando a tutela de evidência como dispositivo imprescindível na proteção ambiental.

É cediço que a tutela de evidência é um biombo da defesa do meio ambiente, onde a delonga processual e o adiamento nas decisões podem ter consequências danosas e produzir consequências irremediáveis. Vejamos:

Agravo de instrumento. Dano ambiental. Poluição sonora. Estabelecimento que não possui sistema de tratamento ou isolamento acústico. Tutela de urgência. Determinação para que não se realize evento sem a adequação necessária. Preenchimento dos requisitos. Para a concessão da tutela de urgência, necessária se faz a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Evidenciada a poluição sonora e o perigo de dano, mantém-se a decisão que determinou a abstenção quanto à realização de evento que utilize som mecânico ou ao vivo, sem que o estabelecimento possua sistema de tratamento ou isolamento acústico e sem o licenciamento ambiental específico, sob pena de multa.

(TJ-RO - AI: 08027502620188220000 RO 0802750-26.2018.822.0000,
Data de Julgamento: 19/02/2019)

No caso em tela, a obtenção da concessão da medida, depende do convencimento do magistrado de que, independente da urgência, o direito se revela tão evidente que é possível desobstacularizar a marcha processual, vez que a concessão da tutela já se mostra satisfatória e garante o direito pretendido.

Por qual razão o processo tramitaria obedecendo todos os ritos e procedimentos processuais, se de antemão já se compreende, que o direito é devido?

A hipótese do art. 311 do CPC é ainda passível de adquirir novos contornos e interpretações moldadas pela própria jurisprudência, que no curso do tempo se encarregará de uniformizá-la.

4 CONCLUSÕES

A ordem jurídica ambiental brasileira sempre evidenciou o abismo existente entre o discurso, o comportamento das autoridades, a prática dos tribunais e o que está assentado na legislação.

Em resposta aos problemas apresentados na introdução, podemos afirmar que os instrumentos da administração pública são indubitavelmente insuficientes para a efetivação do princípio da precaução na proteção ambiental. Por essa razão, a sociedade, a Administração Pública e o Ministério Público têm nas mãos a tutela de evidência como um instrumento efetivo para o alcance dos resultados pretendidos em todos esses imensos arcabouços normativos que disciplina a matéria ambiental.

Neste sentido, o instrumento da tutela de evidência, previsto no artigo 311 do Código de Processo Civil, se torna o meio mais adequado e legitimado de alcançar a proteção do meio ambiente. O seu principal objetivo é evitar a degradação ambiental, bem como amenizar os seus efeitos de forma a garantir o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao afirmarmos que a demora processual é a antítese da justiça, nos remetemos ao dispositivo constitucional do Art. 5º, LXXVIII que garante a todos os cidadãos instrumentos que visam garantir a celeridade da prestação jurisdicional. (BRASIL, 1988)

Em uma análise cautelosa destes dispositivos, destaca-se o parágrafo primeiro do art. 5º, LXXVIII que define a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais por meio de instrumentos cautelares. (BRASIL, 1988)

O atual Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, juntamente com medidas legislativas voltadas para o objetivo de ampliar o acesso à justiça, constituem propostas ainda pequenas em relação ao grande problema da morosidade na prestação jurisdicional, não conseguindo, ainda, garantir a eficiência do direito e ao acesso à ordem jurídica social. Entretanto, é possível perceber que a busca de soluções para os problemas relativos aos danos que o meio ambiente tem sofrido nas últimas décadas, tem tomado rumos e planos expressivos ao combate destas questões. O Judiciário precisa urgentemente deixar para trás práticas ultrapassadas e antigas que vêm sendo tomadas, garantindo sempre os princípios gerais do processo, sem violar princípios e garantias constitucionais.

Os papéis dos Poderes Legislativos e Executivos também são de extrema importância nesta caminhada rumo à adequação tanto do processo no mundo contemporâneo que vivemos quanto nas ações que versam acerca da Responsabilidade Civil nas questões ambientais. Para que isso ocorra de maneira efetiva é necessário que sejam aplicadas políticas públicas que possam efetivar direitos de maneira concreta e fundamentais.

A harmonização de princípios, como o da precaução, vem norteando a aplicação das normas processuais e ambientais, conferindo ao processo a instrumentalidade que lhe é inerente, porém deve-se sempre atentar para a sua aplicação nos casos concretos.

O fato de ter sido concretizada a técnica para concessão de liminares, envolve não somente a harmonização de princípios, como também de valorização de expressões de conteúdo aberto - como os que integram os seus pressupostos: verossimilhança, fundado receio, difícil reparação - possibilitando conferir ao instituto a devida amplitude compatível com as exigências de um direito processual moderno.

Os objetivos propostos foram alcançados na medida em que concluímos que a tutela de evidência exerce papel determinante na processualística contemporânea, pois o processo de conhecimento ordinário é incapaz de tutelar com a tempestividade necessária a ameaça de lesão ambiental. A demora do processo de conhecimento não se deve apenas ao tempo necessário para que ele se desenvolva observando os princípios e garantias, mas à falta de recursos materiais e logísticos do Poder Judiciário para atender a crescente demanda pela prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade Civil por Danos Ambientais no Direito Brasileiro e Comparado: Teoria do Risco Criado Versus Teoria do Risco Integral. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 53, 2013.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. Decreto Lei n. 25 de 30 de novembro de 1937. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 30 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 3 abr. 2019.

_____. Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. Lei n. 11.284 de 02 de março de 2006. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11284.htm>. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. Lei n. 12.651 de 25 de maio de 2012. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 3 abr. 2019.

_____. Lei n. 5.197 de 03 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5197.htm>. Acesso em: 3 abr. 2019.

_____. Lei n. 6.453 de 17 de outubro de 1977. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso em: 3 abr. 2019.

_____. lei n. 6.766 de 19 de dezembro de 1979. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 3 abr. 2019.

_____. lei n. 6.803 de 02 de julho de 1980. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6803.htm>. Acesso em: 3 abr. 2019.

_____. Lei n. 6.902 de 27 de abril de 1981. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6902.htm>. Acesso em: 3 abr. 2019.

_____. Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 3 abr. 2019.

_____. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 4 abr. 2019.

_____. Lei n. 7.735 de 22 de fevereiro de 1989. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7735.htm>. Acesso em: 4 abr. 2019.

_____. Lei n. 7.802 de 11 de julho de 1989. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm>. Acesso em: 4 abr. 2019.

_____. Lei n. 7.805 de 18 de julho de 1989. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7805.htm>. Acesso em: 4 abr. 2019.

_____. Lei n. 8.171 de 17 de janeiro de 1991. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8171.htm>. Acesso em: 4 abr. 2019.

_____. Lei n. 9.433 de 08 de janeiro de 1997. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 4 abr. 2019.

_____. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 3 abr. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. NOVO. 3. ed. São Paulo: SARAIVA, 2017.

DIDIER JR, Freddie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *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.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 902 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, v. 30, n. 121, p. 11, março 2005.
- LEITE, José Rubens Morato ;AYALA, Patrick de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência* . 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/15*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: As dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro* . 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- THEODORO JR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- THEODORO JR, Humberto, *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 20. ed. 2016, Rio de Janeiro: FORENSE.
- THEODORO JR, Humberto. *Processo Cautelar*. 25. ed. editora Leud, 2010.
- WATANABE, Kazuo; TEXEIRA. Coordenação de Sálvio de Figueiredo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.
- BRASILCON. *Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor*, p. 77-101. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4425316/mod_resource/content/1/Kazuo%20Watanabe%20-%20Tutela%20antecipatoria%20e%20tutela%20especifica.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.

RECEBIDO EM: 10/03/2019

APROVADO EM: 14/05/2019

A OPINIÃO PÚBLICA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 126.292/SP

***THE PUBLIC OPINION AND THE FEDERAL SUPREME
COURT: AN ANALYSIS OF THE HABEAS CORPUS
126.92/SP***

Amada Luz Lopes

*Graduada do Curso de Direito do Centro Universitário do Pará. Integrante do
Grupo de Pesquisa: Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos (CNPQ).
Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica PIBICT (CESUPA).*

Loiane Prado Verbicaro

*Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca
Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará
Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará
Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto e Lato Sensu
em Direito do Centro Universitário do Pará.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Atuação Judicial e a Opinião Pública; 2 Habeas Corpus 126.292/SP e o Entendimento Sobre o Princípio da Presunção de Inocência; 3 Pontos Ressaltados na Argumentação; 3.1 Descrédito do Sistema e a Falta de Credibilidade; 3.2 Efetividade do Sistema;

3.3 Anseio Social e Compreensão da Realidade Social; 4. Contrapontos aos Argumentos; 4.1 Judiciário como Órgão Contramajoritário; 4.2 Efeitos da Decisão na Sociedade; 4.3 Legitimidade das Decisões Judiciais; 5. Entendimento Firmado no Habeas Corpus 126.292/SP e sua (In) Aplicabilidade em Decisões Monocráticas Proferidas pelos Ministros do STF; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho analisa a relação de influência existente entre fatores extrajurídicos, especificamente a opinião pública, e decisões judiciais, partindo do contexto de maior atuação do Judiciário e de maior exposição desta atuação. O objetivo do trabalho é verificar a influência da opinião pública na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2016, no *habeas corpus* 126.292/SP, no qual ocorreu a mudança de entendimento sobre o princípio da presunção de inocência. Além disso, o presente trabalho analisa outros *habeas corpus* que foram julgados monocraticamente pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no ano de 2017 objetivando verificar se o atual entendimento sobre o princípio da presunção de inocência está sendo aplicado conforme a decisão do colegiado. Ao final, conclui-se que houve influência da opinião pública no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP e que o atual entendimento sobre o princípio não está sendo aplicado em decisões monocráticas, o que causa fragmentação, incerteza e imprevisibilidade jurídica, tendo em vista o conflito entre o posicionamento do colegiado e o entendimento aplicado em julgamentos monocráticos.

PALAVRAS-CHAVE: Opinião Pública. Supremo Tribunal Federal. Presunção de Inocência. Decisões Judiciais. Garantias Constitucionais.

ABSTRACT: This article analyzes the relation of influence existent between no legal factors, specifically the public opinion and judicial decisions, starting with the context of judiciary actuation and its biggest exposition. The paper aims to verify if it was the public opinion's influence on the decision of the Federal Supreme Court, in 2016, on the *habeas corpus* 126.292/SP, which occurred the changing of understanding about the Presumption of Innocence principle. Thus, the paper analyzes others *habeas corpus* that was judged monocratically by the Federal Supreme Courts' ministers in 2017, aiming to verify if the present understanding about the presumption of innocence's principle is being applied according to the Court. In conclusion, the public opinion has

influenced the judgement of the habeas corpus 126.292/SP and the present understanding is not being applied on monocratic decisions.

KEYWORDS: Public Opinion. Federal Supreme Court. Presumption of innocence. Judicial Decisions. Constitucional Guarantees.

INTRODUÇÃO

A atuação do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), vem crescendo significativamente, fato que decorre do aumento de número de casos que são judicializados, refletindo a constante busca pela efetivação de direitos. Com esse aumento, verifica-se a maior exposição da atuação deste poder, tanto nas mídias televisivas, quanto nos meios eletrônicos. É comum que os debates sociais mais calorosos estejam relacionados a processos judiciais de grande repercussão midiática.

A maior exposição sobre como o Judiciário atua influencia nas discussões sobre como os casos foram solucionados, o que ocasiona a formação de uma opinião pública acerca de determinado assunto, especialmente em relação ao âmbito do direito penal. Nesse contexto, temos como exemplo o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP que foi analisado em fevereiro de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal e tratou da aplicação e do entendimento sobre o princípio da presunção de inocência.

Além dessa maior exposição, e possivelmente em decorrência desta, é possível observar cada vez mais juízes e ministros atuando com base em fatores extrajurídicos, seja dando opinião sobre assuntos debatidos nos meios de comunicação ou até mesmo decidindo casos de grande divulgação midiática baseando-se em argumentos externos ao âmbito jurídico.

Diante disso, verifica-se a influência, muitas vezes significativa, nas decisões judiciais, de outros fatores que não fazem parte do embasamento jurídico disponível no ordenamento brasileiro. Dessa forma, é importante realizar a análise desta relação entre argumentos extrajurídicos, especialmente a opinião pública, e o contexto decisório de determinado caso. Nesse sentido, o trabalho objetiva analisar se houve influência da opinião pública, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, no qual decidiu-se pela relativização do princípio da presunção de inocência.

Além disso, o trabalho também se propõe a verificar se o atual entendimento sobre o princípio da presunção de inocência, firmado no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP em 2016, está sendo aplicado em

decisões monocráticas proferidas pelos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, faz-se a análise de *habeas corpus* julgados monocraticamente pelos ministros do STF no ano de 2017, ou seja, um ano após a mudança de entendimento. O critério para análise destas decisões foi o lapso temporal de um ano após a mudança de entendimento, bem como o fato de tratar-se de decisões monocráticas dos ministros do STF.

Quanto ao procedimento, utiliza-se, neste trabalho, pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, bem como parte-se da análise do *Habeas Corpus* 126.292/SP, no qual os ministros, por maioria, mudaram o entendimento acerca do princípio da presunção de inocência, passando a entender que a execução da pena poderá ser iniciada antes que a decisão condenatória tenha transitado em julgado. Além disso, analisa-se outros *habeas corpus* que foram decididos monocraticamente por ministros do STF e que tratam da aplicação do atual entendimento sobre tal princípio.

1 ATUAÇÃO JUDICIAL E A OPINIÃO PÚBLICA

Atualmente, passou a ser mais perceptível o aumento da atuação judicial, bem como o aumento da demanda em relação a esta atuação, isso porque, cada vez mais os magistrados são chamados a resolver conflitos de vários setores da vida social. Antonie Garapon (2001, p. 24) aponta que se passou a ter a figura do juiz como um agente “pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma vida política pública”, houve uma expansão dessa atuação jurídica, e isto possui relação direta com a dinâmica adotada pelas sociedades em contextos democráticos.

Em casos de grande repercussão midiática e, conseqüentemente, de grande exposição, os meios de comunicação podem proporcionar algum tipo de impulso a determinada solução. Isso porque, com a crescente divulgação, é maior o número de pessoas que passam a ter acesso a informações e questões relacionadas ao caso, fomentando o debate e a cobrança da opinião pública.

A maior exposição da mídia em relação a atuação judicial é verificada com o objetivo de assegurar transparência em relação a esta atuação. Com toda essa exposição, a mídia poderia influenciar e gerar um clamor público em relação a determinadas questões, o qual, se levado em consideração, poderia até mesmo determinar o andamento de um processo, privando um indivíduo de algumas garantias básicas, como a presunção de inocência (GARAPON, 2001, p. 28).

Nesse contexto, é possível observar o destaque conferido a alguns magistrados, o qual é dado pela mídia, devido a sua atuação em determinado processo. É possível observar, também, atuação de magistrados justamente buscando esse reconhecimento perante a sociedade, buscando a “aprovação popular por intermédio da mídia”, como se as decisões judiciais necessitassem dessa aprovação. Essa relação existente entre atuação judicial e mídia faz com que cada vez mais os juízes tenham contato com a opinião pública a respeito de um caso ou de um assunto, observa-se, ainda, que este contato direto com a mídia é sempre justificado no “superior interesse da justiça” (GARAPON, 2001, p. 66-67).

É importante notar como essa relação entre a mídia e a atuação judicial é intensificada nos momentos de descrédito político. Pode-se observar nos últimos anos que o Brasil passou e vem passando por momentos de descrédito político e de valorização da atuação judicial de acordo com a opinião pública. A questão se mostra problemática porque a atuação judicial deve pautar-se em elementos jurídicos.

Essa relação de descrédito político e atuação judicial é verificada porque muitas vezes não há mais o sentimento de representatividade da sociedade, isso porque passou-se a ver os representantes do povo como uma classe corruptível, que pode ser guiada conforme seus interesses particulares, em detrimento dos interesses da coletividade. Em contrapartida, o Judiciário surge nesse contexto como um poder incorruptível, tendo em vista a sua própria estrutura de independência e distanciamento em relação a aspectos políticos. Nesse contexto, surge uma certa aproximação do Judiciário com a sociedade, ao passo que esta última se distancia dos seus antigos representantes. (VERBICARO; VERBICARO; MACHADO, 2018, p. 04-07).

Além disso, no contexto de crescente divulgação de casos judiciais, é possível que a mídia dê maior amplitude para determinadas opiniões sobre certos temas, é com base nisso que Marcelo Novelino (2014, p. 244) destaca que:

A opinião pública nem sempre é identificável de forma nítida. Muitas vezes, a origem e a extensão dos pontos de vista acolhidos pela sociedade são incertas ou desconhecidas, não sendo possível precisar se estes resultam de uma vontade popular profunda ou se refletem apenas uma “paixão momentânea” decorrente de algum acontecimento de grande repercussão social ou induzida por alguns grupos de pressão.

Nesse contexto de relação entre mídia, atuação judicial e opinião pública, verifica-se que esta relação é exacerbada e em muitos casos nota-se uma espécie de sentença pronunciada. Garapon (2001, p. 67-68) esclarece que para essa exacerbação utiliza-se como justificativa o arcaísmo do sistema processual penal ou até mesmo a falta de exercício do papel da justiça, e isso também é utilizado para justificar qualquer exagero da mídia em relação a exposição da atuação judicial.

O autor ressalta que muitas vezes algumas garantias judiciais não são respeitadas nem mesmo pelos magistrados, citando o segredo de instrução e a presunção de inocência. Além disso, algo muito divulgado e utilizado neste contexto é o descrédito dado a reputação dos acusados ou suspeitos, partindo-se de uma lógica em que primeiro você restringe direitos, prendendo o acusado ou o suspeito, e posteriormente passa a investigar (GARAPON, 2001, p.68).

A própria mídia, visando influenciar a opinião pública e a atuação dos magistrados, já começa a propagar informações sobre a reputação dos investigados. Além disso, tem-se a constante publicização de tudo relacionado ao caso e ao processo, a mídia assume o papel de agente investigador, cometendo, assim, infrações a várias regras como, por exemplo, o segredo da instrução, sempre justificando esta atuação nas falhas ou na ineficácia do sistema jurídico vigente, dessa forma o direito passaria a ser esquecido ou enfraquecido, tudo em nome de “uma pretensa moral superior” (GARAPON, 2001, p. 68).

Com essa atuação da mídia, passa a ser comum a opinião pública reagir a determinados casos, isso pode ocorrer até mesmo antes do início do processamento. Inclusive a mídia pode adotar um determinado ponto de vista sobre o caso, posicionando-se conforme uma das partes. Dessa forma, a mídia investiga, expõe informações e provas, forma determinada opinião pública, adotando a versão de uma das partes, e, por fim, promove um julgamento, de modo que o acusado passa a ser culpado ou inocente de acordo com a opinião pública (GARAPON, 2001, p.76-77).

Antes da abertura dos debates, a questão é discutida, julgada em inúmeros jornais, que têm a pretensão de representar a opinião pública, e de impô-la aos juízes oficiais. A imprensa divulga com antecedência o ato de acusação, narra e resolve a peça que vai ser representada no dia seguinte (GARAPON, 2001, p.76).

Partindo dessas premissas é necessário analisar essa possível relação de influência exercida pela opinião pública em relação ao julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, no qual o STF decidiu pela mudança do entendimento sobre o princípio da presunção de inocência. Essa possível relação surgiu da própria análise do *habeas corpus*, isso porque em muitos pontos os ministros demonstraram uma espécie de preocupação em relação a fatores sociais, no sentido de que aspectos como o clamor social, a aceitação social, bem como o questionamento sobre o descrédito do sistema penal passaram a ser considerados pelos ministros.

2 HABEAS CORPUS 126.292/SP E O ENTENDIMENTO SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O *habeas corpus* 126.292/SP foi impetrado visando garantir que um homem condenado pelo crime de roubo tivesse a oportunidade de recorrer da decisão em liberdade e foi analisado pelo STF em fevereiro de 2016. Tal caso ganhou grande relevância, pois discutiu-se sobre a aplicação e o entendimento do princípio da presunção de inocência, o qual está expresso na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LVII, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O princípio da presunção de inocência é uma garantia fundamental que estipula que toda e qualquer pessoa que venha a ser processada penalmente será presumidamente inocente, até que a decisão condenatória transite em julgado, ou seja, até o momento em que a decisão deixa de ser passível de recursos e reformas. Tal princípio é caracterizado como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo (CALEFFI, 2017, p. 05/25).

Em relação a sua caracterização como norma de tratamento, tal princípio dispõe que o acusado deve ser tratado como inocente e possui relação direta com as garantias e os direitos do acusado como o devido processo legal, a vedação a provas ilícitas, a imparcialidade, entre outros (CALEFFI, 2017, p. 27).

Sua caracterização como norma probatória diz respeito a produção de provas ao longo do processo, estipulando uma garantia a todo e qualquer acusado, em relação a atuação punitiva estatal, estabelecendo que caberia a acusação demonstrar que o indivíduo é culpado (LOPES JR., 2018, p.96). O princípio e outras garantias individuais constituem:

verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JR., 2018, p.97).

Este princípio visa impor um limite ao poder do Estado, o qual se justifica nos direitos do homem, cabendo ao Estado garantir tais direitos até mesmo no momento do exercício de seu poder punitivo. Além disso, impõe que cabe a acusação comprovar a culpa, esta sim precisa ser demonstrada, tendo em vista que a inocência é presumida. Isso significa que, ao menos em tese, todo indivíduo que venha a ser processado penalmente tem o direito de ser presumido e tratado como inocente, até que se prove o contrário (NASPOLINI; SILVEIRA, 2018, p. 860-863). Entretanto, na prática muitas vezes verifica-se o contrário, como se houvesse uma presunção de culpa.

No que diz respeito ao princípio da presunção de inocência como norma do juízo, relaciona-se diretamente com o convencimento do magistrado na análise do conjunto probatório, sua materialidade pode ser verificada no princípio *in dubio pro reo*, o qual é aplicado pelo magistrado ao final do processo quando não houver provas suficientes de autoria e materialidade, no caso de dúvida o réu deverá ser beneficiado (CALEFFI, 2017, p.40-42).

O princípio da presunção de inocência já foi muito discutido, inclusive no âmbito do STF, o qual mudou de entendimento sobre sua aplicação duas vezes. O primeiro entendimento, firmado no *habeas corpus* 68.726/DF em 1991, era no sentido de que o princípio da presunção de inocência não seria incompatível com a execução provisória da pena. Dessa forma, o cumprimento da pena poderia ser iniciado após condenação, até mesmo nos casos em que houvesse a possibilidade de recurso.

Em 2009, ao analisar novamente a questão no *habeas corpus* 84.078/MG, o STF pacificou o entendimento de que o princípio da presunção de inocência seria totalmente incompatível com a execução da pena sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado, buscava-se, assim, uma justiça criminal mais garantista no que diz respeito aos direitos das pessoas processadas penalmente.

Defendeu-se que tal princípio era claro e não poderia ser ignorado. Partindo do pressuposto de que a culpa é formada depois do esgotamento da via recursal, considerava-se sem sentido determinar o início do cumprimento de pena nos casos em que a pessoa não tivesse sido considerada efetivamente culpada (VIEIRA, 2018, p. 206).

Entretanto, no ano de 2016, com a decisão do *habeas corpus* 126.292/SP, tal entendimento mudou novamente, o STF passou a entender que a execução da pena poderá ser iniciada antes da decisão transitar em julgado, desde que haja confirmação em segundo grau, ou seja, mesmo que a decisão ainda seja passível de recurso e, conseqüentemente, de reforma.

O ministro relator deste *habeas corpus*, Teori Zavascki, afirmou que não se deve confundir a formação da culpa e a execução provisória. Passou-se a entender que a Constituição não veda a prisão antes do trânsito em julgado e a definitiva formação de culpa, citando como exemplo disso a própria execução provisória da sentença condenatória. Após tal decisão é possível observar a busca pelo enrijecimento do atual sistema penal objetivando reduzir a impunidade (VIEIRA, 2018, p. 205-207).

Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 207) destaca que a discussão acerca desse princípio passou a ser mais polêmica por causa da possibilidade de tal entendimento atingir o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, tendo em vista a possibilidade de a decisão que condenou Lula ser reafirmada em segundo grau. Outro ponto destacado pelo autor foi a afirmação do ministro Gilmar Mendes, que compôs a maioria para a mudança de entendimento no *habeas corpus* 126.292/SP, isso porque logo após tal julgamento, este ministro declarou sua mudança de entendimento quanto ao tema.

Em relação ao caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi proferida decisão condenatória e sua defesa impetrou *habeas corpus* revisitando o tema da execução provisória da pena, alegando que o cumprimento da pena apenas poderia ser iniciado após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, o STF denegou tal *habeas corpus* reafirmando o entendimento pela possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

No julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, se posicionaram contra a mudança de entendimento os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Já os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luis Fux, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Gilmar Mendes se posicionaram pela mudança de entendimento sobre o princípio da presunção de inocência.

Ao analisar este *habeas corpus*, o STF relativizou o princípio da presunção de inocência. Além da afronta aos direitos fundamentais do acusado, promoveu-se, também, impactos no legado das conquistas consideradas democráticas, bem como foi promovida uma deturpação da

concepção da presunção de inocência, tendo em vista que o que passa a ser presumido é a culpa, sendo que a prisão passa a ser considerada a regra (CALEFFI, 2017, p. 64).

A maioria dos ministros firmada para proporcionar a mudança de entendimento

se deixou seduzir pela vontade de satisfazer a “opinião pública” e de forma velada disse que pouco importava se era necessário vulnerar direito fundamental para combater o mal, ou o que é percebido como manifestação do mal” (KHALED JR, 2018, p. 269).

Em relação a tal *habeas corpus*, o autor Salah Khaled Jr. (2018, p. 269) afirmou que ficou claro o objetivo de atender a opinião pública, sendo que não caberia aos ministros atuar conforme a opinião pública e os anseios sociais. Além disso, destacou uma parte do voto do Ministro Teori Zavascki, no qual este afirma que deve-se atender a valores que são caros não apenas ao acusado, mas de certa forma também à sociedade, tal argumentação seria inaceitável para o autor, revelando-se como um discurso autoritário.

O autor aponta, ainda, que com o novo entendimento promoveu-se uma distorção do princípio da presunção de inocência, passando a ser entendido como uma presunção de culpabilidade.

A conexão entre fundamento explicitado e solução adotada não deixa margem para dúvida: a segregação do acusado é percebida como um expediente necessário para a “segurança” da sociedade. A decisão simplesmente reescreve o Art. 5º, inc. LVII, com atribuição violenta de sentido que ultrapassa completamente o limite interpretativo legal e constitucionalmente admissível: apunhala a presunção de inocência e “reinventa” o transitio em julgado, em prejuízo do acusado (KHALED JR, 2018, p.269-270).

Além disso, o autor ressalta o necessário cuidado com a lógica da atuação visando o bem comum ou a segurança da sociedade, citados na própria decisão, isso porque com propósitos nobres como estes foi promovido o extermínio massivo de pessoas, respaldado em um exercício de poder com caráter punitivista,

[...] o que importa é o potencial que os argumentos em questão representam para vulnerar a democracia e os direitos fundamentais

que são inerentes a ela. Em pleno cenário democrático-constitucional, permanecemos refêns de um pensamento simplificador e binário, altamente capacitado para a destruição de vulneráveis. Em outras palavras, é espantoso constatar que o fascismo penetra no Supremo, Corte cuja tarefa maior deveria consistir na defesa incondicional de direitos fundamentais. (KHALED JR, 2018, p.270).

No que diz respeito a mudança de compreensão sobre o princípio da presunção de inocência, há um entendimento de que tratou-se de uma mutação constitucional, consistente em uma modificação do texto constitucional objetivando uma releitura conforme a atualidade. Entretanto, tal alteração não se dá por meio do processo legislativo devido, é promovida no Poder Judiciário, o qual fará uma leitura e dará um novo significado a determinada questão. A questão se torna problemática porque muitas vezes é conferido significado completamente diverso do próprio texto constitucional, como ocorreu no caso ora analisado, transformando, assim, a supremacia da constituição em supremacia da corte constitucional (BELLO; BERCOVICI, 2018, p. 12-13).

O princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição, além de ser claro, constitui-se como cláusula pétrea. Entretanto, tal status não promoveu nenhum obstáculo a sua relativização, sendo totalmente esvaziado pelo STF. A mudança de tal entendimento pelo STF “não constitui mutação constitucional, como alguns de seus integrantes alegaram, mas uma ruptura com o texto, sem que assumissem a responsabilidade de terem violado a Constituição” (BELLO; BERCOVICI, 2018, p. 14).

Dessa forma, verifica-se que o STF passou a entender o mesmo princípio de forma completamente oposta. Este entendimento, firmado em 2016, foi defendido pela maioria dos ministros. Além da completa mudança de posicionamento, é importante destacar trechos das fundamentações utilizadas pelos ministros que defenderam o novo entendimento, em tais trechos é possível notar a influência de um elemento extrajurídico, qual seja a opinião pública.

3 PONTOS RESSALTADOS NA ARGUMENTAÇÃO

Um dos fatores que precisam ser destacados na análise do *habeas corpus* 126.292/SP – além da relativização de um princípio basilar e extremamente claro – foi a argumentação utilizada em alguns pontos da decisão. Por muitas vezes os ministros, ao se posicionarem, ressaltaram a falta de confiança da população nas decisões judiciais, bem como a sensação

de impunidade e o sentimento social sobre a eficácia ou ineficácia da lei penal, utilizando-se, ainda, de um questionamento sobre a credibilidade e a legitimidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Esses argumentos foram afirmados como fundamentos para uma decisão que deveria ser essencialmente técnica e jurídica.

Em muitos pontos da própria argumentação utilizada para fundamentar a decisão percebe-se a influência da opinião pública ou, de forma mais geral, de anseios sociais. É possível verificar, em certos trechos, até mesmo a expressa menção a esta opinião. Passa-se a analisar estes trechos das fundamentações utilizadas pelos ministros, os quais se destacaram negativamente.

3.1 O DESCRÉDITO E A FALTA DE CREDIBILIDADE DO SISTEMA

Entre os argumentos que mais se destacaram negativamente podemos citar o trecho em que foi ressaltado que o entendimento anterior de incompatibilidade do princípio com o início da execução da pena “contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal” (STF, HC 126.292/SP, p.34).

Destaca-se, também, as inúmeras passagens em que a credibilidade do sistema de justiça foi questionada com base no entendimento anterior sobre o princípio da presunção de inocência, dentre elas, a afirmação de que “com acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal” (STF, HC 126.292/SP, p. 44).

Além disso, foi ressaltado que não haveria motivo para dar continuidade ao entendimento que vigorava anteriormente sobre o princípio, visto que o mesmo possibilitava um “modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade” (STF, HC 126.292/SP, p. 48).

Afirmou-se, ainda, que “um sistema de justiça desmoralizado não serve ao judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados” (STF, HC 126.292/SP, p. 34), e devido a isso seria necessário mudar o entendimento sobre este princípio basilar, tal mudança possibilitaria um sistema “dotado de credibilidade” (STF, HC 126.292/SP, p. 40).

Diante disso, é possível observar que fatores extrajurídicos, especificamente a opinião pública, foram avaliados pelos ministros, isso porque

ficou clara a preocupação com questões relacionadas ao prestígio, a credibilidade e o descrédito do sistema, ou seja, os ministros estariam preocupados com as percepções da sociedade em relação ao princípio da presunção de inocência, a decisão e até mesmo em relação ao atual sistema de justiça.

3.2 EFETIVIDADE DO SISTEMA

Em outro trecho, ao relacionar o princípio da presunção de inocência e a efetividade do sistema penal, afirmou-se que “o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça” (STF, HC 126.292/SP, p. 41-42).

Dessa forma verifica-se que, entre dar continuidade a um entendimento mais garantista sobre um princípio basilar, expresso na Constituição Federal, e optar por um entendimento visando maior efetividade, o STF preferiu buscar efetividade no sistema penal, em detrimento de garantias individuais.

3.3 ANSEIO SOCIAL E COMPREENSÃO DA REALIDADE SOCIAL

Outro ponto muito destacado foi o anseio social em relação à concepção de justiça, pois muito se questionou sobre a credibilidade desta perante a sociedade, e partiu-se do pressuposto de que o entendimento anterior possibilitaria o enfraquecimento da “confiança da sociedade na justiça criminal”, já com a mudança de entendimento seria possível que “o sentimento social de eficácia da lei penal” fosse restaurado (STF, HC 126.292/SP, p.53).

Partindo-se desse e de outros argumentos utilizados no acórdão, os ministros ressaltaram que o novo entendimento sobre o início da execução da pena iria “restabelecer o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito tempo se perdeu no Brasil” (STF, HC 126.292/SP, p. 51).

Além disso, com base no papel do juiz destacou-se que cabe a este “produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo” (STF, HC 126.292/SP, p. 50). Partindo da concepção de que haveria incompatibilidade entre o princípio e o início do cumprimento da pena, a qual “não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência” (STF, HC 126.292/SP, p. 58).

Ressaltou-se, ainda, que o simples entendimento da realidade social por parte da sociedade seria capaz de produzir uma alteração na própria compreensão do direito, podendo, inclusive, modificar até mesmo o significado do direito (STF, HC 126.292/SP, p. 35).

Por fim, destaca-se um trecho em que é ressaltada a necessidade de se observar uma relação entre a interpretação constitucional e o entendimento social, sendo que este poderia promover a mudança de interpretação, isso porque afirmou-se que “a sociedade não aceita mais essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer” (STF, HC 126.292/SP, p. 59).

Diante dos argumentos utilizados pelos ministros para a fundamentação desta decisão, a qual deveria ser essencialmente jurídica, é possível observar que tal julgamento sofreu influência de fatores extrajurídicos, especificamente da opinião pública, pois os ministros estavam não apenas considerando a opinião pública, mas agindo com base neste fator. Tal decisão,

foi uma deliberação fundada no clamor punitivo da opinião, seduzida pelos meios de comunicação. Foi, de cabo a rabo, um julgamento político. [...] Em maioria, o STF fundamentou a sua decisão de “inovar” na Constituição e abraçar o “princípio” da presunção de culpa pela “vontade popular” de maiores penas e mais encarceramento. A decisão foi claramente para agradar a maioria, foi para fazer média com eleitores (não se sabe de quem), foi para acalmar a turba, não importando a que título esta “maioria popular” foi formada (SANTOS; GRAZIANO, 2016).

4 CONTRAPONTOS AOS ARGUMENTOS

Partindo da análise dos argumentos citados acima, os quais foram utilizados para fundamentar a decisão do acórdão, faz-se necessário analisar outros aspectos relacionados também a atuação do judiciário nas decisões judiciais. São propostos, aqui, alguns contrapontos aos argumentos acima ressaltados, os quais deveriam ter sido observados pelos ministros, pois relacionam-se a premissas de sua atuação.

4.1 JUDICIÁRIO COMO ÓRGÃO CONTRAMAJORITÁRIO

O Judiciário possui um papel contramajoritário, com base nisso, caberia ao Judiciário proteger as minorias “contra o excesso democrático, o que pressupõe, ao menos até certo ponto, uma atuação independente

da influência da opinião pública”, devendo atuar para proteger direitos, especialmente direitos daqueles que não se enquadram nos parâmetros da maioria, mesmo que isso implique em se posicionar de forma contrária à opinião pública formada sobre determinado caso (NOVELINO, 2014, p 245).

A atuação do Poder Judiciário como órgão contramajoritário visa justamente evitar a ditadura da maioria, isto é, evitar o ímpeto faccionista desta maioria em detrimento da garantia de direitos das minorias. Dessa forma, tem-se uma atuação capaz de proporcionar o sistema de freios e contrapesos em relação ao poder da maioria, objetivando, justamente, preservar os direitos individuais das minorias. O judiciário possui legitimidade para exercer esta função, visando “atuar como um impositor de freios ao poder opressivo da maioria” (VERBICARO, 2017, p.110-113).

Marcelo Novelino (2014, p. 246) destaca a importância do papel contramajoritário exercido pelas cortes constitucionais nos casos que envolvem direitos básicos das minorias, os quais muitas vezes são desconsiderados pelas majorias. Isso seria importante até mesmo para que tais decisões sejam tomadas por um poder que não recebe, ao menos diretamente, pressão política.

Aury Lopes Jr. (2018, p. 61-62) destaca que a atuação judicial deve se dar em nome do povo, o que não significa que será conforme a vontade da maioria, mas sim que a atuação será para garantir direitos, especialmente as liberdades das minorias. Dessa forma, os juízes não são obrigados nem devem decidir levando em consideração a vontade da maioria, sua atuação não está legitimada nesta vontade.

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal (LOPES JR., 2018, p. 62).

Dessa forma, observa-se que, o poder judiciário deve se manter afastado de qualquer pressão política ou social, isso porque cabe a tal poder dar uma resposta estritamente jurídica aos casos, independente de observar ou não a opinião pública e o clamor social referente ao tema. O Judiciário deve atuar com base no ordenamento jurídico, limitando-se a questões jurídicas, podendo, até mesmo decidir de forma contrária à opinião pública, pois sua atuação não está vinculada de nenhuma forma a este fator.

4.2 EFEITOS DA DECISÃO NA SOCIEDADE

Nesta decisão, é possível observar uma influência do consequencialismo, isso porque os juízes passam a fundamentar uma decisão partindo da análise das possíveis consequências que tal decisão irá produzir. Dessa forma, o juiz iria ponderar e valorar as possíveis soluções para determinado caso e as suas consequências, objetivando verificar qual delas é preferível em detrimento da outra (SCHUARTZ *In* MACEDO JR; BARBIERI (org), 2001, p. 384-386).

Partindo desse pressuposto do consequencialismo, os ministros julgariam o caso ponderando a decisão e os efeitos dela, iriam analisar as consequências que tal decisão pode ocasionar, iriam agir sempre buscando as melhores consequências (VERBICARO; RODRIGUES, 2017, p. 107), tal fato pode ser verificado em alguns trechos dos votos dos ministros, nos quais eles demonstram uma certa preocupação sobre como aquela decisão poderá impactar a sociedade, se tal decisão será aceita ou considerada legítima pela sociedade.

O problema é verificado quando os juízes/ ministros se deixam guiar por tal preceito, desconsiderando garantias fundamentais, ou seja, atuam com base em possíveis consequências que a decisão poderá causar em detrimento de princípios basilares e garantias fundamentais de todo e qualquer indivíduo, as quais estão previstas expressamente na própria Constituição Federal.

É possível notar argumentos com teor consequencialista justamente porque os ministros expõem uma certa preocupação em reverter a atual sensação de impunidade ou de injustiça que a população tem em relação ao sistema penal. Entretanto, tais fatores não devem ser considerados a ponto de influenciar uma decisão, e, para além disso, não se pode violar direitos e premissas constitucionais visando agradar a sociedade ou causar sentimento de eficiência. Uma pessoa não pode ter sua presunção de inocência violada para que seja restaurada a eficiência do sistema penal. É importante o distanciamento entre decisões judiciais, as quais são técnicas, e a opinião pública, objetivando justamente a garantia de direitos dos indivíduos (NASPOLINI; SILVEIRA, 2018, p. 871).

Além disso, observar-se que, sob o argumento de agradar a sociedade, buscando legitimação e credibilidade, o Supremo Tribunal Federal desconsiderou diversas premissas constitucionais e, mais especificamente,

direitos fundamentais dos indivíduos, SANTOS e GRAZIANO (2016) destacam que:

Um Processo Penal, orientado por uma constituição democrática, deve preservar os direitos fundamentais ali consagrados e jamais permitir que os interesses políticos da turba do momento sejam institucionalizados e, em última análise, justifiquem o funcionamento da justiça.

4.3 LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Nesta decisão muito se questionou sobre a legitimidade das decisões judiciais, visto que algumas destas não seriam acolhidas de maneira positiva pela sociedade, esse inclusive foi um argumento utilizado para demonstrar a importância da mudança no entendimento sobre o princípio da presunção de inocência.

Porém, tal questionamento carece de embasamento jurídico, visto que os juízes e ministros não devem decidir buscando acolher a opinião pública com o fundamento de que esta viria a legitimar tal decisão, até porque a legitimidade das decisões judiciais não depende da aceitação ou não por parte da sociedade. Os magistrados devem atuar sem sofrer influências de qualquer tipo de pressão, seja ela política ou não, eles não são representantes da vontade popular; portanto não devem atuar com base em nenhum interesse, sua atuação objetiva resguardar direitos. De acordo com Aury Lopes Jr. (2018, p. 61),

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

A atuação do juiz deve ser no sentido de garantir os direitos fundamentais e tutelar as liberdades individuais de toda e qualquer pessoa que está sendo processada penalmente, o magistrado assume o papel de responsável pela efetivação das garantias próprias de um Estado Democrático de Direito, disso deriva a própria consolidação de um modelo penal mais garantista (DALABRIDA, 2007, p. 30-31).

Dessa forma, a legitimação das decisões judiciais e do próprio Poder Judiciário é proveniente da função e capacidade de conferir proteção

aos direitos de todos os cidadãos. Além disso, tal legitimação reside também na capacidade de resistir a eventuais pressões políticas. Esta resistência é possibilitada pelas prerrogativas de atuação “independente, imparcial, transparente, argumentativa, dotada de uma visão prospectiva e de especificidade técnica, submetida a uma reflexão crítica e racional” (VERBICARO, 2017, p. 95).

Outro ponto importante a ser ressaltado é a inobservância em relação a própria função e premissas do processo penal, o qual possibilita justamente a limitação do poder punitivo do Estado, visando, com isso, efetivar e garantir “direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra atos abusivos do Estado” (LOPES JUNIOR *apud* NASPOLINI; SILVEIRA, 2018, p.862).

Sidney Dalabrida (2007, p. 439-41) reafirma esta ideia, ressaltando que o processo penal é a via utilizada para imposição da pena, mas, para além disso, possui como função principal servir como uma garantia no que diz respeito aos direitos fundamentais do cidadão, impõe valores que vão condicionar a própria persecução penal. É justamente por esses fatores que o processo penal não pode ser concebido apenas como uma via para a pretensão punitiva estatal.

Diante dessas premissas, verifica-se que argumentos extrajurídicos tiveram um maior peso em uma decisão judicial do que as questões jurídicas relacionadas ao caso. A despeito da discordância em relação a mudança de entendimento sobre o princípio da presunção de inocência, é importante observar que tal mudança foi formulada em órgão colegiado do STF (a quem compete a função de guardião da constituição) e dessa forma teria certo peso em relação a sua aplicabilidade. Entretanto, é importante analisar se este entendimento firmado em 2016 possui aplicabilidade em julgamentos monocráticos dos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal.

5 ENTENDIMENTO FIRMADO NO HABEAS CORPUS 126.292/SP E SUA (IN) APLICABILIDADE EM DECISÕES MONOCRÁTICAS PROFERIDAS PELOS MINISTROS DO STF

Como mencionado anteriormente, no julgamento do HC 126.292/SP, foram favoráveis à prisão após a condenação em segunda instância os Ministros: Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello foram contrários à decisão, posicionando-se pela manutenção do antigo entendimento sobre o princípio da presunção de inocência.

Tendo como base tal decisão, é importante analisar outros *habeas corpus*, nos quais os ministros decidiram monocraticamente sobre a aplicação ou não do entendimento firmado em fevereiro de 2016 no colegiado do STF (HC 126.292/SP) sobre a execução provisória da pena mesmo diante da possibilidade de recurso. Analisa-se os *Habeas Corpus* 147.452/MG, HC 137.063/SP e HC 142.173/SP, os quais foram julgados pelos ministros ao longo do ano de 2017, ou seja, um ano após a mudança de entendimento sobre o princípio da presunção de inocência.

Apesar da mudança de entendimento, verifica-se a negação deste posicionamento nas decisões monocráticas dos ministros. A exemplo, temos o HC 147.452/MG, julgado em setembro/2017, que foi analisado e concedido pelo ministro Celso de Mello, o qual suspendeu o início da execução da pena até o trânsito em julgado da condenação, conforme disposto na literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, negando, assim, o entendimento firmado no colegiado.

O ministro Celso de Mello, ao proferir sua decisão, afirmou que o início da execução da pena antes do trânsito em julgado “transgride, de modo frontal, a presunção constitucional de inocência, que só deixa de subsistir ante o trânsito em julgado da decisão condenatória”. Destacando que o entendimento que prevaleceu no colegiado caracteriza regresso em relação aos direitos e garantias dos indivíduos, retardando “o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais” (STF, HC 147.452/MG, p. 07).

Nesse mesmo sentido, tem-se o HC 137.063/SP, analisado em setembro/2017, no qual o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem para que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação. O ministro afirmou que, com a mudança de entendimento, o STF “extraiu do art. 5º, LVII, da CF, um sentido que dele não se pode e nem, no mais elástico dos entendimentos, se poderia extrair, vulnerando, conseqüentemente, mandamento constitucional claro, direto e objetivo” (STF, HC 137.063/SP, p. 06). Destacando, ainda, que foi uma opção feita pelo poder constituinte ao fixar como parâmetro o trânsito em julgado da decisão para que uma pessoa seja, de fato, considerada culpada.

Da mesma forma, no HC 142.173/SP, analisado em maio/2017, o ministro Gilmar Mendes, manifestou-se pela revogação da prisão preventiva do acusado e declarou sua tendência em mudar de posicionamento quanto ao atual entendimento sobre o princípio da presunção de inocência “no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve

aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ” (STF, HC 142.173/SP, p. 05-06).

Nesta decisão, o ministro Gilmar Mendes afirmou, ainda, que no julgamento colegiado do *habeas corpus* 126.292/SP, em que ocorreu a mudança de entendimento, o STF admitiu a prisão a partir da decisão condenatória em segundo grau, porém não afirmou que tal prisão seria obrigatória (STF, HC 142.173/SP, p. 05-06).

Diante da análise destes *habeas corpus*, observa-se que a decisão do colegiado não está sendo aplicada pelos próprios ministros em julgamentos monocráticos, isso porque o STF proferiu acordão mudando totalmente o entendimento sobre o princípio da presunção de inocência, entretanto em julgamentos monocráticos os ministros optaram por aplicar o entendimento anterior sobre o princípio.

Ao ser proferida uma decisão colegiada, espera-se que esta servirá como parâmetro para todas as outras. Entretanto, a decisão vem sendo negada monocraticamente, o que gera notável incerteza, imprevisibilidade e insegurança jurídica. Nota-se uma certa incoerência do STF em relação ao entendimento do princípio, sendo que cabe a este Órgão a função de interpretar a Constituição Federal, tendo em vista isso o STF deveria manter determinada coerência em relação a interpretação dos dispositivos constitucionais, deixando de atuar de forma a causar imprevisibilidade e insegurança jurídica (DIMOULIS *In*: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.; RECONDO, F. (org), 2016, p. 65).

Diante desse contexto, tem-se a resolução de casos semelhantes de modo completamente diferente, isso porque foi proferido novo entendimento acerca de uma questão principiológica, entretanto, nem sempre esse entendimento é aplicado, o que gera imprevisibilidade e insegurança jurídica, tendo em vista que casos semelhantes são julgados de maneiras opostas.

Nesse contexto, é importante ressaltar a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio, em 19/12/2018, véspera do recesso judiciário, ao apreciar Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade, na qual questionou-se, novamente sobre a mudança de entendimento sobre o princípio da presunção de inocência a respeito da constitucionalidade da execução provisória da pena. O ministro deferiu a liminar suspendendo a execução provisória de pena nos casos em que a decisão condenatória não tenha transitado em julgado (STF, ADC 54 MC/ DF).

Ao analisar a medida cautelar, o ministro ressaltou que com a decisão do *habeas corpus* 126.292/SP, muitos magistrados têm determinado a execução provisória da pena antes da decisão transitar em julgado, e tal determinação, muitas vezes não possui motivação adequada (STF, ADC 54 MC/ DF, p.04). Além disso, esclareceu que a decisão do citado *habeas corpus* não possui efeito vinculante, apesar de ter sido o posicionamento da maioria em plenário, ressaltando, ainda, o compromisso do Supremo com a Constituição (STF, ADC 54 MC/ DF, p. 11).

O ministro apontou a necessidade de promover segurança jurídica, a qual pressupõe a supremacia do texto constitucional, ao invés da supremacia da maioria, ressaltando que “em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana” (STF, ADC 54 MC/ DF, p. 12).

Por fim, o ministro Marco Aurélio, na análise desta medida cautelar, destacou que o princípio da presunção de inocência, disposto no inciso LVII do art. 5^a da Constituição, não possui margens para controvérsias semânticas, estipulando como regra que a condenação deve ter transitado em julgado para o cumprimento da pena, não admitindo que tal cumprimento se dê em caráter provisório. Além disso, com a mudança de entendimento o Supremo teria se afastado da Constituição, tendo em vista que este preceito constitucional é cláusula pétrea, não podendo ser modificado nem mesmo pelo poder constituinte derivado (STF, ADC 54 MC/ DF, p. 12-15).

A decisão ganhou maior repercussão midiática pois, além de tratar da discussão sobre o princípio da presunção de inocência, poderia atingir o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, o qual também é mencionado nas discussões desse tema tendo em vista a relação entre a atuação dos juízes que atuam no seu caso e a influência da mídia.

Diante de tal decisão, a Procuradoria Geral da República protocolou pedido de suspensão de liminar, visando suspender os efeitos da decisão acima mencionada. O ministro Dias Toffoli analisou o pedido e deferiu, ainda em 19/12/2018, a suspensão de seus efeitos, até nova apreciação da matéria pelo Pleno do STF. Tal ministro considerou que a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio poderia causar riscos à ordem pública e à segurança (STF, SL 1188/DF).

O ministro Dias Toffoli destacou, ainda, que o entendimento firmado no *habeas corpus* 126.292/SP foi reafirmado pela maioria do STF em outras decisões, sendo que a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio não

observou tal entendimento, o qual deve necessariamente ser observado tendo em vista tratar-se de decisão soberana proferida pela maioria dos ministros que compõem o STF (STF, SL 1188/DF).

Diante disso, com base nos casos analisados, é possível observar que, apesar do STF ter firmado uma mudança no entendimento no colegiado acerca do princípio da presunção de inocência, não há conformidade na jurisprudência do próprio Supremo, isso porque casos semelhantes são julgados conforme a convicção individual dos ministros.

Por fim, a mudança de entendimento sobre o princípio da presunção de inocência se demonstra inadequada, tendo em vista que este constitui-se como uma das garantias mais básicas de toda e qualquer pessoa que venha a ser processada no âmbito penal. Entretanto, apesar desta concepção, é importante ressaltar que uma decisão colegiada deve ter considerável impacto em relação as resoluções de casos futuros, porém, tal entendimento não vem sendo aplicado monocraticamente, o que causa grande instabilidade e insegurança jurídica no que diz respeito às decisões judiciais.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, em relação aos objetivos do trabalho e com base na análise dos argumentos utilizados pelos ministros para fundamentar uma decisão que mudou o entendimento de um princípio basilar da Constituição Federal, conclui-se que, nesta decisão, o Supremo Tribunal Federal sofreu influência da opinião pública, pois verifica-se em vários trechos do acórdão que os ministros estavam não apenas considerando a opinião pública, mas sendo também influenciados diretamente por esta. Considerando a existência de tal influência, abre-se um perigoso precedente no STF para decidir de forma casuística de acordo com a direção das maiorias, fato que vai de encontro ao papel contramajoritário do Judiciário.

Cabe mencionar que é comum a existência de uma opinião pública sobre determinado tema, e que também é comum a existência de inúmeros fatores extrajurídicos tentarem influenciar determinado caso, o problema ocorre quando estes fatores começam a interferir ou até mesmo a determinar uma decisão judicial, a qual deveria ser proferida com base em argumentos estritamente jurídicos, seguindo toda a lógica do processo penal como um instrumento para o respeito aos direitos e garantias fundamentais de qualquer pessoa.

Ressalta-se, que com esta decisão o Supremo Tribunal Federal além de contrariar um dispositivo constitucional com o fundamento de reinterpretá-

lo, acabou por não atuar com base no seu papel contramajoritário, ou seja, de proteção aos direitos das minorias, mesmo nos casos em que tais direitos vão de encontro aos anseios das maiorias e da opinião pública formada sobre o assunto.

Por fim, cabe mencionar que, além da mudança de interpretação acerca de um princípio constitucional que foi influenciada pela opinião pública, o posicionamento do colegiado a respeito do atual entendimento não está sendo aplicado em decisões monocráticas dos ministros, o que gera grande insegurança jurídica, tendo em vista que casos semelhantes são julgados de maneira oposta.

REFERÊNCIAS

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS 126.292/SP*. Relator Ministro: ZAVASCKI, Teori. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS 137.063/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137063.pdf>> Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS 142.173/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS 147.452/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC147452decisao.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 54 DISTRITO FEDERAL*. Relator Ministro: Marco Aurélio. Disponível em: <https://www.valor.com.br/sites/default/files/infograficos/pdf/LIMINAR_EXECUCAO_PROVISORIA_19122018.pdf>. Acesso em: 20 dez. 18.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.188 DISTRITO FEDERAL*. Relator Ministro: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://download.uol.com.br/noticias/2018/stf/decisao-toffoli-segunda-instancia.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 18.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DALABRIDA, Sidney Eloy. *Prisão Preventiva: uma análise à luz do garantismo penal*. Curitiba: Juruá, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. A Constituição interpretada sem regas. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego; RECONDO, Felipe (org). *Onze Supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017, p.63-65.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1159p.

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. A presunção de inocência como um direito humano fundamental na Constituição Brasileira e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 858-875, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33845>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: Marcelo Novelino; André Fellet. (Org). *Constitucionalismo e democracia*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 265-328.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. *Revista do Ministério Público* (Rio de Janeiro), v. 1, p. 155-180, 2014.

SANTOS, Rogério Dutra dos; GRAZIANO, Sérgio. *O STF confirma a tendência de ser a 'câmara de gás' no Direito Penal brasileiro*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-stf-confirma-tendencia-de-ser-a-camara-de-gas-no-direito-penal-brasileiro-por-rogerio-dutra-dos-santos-e-sergio-graziano/>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catrina Helena Cortada. *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane Prado; MACHADO, Ana Victória Delmiro. A sociedade juridificada e o desmoraonamento simbólico do homem democrático: relações entre judiciário, mídia e opinião pública. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 04, n. 53, p. 190-212, 2018. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3215>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERBICARO, Loiane Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. A Refutação de Dworkin ao Ceticismo Quanto às Pretensões Juridicamente Tuteladas. *Redes: R. Eletr. Dir. Soc.*, Canoas, v.5, n. 1, p. 103-132, maio, 2017. Disponível em:<<http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3463/pdf>>. Acesso em: 23 jan 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RECEBIDO EM: 15/01/2018

APROVADO EM: 19/03/2018

O (NEM TÃO) NOVO PROCESSO DE EXECUÇÃO CIVIL NO BRASIL E O SISTEMA ITALIANO: O DESCOLAMENTO ENTRE OS DOIS MODELOS?

***THE (NOT SO) NEW PROCEDURE OF CIVIL
ENFORCEMENT IN BRAZIL AND THE ITALIAN SYSTEM:
SEPARATION BETWEEN THE TWO MODELS?***

Erik Noleta Kirk Palma Lima

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB

Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Distrito Federal

Advogado da União, Instrutor da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Execução civil: dois modelos; 2 Descolamento entre a prática brasileira e italiana; 3 Possível intercâmbio entre os modelos; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo busca analisar os modelos brasileiro e italiano de execução civil. Considerando o berço comum entre as duas sistemáticas, resta constatar em que medida os dois países se afastaram e o que um poderia intercambiar com o outro. Não é novidade que várias lições criadas ou aperfeiçoadas em um país ganharam fôlego novo em outros ordenamentos. Com tal escopo, a primeira parte do estudo tece as linhas gerais adotadas por Brasil e Itália nos seus respectivos Código de Processo Civil. A segunda parte do artigo se aprofunda nos caminhos diversos aplicados por cada país em relação a execução civil. A parte última se propõe a lançar possibilidades de intercâmbio identificadas entre a praxe de cada modelo, observando a realidade de cada ordenamento.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Processual Civil. Execução civil. Brasil. Itália. Diferenças. Possibilidades.

ABSTRACT: The present paper aims to analyse Italian and Brazilian models of civil enforcement. Considering the common rout between the two systems, it necessary to be seen how far the two countries have moved away and what could one learn each other. Unsurprisingly, many lessons created or improved in some country were developed in another country. Therefore, the first part of the study lays out the general guidelines adopted by Brazil and Italy in their respective Code of Civil Procedure. The second part of the paper goes deeper into how each country taken different paths in relation to civil enforcement. The last part proposes to bring new possibilities of exchange identified between the praxis of each model, observing each reality.

KEYWORDS: Procedural Law. Civil Enforcement. Brazil. Italy. Difference. Possibilities.

INTRODUÇÃO

Em que pese o direito processual civil brasileiro e italiano contarem com raízes comuns, não é incomum que, com o tempo, haja uma espécie de afastamento dos modelos. Diante da importância e domínio exercido sobre a terra, o direito romano é considerado o antecedente mais remoto de vários ordenamentos jurídicos. Com Brasil e Itália não seria diferente, observando que em ambos os países houve a adoção e aplicação (*hodierna*) do chamado sistema do *civil law*, ainda que hoje não se considere na forma pura.

Em verdade, a influência processual brasileira tem origem na Europa, mas não apenas na Itália. Tendo por base o tipo de colonização, o Brasil sofreu influência do direito romano, canônico e lusitano (DELLORE et al, 2017, p. 10). É claro que tanto o direito canônico quanto o direito lusitano também tiveram por fonte o direito romano, razão pela qual o tronco comum merece maior atenção.

Sendo assim, e considerando que a Itália é a maior herdeira do direito romano, inicialmente o estudo tem por objetivo tecer as nuances de cada forma como se desenvolve a execução civil no Brasil e na Itália. Ainda que de maneira apenas perfunctória, o conhecimento das sistemáticas busca capacitar o entendimento sobre os pontos de diferença entre os países citados, bem como as intersecções que podem ser estabelecidas.

A partir do conhecimento prévio da execução civil em cada ordenamento jurídico, o passo seguinte é evidenciar as diferenças. Em razão das características da presente pesquisa, foi adotada a estratégia de escolha de apenas algumas diferenças essenciais para demonstrar a premissa do afastamento dos modelos brasileiro e italiano.

Finalmente, no último tópico, o presente artigo propõe que as diversidades de cada sistema de execução civil possam significar a evolução no ordenamento correlato. É salutar que cada modelo possa ser arrefecido por ideias e instrumentos adotados por outras realidades sociais. Nesse sentido, alguns *insights* são propagados ao final do estudo, de modo que o intercâmbio entre Brasil e Itália seja ainda mais constante no âmbito da execução civil.

Aliás, a troca de experiências entre os citados países não é uma novidade. O processo civil no Brasil teve/tem forte inspiração e aplicação dos ensinamentos italianos. Autores como Chiovenda, Cappelletti e Liebman

são constantemente citados como fonte permanente de consulta para os antigos e novos institutos/instrumentos a serviço do processo civil brasileiro. Assim, no frutífero ambiente de troca entre o sistema brasileiro e o sistema italiano é que o processo civil desenvolve novas perspectivas ao redor do mundo.

1 EXECUÇÃO CIVIL: DOIS MODELOS

Em termos gerais, a execução civil existe para tornar realidade uma prestação que não foi realizada espontaneamente¹. Sendo assim, é imperativa a materialização do direito resistido em um documento denominado título executivo². Por outro lado, não se pode olvidar que a característica de título executivo deve ser atribuída somente por lei (*nullus titulus sine lege*).

No Brasil ou na Itália, os requisitos que se apresentam como condições de procedibilidade *in executivis* são a certeza, a liquidez e a exigibilidade. Por esta razão, é juridicamente impossível qualquer execução quando a obrigação retratada no título executivo não se revista de tais requisitos (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 77). Um título executivo é dotado de certeza quando não há dúvida sobre sua existência, haja vista a presença dos elementos mínimos (subjeto e objetivo)³.

Por sua vez, o atributo da liquidez está intimamente relacionado com a determinabilidade de fixação do *quantum debeatur*, que pode recair sobre obrigações de dar, fazer ou pagar. É dispensável que o título indique imediatamente a obrigação referida, mas deve conter elementos mínimos de aferição da prestação. Tais elementos se referem as características do próprio objeto pactuado.

Por fim, o requisito da exigibilidade se extrai da eficácia do título. Para que o título seja exigível é necessário o transcurso do prazo estabelecido

1 Conforme ensina o magistério de Pasquale Castoro, “l’esecuzione forzata (serve) a realizzare quella concreta volontà risultante da precedente accertamento giuridizionale, facendo praticamente coneguire il bene garantito” (CASTORO, 2010, p. 4).

2 Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara leciona que “a execução é uma atividade de agressão patrimonial (e, no caso da execução de prestação alimentícia, também de agressão corporal, tendo em vista a possibilidade de prisão civil do devedor) que se legitima pela existência de título executivo” (CÂMARA, 2017, p. 305).

3 Todavia, ainda que haja fundada razão de existência, não significa que o título é incontestável. Conforme Anna Maria Soldi, “Il requisito della certezza, tuttavia, non va confuso con quello della non contestazione. Il debitore há cioè la facoltà di contestare l’esistenza o la misura del diritto a procedere del creditore com la proposizione dell’opposizione di cui all’art. 474 c.p.c. la pretesa possa ritenersi certa poiché secondo l’orientamento della giurisprudenza” (SOLDI, 2009, p. 31).

para o cumprimento ou a inexistência dos chamados elementos acidentais, quais sejam, termo ou condição (NEVES, 2014, E-book).

Traçadas as linhas mestras, inicialmente, cabe agora estabelecer as nuances do modelo italiano de execução. Preliminarmente, é forçoso reconhecer que o processo civil na Itália, como um todo, foi reconhecido pela morosidade. Lentidão esta que chegou a render condenação da Itália na Corte Europeia de Direitos do Homem por violação ao direito à razoável duração dos processos (art. 6º da Convenção)⁴.

O problema relacionado ao tempo do processo pode ser atribuído, dentre outros fatores, a duas causas possíveis: o Poder Judiciário e os instrumentos processuais. Nas palavras de Nicola Picardi (2010, p. 568), a questão é a seguinte:

La durata del processo, a volte, è, però, patologica, dovuta cioè a disfunzioni del sistema giudiziario o dello stesso meccanismo processuale. Di qui la necessità di porre rimedi, non solo alla durata fisiologica, al che provvede il processo cautelare, ma anche a quella patologica. Quale rimedio a quest'ultima è prevista la responsabilità dello Stato per la durata non ragionevole del processo.

Diante do panorama calamitoso, o Código de Processo Civil italiano (datado de 1940) sofreu diversas reformas ao longo dos tempos. Sem pretensão de exaurir as modificações legislativas levadas a efeito, merecem menção: a lei n. 69, de 18 de junho de 2009, que, entre outras alterações, introduziu uma medida coercitiva atípica no novo art. 614 bis do CPC e trouxe algumas modificações sobre a penhora e acerca dos embargos à execução; a lei n. 228, de 24 de dezembro de 2012, que modificou os artigos 548 e 549 do CPC sobre a expropriação perante terceiros; e a Lei n. 263, de 28 de dezembro de 2015, que modificou dentre outros dispositivos, a classificação dos títulos executivos⁵.

4 Para maiores esclarecimentos sobre o episódio, confira o artigo de SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. Revista Eletrônica de Direito Processual – 2ª Edição. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/breve-relato-historico-das-reformas-processuais-na-italia-um-problema-constante-a-lentidao-dos-processos-civeis#topo>>. Acesso em 15 out. 2017.

5 Os títulos executivos enunciados pelo Código de Processo Civil italiano eram: “1) le sentenze, e i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva; 2) le cambiali nonché gli altri titoli di credito e gli atti ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia;”. Com a alteração de 2005 passaram a ser “1) le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva; 2) le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la sua stessa efficacia; 3)

Atualmente, o processo de execução civil na Itália é regulamentado no livro terceiro do Código de Processo Civil, que vai do artigo 474 a 632. A parte dedicada à execução se divide em sete títulos: tipos de título executivo; expropriação forçada; execução por entrega ou lançamento; execução de fazer ou não fazer; das medidas de coerção indireta; oposição; e suspensão e extinção do processo.

Não muito longe da realidade italiana, até por ter visível inspiração nos ensinamentos das escolas romana e canônica, o processo civil brasileiro também foi taxado de lento e ineficaz. Em busca de alterar tal panorama, ao longo dos anos, também ocorreram sucessivas alterações legislativas que buscassem adequar a realidade do processo civil à sociedade atual⁶. Não obstante as mudanças realizadas ao longo dos anos, houve a edição de um Novo Código de Processo Civil, consubstanciado na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015⁷.

No que tange ao processo de execução, o Novo Código de Processo Civil brasileiro dedica o Livro II para tratar do assunto - artigos 771 a 925. Uma das curiosidades entre os dois Códigos é que um número muito parecido de artigos foi utilizado para regulamentar a parte de execução civil. Enquanto na Itália o Código Civil conta com 158 artigos, em média, no Brasil foram necessários 154 artigos.

Insta salientar que, diferente do Código de Processo Civil italiano, o Brasil deu preferência por delinear os contornos de cada espécie de execução com mais vagar. Em que pese o menor número de artigos, no Brasil muitos dispositivos são divididos em diversos parágrafos e/ou incisos. Todavia, tal abordagem será realizada nos tópicos seguintes.

gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli". ITÁLIA. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codicedi-procedura-civile>>. Acesso em: 16 out. 2017.

- 6 No mesmo sentido, Andrea Proto Pisani anota que a questão de reforma é perene, por assim dizer, no estudo do processo: "limitando propositadamente a análise apenas ao processo civil, deve-se observar que ele normalmente tem por objetivo a tutela dos direitos disponíveis: objeto do processo são direitos privados disponíveis, onde o instrumento processo, enquanto exercício da jurisdição estatal, tem caráter e natureza pública. Enquanto o direito objeto do processo normalmente está sujeito à autonomia privada, à liberdade do privado em relação ao exercício ou não do direito, o instrumento processo, no que concerne à sua natureza pública, por ser disciplinado pelo legislador de acordo com a variação do ponto de equilíbrio identificado por ele entre o componente privatista e o componente publicista do processo: daí a história dos processos que se sucederam no tempo, daí o problema sempre atual da reforma do processo" (PISANI, 2001, p. 23-24).
- 7 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

2 DESCOLAMENTO ENTRE A PRÁTICA BRASILEIRA E ITALIANA

Na vigência do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, antecessor do atual, era praxe que o processo de execução tivesse por base títulos executivos judiciais (consubstanciado em manifestações da atuação jurisdicional) ou títulos executivos extrajudiciais (formado pela vontade das próprias partes). Sendo assim, o processo de execução era necessário para qualquer tipo de título, de modo que se formava outro processo ao final do processo de conhecimento – para títulos judiciais.

Em movimento de paulatino sincretismo, as manifestações judiciais consubstanciadas em obrigações de fazer ou dar coisa passaram a ser dotadas de execução imediata nos próprios autos. Todavia, apenas no ano de 2005 (Lei nº 11.232) é que se permitiu a execução das decisões judiciais sobre obrigação de pagar quantia dentro do mesmo processo, como uma espécie de fase do processo de conhecimento⁸.

Mantendo a prática então adotada, mas alterando a sistematização, o Novo Código de Processo Civil brasileiro expressamente aduz que a execução civil se presta aos chamados títulos executivos extrajudiciais⁹. Assim, os títulos executivos judiciais permanecem com a satisfação – salvo algumas hipóteses como sentenças arbitral, estrangeira e penal –, no bojo do processo em que foi formado.

Por outro lado, a prática italiana de execução civil ainda consta com previsão de que provimentos jurisdicionais são efetivados pela via do processo de execução, não havendo a adoção do mesmo sincretismo aplicado no Brasil¹⁰. Ademais, os títulos executivos judiciais, assim como alguns outros citados no Código de Processo Civil italiano, também devem se

8 Inaugura-se assim a fase do sincretismo processual, ou junção entre o processo de conhecimento e processo de execução. Nas palavras do professor José Eduardo Carreira Alvim, “o sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, simpliciter et de plano (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica e humaniza a prestação jurisdicional” (ALVIM, 2006, p. 40-41).

9 Cf. Art. 771, do NCPC. “*Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva*” (grifos nossos).

10 Cf. Art. 474, do Código de Processo Civil italiano. Ademais, na doutrina, Antonio Carratta e Cristanto Mandrioli afirmam que “il processo esecutivo è introdotto da una domanda specifica ed autonoma”. (CARRATTA e MANDRIOLI, 2014, p. 6-7).

revestir de formalidades indispensáveis para a execução, conforme prevê o art. 475, do Código de Processo Civil italiano:

La spedizione in forma esecutiva consiste nell'intestazione "Repubblica italiana - In nome della legge" e nell'apposizione da parte del cancelliere o notaio o altro pubblico ufficiale, sull'originale o sulla copia, della seguente formula:

"Comandiamo a tutti gli ufficiali giudiziari che ne siano richiesti e a chiunque spetti, di mettere a esecuzione il presente titolo, al pubblico ministero di darvi assistenza, e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi, quando ne siano legalmente richiesti".

Além dessa primeira distinção, no Brasil é possível perceber que a opção legislativa foi de ramificar a execução civil, principalmente, pelas espécies de obrigação que constam do Código Civil¹¹. Segundo versa o Código de Processo Civil brasileiro, existem cinco espécies de execução civil: execução para a entrega de coisa; execução das obrigações de fazer e de não fazer; execução por quantia certa; execução contra a fazenda pública; e execução de alimentos.

Por sua vez, o Código de Processo Civil italiano, sem prejuízo de tratar sobre as espécies de execução relacionadas a obrigações de fazer e não fazer, tem por foco os tipos de bens expropriados. Nesse sentido, o Código de Processo Civil italiano enuncia seis tipos de execução: a expropriação forçada, que consiste em entregar uma soma em dinheiro, conforme artigos 483 a 512; a partir do artigo 513 e seguintes constam as normativas sobre expropriação mobiliária do devedor; o artigo 543 e seguintes tratam da penhora sobre os créditos que o devedor possui com terceiros; por sua vez, o artigo 555 e subsequentes diz respeito a expropriação de bens imobiliários; já o artigo 599 fala sobre a expropriação de bens indivisíveis; e, por fim, o artigo 602 versa sobre a expropriação relativa a bens imóveis dados como garantia a terceiro (penhora ou hipoteca).

A execução por quantia certa no Novo Código Civil brasileiro também se destaca na atual formatação da execução civil pelo nível de detalhes. Existem dispositivos específicos que tratam sobre a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira; penhora de créditos; penhora de quotas ou ações de sociedades personificadas; penhora de

11 Cf. Parte Especial. Livro I, artigos 233 a 420. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

empresa ou outros estabelecimentos; penhora de semoventes; penhora de percentual de faturamento de empresa; e penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel.

Ainda que algumas das referidas espécies de penhora fossem realizadas na sistemática brasileira anterior ao atual Código de Processo Civil, a ausência de regulamentação clara gerava grande incerteza jurídica quanto aos limites e modos de aplicação. A sociedade globalizada diversificou seu *modus vivendi*. Em virtude de tal fato, aliado a outros fatores, o Brasil optou por detalhar alguns pontos do processo de execução.

3 POSSÍVEL INTERCÂMBIO ENTRE OS MODELOS

É justamente na diversidade entre a sistemática adotada entre Brasil e Itália que se vislumbra um possível desenvolvimento do processo civil. Ainda que existam profundas diferenças entre os modelos, tais diferenças podem ser utilizadas como oportunidade de desenvolvimento do direito processual civil. Vários mecanismos podem encontrar utilidade e melhoramentos em um ou outro ordenamento. Há muito a se intercambiar entre Brasil e Itália, principalmente no que concerne a à execução civil.

Uma das grandes questões em termos de execução civil diz respeito ao montante de patrimônio do devedor que pode responder pelo débito. Nesse ponto, ainda não resta pacificada no Brasil qual o efetivo limite dos bens impenhoráveis. Brasil e Itália possuem formas diversas de tratar sobre o assunto.

O Código de Processo Civil Italiano, em seu artigo 514, especifica, de forma simples e conectada com a dignidade da pessoa humana, quais os bens são impenhoráveis:

Oltre alle cose dichiarate impignorabili da speciali disposizioni di legge, non si possono pignorare:

- 1) le cose sacre e quelle che servono all'esercizio del culto;

- 2) l'anello nuziale, i vestiti, la biancheria, i letti, i tavoli per la consumazione dei pasti con le relative sedie, gli armadi guardaroba, i cassettoni, il frigorifero, le stufe ed i fornelli di cucina anche se a gas o elettrici, la lavatrice, gli utensili di casa e di cucina unitamente ad un mobile idoneo a contenerli, in quanto indispensabili al debitore ed alle persone della sua famiglia con lui conviventi; sono tuttavia

esclusi i mobili, meno i letti, di rilevante valore economico, anche per accertato pregio artistico o di antiquariato;

3) i commestibili e i combustibili necessari per un mese al mantenimento del debitore e delle altre persone indicate nel numero precedente;

[...]

5) le armi e gli oggetti che il debitore ha l'obbligo di conservare per l'adempimento di un pubblico servizio;

6) le decorazioni al valore, le lettere, i registri e in generale gli scritti di famiglia, nonche' i manoscritti, salvo che formino parte di una collezione;

6-bis) gli animali di affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali; (2)

6-ter) gli animali impiegati ai fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli.

Desta feita, considerando que até alimentos e combustíveis tem limite de impenhorabilidade, é, no mínimo, crível que o devedor conta com coercibilidade suficiente para não querer sofrer um processo de execução na Itália. Considerando tal característica, referida prática poderia ser tomada por base da experiência italiana e ser melhor desenvolvida no Brasil, onde ainda há forte resistência em se aceitar a penhora, por exemplo, de percentual sobre o salário do devedor.

O atual Código de Processo Civil brasileiro preferiu optar por ser impreciso, em alguns pontos, ao indicar os bens impenhoráveis. Para exemplificar a proposição anterior basta a leitura dos seguintes dispositivos:

Art. 833. São impenhoráveis

[...]

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

Qual seria a definição de bens de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida? Como definir peças de vestuário ou pertences pessoais de elevado valor?

O Código foi pródigo em utilizar de conceitos abertos e/ou indeterminados em um tópico extremamente sensível para o valor fundamental da dignidade da pessoa humana¹². Nesse sentido, a prática brasileira poderia evoluir com a experiência italiana e valorar de forma adequada os limites de impenhorabilidade.

Por outro lado, a Itália também poderia desenvolver alguns pontos de seu modelo de execução civil. Considerando o princípio da *nulla executio sine titulo*, em comparação ao Brasil, a Itália possui um rol bastante restrito de títulos extrajudiciais.

Enquanto o Brasil conta com um rol mínimo de 11 títulos executivos extrajudiciais apenas no art. 784, do Código de Processo Civil, na Itália o Código de Processo Civil enunciou apenas três tipos de títulos executivos (sendo um deles judicial), deixando a maior parte da tarefa de especificação para a legislação esparsa¹³ - inclusive aquela proveniente do Parlamento Europeu¹⁴.

12 É claro que o objetivo na utilização de tais termos abertos é permitir que a norma tenha sobrevida em relação à época de criação. Não obstante a utilização de tal técnica, cumpre não olvidar o seguinte ensinamento: "Ainda que impreciso o conceito previsto na lei (conceito jurídico indeterminado), é possível extrair da expressão uma 'certeza negativa' (situações que certamente não se inserem no conceito) e uma 'certeza positiva' (hipóteses que certamente se encaixam no conceito). Entre essas duas 'zonas de certezas', existe a chamada 'zona de penumbra' ou 'de incerteza' em que a definição do conceito demanda uma criatividade maior do interprete" (OLIVEIRA, 2016, p. 152).

13 Art. 474.

(Titolo esecutivo)

L'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.

Sono titoli esecutivi:

- 1) le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva;
- 2) le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la sua stessa efficacia;
- 3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli.

14 Cf. Regulamento (CE) n. 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, que criou o título executivo europeu para créditos não contestados pelo devedor. Esse novo instituto permite que em matéria civil e comercial as decisões, transações judiciais e instrumentos autênticos relativos a créditos não contestados sejam reconhecidos e executados automaticamente num outro Estado-Membro, "sem necessidade de efectuar quaisquer procedimentos intermédios no Estado-Membro de execução previamente ao reconhecimento e à execução" (art. 1 do Regulamento n. 805/2004).

Sendo assim, e levando em conta que o título executivo traduz em manifesto reconhecimento de um direito (prestação), um maior rol de títulos executivos extrajudiciais significaria ultrapassar a fase do processo de conhecimento e alçar a realização do direito. Logo, da mesma forma como é realizado na sistemática brasileira, o aumento do rol de títulos extrajudiciais na Itália poderia redundar em acelerar a tutela jurisdicional partindo para a etapa de execução.

Não obstante todas as diferenças, é comum que Brasil e Itália incorporem práticas realizadas no ordenamento um do outro. A título de exemplo, a constrição de bens pela via telemática adotado na Itália em 2014, art. 492-bis do Código de Processo Civil, constitui uma prática recorrente no Brasil desde 2006¹⁵.

Por outro lado, é igualmente crível que haja intensa e salutar comunicação entre os diversos ornamentos jurídicos. Nesse sentido, é possível citar o caso da adoção da chamada medida coercitiva atípica, também conhecida por *astreinte*. Referida prática é oriunda do ordenamento jurídico francês, surgida em meados do século XIX, e tem por objetivo aplicar uma penalidade ao sujeito processual que descumprir um provimento judicial (geralmente a penalidade tem cunho pecuniário).

Referido instrumento teve previsão no art. 287, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73). Posteriormente, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) apresentou inovações sobre a medida. Na sequência, as evoluções construídas migraram para o art. 461 do CPC/73, a partir da alteração perpetrada pela Lei nº 8.952/94. Hoje em dia a medida foi mantida no atual Código nos artigos 536 e 537.

Por sua vez, vários anos após a adoção pelo Brasil, o ordenamento italiano incorporou o instrumento da *astreinte* pela primeira vez apenas com a lei nº 69, de 18 de junho de 2009, em seu artigo 614 bis do CPC.

15 Conforme consta do site do CNJ, o RENAJUD foi criado “para evitar a venda de veículos, alvo de restrições judiciais, os magistrados podem utilizar o Renajud, sistema criado pelo CNJ em 2006 e que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). Com o Renajud, é possível consultar a base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam) e executar restrições on-line de veículos. Antes do sistema, era preciso que o juiz enviasse ofícios aos 27 Detrans de todo o país para obter informações sobre os veículos”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83502-cnj-amplia-e-difunde-uso-dos-sistemas-de-pesquisas-patrimoniais>>. Acesso em 13 out. 2017.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de execução brasileiro pode ser considerado analítico em demasia, dado as minúcias de alguns assuntos. Todavia, a legislação brasileira ainda consegue ser confusa em pontos nevrálgicos, a exemplo da enunciação dos bens impenhoráveis. Assim, a execução civil no Brasil continua com variadas questões duvidosas.

Sem embargo de outras tantas razões, a característica meticulosa assumida pelo sistema *civil law* brasileiro em alguns assuntos pode ser atribuída ao desmesurado exercício do princípio da independência funcional da magistratura - o que acarretou forte ativismo em determinadas searas -, aliada a à excessiva judicialização das questões sociais.

Em sendo assim, os objetivos do Novo Código de Processo Civil brasileiro, sem prejuízo de tantos outros que podem ser extraídos - inclusive, da exposição de motivos -, foram angariar celeridade, diminuir o decisionismo e aumentar a segurança jurídica/previsibilidade dos provimentos jurisdicionais. Todavia, a experiência atual ainda demonstra que o ativismo judicial está em franca expansão.

Doutra banda, a forma como o processo de execução civil na Itália se desenvolveu teve por base o delineamento das atividades expropriatórias. Todas as questões surgidas ao longo do processo devem ser determinadas pelo magistrado responsável, considerando aquilo que foi fornecido pela norma e está sendo propagado pela jurisprudência.

Em certa medida, a razão pela qual diversos temas tratados pelo Código de Processo Civil brasileiro não são objeto de maior abordagem pelo Código de Processo Civil italiano é muito simples, alguns temas são tratados pela legislação extravagante italiana (p. ex., execução de alimentos). Em verdade, o atual Código de Processo Civil brasileiro aborda, inclusive, assuntos que na Itália são de competência de outros tribunais (processo contra a Fazenda Pública).

De fato, a execução civil no Brasil tomou rumos diversos daquela realizada na Itália. Além do retorno do Brasil ao que foi alcunhado por codificação (variados assuntos relacionados são reunidos em um instrumento normativo único), muitas questões foram reguladas no Código de Processo Civil ante as práticas diversas aplicadas pelos magistrados sobre o mesmo assunto. Por exemplo, a falta de contornos claros sobre a aplicação da penhora de quotas sociais ou faturamento de empresa geravam graves intercorrências na economia do País.

Com as possibilidades de evolução, resta crer que profícuos estudos possam demonstrar cada vez mais utilidade no entrelaçamento dos instrumentos gestados em cada sistemática no âmbito da execução civil, considerando o sempre atual ensinamento de Michele Tarufo (1996, p. 553): “o conhecimento de outros sistemas é uma ferramenta indispensável para elaborar reformas que tenham uma esperança de serem eficazes”.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>.

CARRATTA, Antonio; MANDRIOLI, Cristanto. *Diritto processuale civile*. v. IV. 23. ed. Turim: Giappichelli, 2014.

CASTORO, Pasquale. *Il Processo di Esecuzione: nel suo aspetto pratico*. Undicesima edizione. Milano: Giuffré Editore, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DELLORE, Luiz et al. *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ITÁLIA. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. v. Único. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.

PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile. Seconda edizione*. Milano: Giuffr  Editore, 2010.

PISANI, Andrea Proto. Público e privado no processo civil na Itália. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, p. 23-24, 2001.

SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2. ed. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/breve-relato-historico-das-reformas-processuais-na-italia-um-problema-constante-a-lentidao-dos-processos-civeis#topo>>.

SOLDI, Anna Maria. *Manuale Dell'Esecuzione Forzata*. Seconda Edizione. Milano: CEDAM, 2009.

TARUFFO, Michele. L'insegnamento accademico del diritto processuale civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giufr , 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – processo de execu o e cumprimento da sentença processo cautelar e tutela de urgência*. v. II, 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RECEBIDO EM: 03/01/2018

APROVADO EM: 16/07/2018

RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: BREVES REFLEXÕES SOBRE POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADES

***EXTRAORDINARY AND SPECIAL REPEATED
APPEALS IN THE NEW CIVIL PROCEDURE
CODE: BRIEF REFLECTIONS OVER POSSIBLE
UNCONSTITUTIONALITIES***

Flávia Möller David Araujo

Doutoranda em Direito Minerário Ambiental na PUC/SP, com bolsa CAPES.

Mestra em Direito Minerário Ambiental na PUC/SP, com bolsa concedida em convênio com a VALE S.A. Advoga na área de Direito Regulatório, com ênfase em Direito Minerário e Ambiental.

SUMÁRIO: 1. Breve histórico da crise enfrentada pelo Poder Judiciário; 2. Notas acerca dos Procedimentos aplicáveis ao Julgamento dos Recursos Repetitivos; 3. Possíveis (e Prováveis) Inconstitucionalidades identificadas no âmbito dos Recursos Repetitivos; 4. Considerações finais; Referências.

RESUMO: A busca da celeridade no processo é uma constante entre os processualistas e aqueles que pretendem uma jurisdição mais efetiva. Para tanto, o sistema processual vem sofrendo diversas alterações, sob o pretexto de agilizar o resultado do processo. Todas as alterações, no entanto, devem sempre buscar na Constituição Federal o seu fundamento. O Estado Democrático de Direito é fundado em um devido processo constitucional. A ampla defesa, o juiz natural, a possibilidade de produção de provas são ideias que não devem ser afastadas, ainda que retardem o processo. A regra da celeridade não pressupõe um processo constitucional, da mesma forma que um processo longo não significa que tenha cumprido as regras do devido processo legal. No entanto, o objetivo do trabalho é mostrar que pode estar havendo uma mudança no parâmetro, em busca da celeridade. E, vez ou outra, tal celeridade pode se chocar com o devido processo legal. Buscar a celeridade é garantir uma justiça mais efetiva; no entanto, há parâmetros anteriores que devem ser respeitados: a Constituição Federal e o devido processo legal, como já explanado.

PALAVRAS-CHAVE: Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. Novo Código de Processo Civil. Jurisprudência. Efeito Vinculante. Inconstitucionalidades.

ABSTRACT: The pursuit for celerity in the judicial process is a permanent goal among litigation actors and those who aim a more effective judicial system. In this sense, such system has been going through several modifications, in order to present quicker results for litigation cases. Each and every modification, however, has to be justified in the Federal Constitution. The Democratic Constitutional State is based on the due process of law. Principles such the right of full defense, the Natural judge constitutional principle and the provision of evidences cannot be disregarded in any situation, even if they delay the development of the process. In case this happens (i.e. suppression of those principles), we would have a quicker process, however, an unconstitutional one. This article intends to analyze that some unconstitutionality may appear in the recent alterations designed to give more speediness to the judicial system. To aim for more celerity in the judicial process is to try to guarantee a more effective judicial system; however, previous parameters shall be observed, such as the Federal Constitution and the due process of law.

KEYWORD: Repeated Extraordinary and Special Appeals. New Civil Procedure Code. Jurisprudence. Binding Effect. Unconstitutionality.

1 ANOTAÇÕES SOBRE A CRISE ENFRENTADA PELO PODER JUDICIÁRIO

Há um movimento que procura demonstrar que o número de processos judiciais tramitando no Brasil é excessivo e que isso reflete um problema bastante grave. A mídia, muitas vezes, buscando exemplos pontuais e excepcionais, corrobora com tal entendimento. Na verdade, há uma preocupação com o aumento das lides. No entanto, referido aumento pode ter causas saudáveis, como a tomada de consciência do poder de ingressar em juízo, a estruturação das Defensorias Públicas, dentre outros.

Sabe-se que o Brasil enfrenta atualmente uma dura batalha em função do elevado número de processos judiciais em trâmite perante o Poder Judiciário. O número de processos tramitando em 2015 chegou a 102 milhões, conforme dados do relatório “Justiça em Números 2016”, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça¹.

Com o passar do tempo, uma série de fatos contribuiu para chegarmos ao ponto atual de saturação do sistema judiciário brasileiro. É principalmente a partir da década de 70, seguido ao advento do Código de Processo Civil de 1973, que se observa um aumento sensível no número de demandas judiciais existentes perante o Poder Judiciário brasileiro. Dentre outros motivos, ressalta-se, como visto acima, o aumento da consciência jurídica da população brasileira², o aumento de tecnologias e meios de comunicação em massa, aumento do chamado ativismo judicial, com o maior anseio de ingerência do Poder Judiciário em políticas públicas.

Apesar do considerável acréscimo no número de demandas, esse processo não foi acompanhado com a modernização, aprimoramento e capacitação do Poder Judiciário, suas estruturas e servidores. Esse descompasso se revela facilmente em um acúmulo de processos, aumento do tempo médio de uma decisão em primeira instância, congestionamento dos Tribunais, dentre outros problemas. Com cada vez mais processos para julgar e menos tempo para isso, é inegável que haja uma queda na qualidade da prestação jurisdicional. Apenas à título de ilustração, trazemos aqui as palavras de Rui Barbosa, no sentido de que “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, para corroborar uma espécie de sentimento “geral” (que não é novo), em relação à atividade jurisdicional no Brasil.

1 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017, às 17:50.

2 CAVALCANTI, Marcos de Aratjo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT, 2016.

Em relação ao que tange especificamente ao nosso tema dos recursos repetitivos, depreendeu-se que uma série de demandas judiciais abordava, principalmente, questões relativas a direitos individuais homogêneos³ e que, uma vez que as demandas eram propostas de forma singular, tais questões recebiam tratamento jurisdicional individualizado, quando, na verdade, poderiam ser analisadas de forma conjunta e coletivizada. O resultado desse acúmulo era um tratamento jurisdicional diferente para cada uma das situações (ainda que se tratasse, faticamente, das mesmas circunstâncias), que era dado de acordo com o entendimento de cada magistrado (livre convencimento).

Esses diversos tratamentos para a mesma situação jurídica acabavam gerando uma enorme insegurança jurídica (e, conseqüentemente, maior descrença no Poder Judiciário), pois, apesar de tratarmos da mesma situação fática, dependendo do entendimento de cada juiz e, em seguida, de cada Tribunal, poderíamos nos deparar com decisões completamente diferentes⁴. Nas palavras de Eduardo Cambi, o qual chama tal contexto de “jurisprudência lotérica”, explica-se que isso ocorre “quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a

-
- 3 “São direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é a sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demandas (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, é grosso modo, a *class action* brasileira” (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil e legislação extravagante em vigor*. 3. ed. Revista dos Tribunais. p. 1394 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor / Sergio Cavalieri Filho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 372).
- 4 Nesse sentido, trazem Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas: “A preocupação com decisões conflitantes dos tribunais superiores e, por conseguinte, dos demais órgãos do Judiciário, extrapolou a academia e se tornou preocupante para o operador do direito por três razões: (i) o fenômeno passou a ser excessivamente frequente, somado a muitas bruscas mudanças de “opinião” dos Tribunais; (ii) muitas dessas decisões conflitantes são proferidas para resolver controvérsias que envolvem questões de massa. Neste caso, a ofensa à isonomia é mais gritante e, portanto, intolerável; (iii) passou a ser escancaradamente visível o fato de que os princípios da legalidade, da isonomia, ficam inteiramente comprometidos e a necessidade de que haja segurança jurídica e certa dose saudável de previsibilidade tornam-se irrealizáveis no plano empírico, nesse contexto. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 517).

tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado” (CAMBI, 2001, p. 108)⁵.

Acerca dos diversos entendimentos sobre a mesma situação fática, proferidos de acordo com a “consciência” de cada magistrado, trazemos um trecho do texto recentemente publicado pelos autores Lênio Luiz Streck e Rafael Tomáz de Oliveira, que aponta equívocos frequentes dos operadores do Direito, principalmente acerca das questões relativas ao “livre convencimento”:

[...] Quando alguém diz que o julgador possui livre convencimento, está a se referir que é a sua consciência-desi-do-pensamento-pensante que deverá determinar o resultado da apreciação da prova. Só essa constatação já é significativa o bastante para se demonstrar que, se uma única consciência pode formar uma convicção sobre aquilo que foi trazido ao processo, não há aqui democracia. E não há, igualmente, aquilo que define a magistratura, que é a efetiva imparcialidade. Pelo contrário, há uma assunção voluntário que acaba por transferir ao juiz a condição de *legibus solutus* para aquele caso concreto que por ele deve ser julgado.⁶

Ou seja, não bastassem as diversas circunstâncias objetivas que poderiam levar a sentenças divergentes, para casos semelhantes, ainda nos deparamos com o problema do “livre convencimento”, por meio do qual o juiz pretende aplicar o direito a partir de sua “consciência”. Os autos, as provas, o direito deixam de ter relevo, para que prevaleça o “livre convencimento”. As críticas dos autores citados, como soe acontecer, foram ácidas, como visto acima.

O processo de mudança de legislação pode parecer, a um primeiro olhar, o meio mais fácil de resolver a questão do acúmulo de feitos. Alterando a legislação, estaremos diante de uma redução dos processos e, conseqüentemente (esse é o raciocínio) uma prestação mais adequada da jurisdição. Não é sempre isso o que ocorre. Veremos adiante que tais medidas apresentam efeitos colaterais. E, em alguns casos, graves. Os remédios escolhidos podem chegar bem perto da solução do mal; no entanto, podem provocar outros tantos problemas no paciente.

5 CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica* / Eduardo Cambi. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, nº 786, 2001, p. 108-128.

6 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-24/diario-classe-exorcizar-fantasmas-livre-convencimento-verdadereal>>. Acesso em 26/06/17, às 17:07.

No caso, o legislador deu início a implementação de uma série de medidas que consistiriam em uma tentativa de conter o acúmulo de feitos e resolver os problemas identificados até então, contudo, focando sempre em um ponto específico: acabar com a morosidade processual. Assim, cria o Poder Legislativo uma série de mecanismos para combater a lentidão processual observada, como a obrigatoriedade da repercussão geral para admissão de recursos extraordinários (introduzida pela Lei nº 11.418/2006), a criação de novas varas federais (Lei nº 12.011/2009), do instituto da súmula vinculante (Emenda Constitucional nº 45/2004), os recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (introduzidos pela Lei nº 11.672/2008) e, com o Novo Código de Processo Civil (“NCPC”)⁷, a sistemática específica para o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos.

Conforme mencionado acima, o objetivo do legislador é claro, qual seja, dar respostas mais rápidas e uniformes aos jurisdicionados⁸, primando pelos princípios da celeridade e economia processual, isonomia e da segurança jurídica. Contudo, conforme verificaremos adiante, apesar da necessária e estrita observância que deve ocorrer em relação aos princípios mencionados, tal ação não deve (e não pode) ocorrer em prejuízo de outros princípios constitucionais⁹. Ou seja, o remédio não pode curar o mal e provocar outro mal maior.

2 NOTAS ACERCA DOS PROCEDIMENTOS APLICÁVEIS AO JULGAMENTO DOS RECURSOS REPETITIVOS

Superada essa rápida abertura do problema, especificamente, sobre o tema das demandas repetitivas e suas várias e diferentes respostas dadas pelo sistema, o que causava, como visto, insegurança jurídica, passemos a uma breve análise acerca dos procedimentos envolvidos no processamento e julgamento dos recursos repetitivos, um dos “remédios” criados para a solução dos problemas da celeridade e segurança jurídica.

7 A partir desse momento, traremos o Novo Código de Processo Civil como somente “NCPC”.

8 “O objetivo evidente é de se otimizar o funcionamento dos tribunais, reduzindo a sua carga numérica de trabalho e introduzindo que o mesmo analise em menor número de vezes casos idênticos.” (NUNES, Dierle. Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015).

9 Apenas à título de ilustração, trazemos as palavras de José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa.” (In: CAVALCANTI, *op. cit.* p., 126).

Trazemos abaixo uma definição crítica de Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, que elucida algumas dificuldades identificadas no procedimento dos recursos repetitivos, conforme abordaremos adiante:

O julgamento por Recursos Repetitivos (por pinçamento, via causa-piloto) nada mais é que uma técnica para decidir, também intitulada tutela recursal pluri-individual, que viabiliza o melhor gerenciamento das causas repetitivas. Grosso modo, é um julgamento por amostragem pouco sofisticado na medida em que não explora aspectos de representatividade adequada ou de critérios rigorosos para seleção do caso paradigma.¹⁰

Os procedimentos de reconhecimento e julgamento dos recursos repetitivos, de acordo com o artigo 1.036, do NCPC, terão seu início quando houver uma multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito. Cabe recordar que não necessariamente as demandas repetitivas tem a mesma causa de pedir e pedido, e sim, a mesma identidade jurídica de seu fundamento¹¹.

Assim, quando tal idêntica questão de direito for identificada, poderá haver afetação para julgamento no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça. O processo de afetação ocorrerá da seguinte forma: será realizada uma seleção de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, pelos Presidentes ou Vice-Presidentes do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, a fim de que estes sejam encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça (artigo 1.036, parágrafo primeiro, do NCPC). Nesse mesmo ato, deverá ser determinada a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, sobre a mesma questão tratada nos recursos selecionados como representativos (recurso-piloto).

10 NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: RT 2017. p. 764.

11 Nesse sentido, elucida Fabio Cheim Jorge: “É imprescindível que a questão, como diz a lei, seja idêntica, isto é, que a questão julgada pelos tribunais superiores seja exata e precisamente a mesma. Não se presta ao julgamento por amostragem que a questão jurídica seja semelhante ou que tenha algum elemento comum com a questão de outros recursos. A presença de qualquer feição que torne não idêntica a questão jurídica impede que a tese fixada seja aplicada aos demais recursos. Cumpre ressaltar a importância desse requisito, pois, na forma proposta pelo legislador, os recursos que tiveram seu curso suspenso terão o seu resultado condicionado à tese firmada pelo tribunal no julgamento do recurso representativo da controvérsia. Por isso, não sendo idêntica a questão jurídica, o Judiciário fornecerá ao jurisdicionado uma solução equivocada e injusta à pretensão deduzida em juízo.” (JORGE, Flavio Cheim. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (coords.). *Código de Processo Civil Anotado*. OAB/PA e AASP, 2015).

De acordo com a previsão do NCPC, os recursos selecionados devem conter “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”. Tal escolha deve ser realizada com muita cautela, uma vez que o recurso selecionado irá representar as teses argumentativas de todos os demais sobrestados, e deve ocorrer em dois momentos. Em uma primeira etapa, devem ser identificadas, pelo Tribunal, quais são as questões de direito discutidas no recurso, em relação as quais deverão os Tribunais Superiores se manifestar. O segundo momento deve considerar que os recursos representativos devem conter o maior número de perspectivas argumentativas possível, com o objetivo de contemplar (ou tentar, conforme veremos no próximo item deste artigo) todos os fundamentos e justificativas que embasam a respectiva tese.

Reforça Dierle Nunes a importância do processo de seleção do recurso representativo da controvérsia¹²:

Para o funcionamento adequado da sistemática dos recursos representativos é fundamental a correção do processo de formação do precedente, o que se dá com a ampla análise dos argumentos apresentados pelas partes e terceiros e com uma escolha adequada dos recursos representativos que permitirão, na sequência, uma aplicação mais correta dos precedentes que reduza a situação de que novos argumentos induzam uma flutuação de entendimentos com a nefasta instabilidade decisória.¹³

Cabe mencionar que, caso fique demonstrado pela parte que a questão de direito abordada em seu processo é distinta daquela a ser julgada no Recurso Especial ou Extraordinário afetado, a parte poderá requerer, no prazo de 05 (cinco) dias, o prosseguimento do seu processo em seu curso normal (artigo 1.036, parágrafo segundo, do NCPC).

Aproveitamos para trazer aqui um breve esclarecimento sobre a técnica do *distinguishing*, que é o método utilizado para se verificar os pressupostos de fato e de direito de um precedente têm correspondência com os do caso concreto ao qual poderia ser aplicado o precedente. Ou seja, é a técnica utilizada para confirmar se se aplica ou não o precedente ao caso. Daí, obtemos a conclusão pela aplicação (similitude entre as teses

¹² No mesmo sentido, citamos Flavio Cheim Jorge: “Se o recurso não tiver “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”, é perfeitamente possível que o acórdão que o julgue deixe de ser aplicado em outros casos, porque estes podem possuir argumentos que não foram objeto de análise e que poderiam levar a resultado diverso.”. (JORGE, op. cit. p. 1632).

¹³ NUNES, op. cit.

jurídicas do paradigma e do caso concreto) ou pela distinção (“*distinção entre normas jurídicas e a norma de decisão*”¹⁴).

Deve-se, portanto, fazer uma verificação no sentido de confirmar se os pressupostos de fato e de direito do recurso representativo realmente correspondem àqueles do caso concreto específico. Se estivermos diante de uma situação diversa daquela analisada no recurso representativo, caberá a hipótese do parágrafo segundo mencionada acima.

Note-se que a hipótese em questão não deve ser confundida com o chamado direito de *opt-out*, que seria a opção do litigante de se auto excluir do processo de julgamento dos recursos repetitivos. Nesse modelo, os integrantes da classe afetada necessariamente devem ser notificados para que possam exercer seu direito de estarem excluídos do litígio. Tais integrantes continuarão com seu direito de ação, de continuar seus processos seguindo os trâmites normais, de forma isolada do processo “paradigma”.

Vale ressaltar ainda que a ideia que embasa o *opt-out* seria a de que aquele que será “representado” de alguma forma no processo principal tem o direito de entender que o mesmo não contém todos os argumentos pertinentes ao caso ou que a representatividade da classe não estaria adequada, dentre outros motivos. Ou seja, é o direito que assegura ao litigante seu direito de ação, com a continuidade de seu processo, se assim o desejar.

De volta aos trâmites do procedimento de julgamento dos recursos repetitivos, além dos recursos selecionados inicialmente pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, poderão ser selecionados outros dois recursos pelo relator do caso no tribunal superior, caso entenda que aqueles possam agregar à argumentação apresentada em relação à tese defendida.

Selecionados os recursos, será proferida, pelo relator do tribunal superior, a decisão de afetação. Tal decisão deverá identificar, com precisão, a questão que será submetida a julgamento e determinará a suspensão, em todo o território nacional, do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, e em qualquer fase processual, que versem sobre a questão a ser decidida e tramitem (artigo 1.037, inciso II)¹⁵.

14 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

15 De tal decisão, deverão as partes dos processos suspensos serem devidamente informadas (parágrafo oitavo do artigo 1.037), inclusive para requerer, quando cabível, que seu recurso não entre no regime dos repetitivos, por se tratar de questão distinta daquela analisada no feito representativo (parágrafo nono do artigo 1.037).

É a decisão que reconhece o preenchimento da condição necessária para a incidência da técnica do julgamento na sistemática dos recursos repetitivos.

Além disso, nessa mesma decisão, poderá o relator do tribunal superior requisitar aos presidentes dos tribunais *a quo* outros recursos representativos da controvérsia em questão (artigo 1.036, parágrafo quarto). Se, após o recebimento destes novos recursos representativos o relator não entender que os mesmos devam ser decididos no regime dos recursos repetitivos, notificará o presidente do tribunal a quo a fim de que a decisão de suspensão no respectivo Estado ou região seja revogada (artigo 1.037, parágrafo primeiro). Em caso de se existir mais de uma afetação (ou seja, recursos repetitivos tratando sobre a mesma tese jurídica designados para Ministros diferentes), será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão de afetação (artigo 1.037, parágrafo terceiro).

Após a decisão de afetação, os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 01 (um) ano; assim, terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados aqueles que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (artigo 1.037, parágrafo quarto).

Para o julgamento do recurso representativo, o relator poderá: (i) solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (*amicus curiae*)¹⁶ (artigo 1.038, inciso I), considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; (ii) fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento (artigo 1.038, inciso II); (iii) requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, deverá intimar o Ministério Público para manifestar-se (artigo 1.038, inciso III).

Depois de decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos tratando sobre idêntica controvérsia (no caso de a decisão de que se recorreu já era no mesmo sentido que o teor do acórdão) ou os decidirão aplicando a tese firmada, de acordo com o teor do acórdão que julgou o recurso afetado (artigo 1.039, *caput*). Além disso, os processos suspensos em primeiro e segundo

16 Apenas à título de complementar o trabalho, trazemos aqui brevíssimos comentários acerca da definição de *amicus curiae*. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, “trata-se, como a própria expressão sugere, de um amigo do juiz, de um colaborador do juiz, que deve agir no sentido de que o Poder Judiciário, ao decidir, leve em conta, de algum modo, por exemplo, como vetor interpretativo, os valores adotados pela sociedade, representada pelas suas instituições.” (WAMBIER, op. cit., p. 257).

graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior¹⁷.

3 POSSÍVEIS (E PROVÁVEIS) INCONSTITUCIONALIDADES IDENTIFICADAS NO ÂMBITO DOS RECURSOS REPETITIVOS

A ideia da criação do julgamento dos recursos repetitivos seria a de assegurar, com mais segurança e velocidade, o efetivo acesso à justiça, por meio dos princípios da isonomia, segurança jurídica e economia processual. Ou seja, uma maior celeridade e uniformidade foram os temas e motivos que impulsionaram a inclusão dessas técnicas inovadoras, conforme tratamos brevemente acima. A ideia de se evitar a “jurisprudência lotérica”, por meio da qual a mesma situação fática recebe tratamento jurídico diverso, dependendo da decisão de cada magistrado ou Tribunal.

Há processos, claro, que são longos e detalhados, por sua própria natureza. No entanto, mesmos nesses feitos, aguarda-se uma solução rápida, dentro do possível e da sua complexidade própria; uma Justiça mais célere e mais segura decorre da expressão “devido processo legal”. A velocidade e a certeza são bens prezados por todos. Quem não deseja uma Justiça rápida e bem distribuída?

No entanto, a busca de tais ideais pode encontrar alguns obstáculos. Ou mesmo, se não obstáculos, podem provocar, no mínimo, algumas reflexões. Poderíamos imaginar, sob o pretexto de dar maior celeridade e segurança, descumprir outros comandos constitucionais que estão assentados em nosso sistema, como o contraditório, a separação de poderes ou ainda, a ampla defesa? O tema poderia permitir uma reflexão mais aprofundada e crítica. Não seria possível se pensar em novos instrumentos e manter íntegros valores constitucionais já consolidados em nosso sistema? Seria possível a obtenção de mais rapidez, com a manutenção dos valores e tradições constitucionais decorrentes do princípio do devido processo legal?

A primeira possível afronta do instituto dos recursos repetitivos no NCPC ao texto constitucional é a sua vinculatividade obrigatória.

17 De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 1.040, a parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia, independente do consentimento do réu, ainda que apresentada contestação (artigo 1.040. parágrafo 3º). Se tal desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência (artigo 1.040, parágrafo 2º).

Depreendemos, do artigo 927, inciso III¹⁸, do NCPC, que, uma vez estabelecida a interpretação do recurso-paradigma pelo STJ ou pelo STF, todos os demais órgãos jurisdicionais deverão ficar vinculados a esse entendimento, decidindo assim os demais recursos com base na tese jurídica firmada pelos tribunais superiores. Os casos de desobediência ensejarão, inclusive, reclamação, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 985, do NCPC. É a mesma vinculatividade que é atribuída às súmulas vinculantes ou julgamentos em sede de controle de constitucionalidade concentrado, por exemplo.

Ocorre que, no caso dos recursos repetitivos, essa vinculação não tem respaldo constitucional. Em outras palavras, tem-se que, para a súmula vinculante, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, de 2004¹⁹, tornando vinculante o teor da súmula para os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Da mesma forma, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 45/2004, atribuiu à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON)²⁰ e à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) o efeito vinculante, para que também fossem observadas suas decisões nas instâncias inferiores²¹. Não é o caso

18 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; [...]”.

19 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” (grifo nosso).

20 O tema da decisão vinculante em Ação Declaratória de Constitucionalidade foi veiculado, primeiramente, por emenda à Constituição: Emenda Constitucional nº 03/93; em seguida, o tema tentou ser veiculado por lei ordinária; por fim, sobreveio a EC nº 45/04, que deu status constitucional à vinculação.

21 Antes, como vimos, só a ADECON (Ação Declaratória de Constitucionalidade) tinha efeito vinculante; a ação direta de inconstitucionalidade teve seu efeito vinculante ratificado pela EC nº 45/04 (apesar das tentativas de aprovar o tema pela Lei nº 9.868/99 (artigo 28, parágrafo único). O tema foi retomado pela EC nº 45/04, diante da reação da doutrina, que se opunha à outorga de efeito vinculante por lei ordinária.

dos recursos repetitivos, que teve somente o respaldo legal do NCPC para atribuir o efeito vinculante, e não o necessário fundamento constitucional. E por que isso seria um problema? Explicamos.

Numerosos são os princípios que regem a atividade jurisdicional, dentre eles, ressaltamos os princípios constitucionais da separação dos poderes e da independência funcional.

Tais princípios preveem, inicialmente, dois aspectos: sua independência e sua harmonia. A independência dos poderes (e entre eles) significa, nas palavras de José Afonso da Silva: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais²². Em relação à harmonia entre os poderes, entende-se essa primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.

A ideia da separação funcional dos poderes prevê que, no âmbito das próprias atribuições de cada poder, *cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível, de forma que as mesmas não se sobreponham, mas sim, se complementem*.

Assim, são princípios que regem a atividade jurisdicional, a fim de que a mesma se desenvolva de forma autônoma e sem interferências, dos outros poderes e também de suas outras esferas. Por essa razão, estão devidamente previstos na Constituição Federal, em seus artigos 2º e 95, principalmente.

Não pode, portanto, um dispositivo infraconstitucional (no caso, o NCPC) simplesmente interferir em tais princípios constitucionais, sem qualquer autorização na Lei Maior. A Constituição estabelece que a atividade jurisdicional não será afetada, assegurada a independência funcional dentro do próprio Poder Judiciário e que o magistrado terá autonomia para proferir suas decisões, desde que em consonância com o texto constitucional, é claro, o que não significa que o magistrado terá que

22 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108 - 110.

decidir conforme o que foi decidido pelos tribunais superiores²³. Servir de farol e guia para as decisões dos juízes singulares é um papel relevante; obrigar o juiz ao decisório superior, sem permitir seu questionamento, é, em princípio, congelar a jurisdição.

Nesse sentido, deixamos claro que, ao repudiar à vinculação sem autorização constitucional, da atividade jurisdicional ao que foi decidido pelos STF e STJ, não coadunamos com o fato de que o magistrado deve decidir de acordo com a sua consciência e a partir do seu livre convencimento²⁴; isso não deve ocorrer, inclusive considerando o dever do magistrado em atuar de acordo com a Constituição Federal e de prover respostas jurídicas alinhadas com a Lei Maior. Em outras palavras, o que defendemos é a existência de uma decisão constitucionalmente adequada. Isso significa que, dentro da “moldura” que nos é fornecida pelos limites impostos pela Constituição Federal, há uma decisão que é a mais acertada, considerando todo o texto constitucional. Ou seja, não basta vincular. É preciso buscar a melhor (e correta, constitucionalmente) decisão (decisão constitucionalmente adequada²⁵). Assim, deixamos claro que, em nosso

23 Nesse sentido, trazemos as palavras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrin Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “Existe ainda a denominada independência jurídica dos juízes, a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais; o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência. A hierarquia dos graus de jurisdição nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior. A independência jurídica, porém, não exclui a atividade censória dos órgãos disciplinares da Magistratura sobre certos aspectos da conduta do juiz.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrin; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.162).

24 “É por isso que, em um contexto democrático e de Estado de Direito, não existe essa coisa de livre convencimento. Há, sim, uma obrigação, que se projeta a partir da responsabilidade política que a atividade jurisdicional comporta, de tornar pública a compreensão. E o ônus não está em dizer porque se convenceu de tal ou qual maneira, mas, sim, em mostrar que a interpretação mais adequada para hipótese só pode ser aquela que se apresenta, uma vez que houve efetiva suspensão dos pré-conceitos e que a resposta oferecida é uma resposta efetivamente jurídica (e não moral, econômica, política etc.)” (STRECK, Lênio Luiz; e DE OLIVEIRA, Rafael Tomáz. <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-24/diarioclassexorcizar-fantasmas-livre-convencimento-verdade-real>> (acesso em 26/06/17, às 17:07).

25 É assim que ensina Lênio Luiz Streck: “Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Uma decisão adequada à Constituição (resposta hermeneuticamente correta) será fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e a integridade (exame da integridade legislativa e respeito a integridade das decisões anteriores). Não haverá grau zero de sentido. A resposta adequada à Constituição deverá estar fundada em argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos), como bem ensina Dworkin. Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta quadra da história, evitando-se os “predadores”

entendimento, a obrigação do magistrado é em prover aos jurisdicionados tal decisão (constitucionalmente adequada), a partir da análise do caso concreto, e não obrigatoriamente repetir a decisão proferida pelo Tribunal, por tal previsão legal não receber a necessária autorização constitucional.

O segundo ponto que merece destaque em relação às possíveis inconstitucionalidades do instituto dos recursos repetitivos no NCPC refere-se à ofensa ao princípio do devido processo legal e do contraditório²⁶.

Conforme foi possível verificar no tópico anterior, nos trâmites e procedimentos atinentes aos recursos repetitivos, não há um controle da representatividade na escolha e seleção do recurso-paradigma. São selecionados pelos tribunais *a quo* e, eventualmente, também pelo STF ou STJ, obedecendo ao NCPC. Contudo, não há a abertura de um contraditório que permita aos litigantes afetados pela decisão que será proferida no âmbito do recurso representativo, a fim de que se manifestem se este último, contempla os melhores argumentos e teses de seu caso concreto.

Vai-se ainda mais longe: recordamos que a decisão que será proferida em sede de recurso repetitivo também abrangerá e deverá ser aplicada em causas futuras (inclusive caso a decisão tenha sido desfavorável), de litigantes que não tiveram sequer a possibilidade de participação no julgamento do recurso representativo. Há um cerceamento futuro e eventual, muito além do que se espera de um Poder Judiciário. Ou seja, julga demandas futuras!

Por fim, apontamos a última possível inconstitucionalidade, qual seja, em relação ao direito de ação.

O princípio do direito de ação, também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, está “*em conformidade com o que dispõe a CF, art. 5º, XXXV, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário*

externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim como os “predadores” internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda a espécie.”

(STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Hendu. Revista Latinoamericana de Direitos Humanos*, v. 1, n. 1, jul./2010, p. 98-104).

26 “O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 367).

*lesão ou ameaça a direito. Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador nem ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão*²⁷. Assim, verificamos que nada deveria obstar o direito individual de se postular em juízo, nem mesmo a lei, uma vez que estaria caminhando em sentido contrário ao texto constitucional. Não é o que se observa a partir do texto do NCPC.

Conforme falamos brevemente acima, não há, no instituto dos recursos repetitivos, a possibilidade de se solicitar a auto exclusão do procedimento, ou seja, não se pode optar por prosseguir com a sua ação individual. A afronta ao texto constitucional é patente: de acordo com as previsões do NCPC, o indivíduo é impedido de prosseguir com sua demanda, de forma isolada. Tal previsão é agravada ainda pelo fato de o NCPC não permitir o sistema do *opt-in*, ou seja, permitir ao litigante decidir se deseja ou não entrar no sistema dos recursos repetitivos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tentamos trazer, ao longo do artigo, algumas considerações acerca do processamento dos recursos repetitivos no âmbito do NCPC e análise destes face à Constituição Federal. O balanço, como se pode ver, é a identificação de algumas possíveis ofensas ao texto constitucional.

O objetivo do legislador, como falamos no início, é claro: pretende-se imprimir uma maior velocidade às decisões do Poder Judiciário, utilizando a vinculação como ferramenta principal para tanto. A partir da vinculação, decide-se mais rápido e de forma mais uniforme, desafogando o Poder Judiciário e atendendo ao princípio da celeridade e da segurança jurídica. Contudo, resta claro que o atendimento a um determinado princípio constitucional em detrimento de outro(s) não é o caminho constitucionalmente adequado a se seguir. Não estaríamos fazendo uma troca, “negociando” a velocidade em troca da qualidade? Seria melhor, então, uma justiça mais rápida e menos elaborada?

É claro que não somos insensíveis em relação à quantidade de processos e trabalho acumulada pelo Poder Judiciário; temos consciência de que ela existe e precisa de uma solução. Ademais, entendemos também que a questão acima mencionada, acerca da jurisprudência lotérica e das

27 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016. p.

mesmas situações serem decididas de forma diferente, também é um problema que precisa ser resolvido.

Contudo, entendemos que a ideia de atribuir a vinculação a todas as decisões em sede dos recursos repetitivos, não necessariamente seria a solução mais adequada, considerando as inconstitucionalidades acima apontadas. Nas palavras de Nelson Nery e Georges Abboud, a mesma tratar-se-ia de uma “pseudosolução”, no sentido de que se corrige um problema a partir da geração de outro. Não seria mais importante buscar a origem das demandas repetitivas, e não o seu efeito? Combater a origem poderia significar uma redução de demandas, sem qualquer tentativa de suprimir garantidas individuais ou garantias do processo.

Um dos caminhos possíveis seria a discussão sobre o número de processos? Quem provoca tanta litigância? São os particulares que disputam entre si ou são as causas que envolvem a União, Estados e Municípios, especialmente, de índole tributária?

Não deveriam, por exemplo, a União Federal, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal diminuir o seu grau de conflituosidade, especialmente, em matéria tributária? O Estado não deveria provocar menos litígio? Se reduzíssemos apenas isso, já teríamos um número bem menor de disputas, sem qualquer problema de descumprimento constitucional. E, mesmo que houvesse disputas, não seria o caso de fornecer elementos aos representantes dos entes federativos para que pudessem transigir, terminando as disputas ainda na fase de conciliação? Hoje, ainda, conseguir dispensa de interposição de um recurso é uma tarefa hercúlea para um representante dos órgãos públicos.

Mas mesmo que não cuidássemos de todos esses temas, não seria plausível buscar uma outra solução, sem decidir com efeito vinculante, permitindo um florescer de uma saudável jurisprudência, que se ajustaria às diretrizes constitucionais, e que provocaria um essencial e rico debate sobre teses? Estaríamos trocando um sistema sofisticado (ainda lento, mas rico) por um sistema rápido e estéril, sem debate?

Essas soluções rápidas de caráter legislativo não foram acompanhadas por um debate qualitativo sobre os temas em andamento. E não contaram com a menor colaboração das Fazendas Públicas e uma possível capacidade de conciliação. Convivemos, portanto, com um sistema de suspeita constitucionalidade e, ao mesmo tempo, de pouca densidade democrática, porque não foi fruto de um debate alongado, qualitativo, que permite

o assentar da teoria defendida. Podemos dizer que trocamos um prato sofisticado, de longo cozimento, apurado, por uma refeição *fast-food*? O preço a pagar por essa troca não se verifica de imediato. Vamos notar os malefícios com o tempo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades Do Incidente De Resolução De Demandas Repetitivas (IRDR) E Os Riscos Ao Sistema Decisório. *Revista de Processo*, v. 240/2015, p. 221 - 242, fev. 2015. São Paulo: RT, 2015.

ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson. Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei nº 13.256/2016. *Revista de Processo*, v. 257/2016. p. 217 – 235, jul. 2016. São Paulo: RT, 2016.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, n. 786, 2001.

CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito Ex Nunc e as Decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: MANOLE, 2009.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrin; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Opt in v. Opt out: em defesa do opt out como modelo para ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 238/2014, p. 215-232, dez. 2014. São Paulo: RT, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JORGE, Flavio Cheim. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (coords.). *Código de Processo Civil Anotado*. OAB/PA e AASP, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier e outros. São Paulo: RT, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil e legislação extravagante em vigor. 3. ed. *Revista dos Tribunais*, p. 1394 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor / Sergio Cavalieri Filho. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: RT 2017. p. 764.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.

ROSSI, Julio Cesar. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Hendu. Revista Latinoamericana de Direitos Humanos*, v. 1, n. 1, jul. 2010.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz; e DE OLIVEIRA, Rafael Tomáz. <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-24/diario-classe-exorcizar-fantasma-livreconvencimento-verdade-real>> (acesso em 26/06/17, às 17:07).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2016.

<<http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3258532/%E2%80%9Ctenho-medo-dos-recursos-repetitivos%E2%80%9D-diz-napoleao-maia-no-stj>> (acesso em 16/05/17, às 11:40).

Justiça em números 2016: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016 <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a9335799_15488.pdf> (acesso em 02/06/2017, às 17:50).

RECEBIDO EM: 01/03/2018

APROVADO EM: 01/10/2018

A COISA JULGADA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

*RES JUDICATA AND THE CIVIL PROCEDURE
CODE OF 2015*

Gabriela Macedo Ferreira

Especialista em Processo Civil pelo Jus Podivm

Juíza Federal titular da vara única da Subseção Judiciária de Barreiras

Camilla Mello e Lima

Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade Candido Mendes

Procuradora da Fazenda Nacional - PGFM

SUMÁRIO: Introdução; 1 Coisa Julgada: Noções Gerais; 2 Limites Objetivos e o CPC-2015; 3 Coisa Julgada e as Decisões de Conteúdo Processual; 4 Limites Subjetivos da Coisa Julgada e o CPC-15; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo dedica-se ao estudo da coisa julgada e das principais alterações realizadas no instituto pelo Código de Processo Civil de 2015. Objetiva refletir sobre as três principais inovações: ampliação dos limites objetivos para abarcar as questões resolvidas incidentalmente; reconstrução do conceito de coisa julgada formal como a autoridade que torna imutável e indiscutível as decisões de conteúdo processual; alteração dos limites subjetivos para beneficiar terceiros. Para tanto, estudam-se as noções básicas do instituto da coisa julgada material e formal e sua autoridade, seus limites objetivos e subjetivos e o conteúdo abarcado pela sua autoridade. Provocam-se reflexões críticas sobre o tema.

ABSTRACT: The article is devoted to the study of res judicata and the main changes made to this institute by the Code of Civil Procedure of 2015. It aims to reflect on the three main innovations: extension of the objective limits to cover issues settled incidentally; reconstruction of the concept of formal res judicata as the authority that makes decisions of procedural content immutable and indisputable; subjective limits to third parties. For this, we study the basic notions of the institute of the material and formal res judicata and its authority, its objective and subjective limits and the content encompassed by its authority. Critical reflections on the subject are provoked.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada. CPC-15. Alterações. Autoridade. Limites. Segurança jurídica.

KEYWORDS: Res Judicata. CPC-15. Changes. Authority. Limits. Legal security.

INTRODUÇÃO

A coisa julgada é a autoridade que torna imutável e indiscutível uma decisão não mais sujeita a recurso, projetando-se para fora do processo em que proferida. A proibição na duplicidade do exercício da atividade jurisdicional sobre o mesmo objeto e pelas mesmas partes é o cerne do instituto (DELFINO, MOURÃO, 2015, p. 01) cuja adoção atende ao direito fundamental à segurança jurídica, garantido no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal brasileira, assim como em todo Estado Democrático de Direito.

Em que pese não ser possível alcançar um ideal de justiça na resolução de conflitos, eles não devem perpetuar-se, sob pena de colocar em risco “o valor da *segurança jurídica*, que universalmente se proclama como indispensável à paz entre os homens ou grupos.” (DINAMARCO, 2003, p. 298). Por isso, no confronto existente entre o valor justiça – é dizer, a busca de uma solução mais justa – e o valor segurança da vida social, o ordenamento opta, como regra, pelo segundo, prevendo o fenômeno da coisa julgada (MOREIRA, 1977, p. 99)¹. Diz-se como regra porque a busca pela segurança jurídica pode ser confrontada pelas hipóteses de relativização da coisa julgada e pela chamada coisa julgada inconstitucional².

O presente trabalho se propõe a uma breve reflexão sobre as principais alterações realizadas pelo Código de Processo Civil de 2015 no instituto da coisa julgada. A partir da interpretação sistemática dos dispositivos legais e das reflexões doutrinárias, três importantes inovações se destacam: i) a extensão da coisa julgada para além do dispositivo em algumas hipóteses; ii) a desvinculação do mito de que as sentenças terminativas – e a imutabilidade que lhes é atribuída com o trânsito em julgado – não podem gerar efeitos extraprocessuais; e iii) a abrangência de terceiros sob a autoridade da coisa julgada, *secundum eventum litis*, em seu benefício.

A partir das inovações, busca-se analisar se o tema da coisa julgada desgarrou-se da abordagem puramente estática e privatista que a

1 “De saída, é de se registrar que a coisa julgada não é algo essencial a decisão judicial, mas corresponde a prevenção do perigo que se discuta perpetuamente sobre a existência, a validade e a eficácia de determinada situação jurídica, gerando-se um clima de incerteza constante no mundo do direito [...] Pois, calha mais ao sistema a segurança jurídica do que propriamente a justiça” (MITIDIERO, 2004, p. 188-189).

2 O reconhecimento da coisa julgada inconstitucional pode afastar a executoriedade de decisão judicial, transitada em julgado, quando contraria entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou de interpretação – tema que se encontra ainda em debate no Supremo Tribunal Federal.

caracterizava, transferindo seu foco do pedido para o debate; das partes para a comunidade de trabalho do processo civil. O problema que se pretende resolver é se as alterações empreendidas pelo Código de Processo Civil de 2015 contribuirão para a estabilidade das situações jurídicas e para dar densidade ao direito fundamental à segurança jurídica no processo. A idéia é debater como interpretar as mudanças e quais seus efeitos sobre a tão almejada segurança jurídica.

Este estudo foi dividido em quatro partes.

No ponto referente a noções gerais da coisa julgada, analisam-se o conceito e os pressupostos do instituto, as diferentes acepções doutrinárias acerca da sua natureza jurídica e a relação existente entre ele e os efeitos da sentença.

No segundo ponto, firmadas as premissas conceituais, investigam-se os limites objetivos da coisa julgada material, passando pelo sistema do Código de Processo Civil de 1939, pelo sistema processual de 1973 chegando ao regime atual, com as reflexões pertinentes.

O tópico seguinte dedica-se à proposta de reconstrução do conceito de coisa julgada formal: propõe-se que a expressão seja compreendida como a autoridade que torna indiscutível e imutável a decisão de conteúdo processual, projetando-a para fora do processo.

No último ponto, trabalham-se os limites subjetivos do instituto e sua abrangência sobre terceiros, evidenciando os diferentes entendimentos sobre o tema, bem como a concepção adotada neste trabalho.

Eis uma pincelada das principais alterações do instituto da coisa julgada que, certamente, permitirão seu aperfeiçoamento na busca por segurança jurídica. Lança-se um novo olhar sobre a coisa julgada, para concluir se as mudanças perpetradas alcançaram a finalidade de estabilizar, com mais afinco, as relações sociais. As mudanças, entretanto, demandam parâmetros seguros para sua aplicação e aprimoramentos; por isso, sigamos refletindo.

1 COISA JULGADA: NOÇÕES GERAIS

A raiz etimológica da expressão coisa julgada está no latim, cujo termo *res iudicata* possui o sentido de *bem julgada*. É um instituto inspirado diretamente na tradição romanística clássica, segundo a qual a *res iudicata*

era o único e exclusivo efeito do *iudicatum* (julgado), traduzindo-se na força criadora da sentença de mérito e na consumação da *actio*, que tinha como consequência natural a impossibilidade de se propor uma mesma ação. A sentença não era uma ficção ou presunção de verdade, e sim, a solução mais real e concreta que se poderia atribuir a cada caso específico (LIEBMAN, 2006, p. 09).

A coisa julgada, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, era tida como “a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial” (BRAGA, DIDIER JR., OLIVEIRA, 2010, p. 408). A depender da extensão desta imutabilidade – é dizer, se ela se restringia aos limites do processo ou desbordava deles –, a coisa julgada seria formal ou material. Tanto a noção dos limites objetivos quanto subjetivos da coisa julgada foi alterada pelo CPC-15.

A coisa julgada passou a ser conceituada uma qualidade de que se reveste a decisão judicial de mérito – ou sobre questão processual – calcada em cognição exauriente e transitada em julgado, que torna a solução dada pelo juiz imune a contestações juridicamente relevantes, não apenas no âmbito daquele mesmo processo em que se proferiu a decisão, mas também fora dele, vinculando as partes e juízes de todo e qualquer processo (MOREIRA, 1977, p. 97). Trata-se, em verdade, da proibição de que se emita novo comando jurisdicional sobre a mesma lide, bem assim como a determinação de que se adote a decisão anterior como premissa nos pronunciamentos jurisdicionais proferidos nos processos subsequentes (TALAMINI, 2005, p. 30).

A coisa julgada produz, em regra, três efeitos. O efeito negativo impede que a questão principal já definitivamente julgada em um processo seja novamente examinada como questão principal em outra demanda. O efeito positivo impossibilita que a aludida questão principal seja apreciada de forma distinta ao ser deduzida como pressuposto para resolução de outra demanda, ou seja, como questão incidental. Finalmente, o efeito preclusivo obsta o exame de questões que poderiam ter sido apreciadas em pronunciamento judicial já coberto pela coisa julgada material, mas não o foram, sendo indiferente se arguidas pelas partes e quais os motivos da omissão.

Para que uma decisão seja recoberta pela coisa julgada material, é necessário que estejam presentes três pressupostos: i) “há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal)” (BRAGA, DIDIER JR., OLIVEIRA, 2010, p. 410) – veja que o

CPC de 1973 falava apenas em “sentença”, tendo o novo código ampliado o conceito de coisa julgada ao utilizar no art. 502 o termo mais genérico “decisão de mérito”, possibilitando assim que as decisões interlocutórias também se tornem imutáveis pela coisa julgada; ii) a decisão há de ser proferida em sede de cognição exauriente; iii) é necessário o trânsito em julgado, ou seja, que haja a preclusão máxima.

Apesar de o art. 502 estabelecer expressamente que a decisão deve versar sobre o mérito da causa, a exigência demanda reflexão, pois o art. 486, §1º do mesmo Código de Processo estabiliza a decisão de inadmissibilidade do processo, possibilitando assim a coisa julgada decorrente das decisões de conteúdo processual. Para compatibilizar o dispositivo com o art. 502 com o art. 486, §1º do CPC, é preciso afastar a qualificação “de mérito” das decisões passíveis de ganharem a autoridade de coisa julgada, como se analisará em ponto específico adiante.

Sobre o segundo pressuposto, atinente à exigência de a decisão ter sido produzida em sede de cognição exauriente, Eduardo Talamini esclarece que “apenas é constitucionalmente deferível a coisa julgada à decisão proferida em processo desenvolvido em regime de contraditório entre as partes – o qual será efetivo ou potencial, conforme o grau de disponibilidade dos interesses em disputa” (2005, p. 53). Conforme explica o autor, aquele a quem não foi dada a oportunidade de participar do processo de formação da sentença, não pode ser destinatário de comando irreversível. Daí porque uma decisão que antecipa os efeitos da tutela, com base em cognição sumária, não é apta a formação da coisa julgada material.

Ao definir a coisa julgada material, o Código de Processo Civil de 1973 cometia diversos equívocos. Primeiramente, a pretexto de conceituar o aludido instituto, o legislador apontou, no art. 467, o conceito de trânsito em julgado, conforme se observa da simples leitura do dispositivo em questão: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Em verdade, não é a coisa julgada material que torna imutável a sentença – como se houvesse entre esses dois fenômenos uma relação de causa e efeito –, mas sim, a preclusão das vias recursais. A falha foi corrigida pelo art. 502 do CPC-15.

Também não era correto o conceito trazido pelo art. 301, §3º, do Código de Processo Civil de 1973: “há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”. Isso porque a coisa julgada existe a partir do momento em que a decisão judicial se

torna imutável, e não quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e decidida por sentença irrecorrível. Conforme ressalta Enrico Tullio Liebman, “quando se propõe a mesma ação, proíbe-se nova discussão, mas a coisa julgada forma-se anteriormente a esse momento, que é meramente eventual” (2006, p. 10). O equívoco também foi corrigido no Novo Código, que excluiu a redação atécnica.

O Código de 2015 buscou ainda alterar a corrente doutrinária adotada, quanto à natureza jurídica da coisa julgada, pelo CPC de 1973, segundo o qual a coisa julgada seria efeito da sentença, e não uma qualidade que recai sobre o conteúdo da decisão. Muito se discutiu na doutrina acerca do núcleo essencial da coisa julgada, mais precisamente sobre problemas relativos à eficácia da sentença, à autoridade da coisa julgada e às relações existentes entre esses dois fenômenos. Destacaram-se três posicionamentos teóricos, adiante examinados.

A primeira corrente doutrinária, cujas bases se encontram na doutrina alemã, afirmava que a coisa julgada seria um efeito da sentença³. “De acordo com essa concepção, tratar-se-ia de um dos vários efeitos produzidos pela sentença ou, ainda, identificar-se-ia com o próprio efeito declaratório” (TALAMINI, 2005, p. 32). Em regra, os defensores dessa tese relacionam a coisa julgada com a carga declaratória da decisão⁴, sustentando que somente ela se revela na prática imutável e indiscutível, pois nada poderia alterar aquilo que foi declarado pelo órgão judicial (ASSIS, 2001, p. 243).

Ao que parece, é manifesto o equívoco dessa primeira aceção teórica, a uma, porque é perfeitamente normal a produção de efeitos por um ato jurídico suscetível de alteração, razão por que a produção de efeitos do ato não tem nenhuma relação com a subsistência ou mutabilidade desse mesmo ato (LIEBMAN, 2006, p. 20). Embora as sentenças se destinem a produzir efeitos jurídicos, elas não se destinam necessariamente a tornar-se imutáveis, já que “a imutabilidade não é co-natural a sentença”, mas sim uma opção de política legislativa (MOREIRA, 1984, p. 103). A duas, porque a modificação ou condenação porventura operada pela sentença deve apresentar a mesma dose de certeza que a mera declaração produz⁵. Para

3 Dentre os autores que sustentam ser a coisa julgada um efeito da decisão, destacam-se os processualistas alemães (MOREIRA, 1977, p. 81), Araken de Assis (2001, p. 243) e Ovídio A. Batista da Silva (2000, p. 497).

4 Segundo Ovídio A. Batista da Silva, “a coisa julgada material é a qualidade que se adiciona, em dadas circunstâncias, ao efeito declaratório da sentença, tornando-a indiscutível.” (2000, p. 497).

5 Para tornar claro este ponto da crítica feita à identificação da coisa julgada apenas com o efeito declaratório, Enrico Tullio Liebman traz dois questionamentos relevantes: “Tida a própria coisa julgada

conferir às relações jurídicas a estabilidade a que a coisa julgada se propõe, ela deve tornar imune o resultado final do processo, independentemente da natureza da decisão⁶. Nesse ponto, revelam-se extremamente pertinentes as críticas de Enrico Tullio Liebman⁷, a quem coube a precisa distinção entre coisa julgada e os efeitos da sentença⁸.

Com base nas críticas destacadas acima, desenvolveu-se a segunda corrente doutrinária, capitaneada por Enrico Tullio Liebman, para quem a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da decisão (2006, p. 23)⁹. De acordo com essa concepção, “a coisa julgada é somente uma capa protetora, que imuniza esses efeitos e protege-os contra as neutralizações que poderiam acontecer caso ela não existisse” (MEDINA, WAMBIER, 2003, p. 19)¹⁰. A imutabilidade, portanto, seria uma característica que pode ou não ser conferida aos efeitos de uma decisão, mas sem modificá-los. (MEDINA, WAMBIER, 2003, p. 19).

Embora seja inquestionável a contribuição teórica deixada por Liebman – principalmente, no que toca à distinção entre efeitos da sentença e autoridade da coisa julgada, bem assim como a negativa de limitar a

como efeito da sentença, deverá ela, então, pôr-se ao lado de outros efeitos eventuais daquela? E será, então, necessário distinguir em toda sentença uma parte suscetível de adquirir a autoridade da coisa julgada, de outra que permanece eventualmente sem ela?” (2006, p. 21)

- 6 “Nos termos do art. 468 do Código de Processo Civil, ‘a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas’. ‘A sentença’, reza o texto, não ‘a declaração contida na sentença’: a sentença, pois, na sua integridade enquanto ato decisório, com todos os elementos do *decisum*.” (MOREIRA, 1977, p. 83).
- 7 Segundo afirma o autor, ao recobrir apenas o efeito declaratório da sentença com a coisa julgada, excluindo da sua autoridade o efeito constitutivo e o condenatório, essa teoria retira deles a característica intangibilidade de que a lei quis muni-los quando conferiu a autoridade da coisa julgada indistintamente a todas as sentenças que resolvem lides (LIEBMAN, 2006, p. 23).
- 8 Enrico Tullio Liebman é incisivo em seu posicionamento, quando afirma: “De fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhe a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças. Identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica.” (2006, p. 23).
- 9 Essa corrente é defendida pela maior parte da doutrina brasileira tradicional, destacando-se Candido Rangel Dinamarco (2003, p. 303) e Moacyr Amaral Santos (2003, p. 47).
- 10 Os autores trazem exemplos de acontecimentos que podem fragilizar os efeitos da decisão: alterações legislativas que regressem de forma distinta as relações jurídicas materiais entre os sujeitos que litigaram, descumprimento do julgado pela parte sucumbente, revisões da sentença por parte dos juízes quando provocados e, em seguida, conclui que é para evitar esses acontecimentos que os efeitos da decisão são imunizados pela coisa julgada (DINAMARCO, 2003, p. 304).

coisa julgada ao efeito declaratório da decisão –, sua teoria também foi alvo de sérias críticas. A principal delas, feita por José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 109), é no sentido de que os efeitos da decisão transitada em julgado não se destinam a perdurar indefinidamente, como quer o processualista italiano; a norma jurídica concreta é que deve perpetuar de modo definitivo.

Diversos são os exemplos que dão substância a crítica de Barbosa Moreira, pois é comum que os efeitos da sentença se modifiquem, tanto por força de sua atuação normal, quanto por ajuste das partes (TALAMINI, 2005, p. 36). A título ilustrativo, cita-se o desaparecimento dos efeitos condenatórios quando do cumprimento voluntário da decisão. De fato, uma vez adimplida a obrigação cujo cumprimento foi imposto ao devedor por meio de sentença transitada em julgado, os seus efeitos condenatórios – que, segundo a doutrina de Liebman, seriam imutáveis – desaparecem, eis que tais efeitos visavam apenas possibilitar a execução forçada da aludida obrigação (CÂMARA, 2007, p. 485).

Foi então inaugurada a terceira corrente doutrinária, adotada pelo CPC-15, segundo a qual a coisa julgada é uma situação jurídica do conteúdo da decisão¹¹. Mais precisamente, é uma situação jurídica que tem como causa “*um fato jurídico composto consistente na prolação de uma decisão jurisdicional sobre o mérito (objeto litigioso), fundada em cognição exauriente, que se tornou inimpugnável no processo em que foi proferida*” (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2010, p. 407-408). A esse fato jurídico¹², a lei atribui um determinado efeito jurídico – a imutabilidade, atributo que se agrega ao conteúdo da decisão, por motivos de ordem política (MOURÃO, 2008, p. 32).

Partindo da premissa de que a eficácia sentencial decompõe-se em força e efeito, Daniel Mitidiero defende, nessa mesma linha, que a autoridade da coisa julgada é a indiscutibilidade que recai sobre a força da decisão, revestindo-a, qualificando-a e outorgando-lhe uma estabilidade muito especial. Todavia, restringe o autor a sua incidência à carga declaratória da decisão, sob o argumento de que o instituto da coisa julgada destina-se

11 Essa teoria encontra apoio em autores como Barbosa Moreira (1977, p. 88-89) e Daniel Mitidiero (2004, p. 198).

12 Sobre o conceito de fato jurídico, Marcos Bernardes de Mello explica que “na sua finalidade de ordenar a conduta humana, obrigatoriamente, o direito valora os fatos e, através das normas jurídicas, erige a categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano”. Nesse passo, explica o autor que as relações jurídicas, tanto as mais simples quanto as de conteúdo mais complexo, são exclusivamente imputações feitas pelos homens a certos fatos da vida através das normas jurídicas, que, desse modo, adjetivam os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que o torna espécie distinta dentre os demais fatos – “o ser fato jurídico”. (2008, p. 08).

à resolução de incertezas e, se assim é, o objeto da indiscutibilidade deve ser apenas a declaração produzida pelo órgão jurisdicional na sentença (MITIDIERO, 2004, p. 199).

Em suma, como a coisa julgada existe apenas por motivos de ordem sócio-política – mais especificamente pela necessidade de se imprimir segurança às relações jurídicas –, nada mais coerente do que conceituá-la como uma situação cuja causa é um fato valorado pelo direito que, constatando a sua relevância, atribui a determinadas decisões o efeito da imutabilidade¹³. Daí porque o Código de Processo Civil de 2015 se aperfeiçoou ao corrigir as imperfeições técnicas conceituais do CPC-73 e adotar a terceira corrente conceituando a coisa julgada como autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão não mais sujeita a recurso¹⁴.

2 LIMITES OBJETIVOS E O CPC-2015

Os limites da coisa julgada evidenciam a exata extensão de sua autoridade, em termos temporais, espaciais, subjetivos e objetivos. Sob este último enfoque, ao qual se dedica o presente tópico, busca-se delimitar especificamente qual o objeto que não poderá mais ser revisto, tampouco rediscutido em juízo, por força da autoridade da coisa julgada material.

A extensão da autoridade da coisa julgada aos fundamentos da decisão judicial sempre foi objeto de acirradas controvérsias na doutrina. Parte dela denegava radicalmente a atribuição de imutabilidade aos motivos da sentença; outra parcela entendia que essa indiscutibilidade somente deveria recair sobre a fundamentação quando ela fosse imprescindível à interpretação da parte dispositiva do comando judicial; uma última

13 Em verdade, o efeito prático da disputa teórica retratada nesse tópico refere-se principalmente ao tema da “margem de liberdade das partes diante da coisa julgada”. Se adotada a tese defendida por Liebman, ou as partes não poderão modificar os efeitos da sentença, estando impedidas de adotar na prática, por acordo de vontade, solução diversa a do julgado; ou se admitirá a flexibilização total do instituto. Se, todavia, for adotada a terceira corrente doutrinária – que por mais essa razão parece guardar maior coerência –, a conclusão será mais lógica: no âmbito das relações disponíveis, as partes não ficarão vinculadas à declaração jurisdicional, na medida em que poderão abdicar da solução dada pelo juiz, sem que isso coloque em risco a própria existência do instituto da coisa julgada. De qualquer forma, continuará sendo vedado às partes obter novo pronunciamento contrário ao conteúdo do comando revestido pelo instituto (TALAMINI, 2005, p. 40.).

14 Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira explicam com maestria que, como autoridade, a coisa julgada é uma situação jurídica, força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva, efeito jurídico que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica. (2016, p. 513).

corrente, perfilhada por Savigny, sempre atribuía as questões decididas na fundamentação a autoridade do aludido instituto.

A polêmica ganhou força com o art. 287 do Código de Processo Civil de 1939, cuja redação, inspirada num dispositivo do Projeto italiano de 1926, deixava dúvida a opção do legislador. Isso porque o dispositivo limitava-se apenas a estabelecer que “*a sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas*”, estas últimas definidas como as “*que constituam premissa necessária da conclusão*” (parágrafo único).

Em síntese, os argumentos a favor da extensão da coisa julgada aos motivos da decisão eram os seguintes: i) “quanto mais abrangente for a imutabilidade decorrente da coisa julgada, mais protegidos estarão os valores que norteiam a existência da *res judicata*” (MOURÃO, 2008, p. 194); ii) a dificuldade da distinção entre motivos e decisão, sob o argumento de que a parte dispositiva é mera consequência da fundamentação¹⁵. Nesse passo, ampliar o alcance da imutabilidade implicaria a redução da litigiosidade, da quantidade de demandas e das contradições lógicas entre os julgados. “O ideal seria que mesmo essas contradições lógicas fossem impedidas – inclusive para evitar situações desarmônicas com a razoabilidade e a isonomia” (TALAMINI, 2005, p. 84).

Muitos eram também os argumentos contra a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. O primeiro deles referia-se a finalidade da própria coisa julgada, “que é garantir o resultado prático e concreto do processo ou, em outras palavras, o seu efeito, apenas isso, devendo considerar sem relevância a amplitude da matéria lógica discutida e examinada no processo” (LIEBMAN, 2004, p. 112). A coisa julgada, de fato, é um mecanismo criado para evitar o conflito prático, concreto e não teórico e lógico entre decisões¹⁶.

O segundo argumento consistia na proteção do valor justiça, que historicamente se contrapõe a segurança jurídica, objeto de proteção pela coisa julgada. Se a extensão da coisa julgada é reduzida, a “justiça da decisão” – facilitada pela constante rediscussão dos julgados – é beneficiada

15 Segundo Luiz Eduardo Mourão, a dificuldade de distinção entre a parte dispositiva e os fundamentos constituía o cerne da teoria de Savigny e refere-se a um dos mais fortes argumentos a favor da ampliação dos limites da coisa julgada (2008, p. 194).

16 “A limitação da coisa julgada à parte dispositiva significa assegurar a estabilidade do resultado concreto do processo, a imutabilidade do comando jurisdicional – compreendido aqui não no seu aspecto formal, mas no sentido de outorga da tutela jurisdicional, que recai sobre uma situação concreta” (TALAMINI, 2005, p. 82).

(MOURÃO, 2008, p. 198). O terceiro argumento baseava-se no princípio dispositivo, segundo o qual ao titular do direito toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo (MOREIRA, 2007, p. 131). Como o autor tem o direito de não submeter alguns de seus interesses a apreciação judicial, sob pena de se ter uma justiça imposta, não pode a indiscutibilidade recair sobre a resolução de questões que não foram levadas a juízo pelo autor (MOURÃO, 2008, p. 198).

O Código de Processo Civil de 1973 enfrentou o problema dos limites objetivos da coisa julgada em termos enfáticos – e, de certa forma, até redundantes –, encerrando qualquer discussão sobre o tema. Segundo o seu art. 468, “*a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*”¹⁷. Na vigência do CPC de 1973, as questões incidentais (*incidenter tantum*) conhecidas e apreciadas como premissa lógica da questão principal (*principaliter tantum*) não eram consideradas decididas, podendo ser julgadas livremente em outra causa, continuando em aberto em relação ao que não foi objeto da lide anterior (LIEBMAN, 2004, p. 111).

O Código de Processo Civil de 2015 alterou esse panorama, possibilitando a extensão da autoridade da coisa julgada material também as questões prejudiciais em algumas situações. A mudança foi positiva. Não há sentido em não estabilizar o que se decide a respeito de uma questão, retirando das partes a segurança jurídica proporcionada pela coisa julgada apenas pela circunstância de as partes, no processo em que resolvida a questão, estarem interessadas na solução de outra controvérsia. Se a questão é devidamente discutida pelas partes, sem qualquer restrição, não há razão para não se lhe atribuir autoridade de coisa julgada, sendo desarrazoado que as partes voltem a discutir a questão já resolvida “apenas porque um dia alguém afirmou em sede doutrinária que a coisa julgada recai apenas sobre o objeto do processo (MARINONI, 2016, p. 02).

Na exposição de motivos, o argumento invocado para justificar a alteração proposta é o de que “o novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível”¹⁸. Dar as partes oportunidade para relitigar questão já discutida e decidida dobra o gasto de tempo e de dinheiro das partes e da administração da justiça, atentando contra a

17 O art. 468 reproduz sem deformações o art. 290 do Projeto italiano de 1926: “*La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite ha forza di legge Nei limiti della lite e della questione decisa.*”

18 Uma reflexão de Marcelo Alves Souza fortalece a nova proposta legislativa: “Então teríamos nós, que temos tão poucos processos para decidir – e que estamos por isso à beira da falência, para não declará-la de logo –, que julgar duas vezes a mesma questão?” (SOUZA, 2007, p. 215).

racionalidade da prestação jurisdicional e a autoridade do poder estatal (MARINONI, 2016, p. 03).

Com o novo regramento, passaram a existir dois regimes jurídicos distintos de coisa julgada que variam segundo seu objeto: i) o regime jurídico comum e tradicional, disciplinado em diversos artigos do CPC, relativo à coisa julgada sobre a decisão da questão principal; e ii) o regime jurídico especial, concernente a coisa julgada sobre a resolução das questões incidentais cuja formação fica obstada nas situações previstas nos §§1º e 2º do art. 503, aplicável apenas a esse regime de coisa julgada (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 538).

A formação da coisa julgada pelo regime especial independe de pedido e exige o preenchimento de cinco pressupostos cumulativos (PEIXOTO, MINAMI, 2016, p. 01): i) a questão prejudicial resolvida incidentalmente deve ser imprescindível – e não apenas relevante – para a resolução da questão incidental¹⁹; ii) deve haver decisão expressa sobre a questão principal²⁰; iii) existência de contraditório prévio e efetivo²¹; iv) o órgão judicante ter competência absoluta para conhecer a questão prejudicial caso ela fosse colocada como principal²²; v) inexistir restrições probatórias ou limitações a cognição que impeçam ou dificultem o aprofundamento da análise da questão principal²³.

A alteração legislativa, contudo, vem sofrendo críticas apontando a falta de clareza dos limites objetivos da coisa julgada de regime jurídico especial a afastar a efetiva pacificação do litígio – “o maior problema talvez seja o caráter excessivamente fluído das formalidades com as quais o legislador cercou, até agora, a extensão da imutabilidade da sentença” (CAIS et. al, 2014, p. 03). Isso porque, ao mesmo tempo em que facilita a geração de coisa julgada, cria uma maior insegurança a respeito do tema ao deixar em aberto, mesmo após o trânsito em julgado, a questão a respeito de ter ou não sido produzida a coisa julgada da questão prejudicial resolvida (NEVES, 2018, p. 889). A crítica é excessiva. O novo regime da coisa

19 Art. 503 [...] I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; [...].

20 Art. 503. [...] § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: [...].

21 Art. 503. [...] II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; [...].

22 Art. 503. [...] III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

23 Art. 503. [...] § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

julgada é mais vantajoso, sobretudo sob a ótica da economia processual e da coerência do sistema.

Alguns aperfeiçoamentos sugeridos pelo Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro), contudo, merecem reflexão. Seria, de fato, importante que se exigisse a indicação expressa da questão prejudicial como ponto controvertido, no saneamento ou em momento posterior, e a formalização de sua solução, sob pena de o silêncio do legislador fazer com que o alcance da decisão varie de acordo com a percepção subjetiva de cada intérprete. Além disso, apenas com a formalização da controvérsia, o contraditório seria exercido em sua plenitude.

Outras sugestões ainda podem ser acatadas. Seria interessante circunscrever a formação da coisa julgada à questão prejudicial que diga respeito à existência, inexistência ou modo de ser de relação jurídica. Apenas as questões que podem ser objeto de ação autônoma podem ser protegidas pela coisa julgada. Outra sugestão é a de condicionar a produção do vínculo sobre processos futuros à declaração expressa do juiz de que a questão foi resolvida de maneira exauriente. Com esses aperfeiçoamentos, não há dúvida de que os limites da vinculação ao julgado ficariam claros para todas as partes do processo.

Há ainda uma questão a ser pensada. Segundo alguns autores, não podem ser consideradas como necessárias e determinantes ao resultado do julgamento da questão principal as questões prejudiciais decididas desfavoravelmente ao vencedor. Nesse caso, a decisão não será essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda. Assim, a coisa julgada de regime especial seria dependente do resultado da lide – coisa julgada *secundum eventum litis* – e só se formaria se favorecesse o vencedor (LOPES, 2012. p. 69). No mesmo sentido, posicionam-se os membros do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro), por meio de seu subgrupo de “sentença e coisa julgada” a respeito de inovação proposta pelo projeto de NCPC.

Entendemos que a tese não merece prosperar. A uma, porque a finalidade da lei ao estender a coisa julgada a resolução das questões incidentais foi aumentar a produtividade da demanda gerando economia processual e evitar decisões contraditórias; nenhuma dessas finalidades é afetada pelo resultado da demanda principal e incidental. A duas, porque não há sentido em submeter novamente uma demanda ao judiciário e possibilitar solução contraditória da anterior se a questão já foi devidamente discutida pelas partes sob o crivo do contraditório, examinada e decidida

pelo juiz. A três, porque não procede o argumento de que a parte vencedora teria de recorrer afastando a pacificação almejada pois melhor que a lide se prolongue com um recurso do que surja uma nova lide com todos os recursos que lhe são inerentes.

O novo panorama da coisa julgada sob o aspecto da ampliação de seus limites objetivos valoriza o diálogo entre juiz e partes (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 622), evita a desnecessária movimentação da máquina judiciária para reexame de questões já devidamente apreciadas apenas porque o legislador assim definia. Desafoga o Poder Judiciário já tão assoberbado e que precisa de instrumentos legislativos de redução de demandas, missão da qual se incumbiu o Código de 2015 com o microssistema de solução de demandas repetitivas, o instituto da estabilização dos efeitos da tutela, a elevação dos honorários em sede de segundo grau como medida de desestímulo a prorrogação do litígio, dentre tantas outras medidas.

A aplicação das mudanças, por certo, trará novas necessidades de aperfeiçoamentos a serem refletidas. Mas não coloca em xeque seus benefícios para se alcançar o valor segurança jurídica de forma mais efetiva do que na vigência do CPC-73.

3 COISA JULGADA E AS DECISÕES DE CONTEÚDO PROCESSUAL

O art. 502 do CPC-15 denomina de coisa julgada material a autoridade que torna indiscutível e imutável a decisão “de mérito”. A despeito disso, o art. 486, §1º do CPC também prevê a estabilidade das decisões de conteúdo processual – nos casos de inadmissibilidade do processo por litispendência, convenção de arbitragem, indeferimento da petição inicial, ausência de pressupostos processuais, legitimidade ou interesse de agir –, exigindo a correção do vício que levou à sua extinção para a propositura de nova ação.

A questão que se põe está em saber como compatibilizar a restrição da coisa julgada às decisões de conteúdo material pelo art. 502 e a estabilidade atribuída pelo art. 486, §1º do mesmo código à solução das questões processuais.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart já sustentavam, mesmo antes do CPC de 2015, que as questões processuais por acaso resolvidas – por exemplo, o exame das condições da ação – poderiam ser acobertadas pela coisa julgada material. A título ilustrativo, apontavam

que a sentença em cujo bojo fosse reconhecida a inadequação da via eleita pelo autor fazia coisa julgada material, pois não permitia que ele deduzisse a mesma pretensão em juízo, por meio da via já considerada inadequada, propondo ação idêntica a anterior. Se, contudo, ele retornasse a juízo por meio de outra via (a adequada), haveria uma nova ação, diferente daquela que produziu a coisa julgada material (ARENHART, MARINONI, 2005. p. 64).

A proibição na duplicidade do exercício da jurisdição constitui o núcleo da coisa julgada. Visa trazer segurança jurídica e estabilidade ao exercício da jurisdição cuja finalidade é o julgamento da afirmação de uma lesão - ou ameaça - a direitos subjetivos, o que é feito em um ambiente normativo processual. O processo estabelece uma relação lógica com o mérito e o exercício da jurisdição não pode se restringir apenas ao mérito, sendo necessário que abarque também a forma. O desprezo à forma adequada e imprescindível²⁴ pode gerar prejuízo ao próprio julgamento. E, se existem dois tipos de conteúdo para as decisões por meio das quais se exerce a atividade jurisdicional - a processual e a de mérito -, igualmente existem as coisas julgadas que recaem sobre cada uma delas (DELFINO, MOURÃO, 2015).

O novo Código de Processo Civil parece ter acolhido essa tese no art. 486, §1º, encerrando o mito de que a imutabilidade conferida às sentenças terminativas com o trânsito em julgado não produzem efeitos extraprocessuais. Ao dispor que a sentença de inadmissibilidade do processo impede a re-propositura da ação sem a correção do vício, o código lhe qualifica com a autoridade e estabilidade da coisa julgada. Essa conclusão é confirmada pelo art. 966, §2º do CPC que prevê o cabimento de ação rescisória contra as sentenças previstas no §1º do art. 486.

O novo regramento da coisa julgada permitiu a reconstrução do significado da coisa julgada formal, até então sem maiores utilidades e entendida como sinônimo da preclusão máxima. Para muitos autores, a coisa julgada formal passou a significar a imutabilidade e indiscutibilidade, também para fora do processo, incidente sobre as decisões de conteúdo processual²⁵. A estabilidade decorrente do §1º do art. 486 e a coisa julgada tratada no art. 502 possuem o mesmo regime jurídico diferenciando-se

24 Diz-se imprescindível quando o vício de forma não puder ser superado ou sanado no bojo do mesmo processo a luz da aplicação do princípio da primazia da decisão de mérito.

25 Nesse sentido posiciona-se Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira, Paula Sarno Braga (2016, p. 518) e Lúcio Delfino e Luiz Eduardo Mourão: “É imperativo concluir que, após a entrada em vigor do novo CPC, ficarão imutabilizadas pela coisa julgada formal as sentenças terminativas que tenham por conteúdo: a) o indeferimento da petição inicial; b) a falta dos pressupostos processuais; c) a legitimidade e o interesse

apenas quanto ao objeto, não havendo sentido em não denominar ambas de coisa julgada.

Há ainda uma última questão interessante a ser abordada e refletida. O Superior Tribunal de Justiça entendeu recentemente que nas ações previdenciárias deve haver extinção do processo sem julgamento de mérito caso a parte autora, que alega ser segurada especial trabalhadora rural, não apresente início de prova documental comprobatória da sua condição. A decisão pode ser interpretada no sentido de que foi criada mais uma hipótese da chamada coisa julgada *secundum eventum probationis*, de modo que a existência de prova se tornaria pressuposto da formação da coisa julgada, ou no sentido de que a existência de início de prova documental é documento essencial à propositura da ação que seria extinta por falta de pressuposto processual, posição sustentada pelo tribunal²⁶.

Qualquer que seja o entendimento adotado, não se pode negar nesses casos a existência de uma decisão de inadmissibilidade do processo extinto sem resolução do mérito e a impossibilidade de repetição da demanda sem correção do vício, ou seja, apresentação de novos documentos. A decisão que reconhece a ausência de prova material torna-se imutável e indiscutível por força da coisa julgada formal. Entendimento diverso fugiria a coerência e finalidade do sistema, permitindo, como em uma loteria, a repetição da mesma demanda infinitamente²⁷.

processual; ou d) o acolhimento da alegação da existência de convenção de arbitragem ou quando o juiz arbitral reconhecer sua competência.”

26 STJ, Resp 1352875 SP 2012/0234121-3, 1ª Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 20/03/2017.

27 Nesse ponto, é interessante a discussão, no âmbito das ações coletivas, mas aplicável ao caso, sobre a exigência de que o juiz afirme expressamente – ou, ao menos, implicitamente –, na fundamentação da sentença, que a improcedência do pedido decorreu da insuficiência de provas, para que a coisa julgada não seja produzida. Parte da doutrina, a qual se filia Rodolfo de Camargo Mancuso, sustenta ser condição para o afastamento da coisa julgada material a afirmação expressa de que a ação foi julgada improcedente por insuficiência de provas. Ante a omissão do julgado, caberia a parte autora interpor embargos de declaração para sanar o vício, sob pena de tornar a via coletiva definitivamente preclusa (MANCUSO, 2001, p. 284). A fundamentação da sentença, de acordo com essa teoria, assumiria papel decisivo na formação da coisa julgada material. Uma segunda corrente doutrinária, capitaneada por Freddie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr., sustenta que “deve, contudo, decorrer do conteúdo da decisão que outro poderia ter sido o resultado caso o autor comprovasse os fatos constitutivos de seu direito”. Isto significa que, embora não seja necessário constar nos fundamentos do julgado a expressão “por ausência de provas”, deve ser possível inferir dos argumentos deduzidos pelo magistrado que o material probatório não foi suficiente para a comprovação do direito do autor. Seria imprescindível uma afirmação implícita de que a ação foi julgada por insuficiência de provas, razão por que a fundamentação também assumiria papel fundamental para a formação da coisa julgada material (DIDIER JR, ZANETTI JR, 2010, p. 367). Apresentando entendimento diverso, Antônio Gidi defende a adoção de um critério substancial

Em conclusão, nada mais adequado que atribuir novo sentido a coisa julgada formal interpretando o art. 502 em harmonia com o art. 486 §1º do CPC de modo a concluir que a coisa julgada pode recair tanto sobre a solução das questões de mérito quanto sobre a decisão de conteúdo processual, sendo a primeira chamada de coisa julgada material e a segunda, formal (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 531). Trata-se de interpretação que torna significativa a expressão coisa julgada formal e fortalece o código de processo civil no atendimento a segurança jurídica.

4 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA E O CPC-15

Os limites subjetivos da coisa julgada definem quem está submetido a sua autoridade. A regra geral prevista no CPC de 1973 era a vinculação da coisa julgada somente as partes, não atingindo terceiros, seja para beneficiá-los, seja para prejudicá-los. A restrição da coisa julgada apenas as partes do processo visava garantir o acesso à justiça e a participação em contraditório. O CPC de 2015 alterou o dispositivo e estabeleceu no art. 506 que a coisa julgada apenas não prejudica terceiro; logo, poderá beneficiá-lo²⁸.

É preciso refletir sobre quais alterações efetivas o art. 506 produziu no ordenamento processual brasileiro. Quais terceiros poderão se beneficiar da coisa julgada e em que hipóteses são os problemas se pretende enfrentar.

Luiz Guilherme Marinoni esclarece que a extensão da coisa julgada para terceiros não se confunde com o sistema de precedentes judiciais. Trata-se de exigência que se relaciona com a necessidade de se estabilizar a própria decisão do litígio para as partes, com a autoridade das decisões judiciais e com a eficiência da distribuição da justiça (2016, p. 02).

Daniel Assunção Neves aponta para a existência de cinco correntes doutrinárias a partir do novo texto legal.

para saber se a improcedência foi ocasionada por insuficiência de provas. “Assim, sempre que qualquer legitimado propuser a mesma ação coletiva com novo material probatório, demonstrará, ipso facto, que a ação coletiva anterior havia sido julgada por instrução insuficiente” (GIDI, 1995, p. 133-134). Nessa linha, ainda que o juiz entenda expressamente que a parte autora não possui o direito alegado, a coisa julgada material poderá ser afastada, ante a apresentação de novas provas.

28 Art. 472 do CPC-73. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros; Art. 506 do CPC-15. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

A primeira entende que foi adotado no direito processual brasileiro o instituto do *collateral stoppel*, típico do common Law: o terceiro beneficiado é titular de relação jurídica distinta daquela discutida no processo, mas seu direito tem a mesma origem daquele resolvido no processo, não podendo a contraparte voltar a discuti-lo mesmo contra outra parte, pois já teve oportunidade justa e integral para tanto. (NEVES, 2018, 891).

Luiz Guilherme Marinoni, ao adotar esse posicionamento, sustenta importar aqui a hipótese de múltiplos danos, em que pessoas situadas em uma mesma posição diante do conflito podem litigar de forma individualizada em face de um único adversário (2016, p. 11). Por exemplo, em um caso de derrame de material químico no mar que causa prejuízo a diversos pescadores, se em uma demanda individual demonstra-se que o demandado pratica atividade que produziu os detritos químicos encontrados, de modo que o juiz declara o nexo causal e a responsabilidade da empresa demandada, em outra ação proposta por outro pescador, estará proibida a reabertura da discussão acerca da questão relativa à responsabilidade da empresa, por força da extensão benéfica da coisa julgada material ao terceiro. Caberá a discussão apenas da extensão do dano e de seu valor pecuniário.

O autor invoca precedentes da suprema corte americana – casos *Parklane Vs. Shore* e *Bernhard vc Bank of América National Trust and Savings Association* – nos quais foram fixados requisitos para a extensão da coisa julgada ao terceiro: i) questão idêntica, de titularidade do terceiro (“the issue is identical”); ii) julgamento final do mérito (“a final judgments on the merits”) e aquele a quem se pretende proibir a rediscussão deve ter plena e verdadeira oportunidade de participação. Advertiu-se, ainda, segundo aponta o autor, que a rediscussão da mesma questão apenas em razão de o adversário ser outro, traz péssimas consequências em termos econômicos tanto para as partes quanto para a justiça (MARINONI, 2016, p. 10).

Na mesma linha, Carolina Uzeda Libardoni entende que a mudança compreendida pelo CPC-15 remete o observador mais atento ao sistema de estabilidades norte-americano, que não apenas admite a incidência de coisa julgada sobre questões prejudiciais, como aceita que tal estabilidade chamada de *collateral estoppel* pode ser utilizada em benefício de terceiros (2016, p. 01). Informa que, originariamente, era também exigido, a exemplo da *claim preclusion*, o respeito à *mutuality rule*, equivalente à nossa identidade de partes. Mas, em 1942, a partir do caso *Bernhard v Bank of America*, a Suprema Corte entendeu que *due process* proíbe a utilização da *issue*

preclusion contra terceiros, mas não se aplicaria contra o sujeito que tenha participado do processo anterior. A *issue preclusion*, portanto, pode ser utilizada, em um novo processo, contra aquele que foi parte em processo anterior. Nos parece uma sistemática semelhante a do precedente judicial vinculante, todavia sem as formalidades que conhecemos: basta que a causa seja idêntica e já haja um julgado favorável para que o juiz do novo processo fique vinculado ao julgamento anterior (2016, p. 04).

A segunda corrente defende que o art. 506 consagrou para o processo individual a coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, típico da tutela coletiva: se o resultado do processo for favorável ao terceiro, ele se vincula a coisa julgada. Amadeu Garrido de Paula interpreta a alteração como a possibilidade de a coisa julgada individual ou coletiva, a partir de agora, beneficiar terceiro, cabendo-lhe apenas demonstrar que o tema é idêntico, dispensada a discussão de direito. De igual modo, o magistrado estaria liberado de fundamentar a sentença, podendo restringir-se a verificação da identidade de casos. Para o autor, o bem a coletividade e ao Estado nessa interpretação são óbvios ante a possibilidade de um único procedimento judicial reger direitos, interesses e vidas múltiplas (DE PAULA, 2016, p. 02).

Daniel Amorim Assunção Neves critica essas duas correntes sob o argumento de que a função descrita por ela é desempenhada no processo coletivo de tutela de direito individual homogêneo; adotar entendimento diverso esvaziaria a utilidade do processo coletivo (2018, p. 892).

A terceira corrente entende que a coisa julgada favorável só se aplica ao litisconsórcio facultativo unitário não formado, pois há cotitularidade do direito e legitimação concorrente.

Fredie Didier Jr. (2017, p. 397) sustenta que o art. 1.068 do CPC, em conjunto com o art. 506 do mesmo diploma, aperfeiçoou a redação do art. 274 do Código Civil, que não regula a extensão da coisa julgada favorável ao credor aos demais devedores. A omissão foi resolvida pelo art. 506 do CPC de 2015 ao dispor que apenas a coisa julgada desfavorável não pode prejudicar terceiro: para que a coisa julgada se estenda aos devedores, é preciso que eles façam parte do processo, pois o credor demandante não pode alegar nenhum prejuízo já que cabe a ele escolher contra quem pretende demanda e ao não escolher determinado devedor, deve arcar com as consequências dessa sua estratégia. Trata-se de solução que protege o contraditório e a boa-fé objetiva, estando em conformidade com os paradigmas do direito estrangeiro.

A quarta corrente sustenta que a coisa julgada *in utilibus* se limita as hipóteses de litisconsórcio necessário unitário, quando, por vício formal, não foi formado, podendo a parte beneficiada pela decisão descartar o vício (NEVES, 2018, p. 892).

A quinta corrente sustenta a ineficácia da regra do art. 506 sob o fundamento de que, se a decisão beneficia terceiro, sempre prejudicará a parte contrária. O entendimento é equivocado, pois a outra parte é aquela derrotada no processo em que a coisa julgada se formou e não um terceiro (NEVES, 2018, p. 890-893).

Não nos parece que o Código de Processo Civil tenha inovado tanto no sentido de permitir que a coisa julgada produzida em demandas individuais seja estendida a terceiros que estejam em situação similar, mas não tenham relação jurídica direta com a demanda individual posta em juízo. Entendemos que a coisa julgada só pode beneficiar o terceiro que faça parte da mesma relação jurídica discutida em juízo, pelo que nos alinhamos à terceira corrente apresentada.

A extensão da coisa julgada a terceiros como quer Amadeu Garrido de Paula é vista, de certo modo, no sistema de precedentes no qual se tem o cuidado de estabelecer critérios para que a decisão seja aperfeiçoada e o devido processo legal respeitado. Portanto, para atingir terceiros que estão em situação semelhante, existem institutos como o incidente de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recurso especial repetitivo. Há ainda a possibilidade de extensão da coisa julgada a terceiros pelo ajuizamento de demandas coletivas. Nessa última hipótese, as partes possuem previamente conhecimento da extensão e efeitos da demanda, o que respeita a boa-fé objetiva e o princípio da não surpresa.

A nosso ver, o CPC-15 apenas estendeu a coisa julgada aqueles que são cotitulares do direito discutido em juízo e aperfeiçoou o texto legal tornando-o mais técnico para regular a extensão da coisa julgada coletiva a terceiros no plano individual quando o julgamento for de procedência, o que já vinha ocorrendo por força do microssistema coletivo.

As peculiaridades do direito material a ser tutelado nas ações coletivas justificam a necessidade de ser adotado um regramento especial no que concerne à coisa julgada. Como esses direitos são, de um modo geral, insuscetíveis de divisão, a decisão proferida em seu bojo atingirá necessariamente a esfera jurídica de todos os membros da coletividade. Por conta disso, uma delimitação excessivamente rigorosa dos limites da

coisa julgada poderia importar uma interferência injusta nas garantias do indivíduo titular do direito subjetivo, que ficaria sujeito à imutabilidade de uma decisão da qual não participou²⁹.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 103, que funciona como regra geral do microsistema da tutela coletiva, apresentou o seguinte regramento para a coisa julgada: i) em relação aos direitos difusos e coletivos, caso o pedido seja julgado com instrução probatória suficiente, a sentença fará coisa julgada respectivamente *erga omnes e ultra partes*, vinculando todos os seus membros e obstando a propositura da demanda coletiva mesmo que por outro colegitimado; ii) se for julgado improcedente o pedido, por insuficiência de provas – o que não precisa ser expresso –, a sentença não formará a coisa julgada material, podendo qualquer legitimado voltar a juízo com a mesma demanda lastreada em nova prova; iii) nas ações que tratam de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. entendem que a redação do art. 103 do CDC quanto aos direitos individuais homogêneos é lacunosa e invocam o princípio hermenêutico de que a solução das lacunas deve ser buscada no microsistema coletivo para concluir que: se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo que se forma *secundum eventum probationis* (2010, p. 368-369).

Examinando o problema dos limites subjetivos da coisa julgada no âmbito da tutela transindividual, José Rogério Tucci sustenta que, nos domínios dos direitos coletivos, a coisa julgada estende-se *ultra partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe, cujos membros são unidos por uma mesma relação jurídica-base, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência da prova (2017, p. 01). Uma das soluções encontradas pelo ordenamento para adaptar o instituto da coisa julgada tradicional

29 “[...] a coisa julgada coletiva [...] apresenta dois aspectos que centralizam todas as discussões a respeito do tema: a) de um lado, o risco de interferências injusta na garantia do indivíduo titular do direito subjetivo, que poderia ficar sujeito a imutabilidade de uma decisão da qual não participou: o problema decorre da circunstância de que o legitimado à tutela coletiva é sempre um ente que não é o titular do direito coletivo em litígio (legitimação extraordinária); b) de outro lado, o risco de exposição indefinida do réu ao Judiciário (“No person should be twice vexed by the same claim”).” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2010, p. 365).

às peculiaridades das ações de caráter coletivo foi o modo de produção *secundum eventum probationis*.³⁰

A Lei Federal n. 4.717/65, que dispõe sobre a ação popular, estabeleceu, em seu art. 18, que “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Do mesmo modo, o art. 16 da Lei n. 7.347/85, cuja redação foi acrescentada pela Lei n. 9.494/97, também estabeleceu para a ação civil pública a coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Em todas essas situações, o artigo 506 do Código de Processo Civil de 2015 é aplicável, de modo que, no plano individual, a coisa julgada coletiva não prejudicará terceiro, podendo apenas beneficiá-lo; e, ainda, a rejeição do pedido não acarretará qualquer prejuízo aos direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe interessada (TUCCI, 2017, p. 01).

Diante desse quadro, entendemos a extensão da coisa julgada produzida em demandas individuais para beneficiar terceiros estranhos a relação jurídica deduzida em juízo não foi o objetivo do legislador com a redação do art. 506 do CPC-15. Adotar esse entendimento demandaria regulamentação expressa e minudente para evitar que decisões proferidas por um juízo de primeiro grau se tornassem vinculantes sem instrumentos de democratização do julgado como as audiências públicas, intervenção do *amicus curiae* e até maior cuidado das partes na apresentação de seus argumentos. Não há dúvida, contudo, que a mudança na redação do artigo é positiva.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou refletir sobre relevantes mudanças no instituto da coisa julgada trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, com sua extensão sobre as questões prejudiciais em algumas hipóteses, foi a primeira delas. O Código de Processo Civil de 2015 possibilitou a coisa julgada de regime especial incidente sobre as questões prejudiciais imprescindíveis para a resolução da questão principal, decididas expressamente, mediante

30 Roberto Carlos Batista assevera que a existência de um regramento diferenciado no que toca a coisa julgada nas ações coletivas “visa também a frustrar possível colusão entre os co-legitimados e o réu para a formação de uma coisa julgada negativa *erga omnes*”. (2005, p. 152).

contraditório prévio e efetivo, por juízo absolutamente competente, desde que ausentes restrições probatórias ou limitações a cognição. Com isso, valorizou-se o desenvolvimento do processo e o diálogo entre o juiz e as partes, passando o tema da coisa julgada a ter uma abordagem dinâmica e pública, por imutabilizar não apenas o objeto do pedido, mas também outros elementos no interesse da boa administração da justiça (MARINONI, ARENHART, MITIDIEIRO, 2015, p. 622).

A segunda alteração tratada foi a ampliação do conteúdo das decisões passíveis de serem alcançadas pela autoridade da coisa julgada, como decisões de conteúdo processual. O CPC-15 encerrou o mito de que a imutabilidade conferida às sentenças terminativas transitada em julgado não produz efeitos extraprocessuais ao dispor, no art. 486, §1º, que elas impedem a repositura da ação sem a correção do vício. A nosso ver, o código qualificou a decisão de conteúdo processual – e não apenas a de mérito – com a autoridade da coisa julgada.

A reconstrução do significado da coisa julgada formal, entendida agora como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de conteúdo processual, também possibilita uma maior estabilidade das relações jurídicas. Dá racionalidade à prestação jurisdicional: se a questão processual é devidamente discutida pelas partes não há qualquer razão para não se lhe atribuir autoridade de coisa julgada. No sistema atual, de proteção da segurança jurídica, nada mais adequado do que aproximar a denominação coisa julgada formal da material, estendendo os seus efeitos aos processos futuros com a proteção das sentenças terminativas e de mérito (PEIXOTO, 2014, p. 91).

A terceira mudança examinada toca aos limites subjetivos da coisa julgada. O CPC de 2015 alterou o dispositivo do código anterior estabelecendo apenas que a coisa julgada não prejudica terceiro; logo, pode beneficiá-lo. Entendemos que a mudança não permite que a coisa julgada produzida em demandas individuais seja estendida a terceiros que estejam em situação similar, mas não tenham relação jurídica com a demanda posta em juízo. O aperfeiçoamento do texto legal também passa a abranger a extensão da coisa julgada coletiva a terceiros nas demandas individuais, o que já estava disposto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, que compõe o microsistema do processo coletivo.

A interpretação a ser dada pelo art. 506 do CPC quanto aos limites da extensão da coisa julgada ao terceiro ainda não está definida pela doutrina e jurisprudência. Mas, em qualquer hipótese, implicará avanço no sentido de consagrar a maior estabilidade jurídica almejada pelo legislador.

O quadro apresentado demonstra ter o Código de Processo Civil de 2015 apresentado significativos avanços no tema da coisa julgada ao ampliar seus limites, objetivos e subjetivos, e abarcar as sentenças terminativas. O sistema anterior estava mais suscetível a incongruências, decisões contraditórias, contribuindo para enfraquecer a credibilidade do Poder Judiciário. As alterações empreendidas contribuíram para dar densidade ao direito fundamental à segurança jurídica no processo, fortalecendo a autoridade das decisões judiciais e a eficiência da distribuição da justiça.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa julgada nas ações civis públicas: Direitos Humanos e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

CAIS, André Luis; CORREIA, Fábio Peixinho Gomes; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; FONSECA, João Francisco Naves da; DELLORE, Luiz; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Proposta de melhoria da coisa julgada e questão prejudicial no NCPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-13/proposta-coisa-julgada-questao-prejudicial-cpc>>. Acesso em: 17.fev.2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. Campinas: Bookseller, 1998.

DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Novo CPC aumenta segurança jurídica ao mudar regras da coisa julgada formal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-12/cpc-aumenta-seguranca-juridica-mudar-regras-coisa-julgada>>. Acesso em: 16.fev.2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. CPC-2015, coisa julgada, obrigações solidárias e a nova redação do art. 274 do Código Civil. In: DIDIER JR., Fredie. *Coleção Repercussões do NOVO CPC*. v. 14. Direito Civil. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DE PAULA, Amadeu Garrido de. *A coisa julgada e a abrangência de terceiros beneficiados*. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-23/amadeu-garrido-coisa-julgada-abrangencia-terceiros-beneficiados?imprimir=1>>. Acesso em 20.fev.2018.

DINAMARCO; Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2003.

GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Coisa julgada sob perspectiva comparatística: o que o sistema norte-americano pode nos ensinar sobre a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista de Processo. v. 258. ago. 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução e Comentário de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. set. 2016. v. 259. p. 97-116.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 194-201.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz na condução e na direção do processo*. Belo Horizonte, *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 15, n. 59, p. 131-138, jul./set. 2007.

_____. Coisa julgada e declaração. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEIXOTO, Ravi. Breves Considerações sobre a Resignificação da Coisa Julgada Formal e sua Eficácia Extraprocessual. *Revista Dialética de Direito Processual*, dez. 2014. p. 83-95.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA, Marcelo Alves. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, José Rogério. *Ação coletiva e limitação dos beneficiados pela sentença*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/paradoxo-corte-acao-coletiva-limitacao-beneficiados-sentenca>>. Acesso em: 20 jul.2018.

RECEBIDO EM: 12/11/2017

APROVADO EM: 10/07/2018

O ADVOGADO-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: SEU PAPEL COMO AGENTE CONCRETIZADOR DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

***THE ADVOCATE GENERAL OF THE EUROPEAN UNION
COURT OF JUSTICE: HIS ROLE AS AN ENABLING
AGENT OF THE EUROPEAN UNION LAW***

Inês Querubina Ceni Reis

Procuradora Federal atuante na Equipe Nacional de Cobrança (ENAC)

Mestre em Ciência Jurídica

SUMÁRIO: Introdução; 1 A atuação do Tribunal de Justiça no desenvolvimento do direito da União Europeia; 2 Considerações sobre a figura do advogado-geral do Tribunal de Justiça da União Europeia; 3 O advogado-geral do Tribunal de Justiça da União Europeia como agente concretizador da proteção do Direito da União Europeia; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O processo de integração da União Europeia tornou-se realidade principalmente por força do controle jurisdicional supranacional exercido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. O advogado-geral é um dos membros dessa Corte e, apesar de tratar-se de figura pouco conhecida, a sua participação foi essencial na construção do direito da União, daí a pertinência do artigo. O objetivo desse trabalho é expor o papel exercido pelo advogado-geral na concretização e na defesa do direito da União e a sua importância. O estudo é de natureza teórica, e sua metodologia se funda em pesquisas bibliográfica e jurisprudencial. O resultado desse estudo indica que a participação do advogado-geral no desenvolvimento do direito da União foi essencial, hoje, entretanto, questionável, dado o estágio avançado desse processo. Conclui-se que, para se saber o nível de aceitação das conclusões do advogado-geral nas decisões do Tribunal de Justiça, seria necessário realizar uma pesquisa quantitativa, o que não foi possível nos limites desse trabalho. De todo o modo, é possível compreender que continua tendo relevância o papel do advogado-geral na concretização do direito da União, haja vista o processo contínuo de desenvolvimento do direito da União e a previsão normativa de indispensabilidade de apresentação das conclusões desse agente quando a causa suscitar questão de direito nova.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado-Geral. Tribunal de Justiça da União Europeia. Direito da União Europeia.

ABSTRACT: The integration of the European Union was enabled mainly by the supranational jurisdictional control of the Court of Justice of the European Union. The Advocate General is a member of this Court which, despite being rarely known, is essential in building the law of the Union, therefore the relevance of this article. The objective of this work is to expose the role of the Advocate General in bringing to fruition and defending the law of the Union and its importance. This is a theoretical study based on bibliographical and case law research methodology. The results indicate that the participation of an Advocate General in the development of the law of the Union was essential, but questionable given the advanced stage of this process. It concludes that, in order to know the level of acceptance of the conclusions by the Advocate General in the decisions of the Court of Justice, it would be necessary to perform a quantitative research, which is not viable due to the limitations of this work. It is nevertheless possible to comprehend that the Advocate General is still relevant in realizing the law of the Union, given the continuous process of development of the Union and the norms that foresee the obligation of presenting the conclusion of this agent when the cause entails new law issues.

KEYWORDS: Advocate General. European Union Court of Justice. European Union Law.

INTRODUÇÃO

A União Europeia (UE)¹ é resultado de um processo paulatino de integração que surgiu diante da necessidade de sobrevivência do continente europeu, em função dos desafios econômicos postos à prova pela globalização. Esta megaestrutura materializou-se na forma de uma organização *sui generis*, com uma estrutura própria e instituições específicas, voltadas a traçar uma política a nível supranacional.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é uma das instituições da União Europeia que desempenha o papel de assegurar a observância de deveres e garantias dos seus Estados-Membros e dos seus cidadãos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça é a principal fonte motora do direito da União Europeia, tendo dado origem a vários princípios que norteiam a construção de seu ordenamento jurídico.

A integração do direito da União, entretanto, não pode ser atribuída unicamente ao Tribunal de Justiça, visto que vários são os agentes relacionados nesse processo que contribuem para consolidação da jurisprudência do TJUE, a exemplo do juiz nacional que, através do reenvio prejudicial, deve acorrer ao Tribunal de Justiça com o objetivo de que seja mantida a unidade do ordenamento jurídico europeu. O advogado-geral - membro do TJUE - também participa desse processo de integração.

A literatura, de modo geral, tem enfatizado a importância do trabalho do Tribunal de Justiça na construção da União Europeia a partir de sua jurisprudência e, de conseguinte, dos princípios que norteiam a construção do direito da União. Contudo, pouco tem debruçado-se sobre a participação do advogado-geral nesse processo, tanto é assim que foram localizadas apenas duas obras específicas que tratam do referido agente: *A figura do Advogado-Geral da União no Contencioso Comunitário*, de Sérgio Direito, e *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, da autoria de Rosario León Jiménez. O fato é que, embora com pouca visibilidade na doutrina, o advogado-geral realiza um trabalho memorável na proteção dos ideais do direito da União Europeia a partir de suas conclusões, que servem de subsídios aos juízes da Corte ao proferirem seus julgamentos. Nesse contexto, compreendeu-se que esse tema merece especial atenção, daí a razão desse trabalho.

1 Não é pacífico na doutrina a natureza jurídica da União Europeia; pode ser considerada uma “organização internacional”, mas também pode ser chamada de “organização supranacional”. A esse respeito, v. SCHERMERS & BLOKKER, 2011. p. 52-53, 56.

Esse artigo se propõe a demonstrar a importância da participação do advogado-geral junto ao Tribunal de Justiça no caminho percorrido por essa Corte para exercer o controle jurisdicional da União Europeia, conferindo eficácia a seu ordenamento jurídico e assegurando a construção do direito da União Europeia.

Para a realização desse estudo, de natureza teórica, optou-se pela pesquisa bibliográfica e também jurisprudencial. Com o objetivo de destacar a atuação do advogado-geral e a relação de acolhimento de suas conclusões pelo TJUE, foram acionados alguns acórdãos dessa Corte no decorrer do trabalho e, ao final, examinou-se três casos ligados aos direitos fundamentais, também decididos pelo Tribunal em referência.

O artigo está organizado da seguinte forma. A próxima seção se dedica ao Tribunal de Justiça da União Europeia, enfatizando a sua participação no desenvolvimento do direito da União. Em seguida, considerações sobre a figura do advogado-geral do Tribunal de Justiça da União Europeia são traçadas. Na terceira seção, aborda-se a figura do advogado-geral como agente concretizador da proteção do direito da União Europeia. Por último, a conclusão.

1 A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

O Tribunal de Justiça foi criado em 1951 pelo Tratado CECA, entrando em funcionamento em 1952. Como os Tratados de Roma – Tratado CE e Tratado CEEA ou EURATOM (1957) – previam a criação de idêntica estrutura jurisdicional, a partir de 1957, o Tribunal de Justiça passou a designar-se Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) e a exercer as suas competências no âmbito das três comunidades (CECA, CEE e CEEA). (Eur-lex., 2018). Com a revisão do Tratado de Lisboa, o Tribunal de Justiça da União Europeia ficou consagrado como o órgão jurisdicional da União e da Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA) (cfr. art. 19º, Tratado da União Europeia - TFUE). Foram introduzidas várias alterações na organização e competências do TJUE, como em relação às vias de acesso (direto e indireto) dos particulares ao Tribunal, bem como no fato de os tribunais organicamente europeus passarem a integrar o TJUE, haja vista o desaparecimento da estrutura dos pilares e do novo quadro institucional então engendrados (SILVEIRA, 2017). O Tribunal de Justiça da União Europeia passou a compreender três jurisdições – o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e os tribunais especializados (art.

19º, nº 1, do TUE)² e tem como missão principal apreciar a legalidade dos atos da União e assegurar uma interpretação e uma aplicação uniformes do direito dessa organização supranacional^{3/4}.

Nos termos do artigo 19º do TUE e dos artigos 251º e seguintes do Tratado do Funcionamento da União Europeia - TFUE, na revisão do Tratado de Lisboa, o Tribunal de Justiça é composto por um juiz de cada Estado-Membro, o que atualmente perfaz o número de 28 juízes. Com a Declaração nº 38, do artigo 252º, do TFUE, o Tribunal de Justiça passou a ser composto não mais por oito, mas por onze advogados-gerais (EUR-LEX, 2017). Os juízes e os advogados-gerais são designados pelos governos dos Estados-Membros por períodos de seis anos, sendo renovada a composição do Tribunal a cada três anos, para permitir a continuidade da jurisprudência. Gozam todos de estatuto idêntico de independência, inamovibilidade e imunidade.

A competência da Corte⁵ é desempenhada através da verificação da compatibilidade dos atos das instituições europeias e dos governos com

-
- 2 O Tribunal de Justiça em sentido amplo (TJUE) e o Tribunal Geral não se confundem com o Tribunal de Justiça em sentido estrito (aquele que constitui a jurisdição superior do TJUE). É ao primeiro que cabe, no sentido mais lato, fiscalizar a legalidade dos atos das instituições comunitárias, assegurar o respeito, pelos Estados-Membros, das obrigações decorrentes dos tratados e interpretar o direito da União Europeia (concretamente, a pedido dos juízes nacionais). Enquanto o Tribunal de Justiça (sentido estrito) trata das questões provenientes da jurisdição nacional dos Estados-Membros e de algumas ações originadas de ações de anulação e de recursos; o Tribunal Geral tem competência para atuar em recursos de anulação interpostos por particulares, empresas e, em certos casos, governos nacionais (cf. informações coletadas da página eletrônica da União Europeia, 2017). Tratar-se-á, nesse artigo, do Tribunal de Justiça em sentido estrito que prossegue o princípio da tutela jurisdicional efetiva pelos Estados-Membros nos domínios abrangidos pelo direito da União e também porque é nesse órgão que há presença permanente de advogados-gerais, cerne do trabalho. Para efeitos desse estudo, far-se-á referência, indistintamente, às designações Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça da União Europeia, Tribunal e Corte.
 - 3 O *direito comunitário* passou a denominar-se *direito da União* a partir do Tratado de Lisboa, compreendendo as previsões do anterior Tratado da União Europeia incorporadas ao Tratado de Lisboa. Com efeito, o direito da União Europeia é um fenómeno jurídico único desenvolvido no processo de integração europeia no âmbito das Comunidades Europeias e da União Europeia; resultado da implementação da autoridade supranacional das instituições europeias. O *direito da União* apresenta fontes e princípios independentes que se desenvolveram entre o direito internacional e direito dos Estados-Membros da UE. Adverte-se que o leitor poderá deparar-se com algumas referências a *direito comunitário*, visto que o texto também se encontra baseado em material de pesquisa publicado anteriormente à vigência do Tratado de Lisboa, portanto, manter-se-á a designação utilizada pelo autor quando mencionada a sua obra. Contudo, atualmente e a rigor, sabe-se que o conceito de *direito da União* refere-se à ordem jurídica da União como um todo, e *direito comunitário*, ao sistema jurídico da CEEA. (QUADROS, 2015).
 - 4 Sobre a missão do TJUE, v. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/>. Acesso em: 03 maio 2018.
 - 5 O Tribunal de Justiça tem as competências mais amplas que qualquer outra corte internacional, v. Schermers, Henry G.; Niels M. Blokker, 2011; sobre as várias áreas de atuação do TJUE, cfr. CAMPOS; CAMPOS, 2002. p. 41-42.

os tratados da União, através das ações por incumprimento, por omissão ou por recurso de anulação; bem como a partir da análise da validade ou interpretação das regras do direito comunitário, por meio do reenvio prejudicial; e ainda da apreciação de recurso interposto em face de decisão proferida pelo Tribunal Geral⁶.

Na visão de Sérgio Saraiva Direito (2007, p. 25), o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia [atual, TJUE] teve uma função inovadora:

[...] funciona como catalisador da integração europeia, preenchendo lacunas, apontando caminhos, densificando os conceitos indeterminados e fórmulas abertas de contornos fluídos que povoam os Tratados, privilegiando o Tribunal métodos de interpretação que atendem, em primeira linha, aos elementos teleológicos, funcional e sistemático, de acordo com os fins e os objetivos das Comunidades.

Na concepção de Alessandra Silveira (2017, p. 462), o TJUE assumiu um papel impulsionador do processo de integração, vez que com a sua tarefa hermenêutica procurou revelar o espírito desse processo, não se limitando à interpretação da letra de tratados; sem o “ativismo” do TJUE, assegura a autora, não teríamos a integração europeia, sendo tal que tal ativismo “era desejado pelo legislador, diante das dificuldades em reunir consensos entre 28 distintas concepções normativas”.

A prática tem demonstrado que a evolução da integração se deve, “em larga medida, à existência do controle jurisdicional supranacional exercido pelo Tribunal de Justiça”. Entretanto, não se pode afirmar que a construção do processo de integração da União Europeia pode ser atribuída exclusivamente pela atuação do Tribunal de Justiça, visto que seria pouco científico tal entendimento porque demandaria a análise de vários fatores “políticos, culturais, históricos e econômicos que tiveram influência decisiva na conformação da Comunidade”. (CELLI JÚNIOR, 2002, p. 416).

O processo de integração jurídica europeia e o seu desenvolvimento ocorreu, assegura Coutinho (2013, p. 24), especialmente em virtude de um diálogo jurisdicional estabelecido entre o juiz nacional e o Tribunal de Justiça, através do reenvio prejudicial⁷, resultando numa contínua

6 Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/>. Acesso em: 03 jun. 2018.

7 O reenvio prejudicial corresponde a um incidente processual em que “[...] os juízes nacionais podem e, por vezes, devem dirigir-se ao Tribunal de Justiça a fim de lhe pedir que esclareça um ponto de interpretação do direito da União, para poderem, por exemplo, verificar a conformidade da respectiva

“negociação” sobre a interpretação de normas jurídica. Nas palavras de Coutinho (2013, p. 34-35):

A evolução do processo de integração jurídica na União foi assim fruto de um certo voluntarismo do TJ e, em boa medida, produto de um verdadeiro diálogo jurisprudencial centrado nas decisões do TJ e na sua aplicação pelos tribunais nacionais. Se é verdade que o tribunal de Luxemburgo cumpriu um papel crucial na transformação da ordem jurídica da União, não menos relevo tiveram os tribunais nacionais. Em primeiro lugar, ao colocarem questões prejudiciais materializaram janelas de oportunidade para o TJ desenvolver o direito da União. Em segundo lugar, ao aplicarem a jurisprudência do tribunal de Luxemburgo atribuíram às suas decisões força semelhante às proferidas no seio da sua ordem jurídica, acrescentando-lhes uma neutralidade e legitimidade incontestáveis. Em terceiro lugar, a circunstância de a incorporação doméstica do direito da União depender da cooperação por si prestada potenciou a sua capacidade de influência junto ao TJ, motivando a assimilação pela jurisprudência europeia de princípios fundamentais das ordens jurídicas nacionais. O resultado desse complexo processo de interacção, de “influências cruzadas” entre decisões judiciais, foi a criação de uma comunidade de actores jurídicos empenhada no desenvolvimento de uma ordem jurídica de carácter ‘quase-federal’.

Assegura-se, portanto, que a alavanca para a mutação da ordem jurídica da União Europeia acabou por ser o mecanismo do reenvio prejudicial, visto que as outras medidas processuais não eram suficientes para fazer os Estados-Membros cumprirem os tratados⁸. Com as demandas chegadas ao Tribunal de Justiça por meio do reenvio prejudicial, colocadas pelos juízes nacionais (art. 267º TFUE), foram firmados pela jurisprudência

legislação nacional com este direito. O pedido de decisão prejudicial pode igualmente ter como finalidade a fiscalização da legalidade de um acto de direito da União”. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/>. Acesso em: 03 Jun. 2018.

8 A dinâmica do processo de integração da União Europeia pode ser verificada através da comparação que se vê entre o volume de processos de reenvio ser superior a outras demandas no Tribunal de Justiça, bem como de haver crescente interação entre o juiz nacional e o Tribunal de Justiça por meio desse instrumento processual. Observe-se que no ano de 2017, a Corte recebeu 739 casos: 533 foram decorrentes de reenvio prejudicial; 46 de ações recursos diretos e 147 referentes à recursos interpostos de decisões do Tribunal Geral. Foram decididos nesse ano 699 casos. Enquanto que no ano 2016, tem-se 692 casos recebidos: 453 foram decorrentes de reenvio prejudicial; 35 de ações recursos diretos e 175 referentes à recursos interpostos de decisões do Tribunal Geral. Foram decididos nesse ano 704 casos. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/pt/>. Acesso em: 31 maio 2018.

da Corte – considerada a fonte motora do direito da União⁹ - importantes princípios do direito da União, entre os quais: *o princípio da aplicação direta da União e o princípio do primado da União sobre o direito nacional*.

O *princípio da aplicação direta* corresponde à obrigação de as administrações e os juízes nacionais aplicarem plenamente o direito da União no interior das respectivas esferas de competência e de protegerem os direitos conferidos por este aos cidadãos; a partir desse princípio um particular pode invocar o efeito direto da norma da UE no seu ordenamento jurídico interno.¹⁰

No *princípio do primado do direito da União* ocorre a primazia do direito da União sobre o direito nacional, quando desconforme com o primeiro. O primado resolve um problema de convivência entre as normas europeias e nacionais, que serão aplicadas sobre o mesmo território e sobre idênticos destinatários. Não se trata de hierarquia, visto que no Estado-Membro continua sendo observada supremacia da Constituição

9 No que concerne às fontes do direito da União, essa pode ser de três formas: as fontes primárias, derivadas e as subsidiárias. As fontes primárias correspondem principalmente aos tratados que instituem a UE (TUE e TFUE), os tratados modificativos da UE, os protocolos anexados a esses tratados; os tratados de adesão dos países da UE. As fontes do direito derivado são os instrumentos jurídicos baseados nos tratados e correspondem aos atos unilaterais (regulamentos, diretivas, decisões e outros atos atípicos, como comunicações e recomendações) e aos atos convencionais (acordos internacionais assinados entre a UE e as organizações ou países terceiros, acordos assinados entre países da UE e acordos interinstitucionais). As fontes do direito subsidiário são “instrumentos jurídicos que não se encontram especificamente previstos nos tratados”, que inclui a jurisprudência do TJUE, o direito internacional e os princípios gerais do direito. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14534&from=PT>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

10 Esse princípio ficou famoso no acórdão Van Gend & Loos (5.2.1963, proc. 26/62). Francisco Pereira Coutinho (2013, p. 28/35) assinala que foi a partir desse acórdão que foi criada uma nova ordem jurídica, tendo os Estados-Membros limitado a sua soberania, inaugurando o processo pretoriano de transformação de um conjunto de instrumentos jurídicos de direito internacional numa ordem jurídica autónoma, com independência normativa face aos seus criadores (Estados-Membros), conforme já abordado anteriormente. De todo o modo, sustenta-se que foi a partir do caso Kadi (Case T-315/01) que o Tribunal de Justiça demonstrou o seu entendimento sobre a hierarquia e a relação entre a lei da União Europeia e o direito internacional. Estabeleceu-se que a União Europeia é uma organização supranacional e integradora que se difere das organizações internacionais clássicas, mantendo-se o modelo dualista da relação entre o direito internacional e o direito da União. Nesse julgado, os tratados da fundação da União são concebidos com primazia sobre as normas do direito internacional, sendo que o direito internacional deve ser respeitado desde que não haja violação aos princípios gerais da lei da União, incluindo o respeito pelos direitos humanos. (KOMAROVA, 2017). Nesse acórdão, observa-se que o Tribunal de Justiça, em vários momentos, socorre-se das conclusões dos advogados-gerais, emitidas em outros julgados, para fundamentar a sua decisão, cfr. Disponível em: Tribunal de Justiça. Processo T-315/01. Yassin Abdullah Kadi contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias. Rel. [?]. J. 21/09/2005. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59906&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=123474>>. Acesso em: 18 Jun. 2018. O princípio da aplicação direta também foi invocado em outros casos importantes como nos acórdãos Constanzo (22.06.1989, proc. C-103/88) e Politi, 14.12.1971, proc. 43/71 (PAIS, 2017).

diante da norma infraconstitucional, sob pena de invalidade. No caso do primado, aplica-se de forma preferencial uma norma, no caso a do direito da União, em detrimento de outra, de âmbito nacional, sendo todas válidas, em princípio.¹¹

A partir desse quadro é que foi desencadeada a transformação da natureza jurídica do ordenamento comunitário, de uma ordem jurídica que comungava das características do direito internacional para um sistema que se aproxima do direito nacional. Ou seja, de um sistema com limitado nível de obrigatoriedade para um sistema em que as normas jurídicas são coercitivas (SOARES, 2017).

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FIGURA DO ADVOGADO-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

O advogado-geral integra a estrutura do Tribunal de Justiça desde a sua criação como órgão da Comunidade Econômica Europeia, da Comunidade Europeia da Energia Atômica e da Comunidade do Carvão e do Aço. Há menção expressa à sua figura no Tratado de Energia Atômica (Tratado de Euratom, de 18 de abril 1951, art. 138) e no Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (de 1951, arts. 10 e 13). Com o Tratado de Nice, houve alteração no papel do advogado-geral, atribuindo-lhe participação apenas em algumas causas. Atualmente, a figura do Advogado-Geral encontra previsão no artigo 19º, nº 2, do TUE; e artigos 252º a 255º do TFUE (versões consolidadas).

Trata-se – o advogado-geral- de figura jurídica *sui generis*, compreendida a partir de outros agentes que já existiam nos ordenamentos jurídicos dos Estados da Europa. A sua criação deve-se ao modelo francês, *commissaire du gouvernement*, mas o seu desenvolvimento coube a estudos comparativos com outras figuras nacionais da Europa. (JIMÉNEZ, 2007)¹².

Afirma-se que a atuação do advogado-geral era muito similar à do comissário do governo francês até o Tratado de Roma (1957), especialmente do Tratado que instituiu a CEE, haja vista que o Tribunal de Justiça desenvolvia essencialmente atividade administrativa no âmbito do tratado

11 Alessandra Silveira esclarece que o início do percurso da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o primado teve início com o Acórdão *Costa/ENEL de 1964*. Sobre os detalhes, ver: SILVEIRA, 2009, p. 121-122.

12 Sobre as principais diferenças entre o advogado-geral e o *commissaire du gouvernement*, e do *advogado-geral e as figuras dos procuradores de Cortes de Casación nacionales, do oberbundesanwalt; do amicus curiae, do juez de Primera Instancia; do ministerio fiscal em España e do ministerio publico de la Corte Suprema Holandesa*, cfr. DIREITO, 2007, p. 46-50; p. 101-102.

até então em vigência (Tratado de CECA – 1951), que consistia em controlar a legitimidade dos atos do executivo comunitário sobre a base da demanda de anulação criada contra aqueles atos. Com o advento do Tratado CEE diminuíram as semelhanças entre o contencioso administrativo nacional e o comunitário. É que o Tribunal de Justiça ampliou a sua atuação porque passou a atuar nas demandas diretas dos privados contra os atos normativos da Comissão e do Conselho, e, também, o novo papel dado aos juízes nacionais no controle da observância do direito comunitário fez diminuir as demandas de anulação junto ao Tribunal. Ademais, especialmente em função da análise pelo TJUE de questões prejudiciais, permitiu que o tribunal exercesse funções próximas às dos tribunais constitucionais federais, tornando o trabalho do advogado-geral muito mais direto, quase constitucional, ganhando força a sua figura *sui generis*. (GORI, 1976, *apud* JIMÉNEZ, 2007).

A criação da figura do advogado-geral ocorreu, para alguns, por conta da necessidade que requeria o Tribunal de Justiça de estar diante de um peculiar ordenamento jurídico (o comunitário); para outros, à forma encontrada para compensar a inexistência de votos do vencido da Corte (SILVEIRA, 2017, p. 464).¹³

O advogado-geral contribui para a construção e a evolução do ordenamento jurídico comunitário, de forma que o seu papel excede à função jurisdicional, visto que é responsável pela realização do projeto comum de integração das instituições. A atuação do advogado-geral é mais ampla do que as figuras institucionais comparadas pela doutrina, especialmente porque se exige dos membros do TJUE a precisão e a criação de conceitos jurídicos próprios, daí a exigência do valor de sua figura e da sua função (JIMENEZ, 2007).

Não é tarefa fácil conceituar a figura do advogado-geral do TJUE, especialmente porque não é possível apresentar um conceito rígido a seu respeito. Nesta medida, ensina-se que:

[...] O advogado-geral é tanto jurisconsulto como consultor independente, é tanto magistrado como defensor do interesse geral. Na verdade, em função do contexto peculiar em que se move, o

13 Essa posição - de compensação de ausência de publicação de voto dissidente - foi rebatida por Rosario Leon Jimenez, sob o fundamento de que a maioria das conclusões do advogado-geral são acolhidas pela Corte, e mesmo nos casos em que não são acolhidas, a sua manifestação não deixa de ter importância, já que podem influenciar a doutrina e reforçar deste modo as críticas formuladas sobre o caminho seguido em alguns momentos pela jurisprudência (JIMÉNEZ, 2007).

advogado-geral é uma figura ambivalente, *sui generis*, um *tertium genus* entre o magistrado e um jurista, apresentando uma natureza híbrida, ao possuir características, quer advocatórias, quer judiciais. O advogado-geral é um “juiz” que não julga, mas que participa no processo de decisão jurisdicional, ao apresentar uma antecâmara da eventual solução jurídica do caso, à luz da jurisprudência do Tribunal. (DIREITO, 2007, p. 257).

Importa dizer que o papel desenvolvido pelo advogado-geral foi de suma importância nos primeiros anos de existência do TJUE. É que dotava este órgão jurisdicional de maiores garantias já que a sua jurisprudência estava no início de criação. Assim, as questões suscitadas diante da Corte seriam estudadas tanto pelo advogado-geral como pelos juizes, responsáveis pela decisão da causa, dando maior segurança jurídica, haja vista que o estudo profundo feito pelo advogado-geral dá respaldo para que casos iguais não sejam julgados de diferentes formas; e, se houver mudança de entendimento da Corte, as suas conclusões justifiquem-na (JIMÉNEZ, 2007, p. 127).

Discute-se se ainda haveria necessidade da participação dessa figura *sui generis* no contencioso da EU, dado o processo de integração dessa organização já se encontrar em um estágio avançado. De modo geral, a doutrina aponta que a importância do trabalho desenvolvido pelo advogado-geral durante esses anos está no fato de poder compreender a orientação jurisprudencial do TJUE a partir das conclusões elaboradas por esse profissional e, nessa medida, ainda seria relevante a sua participação no processo de integração do direito da União.

O fato é que, dado o volume de trabalho do TJUE, o advogado-geral deixou de atuar em todos os feitos submetidos à Corte. Atualmente, o Tribunal de Justiça pode entender dispensável a apresentação das conclusões se a causa não suscitar questão de direito nova, mesmo assim, deve o advogado-geral ser ouvido a respeito (artigo 20º, 5º § do Estatuto do TJUE).¹⁴ Daí a polémica que surge em se saber se essa alteração normativa significou o reconhecimento da diminuição da importância do advogado-geral no desenvolvimento do ordenamento jurídico da União ou correspondeu a uma preocupação do Tribunal em deixar o advogado-geral responsável apenas pelos assuntos de maior expressão para a interpretação e aplicação do direito da União. De acordo com Rosario León Jiménez

14 Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-01/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201600259-05_00.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018.

(2007), essa nova regra engrandeceu a figura do advogado-geral porque a esse agente ficou reservada a atribuição de realizar as suas conclusões somente nos assuntos de especial relevância no desenvolvimento do direito comunitário. Sérgio Saraiva, de sua vez, argumenta que a figura do advogado-geral é a melhor garantia ao processo comunitário, visto que as suas conclusões têm força persuasiva e crítica, e por essa razão continua sendo necessária a sua intervenção em todos os processos (DIREITO, 2007).

3 O ADVOGADO-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA COMO AGENTE CONCRETIZADOR DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

A participação do advogado-geral dá-se em várias fases do contencioso da União Europeia, notadamente no final da fase oral, com a apresentação de suas conclusões, função mais importante que exerce. Tais conclusões são apresentadas publicamente, de forma imparcial e com independência (art. 252º do TFUE). É nas suas conclusões que o advogado-geral faz uma reordenação dos fatos ocorridos nos autos, realiza uma análise aprofundada dos atos normativos e da jurisprudência do Tribunal de Justiça para verificar se essas correspondem às posições do direito da União (IANNONE, 2002).

As conclusões não produzem efeitos jurídicos em relação às partes do litígio ou a terceiros, por não terem força coercitiva, não produzem efeitos de coisa julgada, não podem ser executadas, nem servem de precedentes (DARMON, 1996). Entretanto, elas interessam ao Tribunal de Justiça, às partes, aos intervenientes, aos Estados-Membros, assim como a outras instituições comunitárias, a exemplo de juristas, universitários, aos operadores econômicos, e aos cidadãos dos Estados-Membros. As conclusões são tão importantes que chegam a ser publicadas juntamente com os acórdãos, na Coletânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça¹⁵. E caso elas não venham a ser publicadas, podem ser reutilizadas em fundamentações futuras a fim de esclarecer o mesmo tema que seja abordado posteriormente (JIMÉNEZ, 2007).

No que concerne ao papel científico-doutrinário que as conclusões possuem, assegura-se que as conclusões se assumem como peças jurídicas que transcendem o litígio do caso concreto e enquadram a questão no desenvolvimento do direito comunitário (DIREITO, 2007).

15 Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106308/pt/>. Acesso em: 04 jun. 2018.

Concebe-se que o desenvolvimento do direito da União deve-se ao fato de as manifestações do advogado-geral servirem de deliberação aos juízes e também porque ajudam na compreensão das sentenças¹⁶. Na prática, as conclusões do advogado-geral, por atuarem com liberdade, geram um contraponto útil para que os juízes elaborem suas sentenças. Mas é o conjunto do trabalho entre esses membros do órgão jurisdicional que promove o desenvolvimento da jurisprudência do direito da União, aquilo que se chama de dialética entre a conclusão e a decisão final e que se opera em vários níveis. Na maioria das vezes, o acórdão se apresenta em consonância com as conclusões, e nessa medida, servem como parâmetro para a interpretação da jurisprudência comunitária, no sentido de que preenchem e esclarecem eventuais lacunas; podem também servir de ensaio para o desenvolvimento do direito da União, visto que podem auxiliar o juiz a adotar posições progressistas¹⁷; por vezes, as conclusões são mais conservadoras que a jurisprudência anterior, revelando o TJ uma posição mais arrojada¹⁸, isso porque os advogados-gerais desejam conjugar a sua liberdade e independência com a coerência da jurisprudência anterior do Tribunal. (DIREITO, 2007).

O Tribunal de Justiça pode assumir várias posições em relação às conclusões. Pode adotá-las expressa e integralmente, caso em que as conclusões atuam com autoridade de julgamento; pode adotá-las parcialmente; pode fazer referências pontuais a elas. Há situações que as conclusões referem questões que a Corte não decidiu, caso em que servem como fonte suplementar da jurisprudência, podendo, as conclusões, ser invocadas futuramente pelas partes como reforço de sua argumentação.

16 As sentenças, de modo geral, não são claras. Isso se deve ao fato de que os juízes não emanam a sua opinião individual, a decisão parte de um colegiado, que decide de forma homogênea, por maioria, sem registro de opiniões dissidentes. A decisão é proferida em francês, que não corresponde à língua materna da maioria dos juízes; sem contar que, dado o caráter incompleto do ordenamento jurídico comunitário e a existência de um grande número de normas, são fatores que influenciam a falta de clareza das sentenças, daí a importância das conclusões. (DIREITO, 2007).

17 Sérgio Direito refere o caso *Transocean Marine Paint Association*, Ac. de 23 de outubro de 1974, proc. 17/74, Col 1974, p. 1063. O princípio da prévia audiência dos interessados (*audi alteram partem*) foi transposto do direito nacional para a ordem comunitária, de acordo com as conclusões do Advogado-Geral Warner. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, quando a mesma ainda não tinha valor vinculativo, também foi objeto de referência nas conclusões dos advogados-gerais Tizano (caso *BETCU*, conclusões de 08 de fevereiro de 2001, proc. C-173/99, Col 2001, p. I-4881), Léger (Caso *Conselho vs. Hautala*, proc. C-353/99 P, Col. 2001, p. I-9565; Ruiz Jarabo Colomer (Proc. C-208/00, caso *Überseering*, Col. 2002, p. I-9919). Esclarece-se que tais casos serão novamente trazidos no texto, visto a sua importância para o tema.

18 Sérgio Direito (2007) cita como exemplos os casos *Van Gend em Loos* (Ac. de 05 de fevereiro de 1963, proc. 26/62, Recueil 1963, p.3) ou *Costa vs. Enel* (Ac. de 05 de julho de 1964, proc. 06/64, Recueil 1964, p.1141).

Já quando a decisão se afasta da conclusão, essa pode ser tomada como um repertório crítico da jurisprudência, estimulando a reflexão crítica da doutrina. O Tribunal pode, ainda, concordar com a conclusão, mas utilizando outra fundamentação. O fato é que o exercício de complementação das conclusões com a decisão do Tribunal tem levado ao desenvolvimento do direito da União (DIREITO, 2007).

Como visto, as conclusões orientam os juízes e os auxiliam na tomada de decisões, à luz da jurisprudência e da própria evolução do direito da União. A responsabilidade do advogado-geral está em fornecer ao juiz o resultado de sua análise objetiva do caso, à luz da jurisprudência do TJUE.

Em relação à influência das conclusões do advogado-geral nas decisões da Corte, não é tarefa fácil definir de que maneira isso se dá e em que medida ocorre, haja vista que demandaria a realização de um estudo estatístico altamente complexo que reconhecesse a percentagem de conclusões que são acolhidas pelos acórdãos, o que não foi possível diante dos limites desse trabalho.¹⁹ De todo o modo, JIMÉNEZ (2007) refere que Ruiz-Jarabo e López Escudero consideram indiscutível a importância das conclusões na formação e no desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça, revelando, ainda, que a doutrina é pacífica ao afirmar a influência dos primeiros advogados-gerais, M. Lagrange e K. Roemer, nesse papel.²⁰

Na esteira dos direitos fundamentais, afirma-se que grandes avanços, em termos de absorção desses direitos, previstos pelos Estados-Membros, pelo direito comunitário ocorreram em função da atuação dos advogados-gerais. A título exemplo, diz-se que se deve ao Advogado-Geral Alain Dutheillet, nas suas conclusões de 12 de dezembro de 1970²¹, a concepção de que os direitos fundamentais dos Estados-Membros contribuem para

19 Até a edição da obra de Jiménez não havia registro de trabalho dessa envergadura, “o que não é de se estranhar, dada a complexidade que envolveria isso já que, ao estabelecer o assunto, dever-se-ia analisar se a sentença observou a conclusão, em parte ou totalmente, ou não a observou”. (JIMÉNEZ, 2007). Esclarece-se que nas últimas pesquisas a bibliotecas virtuais e obras referentes ao tema, a autora desse artigo também não localizou material a respeito.

20 Diz-se que se deve a *Lagrange* o fato de ter elaborado a ideia de que o Tratado CEE cria um nova ordem jurídica distinta da dos Estados-membros, substituindo parcialmente a norma interna, e que consiste na transferência de competência consentida (caso Costa contra ENEL, de 15 de julho de 1964); destaca-se, na atuação do Advogado Roemer, o assunto 27 e 39 de 1959 (Sentença de 10 de maio de 1960), por ter trazido à tona a importância da unidade jurídica para as três comunidades, dando ensejo à criação de um direito comunitário homogêneo e único.(JIMÉNEZ, 2007).

21 Assunto 11/1970, Internationale Handelgesellschaft, vol. XVI, Rec. 1970-9, Ed. Luxemburgo. In: JIMÉNEZ, 2007.

encontrar os meios necessários para resguardar o respeito dos direitos fundamentais que formam o patrimônio comum dos Estados-Membros. Fala-se que coube à atuação do Advogado-Geral Sr. Tizzano, de 8 de fevereiro de 2001, a insistência de que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia sirva como parâmetro de referência para os atores do cenário comunitário, sem deixar de reconhecer a sua falta de efeito vinculante autônomo²². O reconhecimento direitos fundamentais como o mais alto nível de valores dos Estados foi sustentado nas conclusões do Advogado-Geral Léger, de 19 de julho de 2001²³. Ainda, foi objeto das conclusões do Advogado-Geral Juiz-Jarabo, de 4 de dezembro de 2001, o entendimento de que os direitos fundamentais constituem uma fonte de valores jurídicos dos quais surgem os princípios gerais do direito comunitário²⁴.

Para finalizar, no sentido de aproximar o leitor da relação dialética existente entre as conclusões do advogado-geral e as decisões do TJUE, apresenta-se três acórdãos proferidos pela Corte, ligados às três gerações dos direitos fundamentais²⁵.

Na seara dos *direitos fundamentais de primeira geração (liberdade de circulação)*, examina-se o *Acórdão Mary Carpenter de 2002*²⁶. No caso, M. Carpenter, filipina, responsável pela direção de uma empresa no Reino Unido, de propriedade de Peter Carpenter, com quem se casou em 1996, cidadão britânico, requereu à *Secretary of State* autorização de permanência

22 Conclusões do Advogado-Geral Sr. Tizzano de 8 de fevereiro de 2001, BETCTU, C 173/99, Rec. 2001, p. I-4881 y ss., especialmente p. I- 4883, punto 28). In: JIMÉNEZ, 2007).

23 Conclusões do Sr. Léger de 19 de julho de 2001, Conselho/Hautala, C – 353/99 P. Rec. 2001, p. I -0000, puntos 82-83). In: JIMÉNEZ, 2007.

24 Conclusões do Sr. Juiz-Jarabo de 4 de dezembro de 2001, Überseering, C-208/00, Rec. p. I – 0000, punto 59. In: JIMÉNEZ, 2007.

25 Neste trabalho, adotou-se a corrente clássica, que entende pelas três gerações dos direitos fundamentais seguidas por Pérez Luño e explicada pelo Prof. Marcos Leite Garcia: “[...] Seriam elas as seguintes: primeira geração-dimensão: direitos civis e políticos – direitos de liberdade; segunda geração-dimensão: direitos econômicos, sociais e culturais – direitos de igualdade; terceira geração-dimensão: direitos difusos – direitos de solidariedade; e uma para alguns autores mais duas gerações, uma quarta e uma quinta, que são respectivamente as referentes à bioética e às novas tecnologias da informação, que Pérez Luño inclui ainda na terceira geração.” (GARCIA, Marcos Leite. *Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31 out. 2007 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343>. Acesso em: 24 Jan 2012.

26 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-60/00. Mary Carpenter contra Secretary of State for the Home Department. Rel. [?]. J. 11 jul. 2002. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47095&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c_id=195938>. Acesso em: 04 jun. 2018.

no Reino Unido, com fundamento de que é casada com um britânico. O pedido foi indeferido e foi determinada a sua expulsão para as Filipinas. M. Carpenter interpôs recurso da decisão de expulsão para *Immigragration Ajudicator* (Reino Unido), alegando que tinha o direito de permanecer no Reino Unido, por conta do Direito Comunitário; e eis que, como o marido tinha que circular pelos outros Estados-membros para prestar e receber serviços, isso poderia acontecer mais facilmente, desde que ela ficasse com os filhos do seu marido, resultado do primeiro casamento deste. A sua expulsão restringiria o seu marido a efetuar os negócios. Foi negado provimento ao recurso. Novo recurso foi interposto por M. Carpenter para o *Immigration Appeal Tribunal*. Considerando que estava em jogo a aplicação do Direito Comunitário (art. 49º CE e ou Diretiva 73/148/CE), esta Corte suspendeu a instância, e colocou ao TJUE questão prejudicial no sentido de que fosse esclarecido se, nas circunstâncias apontadas, poderia ser conferido ao cônjuge não nacional o direito de residir com o seu cônjuge no Estado-membro de origem deste. A proposta apresentada pela Advogada-Geral Christine Stix-Hackl foi no sentido de que não seria o caso de invocar o artigo 49.º do Tratado CE, mas a Diretiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à residência de cidadãos de Estados-Membros no interior da Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços, como fonte do direito de residência com o seu cônjuge no Estado de origem deste último; e que a Diretiva 73/148 deve ser lida de acordo com a liberdade de prestação de serviços e dos direitos fundamentais (direito ao respeito pela vida familiar). Assim, a advogada-geral entendeu que a questão objeto de reenvio não difere se o cônjuge não cidadão de um Estado-Membro ajudar indiretamente o outro cônjuge cidadão de um Estado-Membro a efetuar prestações de serviços noutros Estados-Membros, assumindo a guarda dos filhos deste último. O TJUE entendeu que o artigo 49.º CE, lido à luz do direito fundamental ao respeito da vida familiar, deve ser interpretado no sentido de que, na situação exposta, não é possível ao Estado-Membro de origem do prestador de serviços estabelecido nesse mesmo Estado, que presta serviços a destinatários estabelecidos noutros Estados-Membros, que recuse a permanência no seu território ao cônjuge deste prestador, nacional de um país terceiro. No caso, foram acolhidas as conclusões da advogada-geral no sentido de que deveria ser observado o direito à proteção à família, ainda que o pano de fundo da questão fosse a livre prestação de serviços. Diz-se que o caso *Carpenter* inaugurou o fortalecimento das liberdades econômicas a partir dos direitos fundamentais. A crítica que se levanta é o fato de que somente os agentes econômicos teriam direito à proteção da vida familiar, ficando os demais descobertos dessa garantia pela União Europeia (SILVEIRA, 2009).

Na seara dos *direitos fundamentais de segunda geração (igualdade)*, interessante trazer à colação o *Acórdão Laval un Partneri de 2007*²⁷. Na causa, o Sindicato sueco dos trabalhadores do setor da construção e de obras públicas ajuizou demanda contra a sociedade letã, chamada Laval un Partneri Lt., que destacou trabalhadores da Letônia para a Suécia a fim de realização de renovação e extensão de uma escola na Suécia, executadas pela sua filial Baltic Bygg. Ocorre que a empresa não aderiu à Convenção Coletiva da Construção – que visava equiparar os salários dos trabalhadores das empresas nacionais suecas –; em função disso, o Sindicato iniciou uma ação coletiva, interrompendo os locais de trabalho da Laval. Resulta que a Balic sofreu liquidação e todos os funcionários regressaram à Letônia. A empresa Laval ajuizou uma ação questionando a possibilidade de um Estado obrigar uma sociedade de outro Estado-Membro a aplicar a remuneração determinada à convenção coletiva desse. O juiz nacional submeteu a questão ao Tribunal de Justiça. O Advogado-Geral P. Mengozzi entendeu que a liberdade de prestação de serviços (prevista no art. 49º do TCE) e a Diretiva 96/71 (que trata do deslocamento de trabalhadores quando da prestação de serviços) não impedem que o sindicato local recorra a ações coletivas visando o interesse geral, correspondente à proteção de trabalhadores e a luta contra concorrência desleal em relação às empresas suecas. O Tribunal de Justiça concebeu que, na concepção do art. 46º CE, não pode haver discriminação contra o prestador em razão da nacionalidade, a não ser por razões de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública. No caso, o Tribunal assegurou que nenhuma dessas situações configurou-se. E concluiu que, em que pese reconhecer que o direito de desencadear uma ação coletiva trate-se de um direito fundamental, os artigos 49º CE e 50º CE opõem-se a que um sindicato de um Estado-membro possa tentar obrigar outro Estado-Membro a firmar negociações sobre remunerações salariais. Neste caso, verifica-se que a posição adotada pelo advogado-geral foi no sentido de dar maior proteção à garantia do trabalho, embora também tenha tido uma conotação de salvaguardar o interesse dos empresários suecos, evitando o *dumping* social. A posição do Tribunal, na causa, não abraçou integralmente as conclusões do advogado-geral, porque, apesar de reconhecer o direito de ações coletivas do sindicato, não andou no sentido de proteger os direitos fundamentais sociais do cidadão do outro

27 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Grande Seção. *Processo C-341/05. Laval un Partneri Ltd. contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet*. Rel. [?]. J. 18.12.2007. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=71925&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=197711> > Acesso em: 04 jun. 2018.

ao Tribunal que respondesse ao *Amtsgericht Bruchsal*, que o art. 37º do Regulamento (CE) n. 103/200, do Parlamento Europeu do Conselho, de 14 e junho de 2006, deve ser interpretado no sentido de ser proibida a exportação para o Líbano do resíduo em questão. O TJUE entendeu que a norma do direito da União em análise é pela proibição da exportação dos resíduos perigosos ao Líbano. Para a causa, foram acolhidos os argumentos do advogado-geral e adotado o seu posicionamento. Percebe-se que o fundamento das conclusões se encontra em uma Convenção Internacional acolhida pela União Europeia, que visa à proteção à saúde e ao meio ambiente, e, nessa medida, a posição do advogado-geral foi no sentido de aplicá-la, evitando que a circulação dos produtos perigosos ensejasse ofensa aos bens jurídicos referidos.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo principal analisar o papel do advogado-geral do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo de concretização do direito da União. O foco está na importância da atuação do advogado-geral nesse mister e na verificação da influência de suas conclusões nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça.

Os resultados sugerem que o Tribunal de Justiça da União Europeia segue majoritariamente a posição do advogado-geral, que a participação desse agente foi essencial no processo de integração da União Europeia e que as suas conclusões influenciaram essa Corte na criação de princípios que fundamentam o direito da União. Depreende-se da doutrina pesquisada que continua a ter importância a atuação do advogado-geral na concretização do direito da União, embora, nesses textos, haja referências a opiniões divergentes a respeito por se fundarem no fato de a integração da União Europeia se encontrar em estágio avançado.

Não é tarefa fácil concluir se a posição do advogado-geral influi ou não na tomada de decisão do Tribunal de Justiça e qual o nível de seu acolhimento, visto que as respostas a tais indagações exigem a análise de dados quantitativos a respeito, não tendo sido possível realizar essa pesquisa diante dos limites desse trabalho, nem se localizou material a tal respeito. Contudo, ainda que normativamente tenha-se limitado a atuação do advogado-geral a causas que suscitem questão de direito nova, e que o processo de integração da União Europeia esteja num nível avançado, é possível conceber que o advogado-geral continua a desempenhar um papel relevante na concretização do direito da União. É que, além de ter tido aumento do número de advogados-gerais no quadro do Tribunal de

Justiça, provavelmente, em função da crescente demanda nesse órgão, parece que a reserva da atuação do advogado-geral a determinadas causas tem relação estreita com o objetivo de manter a ordem jurídica da União em andamento e em constante evolução.

REFERÊNCIAS

- CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz da Mota de. *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CELLI JÚNIOR, Umberto. Solução de conflitos na União Européia: lições para o Mercosul?. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, n. 97, 2002. p. 415-434. Doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v97i0>.
- COUTINHO, Francisco Pereira. *Os tribunais nacionais na ordem jurídica da União Europeia: o caso português*. Coimbra: Coimbra, 2013.
- DARMON, M. La fonction d'avocat general à la Cour de justice des Communautés européennes, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Luxemburgo, 1996 *apud* JIMÉNEZ, Rosario León. *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Colección jurídica general. Madri: Reus, 2007. p. 193-194.
- DIREITO, Sérgio Saraiva. *A figura do Advogado-Geral da União no Contencioso Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31. out. 2007 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343>. Acesso em: 24 jan. 2012.
- GORI, P., L'Avvocato Generale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Cuadernos de Derecho Europeo, n. 4, 1976, p. 277-298 *apud* JIMÉNEZ, Rosario León. *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Colección jurídica general. Madri: Reus, 2007. p. 130-131.
- IANNONE, C. L'avvocato generale della Corte di Giustizia delle Comunità europee, II Diritto dell'Unione Europea, n. 1/2002, p. 123-141 *apud*. JIMÉNEZ, Rosario León. *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Colección jurídica general. Madri: Reus, 2007. p.164.

JIMÉNEZ, Rosario León. *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Colección jurídica general. Madrid: Reus, 2007.

PAIS, Sofia Oliveira. Princípio do Efeito Direto. SILVEIRA, Alessandra. Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). In A. P. Brandão, F. P. Coutinho, I. Camisão, J. C. de Abreu (Coords), *Enciclopédia da União Europeia*. Braga: Petrony, 2017. p. 336-339.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Direito constitucional e administrativo da União Europeia. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

SCHERMERS, Henry G.; BLOKKER, Niels M. *International institutional law: unity within*. 5 ed. revisada, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

SILVEIRA, Alessandra. *Princípios de Direito da União Europeia: doutrina e jurisprudência*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). In: A. P. Brandão, F. P. Coutinho, I. Camisão, J. C. de Abreu (Coords), *Enciclopédia da União Europeia*. Braga: Petrony, 2017. p. 462-464.

SOARES, Antônio Goucha. Integração pelo Direito. In: A. P. Brandão, F. P. Coutinho, I. Camisão, J. C. de Abreu (Coords). *Enciclopédia da União Europeia* (p. 222-225). Braga: Petrony, 2017.

KOMAROVA, Tetyana. The Court of Justice of the European Union and International Legal Order. *Russian Law Journal*, vol. 5, n. 3, 2017, p. 140–167. Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br/?option=com_pmetabusc&mn=88&smn=88&type=m&metalib=aHR0cDovL3JucC1wcmItby5ob3N0ZWQuZXhsaWJyaXNncm91cC5jb20vcHJpbW9fbGlicmFyeS9saWJ3ZWl0YWN0aW9uL3NlYXJjaC5kbz8mdmlkPUNBUEVTeX1YxJm1vZGU9QWR2YW5jZWQ>. Acesso em: 03 jun. 2018.

TIZZANO. BETCTU. C173/99, Rec. 2001, PPI-4881 y ss., especialmente p.I-4883, punto 28. In: JIMÉNEZ, Rosario León. *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Colección jurídica general. Madrid: Editora Reus, 2007. p. 197.

UNIÃO EUROPEIA. EURO-LEX. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>>. Acesso em: 14 Out 2017.

_____. EURO-LEX. *Acesso ao Direito da União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/content/news/treaty_rome.html>. Acesso em: 01 jun. de 2018.

_____. EURO-LEX. *Jornal Oficial da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CN0069&rid=10>> Acesso em: 01 jun. 2018.

_____. EURO-LEX. *Jornal Oficial da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14534&from=PT>> Acesso em: 04 jun. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Processo C-60/00*. Mary Carpenter contra Secretary of State for the Home Department. Rel. [?]. J. 11 Jul 2002. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47095&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=195938>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

_____. *Tribunal de Justiça*. Grande Seção. *Processo C-341/05*. Laval un Partineri Ltd. contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet. Rel. [?]. J. 18.12.2007. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=71925&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=197711>> Acesso em: 04 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. *Processo T-315/01*. Yassin Abdullah Kadi contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias. Rel. [?]. J. 21/09/2005. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59906&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=123474>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo C-405/10*. Staatsanwaltschaft Karlsruhe contra Özlem Garenfeld. Rel. [?]. J. 10.11.2011. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse&num=405%252F10&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=200299.>>> Acesso em: 04 jun 2018.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo T-315/01*. Yassin Abdullah Kadi contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias. Rel. [?]. J. 21/09/2005. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59906&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=123474>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59906&pageIndex=0&doclang=pt &mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=123474> Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. Tribunal de Justiça. *Apresentação*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/>. Acesso em 03 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *A instituição. Relatório Anual*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/pt/>. Acesso em: 31 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. Tribunal de Justiça. *Apresentação*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/>. Acesso em: 03 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Versão Consolidada do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-01/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201600259-05_00.pdf> Acesso em: 03 jun.2018.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Jurisprudência. Apresentação da Coletânea*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106308/pt/>. Acesso em: 04 jun. 2018.

RECEBIDO EM: 17/03/2019

APROVADO EM: 25/06/2019

A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

***THE COURTS FUNCTION IN THE CONTEMPORARY
CONSTITUTIONAL STATE FROM NIKLAS LUHMANN
SYSTEM THEORY***

Jadson Correia de Oliveira

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos, pelo Ius Gentium Conimbrigae - IGC/CDH, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE. Professor da Faculdade Sete de Setembro e da Universidade Católica do Salvador; Graduação e Mestrado. Advogado.

Danilma Melo da Silva

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Bacharela em Direito pela Faculdade Sete de Setembro - FASETE. Professora da Faculdade Sete de Setembro - FASETE. Advogada.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A função do Direito na sociedade moderna; 1.1 O Direito Constitucional como subsistema; 2 Os Tribunais como centro do sistema jurídico; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o papel dos tribunais constitucionais no contexto da sociedade hipercomplexa, tendo por provocação a abordagem dos desafios enfrentados pelos Estados constitucionais na construção do direito contemporâneo. Nesse contexto, em primeiro lugar, foi abordada a função do sistema jurídico, tendo por base a teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Em segundo momento discorreu-se sobre a colocação da Constituição como subsistema do direito, trazendo para isso a discussão acerca dos direitos fundamentais, sob os quais recai toda a problemática da baixa efetividade. Para finalizar, mas com relação ainda aos direitos constitucionais fundamentais, tratou-se da posição dos tribunais constitucionais no direito e a sua função diante dos desafios locais de inclusão. O método deste consiste numa pesquisa bibliográfica com marco teórico na teoria sistêmica de Luhmann e nas leituras recentes acerca da centralidade dos tribunais constitucionais, conexão necessária para compreender o papel do direito na complexidade do mundo.

PALAVRAS-CHAVE: Niklas Luhmann. Teoria dos Sistemas e Cortes Constitucionais. Controle de Constitucionalidade. Sociedade Moderna.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the role of constitutional courts in the context of a hypercomplex society, with the challenge of addressing the challenges faced by constitutional states in the construction of contemporary law. In this context, first, the function of the legal system, based on the systemic theory of Niklas Luhmann, was approached. Secondly, the Constitution was placed as a subsystem of law, bringing to this the discussion about fundamental rights, under which lies the whole problem of low effectiveness. Finally, but with regard to fundamental constitutional rights, it was the constitutional courts' position in law and its role in face of the local challenges of inclusion. The latter method consists of a literature search with a theoretical framework in Luhmann's systemic theory and recent readings on the centrality of the constitutional courts, a necessary connection to understand the role of law in the complexity of the world.

KEYWORDS: Niklas Luhmann. System Theory and Supreme Courts. Judicial Review. Modern Society.

INTRODUÇÃO

A sociedade moderna é marcada por uma alta e impactante leva de acontecimentos complexos que agitam a dinâmica interna dos Estados. Compreender a sociedade é tão difícil quanto compreender a infinidade do universo, sem dúvidas.

Nesse contexto, a teoria dos sistemas se enquadra aqui como marco teórico para se discutir a sociedade moderna e seus sistemas sociais, em especial o sistema jurídico. A teoria dos sistemas autorreferenciais tem por ponto de partida a diferenciação entre sistema e ambiente, sendo que ambas as estruturas são dotadas de complexidade e a redução desta é inerente à própria formação sistêmica.

Refletir sobre a funcionalidade do sistema jurídico é a tarefa fundante deste estudo, que busca, através da observação da alta complexificação social compreender a função dos tribunais no interior deste. A análise da posição e da função dos tribunais é discutido à luz da conjuntura da jurisdição constitucional brasileira, uma vez que, o centro decisivo ora citado enfrenta desafios emergentes frente à efetivação dos direitos fundamentais.

Pensar os tribunais sob esse enfoque é relevante porque deságua no debate sobre o papel das instituições do sistema de justiça. Nesse diapasão, o presente estudo parte da seguinte pergunta: Tendo por base a análise da teoria funcionalista do direito e as nuances do Estado Constitucional, qual a função desempenhada pelos tribunais constitucionais no interior do sistema jurídico? Quais os desafios enfrentados por eles e como o constitucionalismo influencia em sua desenvoltura?

Em primeiro lugar, analisa-se a sociedade sob uma ótica sistêmica e a função do sistema jurídico em seu contexto complexo e contingente. O direito surge da necessidade em reduzir a complexidade social, objetivando, funcionalmente, a estabilização das expectativas normativas.

Em segundo lugar, reflete-se sobre a constituição como subsistema do sistema jurídico e sua capacidade de demarcar os limites da linguagem jurídica. Embora o texto constitucional seja, recorrentemente, na teoria moderna, visto como o instrumento necessário que faz o acoplamento entre direito e política, ele tem uma função específica para a realidade funcional de ambos os sistemas, sendo, portanto, para o direito o meio pelo qual o fechamento operacional se concretiza.

A era das constituições fez emergir o Estado constitucional e com ele, também, a positivação e institucionalização dos direitos fundamentais. Tal característica é preponderante porque define a responsabilidade *mor* da justiça constitucional, representada pelas Cortes e Tribunais constitucionais.

No terceiro momento, a partir da diferenciação centro e periferia, analisa-se a posição e a função dos tribunais, tendo em vista a realidade e os desafios da jurisdição constitucional quanto a sua tarefa de proteger os direitos fundamentais.

Aos tribunais é dada a função centralizadora de decidir, razão pela qual ocupa o centro do sistema jurídico e operacionaliza a distinção do código binário direito/não direito. Para isso, além de se remeter à classificação centro e periferia de Luhmann será observado também o conceito de Marcelo Neves a respeito do simbolismo da constituição e da influência da sociedade global no interior dos Estados, tendo por objetivo identificar se tal realidade influencia na função dos tribunais.

Para o alcance da inquietação norteadora o método deste consiste numa pesquisa bibliográfica com marco teórico na teoria sistêmica de Luhmann e nas leituras recentes acerca da centralidade dos tribunais constitucionais, bem como da realidade vivenciada pelo Brasil, sendo esta uma conexão necessária para compreender o papel do direito na complexidade do mundo.

Em alguns países do mundo, como Brasil e Índia, o Estado conta com certas peculiaridades em relação à justiça constitucional empregada. A posição e a função dos tribunais no âmbito da sociedade mundial estão no mesmo patamar teórico-estrutural, porém, no plano prático outras forças operativas precisam ser levadas em consideração, como por exemplo, a realidade social, política e econômica ao qual pertencem.

1 A FUNÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE MODERNA

A teoria funcionalista do direito é recheada de discordâncias teóricas, por isso que refletir acerca dela é um desafio em que se deve conjugar as visões marcantes sobre o sistema jurídico. As noções de integração, controle social e resolução de conflitos dão ao direito uma responsabilidade ao qual ele dificilmente poderá cumprir e ainda o descreve como um “supersistema” que tem o condão de neutralizar a complexidade social.

O direito não está para neutralizar, mas para administrar juridicamente a complexidade da sociedade. Complexidade significa que o mundo é dotado de possibilidades infinitas. No mesmo passo, mas deixando a teia muito mais dificultosa, por contingência entende-se que as alternativas sempre podem ser diferentes, pairando sempre sobre o impossível e o não necessário (LUHMANN, 1983; CAMPILONGO, 2011).

Para Luhmann a comunicação é o que diferencia o sistema social (sociedade) dos sistemas das máquinas, psíquicos e orgânicos. Dentre todos esses sistemas o psíquico e o social se diferenciam por serem dotados de sentido, porém, o único que tem a teia comunicacional por sentido é o sistema social. O sistema psíquico tem as consciências por sentido, razão pela qual Luhmann preferiu deixar o homem enquanto indivíduo em um sistema a parte do sistema social, já que as consciências não podem ser limitadas e nem controladas.

A ideia norteadora da análise teórico-sistêmica é a diferenciação entre sistema e ambiente. É ambiente tudo aquilo que não é sistema. Neste caso, a ideia de unidade existe por conta da diferença. Quando um sistema é identificado está-se estabelecendo o âmbito sistêmico e, também, a identificação de seu entorno. São, por sua vez, duas facetas que são distintas, mas que dependem uma da outra para a definição e existência.

Sistema e ambiente são espaços totalmente distintos, mas que dependem um do outro para se definirem. A diferença determina a particularidade. É no ambiente – nos outros subsistemas – que o sistema jurídico, por exemplo, tem sua abertura para aprender, sendo que a introdução desse aprendizado no interior dele só é possível através de uma filtragem jurídica.

A sociedade é vista por Luhmann como um grande sistema social estruturado por subsistemas. Subsistemas esses que são dotados de autonomia e autorreferencialidade. Tais características estão associadas à distribuição de funções, ou seja, os subsistemas são autônomos e autoproduzíveis porque possuem funções próprias.

Essa diferenciação funcional permite que os subsistemas sejam reconhecidos por suas comunicações funcionais e também os condiciona ao fechamento operacional. A autonomia dos sistemas e o seu consequente fechamento operacional só é possível por que eles possuem um código binário, operante na dualidade verdadeiro/não verdadeiro (positivo/negativo).

A complexidade do mundo e a maneira como as relações e decisões se definem estão sustentados em dois tipos de expectativas: *as expectativas cognitivas e as expectativas normativas*. As primeiras são dotadas de grande força de aprendizado, por isso são vulneráveis às circunstâncias e estão sujeitas às frustrações. As segundas, sob as quais o direito está selado, possuem características diferentes das primeiras, pois elas, independentemente das situações permanecem firmes, estáveis (LUHMANN, 1983).

Ao direito é confiada a função de estabilizar as expectativas normativas, significando, portanto, que nesse emaranhado de expectativas de expectativas, o sistema jurídico visa reduzir a complexidade social. Nessa seara, a normatização e a institucionalização se apresentam como institutos relevantes para que as expectativas se estabilizem.

[...] as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Se sentido implica na incondicionabilidade da sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma (LUHMANN, 1983, p. 57).

Nas palavras de Luhmann, a normatização permite a continuidade de uma expectativa, independente dos fatos temporais que venham frustrá-la, bem como o fenômeno da institucionalização, que por meio da generalização cria uma imunização simbólica das expectativas contra outras possibilidades (LUHMANN, 1983, p. 110),

Tais institutos visam todos reduzir o nível de contingência e complexidade, permitindo, assim, que o direito seja essa estrutura social estabilizadora de expectativas. A estabilidade das expectativas não prega a liberdade de riscos e perigos, ou ainda, que as relações internas do sistema jurídico são perfeitas, mas que elas precisam ser administradas, limitadas e protegida das frustrações do ambiente.

O sistema jurídico não é a única estrutura social, aliado a ele estão os outros subsistemas e as estruturas cognitivas, todavia ele é imprescindível enquanto estrutura porque “sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas” (LUHMANN, 1983, p. 170).

A esse respeito pontua CARVALHO (2003, p. 04):

[...] em se tratando de relações sociais, não temos uma contingência simples (estado das coisas já ordenado – por exemplo, a noite segue o dia), mas sim uma *dupla contingência* (expectativas sobre expectativas), isto é, a seletividade das possibilidades não depende somente de mim, mas também dos outros, do mundo que coloque estas possibilidades à minha disposição. Assim, o risco de frustrações aumenta e a estrutura do Direito (formada por expectativas) deve, com sua funcionalidade específica de reduzir a complexidade apresentada pela sociedade (ambiente do sistema do direito), caracterizar-se como uma *generalização congruente de expectativas normativas*.

A generalização congruente das expectativas normativas diz-se da atuação e do objetivo do direito em normatizar e institucionalizar as referentes expectativas. Se digo que a normatização dá à expectativa um traço contínuo e a institucionalização a imunização contra o risco e o perigo das outras possibilidades, então isso se refere à função de tornar as expectativas normativas congruentemente generalizadas.

No contexto da modernidade, tudo ocorre de forma muito rápida, o controle escorre pelas mãos, nada é definido ou padronizado, tudo é definível. As relações são passageiras e as mudanças ocorrem numa velocidade assustadora. O termo “fluidez” ou ainda “liquidez” proposto por Zygmunt Bauman, descreve bem tal realidade.

Segundo Bauman (2001) o termo “liquidez” metaforiza a natureza da fase moderna da sociedade, marcada por desconstruções e reconstruções fluidas, principalmente, em relação às perspectivas de tempo e espaço como ferramenta de poder e dominação. É com esta leitura da modernidade líquida que o próximo tópico merece ser discutido, posto que o direito constitucional é um subsistema imbuído de, também, reduzir complexidade. O como isso ocorre será visto a seguir.

1.1 O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO SUBSISTEMA

É inegável o traço complexo que envolve as matrizes do constitucionalismo. O constitucionalismo enquanto teoria histórico-social de consagração e aperfeiçoamento das constituições tem muito a colaborar no estudo destas.

O Estado constitucional desenvolveu-se como sucessor do Estado absoluto, firmando-se no primado das constituições.

Não é por acaso que a constituição é um objeto de estudo intrigante, em que sua história é perseguida por muitos, tendo em vista que se mistura com a própria concepção de Estado. Nessa intuição, segue a tarefa de perseguir a seguinte matéria: Qual o significado da Constituição moderna para o sistema jurídico, ou seja, para a positivação do direito? Qual a função do Direito Constitucional Positivo? Qual a relação do direito constitucional com os demais subsistemas para administração do próprio sistema jurídico?

Perguntas como essas foram perseguidas por Marcelo Neves (1994) em seu famoso escrito “A Constitucionalização Simbólica”. Segundo o professor, indagações como essas permitem localizar o direito positivo frente aos problemas da “reflexão”, “função” e “prestação” na seara constitucional.

A doutrina constitucionalista descreve a constituição como sendo o cerne de sustentação político-jurídico-social do Estado. Mesmo que o Estado absolutista tenha se formado com base na ideia de soberania e concentração de poderes (século XVI), nele não se percebe a ideia de uma lei fundamental, afinal, suas normas estavam postas na razão do governante.

As primeiras nuances de limitação dos poderes concentrados nas mãos do monarca surgiram no período do liberalismo, sob as quais se fundam as defesas da Revolução Francesa. Porém, foi no século XVIII, com o documento constituinte dos Estados Unidos da América, que a Constituição passou a ser um documento importante para a estrutura e sobrevivência de um Estado. Elas são, pois, projetos consolidados pelos Estados modernos.

Foi após a realização da assembleia constituinte americana, com a inerente criação do Estado federal e republicano, que se começou a discutir acerca das razões da constituição e do órgão de proteção. A Suprema Corte foi criada e o modelo de *judicial review* estadunidense a ela foi confiado, por diversas razões, inclusive históricas (Caso *Marbury vs. Madison*, 1803).

Mais de 100 anos depois foi que surgiu na Europa o controle de constitucionalidade Europeu, com argumentação nas teses de Hans Kelsen, que diferentemente de Carl Schmitt, defendia a instituição de um tribunal constitucional próprio para esse fim. A Constituição austríaca de 1920 foi a primeira a prever o controle de constitucionalidade concentrado e a colocar nas mãos de um órgão diverso dos poderes clássicos a atribuição de legislador negativo.

Desses dois grandes centros surgiram as formas de controle de constitucionalidade em vigor na atualidade, inclusive, empregados no

Brasil. O ordenamento jurídico brasileiro é misto, significando, portanto, que por aqui se exercita o controle de constitucionalidade por via difusa (EUA) e concentrada (Áustria).

O controle de constitucionalidade é característica basilar dos Estados constitucionais modernos que adotam as constituições rígidas e está intimamente conectado com o regime de proteção dos direitos fundamentais, cujo exercício tem sido praticado, em sua essência, pelos Tribunais.

A Constituição brasileira de 1988 elegeu o Supremo Tribunal Federal para exercer a tarefa de “guardião da constituição”, conforme preconiza o art. 102 do texto constitucional. Ter em mente desde o início o que representou e o que representa a Constituição de 1988 para o Brasil, denominada por Ulisses Guimarães na Assembleia Constituinte como a “Constituição cidadã”, é imprescindível para compreender o contexto da colocação do STF nas discussões abaixo elencadas.

Como visto acima, o direito é uma estrutura social, o subsistema da sociedade que objetiva manter as expectativas normativas, tendo em vista a elevada complexidade do mundo. Nesse contexto, a constituição tem um papel determinante para o subsistema jurídico, sendo, portanto, o direito constitucional um subsistema.

Quais as características fundantes de um subsistema?² Como pode ser constatado no estudo da teoria sistêmica de Luhmann, todo subsistema tem uma função específica e opera com um código de linguagem também restrito. No geral, os subsistemas são dispostos desta forma para a administração da própria complexidade do mundo, esta seria a função *mor deus*.

Os sistemas existem porque a complexidade é uma realidade crescente. Esse é o ponto de partida para se responder de forma elementar a razão pela qual os subsistemas sociais nascem. Toda estrutura sistêmica nasce da necessidade em se administrar e reduzir a complexidade social (ALVAREZ, 2003, p. 278).

Posto isto, vale destacar que o direito constitucional, como núcleo normativo e ditador do sistema jurídico, posiciona-se em meio a um tipo de complexidade que precisa ser administrada, a saber, a do próprio direito positivo.

Não existe uma característica mais marcante para o direito moderno como a positividade. Esta marca do sistema jurídico permite com que direito

seja criado apenas pelo próprio direito e não por uma influência externa ou política, ela é, portanto, “a única possibilidade de o direito fundar a sua unidade por si mesmo” (LUHMANN, 1990, p. 10).

Tal fenômeno enseja o acoplamento estrutural entre a política e o direito, em que a política, diferentemente do direito “faz uso do poder, de modo que o poder político se articule como um poder indicativo superior que ameaça com seu caráter obrigatório” (PEDRON, 2005, p. 104), fazendo com que se colaborem para a estabilidade de ambos, cada um na sua seara de atuação. Desse modo, a constituição funciona como mecanismo ensejador, ao mesmo tempo, de diferenciação e vinculação entre os sistemas político e jurídico.

Na autorreferencialidade dos sistemas, dentro da ótica circular-reflexiva, Luhmann defende que direito e política precisam um do outro para garantia de ambas as aplicações. O direito depende da política no âmbito normativo, ao passo que ela garante a estabilidade normativa que alcance a todos, por outro lado a política “utiliza el Derecho para diversificar el acceso al poder concentrado politicamente” (LUHMANN, 2002, p. 208).

Nessa toada, os sistemas jurídico e político são distintos e autônomos, todavia, estruturalmente acoplados, tendo em vista a recorrente conexão existente entre eles. O acoplamento estrutural, ao mesmo tempo que permite a diferenciação entre os sistemas, também abre permissão para que atuem conjuntamente.

Quando a constituição estabelece a diferenciação entre o direito e a política, ela garante a positividade do direito, o que não é possível quando o sistema jurídico é manipulado arbitrariamente pelo sistema político (NEVES, 1994, p. 66). Para o direito a constituição funciona como o norte do fechamento operacional. Nesse sentido, a constituição fecha o sistema jurídico (LUHMANN, 1990), enquanto que, para a política, a constituição é o meio pelo qual sua função de tornar as decisões vinculantes para a coletividade se fundamenta.

Analisando o espaço constitucional, como já historicamente narrado acima, a constituição tem um papel importantíssimo para a constatação da positividade e da validação do que é e do que não é direito, demarcando o código binário do sistema jurídico.

Se o código binário, responsável pelo fechamento operacional do sistema, é conduzido pelo binômio sim/não, nesse caso em específico o

direito é conduzido por aquilo que é direito constitucional e o que difere desse direito. É, nas palavras de Luhmann, a unidade da diferença do texto constitucional e do outro direito (LUHMANN, 1990).

Nenhum outro termo veio trazer tanto significado para essa dualidade entre direito/não direito relacionado à constituição como o termo “inconstitucional”. Nessa linha de raciocínio, de que a constituição é a norma fundamental do Estado e de que além dela, concretamente, não existe nada que a subjugue, entende-se que o que por ela é ditado é o direito propriamente dito e o que a contraria, portanto, é inconstitucional, ou seja, não é direito.

Daqui extrai-se a supremacia constitucional e a unidade da constituição como princípios basilares do direito constitucional. Essa ideia é empregada desde o século XVIII, principalmente, com a criação da jurisdição constitucional, uma justiça especializada para proteger a constituição. O controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso, emergem para administrar o que é conforme/não conforme.

É sobre a distinção constituição e lei que se estabelece a principal característica para considerar o direito constitucional como uma estrutura funcional sistêmica. Durante muito tempo a legalidade era a condicionante do direito, significando que só era direito aquilo que estivesse na lei, isso remonta ao período do positivismo jurídico, do protagonismo do parlamento e da separação entre direito e moral.

Com a virada filosófica, histórica, cultural e jurídica do positivismo para o pós-positivismo a lei não mais passa a ser considerada o próprio direito, ela é substituída pela constituição, ao passo que o poder judiciário é elevado como protagonista e busca a reaproximação entre direito e moral. Por tudo isso os Estados modernos, ou ainda pós-modernos como muitos preferem denominar, inauguram a corrente do constitucionalismo da efetividade.

Em suma, a constituição protege o sistema jurídico das variantes do seu entorno, ao mesmo tempo que fecha o sistema jurídico. O Direito Constitucional permite que o direito esteja aberto para a aprendizagem (abertura cognitiva), lançando na constituição, por exemplo, os limites da reciclagem constitucional.

Nessa seara, os direitos fundamentais são o núcleo do sistema constitucional e constituem uma categoria complexa e heterogênea.

2 OS TRIBUNAIS COMO CENTRO DO SISTEMA JURÍDICO

Luhmann abre um capítulo específico na obra “*El Derecho de la Sociedad*” para tratar da posição dos tribunais no sistema jurídico, tendo em vista a essencialidade destes para a operacionalização do sistema jurídico.

Já de início é travada uma discussão sobre a diferenciação entre legislação e jurisdição. Tal diferenciação distingue a figura do juiz (papel dos tribunais) da figura do legislador (papel do parlamento) e isso é vislumbrado no momento de aplicação do direito por meio da decisão (LUHMANN, 2002).

A positividade do direito é a característica marcante do sistema jurídico, como resposta à hipercomplexidade do mundo, pois permite a unidade e a autofundação do mesmo (LUHMANN, 1996). O interior dos sistemas também é complexo, movido por infinitas possibilidades de decisão, sempre existindo uma outra alternativa para aquele decidir. A positividade do direito tem seu ponto sagrado na decisão judicial.

Nas palavras de CARVALHO (2003, p. 10):

[...] a própria positividade que permite a possibilidade de transformação estrutural do Direito, guiado por sua funcionalidade redutora de complexidade através da generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.

Nesse contexto, em razão dessas estruturas complexas, principalmente do direito constitucional, que se revela como um subsistema, os tribunais ocupam uma posição relevante para estabilização do direito.

Discutir a função dos tribunais no sistema jurídico é importante porque eles, de certo modo, refletem a diferenciação no interior do sistema jurídico. O próprio Luhmann (2002, p. 213), ao estudar a posição dos tribunais no sistema do direito teve por norte a seguinte indagação: “[...] qué forma de diferenciación se le impone al sistema del derecho cuando se tiene que diferenciaren tribunales?”.

A diferenciação interna do sistema jurídico – aquela que se opera por meio da distinção sistema/entorno no sistema parcial – se estabelece na diferenciação entre os sistemas organizacionais e interativos. Isso é possível porque os tribunais são estruturas organizacionais, por meio dos quais o direito decide, assim como são os bancos para o sistema político e as universidades para a educação, por exemplo.

Para Luhmann somente os tribunais, ao decidirem as demandas, podem gerir o paradoxo do sistema processual – proibindo a negação da justiça –, transformar o incerto em certo, a obrigação em liberdade. Por outro lado, os tribunais não podem condicionar o exercício da atuação do Poder Legislativo. No máximo, podem os tribunais interpretar- o direito. Logo, torna-se melhor substituir um modelo hierárquico por outro que leve em conta a diferenciação entre o centro e a periferia (HERZL, 2015, p.88-89).

Na periferia estão os campos de trabalho não judiciais, ou seja, que não precisam decidir. Os trabalhos desenvolvidos pela periferia do sistema jurídico estão no plano da interação, pois ela serve como zona de contato do sistema jurídico com os demais subsistemas. (LUHMANN,2002).

Os contratos e as leis são exemplos de programas que ocupam a periferia do sistema jurídico, A periferia é a zona de maior irritabilidade e sensibilidade no interior do sistema, ela funciona como “um amortecedor para as questões a serem submetidas aos tribunais” (CAMPILONGO, 2011, p. 164).

O fenômeno da autoprodução do direito ocorre, justamente, no centro do sistema jurídico, pois lá é onde se decide, onde a decisão não pode ser negada. Nesse sentido, os tribunais são responsáveis por fechá-lo. Apenas o centro, por fazer parte da estrutura organizacional, decide. As decisões proferidas pelos tribunais objetivam transformar a indeterminação em determinação, porém, essa determinação não significa certeza e sim manutenção.

Ao mesmo tempo que julga e cria o direito, a decisão judicial gera mais complexidade no interior do sistema jurídico. Numa análise temporal os tribunais operam, ao mesmo tempo, com o passado, o presente e o futuro, uma vez que, suas decisões precisam decidir algo no presente, mas que tem vasta conexão com o passado e determinando o *modus operandi* para as questões futuras, mesmo que ainda no plano abstrato.

Sendo assim, ao realizar a atividade decisória eles trabalham com a perspectiva temporal e material de fechamento do sistema, de ciclo operante entre passado e futuro, determinante para a interrupção e restauração do direito, posto que “ao decidir um caso em concreto, rompe-se com o passado (a lei): os tribunais reconstroem o passado e transformam-no no presente (decisões)” (HERZL, 2015, p.90).

Na concepção do Estado constitucional como subsistema o centro é representado pelo tribunal constitucional, ou ainda, pelo órgão de cúpula guardião da constituição. O tribunal constitucional fecha o direito

constitucional em relação ao outro direito, já que a constituição é o dorso jurídico e político do Estado.

É importante ressaltar que outras instâncias jurídicas também produzem direito, a exemplo da advocacia e dos juízes de primeira instância, até porque nem todas as celeumas jurídicas chegam ao Supremo Tribunal Federal. Todavia, quando se analisa a constituição como subsistema o tribunal constitucional é o seu centro por excelência.

Ocorre que nos moldes da jurisdição brasileira o STF foi nomeado constitucionalmente como guardião da constituição, tarefa essa que em outros países como a Alemanha é conduzida por um tribunal constitucional específico. O STF abarca tanto a tarefa de guardião da constituição quanto de tribunal de última instância, fazendo com que a complicação se estabeleça no tocante a essa dupla função.

Um tribunal constitucional, genuinamente, não trata apenas de questões judiciais, uma vez que tem como uma de suas atribuições equilibrar os poderes estatais (judiciário, legislativo, executivo), ele também se atenta às funções políticas.

Para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito faz-se necessário que exista uma instância capaz de decidir sobre grandes questões sociais, razão pela qual, por conta de estar, também, como comando superior do texto constitucional, o STF recebe tantas demandas alheias à sua atividade judicante.

Essa reflexão rápida sobre a dupla função do STF revela o quanto o centro do sistema jurídico constitucional brasileiro é complexo, por mais que sua função seja centralizar. Perceba que o centro não está isento da marca do risco e do perigo de desapontamentos. As decisões advindas dos casos, sejam eles fáceis ou difíceis, geram mais complexidade no interior do direito.

Os Estados latino-americanos desde o começo dos anos 90 adotaram novas constituições ou introduziram nas já existentes profundas reformas. Esta época não foi responsável por inaugurar o Estado Constitucional nesses países, mas implicou numa nova formatação estatal acerca dos direitos fundamentais e da atribuição de sua proteção a tribunais constitucionais (PULADO, 2015, p. 17).

Como os direitos fundamentais são o núcleo da constituição a luta por sua concretização passou a ser a marca estruturante do direito constitucional.

Segundo Marcelo Neves (1994, p. 70), através da institucionalização dos direitos fundamentais o texto constitucional reconhece a supercomplexidade do sistema social. Nesse sentido, continua o autor:

Os Direitos fundamentais servem ao desenvolvimento de comunicações em diversos níveis diferenciados. Sua função relaciona-se com o “perigo da indiferenciação” (especialmente da “politização”), isto é, exprimindo-se positivamente, com a “manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação”. Mediante a institucionalização dos direitos constitucionais fundamentais, o direito positivo responde às exigências da sociedade moderna por diferenciação sistêmica.

O subsistema constitucional brasileiro passou por uma relevante mudança após a Constituinte de 1988, que trouxe uma constituição marcada por uma forte gama de direitos. Aliada à redemocratização deferiu-se os tão discutidos direitos fundamentais, principalmente, aqueles concernentes às defesas sociais, como previdência e trabalho.

Passados todos esses anos de promulgação, a Constituição brasileira ainda se concebe como uma constituição nominalista com baixo alcance de execução de suas normas programáticas e compromissórias. Nessa seara percebe-se que toda aquela distribuição de centro e periferia não se restringe apenas ao campo do interior dos sistemas, mas também à órbita da sociedade mundial, estando ela distribuída diferencialmente entre países centrais e periféricos.

El tema complemento al de la inclusión es el fenómeno de la exclusión y que no se trata en él simplemente de una marginación, de una falta de integración. Estos grupos pueden estar, integrados, pero resultan invisibles para los subsistemas funcionales porque no cuentan con las condiciones mínimas para ser considerados. Este tema, que es el que ocupa hoy el pensamiento luhmanniano, intenta comprender aspectos de la sociedad mundial en lugares como Índia, o las fabelas y vil las miseria de países subdesarrollados, en donde permanecen, junto a la riqueza y el crecimiento acelerado de la economía, las condiciones más difíciles de pobreza y marginación (ALVAREZ, p. 280-281).

A inclusão é uma característica predominante nos países centrais, uma vez que, ela refere-se “à integração de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade” (NEVES, 1994, p. 71) por outro lado e exclusão é inerente à marginalidade, à não integração da população nas prestações funcionais sistêmicas. A exclusão enseja a

subintegração e as crises prestacionais dos diversos sistemas funcionais, como exemplo a crise do Estado do bem-estar social, que se acredita ser o estopim para as implicações pós-positivistas já mencionadas.

Como reconhecedora da supercomplexidade da sociedade, a institucionalização dos direitos constitucionais fundamentais também revela a relação difícil entre o sistema jurídico e político e o desafio enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, como centro do sistema jurídico brasileiro, na forma como exerce a jurisdição constitucional.

No eixo da concretização dos direitos fundamentais a jurisdição constitucional tem funcionado como uma espécie de “nova arena” para a cobrança de políticas públicas não realizadas e/ou discordantes do originalmente protegido pela constituição (LEITE, 2007).

Os tribunais são idealizados como a instância administradora da justiça, que falará acerca do certo e do errado, do justo e injusto. Ocorre que o termo justiça é emblemático, está acima de qualquer entendimento jurídico, uma vez que o senso de justiça acampa, também, no plano das consciências (sistema psíquico).

A justiça, no direito, é vista sob o ponto de vista de sua linguagem operativa, acerca do lícito/ilícito. Porém, a maioria dos casos que chegam à Corte, para se decidir sobre os direitos fundamentais geram conflitos que pairam sobre a real funcionalidade do direito. Muitas delas, por mais que sejam questões atinentes a direitos constitucionais fundamentais implicam na seara política.

Quanto à modernidade periférica, o problema estrutural desde o seu seguimento vincula-se primariamente à falta de suficiente autonomia operacional dos sistemas jurídico e político, bloqueados externamente por injunções, não mediatizadas por mecanismos próprios de critérios dos demais sistemas sociais, principalmente do econômico (NEVES, 1994, p. 150).

Sendo assim, na linguagem sistêmica, os tribunais constitucionais enfrentam uma dificuldade latente em se tratando de ter que através do princípio da constitucionalidade fazer a filtragem seletiva do direito positivo.

Isso significa que enquanto a diferenciação funcional (diferenciação entre os sistemas) e o princípio da inclusão não forem concretizados constitucionalmente, que enquanto o direito e a política não estiverem

adequadamente acoplados os tribunais terão que lidar com a tensão entre as diferentes operacionalizações sistêmicas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio acadêmico-científico da ciência jurídica consiste em pensar os desafios do mundo moderno e buscar estratégias para administrar a infinita complexidade. A teoria sistêmica aqui apresentada tem fundamento na teoria social Luhmanniana, que propõe elementos universais para se entender a estrutura da sociedade, sob uma ótica fundada na necessidade de se administrar a complexidade social. É diante dessa necessidade que os sistemas se mostram essenciais.

Da teoria sistêmica de Luhmann pode-se eleger como ponto de partida para se fundamentar a funcionalidade do direito as noções de complexidade e contingência, diferenciação funcional e autorreferencialidade.

Durante toda a confecção deste estudo o que se buscou foi analisar a funcionalidade do direito para a sociedade moderna. Com isso, como ideia central foi trazida a discussão da função dos tribunais constitucionais na operacionalização jurídica interna, bem como o exercício de tal função frente aos desafios do modelo de jurisdição constitucional adotados pelos países subdesenvolvidos, principalmente os concernentes à garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar abordou-se o direito como um subsistema do sistema social, investido da função de estabilizar as expectativas normativas e, por assim, reduzir complexidade. No tópico seguinte foi feita uma leitura da Constituição como instrumento de fechamento do sistema jurídico. Por todas as razões pelas quais se formaram os subsistemas o Direito Constitucional. E, por fim, tratou-se dos tribunais como centro do sistema jurídico e de alguns apontamentos relacionados aos desafios enfrentados por eles na difícil tarefa de proteger a constituição, e conseqüentemente, fechar o sistema jurídico por meio da filtragem constitucional.

Os países subdesenvolvidos, ou ainda periféricos, têm peculiaridades próprias que os diferencia da realidade vivenciada por países economicamente desenvolvidos. Não é prudente aplicar a mesma linha de discussão teórica para problemas que se estruturam e se resolvem de maneiras bem distintas.

Os tribunais, segundo a visão Luhmanniana, fornecem decisões para determinação do próprio sistema jurídico. Porque essa decisão é diferenciada

e determinante? Como foi visto nos tópicos anteriores, a decisão não é exclusiva do direito, porém a decisão por ele proferida exerce influência sobre todo o sistema, pois é a forma pela qual ele acaba determinando o código jurídico.

A relevância de um estudo está em que em como ele contribuirá para a ciência e, conseqüentemente, para a sociedade. Fazer refletir e compreender o direito e os tribunais sob uma ótica funcionalista contribuirá para o entendimento e a construção do direito no Estado Constitucional, principalmente, no que concerne à jurisdição e o desafio da concretização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ, Emilio Geraldo Aringa. La Teoría de Niklas Luhmann. In: *Convergência*, México, n. 32, p. 277-312, maio/ago. 2003.
- BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Délton Winter de. O Direito como um Sistema Social Autopoietico: auto-referência, circularidade e paradoxos da Teoria e Prática do Direito. In: Fabrizio Camerini; Gabriela Mezanotti. (Org.). *Para Pensar o Direito*. Novo Hamburgo: Feevale, v. 1, p. 61-78, 2003.
- HERZL, Ricardo Augusto. *A importância dos tribunais na aplicação e na interpretação do direito a partir do respeito ao sistema de precedentes judiciais*. Florianópolis: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, 2015.
- LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Salvador: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, n. 13, mar./abr./maio 2008.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *A constituição como aquisição evolutiva*. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>.

_____. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: acadêmica, 1994.

PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Luhmann. Brasília: *Revista CEJ*, n. 29, p. 101-110, abr./jun. 2005, p. 101-110.

PULANO, Carlos Libardo Bernal. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. Tradução de Graça Maria Borges de Freitas. Brasília, *Revista Jurídica da Presidência*, v. 1, n. 1, maio 1999.

RECEBIDO EM: 24/08/2017

APROVADO EM: 07/02/2018

RETROATIVIDADE E ACORDO DE LENIÊNCIA: A SOLUÇÃO CONSENSUAL DA LEI ANTICORRUPÇÃO NO TEMPO

***RETROACTIVITY AND LENIENCY CLAUSE: THE
CONSENSUAL SOLUTION OF ANTI-CORRUPTION
LAW IN TIME***

Marcelo Eugênio Feitosa Almeida
Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco
Advogado da União - AGU - Procurador-chefe da PU/CE

Laura Fernandes de Lima Lira
Advogada da União - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 Esforço Hermenêutico para
Concepção de um Sistema Nacional Anticorrupção;
2 A Solução Consensual da Lei Anticorrupção;
3 Da Retroatividade da Lei Anticorrupção para
As Condutas Praticadas antes da sua Vigência;
4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Da leva de novas soluções anticorrupção, um dos instrumentos mais relevantes foi previsto na Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção – LAC: os *Acordos de Leniência*. A LAC, em seu art. 16, trouxe a possibilidade pactuação de *Acordo de Leniência* em favor de empresas corruptoras que cessarem as atividades ilícitas e colaborarem efetivamente com as investigações, em troca do benefício da redução das duras penalidades impostas pela referida Lei. Como se trata de uma solução prevista numa norma sancionadora, indaga-se: poderia o acordo versar sobre atos de improbidade administrativa perpetrados antes da vigência da LAC? A resposta, no capítulo próprio, à pergunta central do presente trabalho, acerca da possibilidade de se syndicar atos de improbidade anteriores à LAC por *Acordo de Leniência*, será respondida a partir da interpretação inter-relacionada entre a LAC, a Lei de Improbidade Administrativa e outras normas constantes do Sistema Nacional Anticorrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Sancionador. Lei Anticorrupção. Retroatividade. Acordo de Leniência.

ABSTRACT: One of the most important new anti-corruption solution was provided by de Law no. 12.846/2013, “Lei Anticorrupção-LAC”: *Leniency clauses*. The LAC, in its art. 16, made it possible agreement in favor of corrupting companies to cease illegal activities and collaborate effectively with the investigations, in change for the benefit of the reduction of harsh penalties imposed by said law. As this is a planned solution from a sanctioning standard, asks: could the agreement relate to acts of administrative misconduct perpetrated before the validity of the LAC? The answer to the central question of this study, about the possibility of treating acts of misconduct before LAC validity by Leniency Agreement, will be answered from the interrelated interpretation between the LAC, the “Lei de Improbidade Administrativa” and other standards of National Anti-corruption System.

KEYWORDS: Sanctioning Administrative Law. Anti-corruption Law. Retroactivity. Leniency Clause.

INTRODUÇÃO

A despeito da ubiquidade da corrupção no tempo e no espaço, só agora o tema vem despertando o interesse merecido. Sua natureza, suas causas, consequências, alcance e regime de responsabilização têm sido, a partir de agora e cada vez mais, objeto de pesquisas multidisciplinares.

O fortalecimento do interesse no tema é, em parte, atribuído ao consenso de que a corrupção constitui um obstáculo ao desenvolvimento doméstico e global, afetando especialmente os países que não exibem um razoável padrão de boa governança (HILL & BUCHAN, 2014, p.33).

No Brasil, o legislador tem cedido aos apelos da doutrina (e das ruas) e editado normas sancionadoras com foco no combate à corrupção. Consequentemente, o ordenamento pátrio prevê um cipoal de normas direcionadas à prevenção e sancionamento de atos lesivos ao patrimônio e interesse públicos. São diversas normas penais e não-penais, materiais e processuais, ou seja, um marco legal apto à efetiva tutela da probidade.

Contudo, dada a positivação assistemática dessas normas, exige-se de seu aplicador um grande esforço hermenêutico para compreendê-las como um sistema e aplicá-las de modo a garantir resultados práticos na tutela da probidade.

Portanto, não basta criar normas sancionadoras. A dificuldade de interpretação e a timidez na aplicação da legislação anticorrupção, a despeito da previsão de ferramentas e punições aptas, são tão graves quanto a lacuna legislativa.

A aplicação ineficiente levaria o sistema jurídico de tutela da probidade a ganhar o rótulo de “legislação simbólica”, ou seja, aquela formulada pelo Legislativo tão somente para satisfazer as expectativas da sociedade, todavia sem condições de efetiva aplicabilidade (NEVES, 2007, p. 37).

Da leva de novas soluções anticorrupção, um dos instrumentos de maior relevo foi previsto na Lei nº 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção – LAC. Trata-se do *Acordo de Leniência*, solução de natureza jurídico-processual que tutela a probidade e incentiva a delação de comportamentos ilícitos por parte das pessoas jurídicas potencialmente responsáveis.

Os Acordos de leniência ascendem ao Sistema Anticorrupção como uma relevante ferramenta de dissuasão de participação em atividades corruptas por parte de agentes públicos e empresas. Thiago Marrara (2015, p.513) sistematiza as principais características desta ferramenta de solução: consiste numa espécie de acordo administrativo integrativo que se agrega ao processo para otimizar sua instrução; não exclui a ação unilateral do Estado, de forma que o processo sancionador, mesmo no caso da celebração do instrumento, não dispensa a existência de um ato administrativo final, seja punitivo, seja absolutório; gera o dever de colaboração do autor da conduta ilícita com a autoridade que, por sua vez, tem um dever correspondente de redução das sanções ao infrator.

Como se trata de uma solução prevista numa norma sancionadora, transbordam importantes reflexões sobre a aplicação da norma no tempo. A Lei de Improbidade veda expressamente “transação, acordo ou conciliações” nas ações de que trata a lei. A referida lei nada fala em “transação, acordo ou conciliações” para tutela da probidade sob fatos ainda não judicializados. A LAC, com claro foco nas empresas corruptoras, prevê o Acordo de Leniência como ferramenta consensual de tutela de probidade.

Assim, especificamente sobre os Acordos de Leniência, indaga-se, desde já externando a problematização objeto deste trabalho: poderia o acordo versar sobre atos de improbidade administrativa perpetrados antes da vigência da LAC?

Eis, portanto, o objeto da presente pesquisa: investigar a possibilidade de sindicatizar atos de improbidade administrativa, por meio de Acordo de Leniência, cometidos antes da vigência da Lei Anticorrupção.

Posta a problematização, para seu enfretamento, no primeiro capítulo, compreenderemos a concepção do Sistema Nacional Anticorrupção, contextualizando a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e a Lei Anticorrupção neste cenário normativo.

Em seguida, contextualizada a posição da LAC dentro do Sistema Nacional Anticorrupção, aprofundaremos suas soluções com destaque aos preceitos relacionados aos Acordos de Leniência.

Ao final, verificaremos a questão da aplicação da LAC no tempo, especificamente sobre a solução e tutela, via Acordo de Leniência, de atos de improbidade cometidos antes da vigência da Lei Anticorrupção,

tendo em conta aspectos de direito material (sancionador) e processual relacionados ao instrumento.

1 ESFORÇO HERMENÊUTICO PARA CONCEPÇÃO DE UM SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPÇÃO.

A ética, quando aplicada à função pública, tem seu eixo básico na ideia de “moralidade”, categoria bastante ampla, patente que precisa de integrações normativas pertinentes (MEDINA, 2007, p. 36).

Nesse esforço, várias normas foram editadas no Brasil ao longo de anos¹, e diuturnamente aplicadas, contudo, de forma assistemática, gerando resultados práticos pífios do principal meio repressivo de combate à corrupção, como sabido, a “ação de improbidade administrativa”, ou seja, sem que se alcançasse o esperado pela própria norma constitucional diante de um ato de improbidade².

Como dito e repetido, o plexo de normas do ordenamento pátrio que tratam de corrupção compõem um autêntico sistema normativo, e assim deve ser considerado, ainda que o legislador não o tenha intencionalmente concebido, necessitando, portanto, um esforço do aplicador das normas desse sistema.

Assim, como alerta Paulo Otero, o legislador, ao editar as normas, deve ter sempre em mente a ideia de unidade do sistema, não o fazendo, caberá ao intérprete e aplicador o esforço hermenêutico de conferir a unidade e organização desejadas. Segundo o autor português, no Direito, “a ideia de sistema deve ser lembrada ao legislador que faz as normas, ao intérprete que as aplica e ao cientista que as trabalha dogmaticamente”. Todas as disposições jurídicas só podem ser entendidas no contexto sistemático em que se integram.³

-
- 1 Historicamente: o Código Criminal do Império (1830), O Código Criminal da República (1890), Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei 3.164/57), A Lei Bilac Pinto (Lei 3.502/58). Em vigor: Constituição de 1988, Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/50), Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), Lei dos Crimes de Responsabilidade de Prefeitos (DL 201/67), Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica (Lei 8.137/90), Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), Lei Geral de Improbidade Administrativa, Código Penal, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, Lei do Crime Organizado, Lei Anticorrupção, etc.
 - 2 Constituição Federal de 1988, art. 37, §4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.
 - 3 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração pública*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 206

No ordenamento, dentro do multicitado plexo de normas anticorrupção⁴, há instrumentos *de lege lata* hábeis para a tutela efetiva da probidade administrativa.

A inefetividade dá-se, sobretudo, pelo tratamento assistemático das referidas normas, pela Administração e pelo Judiciário, que geram, como dito, decisões contraditórias com as proposições jurídicas anticorrupção.

É da análise dos elementos que compõem o subsistema de tutela da probidade que se conclui pela autonomia do subsistema como tal. Um sistema, o mesmo aplica-se a subsistema, é uma totalidade organizada, feita de elementos solidários que só podem definir-se uns em relação aos outros em função do lugar que ocupam nesta totalidade (MORIN, 2001, p. 101).

É evidente a inter-relação, organização e totalidade que há ao se analisar as regras do art. 37, §4º, da Constituição; as regras materiais e processuais constantes da Lei de Improbidade e as regras materiais e processuais constantes da Lei Anticorrupção.

Todas essas regras, além de outras inter-relacionadas, compõem o subsistema de tutela da probidade administrativa, que se organiza de modo inter-relacional a partir do momento em são vistas e aplicadas como componentes de um todo: o (sub)Sistema Nacional Anticorrupção (MORIN, 2001, p. 104).

Com efeito, não há dúvidas acerca da autonomia do (sub)Sistema Nacional Anticorrupção, ainda que o legislador não o tenha criado intencionalmente, sobretudo a partir da análise dos elementos inter-relacionados que o compõem.

O (sub)sistema em análise, como todo sistema jurídico, exigirá sempre, enquanto emanção do princípio da igualdade que visa garantir a ausência de situações geradoras de contradição no interior da ordem jurídica, uma regra de coerência interna entre todos seus elementos permitindo a identificação de uma norma ou interpretação como pertencente, ou não, ao sistema em foco (OTERO, 2003, p. 208).

4 Constituição de 1988, Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/50), Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), Lei dos Crimes de Responsabilidade de Prefeitos (DL 201/67), Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica (Lei 8.137/90), Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), Lei Geral de Improbidade Administrativa, Código Penal, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, Código de Processo Civil e Penal, entre outros.

Verificando-se esta última hipótese, o próprio sistema deve possuir mecanismos de exclusão das normas ou interpretações atentatórias à coerência do sistema (OTERO, 2003, p. 211).

Portanto, não por acaso a norma fundante do sistema em foco, que dá sua unidade interna, tem *status* constitucional. Toda norma que vier ferir a unidade do sistema de tutela da probidade fere, por via de consequência, a norma constitucional constante do art. 37, §4º. Logo, será inconstitucional, submetendo-se às regras do controle de constitucionalidade, podendo, inclusive, ter sua eficácia suspensa liminarmente.

E aqui vale o destaque ao inter-relacionamento entre os dispositivos da LIA e LAC. A LIA compôs o sistema por muito tempo como a principal norma sancionadora não-penal apta à tutela da probidade administrativa. Contudo, seu foco é o agente público, ainda que possa alcançar terceiros beneficiados.

Com o advento da LAC, passa a compor o sistema uma norma com foco na empresa corruptora, num regime de responsabilização objetiva de alta eficiência.

As normas, portanto, não se excluem. Ao contrário, se complementam de modo a alcançarem o agente público e as empresas corruptoras, cada qual com seu regime de responsabilização. A LAC expressamente dispõe, em seu art. 30, que a aplicação das penalidades que estabelece não interfere nos processos de responsabilização decorrentes da LIA e da Lei das Licitações.

A resposta, no capítulo próprio, à pergunta central do presente trabalho, acerca da possibilidade de se solucionar e sindicatizar atos de improbidade anteriores à LAC por Acordo de Leniência, será respondida a partir da interpretação inter-relacionada a ambos normativos.

Concluindo, é preciso tomar como um sistema as normas anticorrupção, de forma a dar unidade à interpretação de suas normas e excluir aquelas que ofendem a adequação interna e coerência do sistema.

2 A SOLUÇÃO CONSENSUAL DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A solução consensual dos conflitos é uma das características mais dominantes do Direito Processual Civil contemporâneo. Há várias passagens em seus diplomas, em especial o novo CPC, priorizando a consensualidade como principal método de pacificação.

Some-se ao novo CPC a Lei nº 13.140/2015, que também prioriza a consensualidade na solução dos conflitos entre particulares e a Administração Pública, inclusive por meio de autocomposição.

O movimento em favor da consensualidade na solução de conflitos vem inspirando, inclusive, as demandas que visam a tutela da probidade administrativa, embora ainda não haja consenso sobre essa possibilidade.

A LAC, em seu art. 16, trouxe a possibilidade de Acordo de Leniência em favor das empresas corruptoras que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo de responsabilização. Por meio deste instrumento, a empresa signatária pode se beneficiar com a redução em dois terços da multa aplicável e isenção das penas de publicação da decisão condenatória e de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público (art. 16, § 2º).

Para a celebração da avença, a LAC estabelece, em seu art. 16, §1º, três requisitos cumulativos: a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ilícito, quando tal circunstância for relevante; a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Recentemente, a MP nº 703/2015 alterou a redação da LIA e LAC de modo a viabilizar transações no mérito da responsabilização por ato de improbidade. O art. 17, §1º, da LIA, que vedava expressamente transações com base na LIA, em situação já judicializada, chegou a ser revogado. A MP nº 703/2015, contudo, não foi convertida em lei, e teve sua vigência encerrada em 29/05/2016.⁵

Assim, as redações originárias da LIA e LAC foram retomadas, inclusive o referido §1º do art. 17, que veda “transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

5 Ato declaratório do presidente da mesa do Congresso Nacional nº 27/2016.

Portanto, em que pese a consensualidade também querer contribuir para a solução dos conflitos decorrentes de atos de improbidade, há peculiaridades que não podem ser desconsideradas, como, por exemplo, a indisponibilidade das pretensões objeto da LIA e LAC.

Em regra, e o art. 17, §1º, da LIA não deixa margem para dúvidas. As pretensões perseguidas com base na LIA e LAC são indisponíveis, e sobre o mérito das mesmas não seria possível o legitimado ativo transacionar, mediante concessões recíprocas.

Outro ponto relevante, e que será abordado mais detidamente em seguida, refere-se ao alcance temporal da LAC. É sabido que suas consequências só poderão impor-se a atos perpetrados a partir de sua vigência, conforme as disposições previstas no art. 5º, II, XXXVI e XL da CF/88.

Mas as soluções da LAC poderiam retroagir de modo a alcançar atos de improbidade praticados antes de sua vigência, ou seja, 1º de janeiro de 2014? O ponto central desta pesquisa será enfrentado em seguida.

3 DA RETROATIVIDADE DA LEI ANTICORRUPÇÃO PARA AS CONDUTAS PRATICADAS ANTES DA SUA VIGÊNCIA

Diante do panorama de alterações no ordenamento pátrio, em que se busca a consensualidade como meio alternativo ao direito sancionador, há a necessidade de uma análise jurídica acerca da aplicação retroativa de normas que objetivam a solução consensual de conflitos no que se refere aos atos ilícitos que ofendem a moralidade e legalidade administrativa.

Tal tema se mostra ainda mais relevante quando se aprecia hipóteses de atos cometidos antes da edição da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013, cuja vigência se iniciou em 29 de janeiro de 2014), mas que já eram considerados ilícitos por outras normas, como a Lei de Licitações e a Lei de improbidade administrativa.

O exemplo clássico de tal situação seria aquele em que o agente praticou uma conduta que ao mesmo tempo é tipificada como ato ilícito administrativo por parte da Lei de improbidade administrativa e como ato ilícito pela Lei anticorrupção, todavia foi praticado antes da vigência desta norma. Diante de tal situação, questiona-se: é possível a retroação da Lei Anticorrupção para fatos praticados antes de sua vigência?

A controvérsia reside no fato de a Lei Anticorrupção ter natureza de norma sancionadora, punitiva, o que impossibilitaria a retroação no tempo das disposições da norma para fins de reconhecimento de responsabilidades e aplicação de penalidades.

Apesar de não estar expressamente prevista na Constituição a vedação à irretroatividade de normas administrativas sancionadoras é retirada da própria Carta Magna, que a fim de dar uma proteção a relações jurídicas já constituídas, traz de forma expressa, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, uma proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, obstando o legislador de criar novas normas que tenham capacidade de se aplicar a fatos constituídos antes da edição da nova base legal. A previsão do art. 5º, XXXVI é suficiente para se perceber a regra geral da impossibilidade de retroatividade das leis.

Deste modo, a princípio, a resposta que se parece viável à problemática apresentada, é de que no âmbito de aplicação da Lei Anticorrupção, as pessoas jurídicas infratoras só poderiam responder pelos atos que à época em que foram praticados já eram considerados ilícitos administrativos ou civis, em uma aplicação analógica do previsto no art. 5º, XL da Constituição Federal, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Conforme adverte Santanna, a utilização no direito administrativo sancionador de princípios estabelecidos para o direito penal⁶ é necessária tendo em vista que ao se determinar punições aos administrados exigem-se cautelas especiais. De modo que a interpretação da norma constitucional é de que não há que se falar em retroatividade das sanções previstas na Lei anticorrupção, a fim de se preservar a segurança jurídica dos Administrados.

Contudo, há que se fazer uma diferenciação entre a retroatividade de normas benéficas ao administrado e normas que causam gravames à sua relação com a Administração.

Para Osório (OSÓRIO, 2015: 285-292) a irretroatividade só se justifica para as normas sancionadoras em razão dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, isso para evitar arbitrariedades

6 “Pode-se dizer também que alguns dispositivos da Constituição Federal, que se referem ao Direito Penal, se aplicam ao Direito Administrativo Sancionador, já que não há previsão de princípios aplicáveis à Administração Pública no que se refere à competência sancionatória” (SANTANNA. Ana Carolina Squadri. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano XII, n. 37, p. 7-44, jul./set. 2013).

e garantir a isonomia entre os administrados. A irretroatividade da norma sancionadora existe, pois ao tempo de sua realização a conduta era permitida naqueles termos, não estando os agentes vinculados à proibição posterior.

Todavia, no que se refere a normas mais benéficas aos administrados, o próprio Osório afirma a necessidade de retroatividade da norma tendo em vista a política penal de se proteger valores socialmente relevantes. “Se esta é a política do direito penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo sancionador”. Contudo essa retroatividade não deve ser aplicada de forma absoluta, deve-se observar se a norma busca salvaguardar critérios de justiça e segurança em homenagem ao princípio da isonomia (OSÓRIO, 2015: 288-292).

Como nos acordos de leniência não estamos diante de aplicação de penalidades, mas sim de um meio alternativo de tutela da probidade, bem como de um benefício em favor da pessoa jurídica infratora, há a possibilidade de retroatividade da norma para beneficiar a empresa, considerando o sistema nacional de combate à corrupção que inseriu por meio das Leis nº 12.846/2013, Lei nº 13.140/2015 e Lei nº 12.850/2013 institutos que visam abrandar penas em troca de benefícios ao interesse público⁷.

Diante de tal cenário, a conclusão é de que a regra da irretroatividade da lei sancionadora não alcança o conteúdo normativo novo que implique em atenuação ou mesmo exclusão de punibilidade por atos ou fatos ilícitos pretéritos. As normas ou dispositivos normativos que prevejam mecanismos para beneficiar, melhorar a situação do acusado, tal como ocorre com a possibilidade de celebração de acordo de leniência previsto no art. 16 da Lei Anticorrupção, podem ser aplicados de forma retroativa.

A previsão na Lei Anticorrupção de dispositivos que agravam a situação das pessoas jurídicas infradoras, ao mesmo tempo em que possui conteúdos mais benéficos, como o *Acordo de Leniência*, não impossibilita a utilização de acordos de leniência em face de atos praticados antes de sua vigência.

O disposto no art. 17 da Lei anticorrupção sobre a possibilidade de a administração pública realizar *Acordo de Leniência* com a pessoa jurídica

7 Sobre o sistema nacional de combate ver SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Ponte. *O acordo de Leniência na Lei Anticorrupção*, São Paulo: Trevisan, 2017. p. 59-70.

responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei 8.666/1993, com vista à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus artigos 86 a 88 demonstra a intenção do legislador de dar amplitude ao instituto (SILVEIRA, 2014).

Destarte, ao prever a possibilidade de causas de diminuição ou de isenção de penalidade para os atos lesivos contra a administração pública, a Lei anticorrupção traz disposições mais benéficas aos infratores para condutas muitas vezes já tipificadas em outras normas do sistema de combate à corrupção nacional, como é o caso dos fatos tipificados nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993 e na Lei de improbidade administrativa, o que possibilita a sua aplicação imediata e retroativa para tais fatos.

O Parecer nº 00100/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU da Advocacia Geral da União adotou expressamente o referido entendimento, conforme se depreende abaixo:

[...] a Administração Pública pode celebrar acordos de leniência com base no art. 17 da Lei nº 12.846/2013, em razão de atos ilícitos administrativos previstos nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993 cometidos anteriormente à entrada em vigor da Lei Anticorrupção Empresarial, eis que existe convergência entre os interesses públicos e particulares. Além do mais, a leniência é *lex mitior*, e interpretada sobre o filtro axiológico da constituição deve retroagir na forma do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, eis que os artigos da lei de licitação também expressam poder punitivo do Estado.

Destaque-se que aplicação do acordo de leniência para condutas praticadas antes mesmo da edição da norma tem sido admitida e realizada não só pelo Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União, como também pelo Ministério Público Federal⁸.

Apesar de a utilização do acordo de Leniência para condutas tipificadas na lei de licitações ser pacífica, a questão da possibilidade de

8 Atualmente, existem dois acordos de Leniência celebrados pelo Ministério da Transparência e a AGU e empresas colaboradoras. São os acordos firmados com a UTC engenharia, de julho de 2017, e com a Bilfinger (agosto de 2017). Para maiores informações ver: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/588202> e <<http://www.agu.gov.br/noticia/acordo-de-leniencia-assinado-por-agu-e-cgu-preve-ressarcimento-de-mais-de-meio-bilhao--574006>>.

O Ministério Público Federal, por meio do Estudo Técnico nº 01/2017 da 5ª CCR entende que deve ser utilizado por analogia, na improbidade administrativa, todo o previsto no art. 16, § 1º, II e III, da LAC, “por ser fácil e plenamente transponível de uma matéria a outra, devido à semelhança das lesões tratadas e do modelo normativo utilizado.” (5ª CCR/MPF: 2017)

utilização do acordo de leniência para atos definidos na Lei de Improbidade Administrativa exige uma maior análise e cuidados por parte dos aplicadores do direito.⁹

De fato, como já salientado, a Lei de Improbidade Administrativa se insere em um sistema de combate à corrupção, tal qual a Lei 12.846/2013, todavia não há nenhuma disposição expressa sobre a possibilidade de se firmar *Acordo de Leniência* em caso de prática de atos lá tipificados.

Nesse contexto, somente se utilizando de mecanismos de exclusão das normas ou interpretações atentatórias à coerência do sistema (OTERO, 2003, p. 211) é que se torna possível a avaliação da possibilidade ou não de se firmar os referidos acordos para atos de improbidade administrativa praticados antes do advento da Lei Anticorrupção.

Tendo por base o sistema nacional de combate à corrupção, onde se insere não só leis de âmbito administrativo, mas também cível e penal, é que se torna possível avaliar a pertinência dos acordos a serem celebrados.

Nesse contexto, importante destacar, conforme leciona Coutinho (COUTINHO, 2017), que a própria existência da previsão de delação premiada para condutas análogas às previstas na lei de improbidade administrativa permite o acordo de leniência para as condutas previstas na Lei de improbidade administrativa.

O sistema nacional de combate à corrupção ao possibilitar que certas sanções no âmbito penal sejam atenuadas ou afastadas em razão da delação premiada, abre a possibilidade de que as sanções previstas na lei de improbidade administrativa também sejam negociadas (COUTINHO, 2017).

Mesmo existindo discussões acerca da aplicabilidade da lei de improbidade administrativa às pessoas jurídicas, o que afastaria por completo a possibilidade de aplicação retroativa da norma para fins de acordo de leniência, tal questão já parece estar solucionada pela jurisprudência e pela doutrina.

9 Favorável à possibilidade de aplicação de institutos como a delação premiada SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS Ronaldo. Efeitos da Colaboração Premiada e a Lei de Improbidade Administrativa. *RSTJ*, ano. 28, (241): 429-668, jan./mar. 2016. Em posicionamento oposto MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A Medida Provisória N. 703/2015, que Revogou o § 1º, do Art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa não Autoriza Transação ou Delação Premiada para Fins de Demonstração de Índícios da Prática do Ato Ímprobo. *RSTJ*, ano 28, (241): 429-668, jan./mar. 2016.

Para os Tribunais pátrios a existência de penalidades na Lei de Improbidade Administrativa que são incompatíveis com as pessoas jurídicas, como a perda de cargo, não inviabiliza a aplicação de outras sanções¹⁰.

Deste modo, a pessoa jurídica que for responsável por corrupção de agentes públicos, gerando o enriquecimento ilícito destes (art. 9º da Lei 8.429/1992), ou que cause prejuízo ao erário ou que viole os princípios da administração pública, responderá por ato de improbidade como terceiro, nos termos do art. 3º da Lei 8.429/1992.

A previsão normativa busca estender a obrigação de probidade a todas as pessoas que se encontram ligadas ao poder público, bem como a terceiros que se beneficiem do ato ilícito, até mesmo às pessoas jurídicas de direito privado¹¹, não havendo uma limitação da aplicação do poder sancionador em face de pessoas jurídicas que concorram em condutas ímprobas

A doutrina entende do mesmo modo. Para Arêdes o poder punitivo, como mecanismo de controle social, apenas recai sobre condutas humanas, mas a ordem jurídica pode imputar condutas ilícitas praticadas por pessoas naturais a pessoas jurídicas (ARÊDES, 2017:435-477). Especificamente no que se refere às condutas ímprobas, Marçal esclarece que para os fins do art. 3º da LIA, não há diferença de tratamento para o sujeito privado, seja ele pessoa física ou jurídica. O tratamento jurídico reservado a ambas as figuras é o mesmo (MARÇAL, 2016: 429-668).

Desta feita, o argumento de que não seria possível acordo de leniência diante de práticas tipificadas na Lei de improbidade, por esta não se aplicar a pessoas jurídicas, não se sustenta, tendo em vista a posição doutrinária e jurisprudencial da possibilidade de punibilidade das pessoas jurídicas pelos atos de improbidade.

10 REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012

11 TRF-1 - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AG 27351 RR 0027351-65.2009.4.01.0000;ProcessoAG 27351 RR 0027351-65.2009.4.01.0000 Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Publicação-DJF1 p.75 de 11/02/2011. Julgamento: de Fevereiro de 2011. Relator.: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSET. Como bem destacado por Magalhães: *"A jurisprudência do STF sobre o tema é escassa. Encontram-se decisões desse Tribunal que negam seguimento tanto a recursos interpostos contra acórdãos que dispensam o dolo ou a culpa para imposição de sanções administrativas quanto àqueles interpostos contra acórdãos que exigem esses elementos para aplicação dessas sanções.6 Essa situação parece apontar que, segundo o STF, a exigência ou dispensa de elemento subjetivo para a caracterização da infração administrativa não é questão constitucional"*

No que se refere à ausência de previsão expressa na Lei Anticorrupção sobre a aplicabilidade do *Acordo de Leniência* para as infrações tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa, tal ausência por si só não é capaz de impossibilitar a retroatividade da norma para fins benéficos, não só para a empresa infratora, como também para a Administração.

Ora, ao firmar um *Acordo de Leniência*, a Administração terá um compromisso da empresa de instituir um programa de *compliance*, terá alavancagem investigativa, com acesso a informações de forma célere e conseguirá a reparação ao erário de forma mais rápida e consensual (MOREIRA; BAGATIN, 2014:55-84).

Mesmo no que se refere à aplicação do acordo de Leniência às condutas tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa de modo retroativo, além de ser norma mais benéfica ao Administrado, há que se avaliar a questão da ao erário de modo independente das sanções.

A reparação ao erário é consequência prevista constitucionalmente, sendo suas ações imprescritíveis por expressa previsão constitucional. Trata-se de uma proteção dada ao erário público, para que este possa reaver os prejuízos financeiros que lhe foram causados em razão de atos de improbidade. A jurisprudência, inclusive, tem reconhecido que, mesmo para fatos praticados antes da vigência da lei de improbidade administrativa, é possível a reparação ao erário.¹²

Sendo a ação de ressarcimento ao erário imprescritível, a aplicação da consequência prevista na Lei de Improbidade Administrativa poderia ser exigida a qualquer tempo e em face de qualquer responsável, seja ela pessoa física ou jurídica, de modo que, apesar de o *Acordo de Leniência* só ter sido previsto na Lei Anticorrupção, é possível a sua extensão para os fatos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa e praticados antes da entrada em vigor da norma, por se tratar de previsão mais benéfica e diante da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.

Outra questão tortuosa é sobre a possibilidade de se firmar acordo de leniência para atos praticados em ofensa à Lei de Improbidade Administrativa, considerando a vedação contida no art. 17, §1º, da referida norma, no seguintes termos: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

12 REsp 1129121/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3.5.2012, DJe 15.3.2013

A Medida Provisória nº 703/2015 tentou resolver tal problemática ao revogar o referido parágrafo da Lei de improbidade administrativa, todavia a MP perdeu a sua eficácia em 29/05/2016, estando hoje vigente o dispositivo que veda a transação ou acordo nas ações de improbidade administrativa tal como colacionado.

Para Didier e Bomfim a revogação da medida provisória não é um obstáculo à possibilidade de autocomposição no processo de improbidade administrativa (DIDIER e BOMFIM, 2017). Para eles, a evolução do direito penal e processual, possibilitando soluções consensuais, deve ser seguido pelo direito administrativo sancionador. A proibição prevista na Lei de improbidade administrativa era um reflexo da impossibilidade de transação no processo penal: *“Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade.”* (DIDIER; BOMFIM, 2017).

Ademais, nos casos em que o acordo é firmado antes do ajuizamento de uma ação de improbidade, há o esgotamento das pretensões materiais e processuais que a Administração poderia ter em face da pessoa jurídica leniente, no que respeita ao fato objeto do acordo. Desse modo, como não será ajuizada a Ação Civil Pública com base na Lei de Improbidade Administrativa, não estamos diante da vedação contida no art. 17, § 1º, da LIA.

Já nas hipóteses em que já foi ajuizada a “ação de improbidade”, há que se considerar o microsistema de combate à corrupção nacional, de modo que se mostra viável a celebração de *Acordos de Leniência* mesmo nas hipóteses de atos de improbidade administrativa. Mais uma vez, Didier e Bonfim afirmam que:

A interseção entre as leis permite que se entenda cabível acordo de leniência como negócio atípico em processo de improbidade administrativa. “A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa (DIDIER; BOMFIM, 2017).

Outrossim, a previsão contida no art. 17, § 1º, da Lei de improbidade Administrativa busca proteger o interesse público primário (supremacia do interesse da coletividade sobre o particular)¹³. Porém nos casos em

13 Nas palavras de Carvalho Filho: “As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último

que o *Acordo de Leniência* resulta em uma cooperação com alavancagem investigativa, desmantelamento da prática improba e ressarcimento ao erário, tal interesse é plenamente atingido.

Para o Ministério Público Federal o interesse público é atingido por meio do potencial desestabilizador do acordo de leniência no vínculo associativo dos infratores, possibilitando o descobrimento dos demais envolvidos em infrações, bem como a obtenção de provas para por meio do devido processo legal possibilitar a punição dos demais infratores e buscar o efetivo ressarcimento ao erário (5^a CCR/MPF: 2017).

Neste ponto, importante destacar o pensamento de SILVA e VASCONCELOS

A renúncia a uma determinada prerrogativa estatal se justifica, pois, diante dos benefícios públicos que daí poderão advir. A não punição a um determinado infrator, com efeito, à luz do interesse público na efetiva persecução penal, pode ser justificada, por exemplo, se este infrator contribuir para que outros responsáveis pelo ilícito sejam igualmente responsabilizados. (SILVA; VASCONCELOS, 2016).

Como se vê, a possibilidade de se relativizar a noção de indisponibilidade de prerrogativas públicas, é possível desde que o seja com a finalidade de se atingir outros objetivos legítimos perseguidos pelo Estado (SILVA; VASCONCELOS, 2016).

Entender que a vedação do art. 17 da Lei de improbidade é absoluta traz desestímulo à colaboração das pessoas jurídicas e uma falta de coesão com o microsistema de combate à corrupção.

Isso porque a empresa leniente poderia celebrar acordo somente em face de atos praticados e previstos na Lei Anticorrupção e Lei de Licitações, sendo, todavia, punida no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa. Tal entendimento, não só desestimularia as cooperações como se tornaria ineficiente, diante da possibilidade de se ter colaborações apenas parciais.

de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. [...]” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas, 2016. p. 86.

Ademais, o novo sistema processual brasileiro, como dito, tem uma clara feição pró-mediação e solução pacífica de conflitos. O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis aprovou o enunciado nº 617, segundo o qual é possível a conciliação e mediação no processo de improbidade administrativa: “A mediação e a conciliação são compatíveis com o processo judicial de improbidade administrativa.”

Essa feição pró-mediação também foi inserida na Lei nº 13.140/2015 que dispõe sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Essa norma permite, em seu art. 36, §4º, a conciliação em ações de improbidade administrativa:

Art. 36 – No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública Federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.(...)§ 4o. - Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Apesar de existirem interpretações no sentido de que o referido parágrafo se refere apenas aos órgãos ou entidades de direito público, quando litigam entre si (MATTOS, 2016), tal entendimento não merece prosperar. Isso porque, a LIA visa atingir principalmente pessoas físicas e agentes da administração. Desse modo, resta claro que se trata de norma de eficácia plena.

Outrossim, importante alertar que existem interpretações de o §4º, do art. 36, se aplicaria somente para a administração pública federal, pois cabe à Advocacia-Geral da União realizar composição extrajudicial do conflito, por ser a responsável pela defesa dos interesses públicos federais, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União (MATTOS, 2016).

Por conseguinte, não restam dúvidas da possibilidade de transação no âmbito de processos judiciais de improbidade administrativa, o que permite também o *Acordo de Leniência* em relação a tais infrações (DIDIER; BOMFIM, 2017), mesmo que ocorridas antes da edição da LAC.

Tal possibilidade tem sido inclusive aplicada pelo MPF, sendo a base de seus termos de Leniência em face de pessoas jurídicas de direito privado. No julgamento do Inquérito civil nº 1.30.001.001111.201442, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, consignou que:

1. Admite-se a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei 8.429/92, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microsistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, sistema esse que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Se os acordos podem ser celebrados numa seara, devem poder sê-lo na outra, conforme preconizam, inclusive as convenções internacionais de que o Brasil é signatário.¹⁴

Nesse sentido, não há vedação absoluta para a celebração de acordos de leniência em infrações cometidas em face da Lei de Improbidade Administrativa; não existe, também, qualquer razão que impeça a adoção do instituto ou de outras causas de diminuição ou isenção de penalidade para os fatos que tiveram ocorrência antes da vigência da Lei Anticorrupção.

O que deve ser observado para fins de celebração do *Acordo de Leniência* são os requisitos do art. 16, da Lei 12.846/2013, que visam dar proteção ao interesse público primário, por meio da colaboração da pessoa jurídica de direito privado de modo a identificar os demais envolvidos na infração e obter de forma célere informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Só é possível, portanto, a celebração de acordo, inclusive em relação às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, se houver benefícios para a Administração, como a entrega de elementos úteis para investigações em andamento ou que vierem a ser instauradas e a reparação dos danos causados.

Assim, podemos chegar às seguintes conclusões: a) diante do Princípio da Legalidade que norteia a Administração Pública, não é possível a retroação da Lei para fins de se aplicar punições, como a cominação de multas; b) a irretroatividade da lei administrativa sancionadora não alcança

14 BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. *Inquérito civil nº 1.30.001.001111.201442*. Relatora Monica Nicida Garcia. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2017.

a nova norma que atenua ou mesmo exclui penalidades por atos ou fatos ilícitos passados, como é o caso dos *Acordos de Leniência*, que são mais benéficos ao permitir a negociação de multas e isenção de penalidades; c) é possível a celebração de acordos de leniência em face de condutas ímprobas, mesmo que praticadas antes da edição da Lei Anticorrupção. A possibilidade do Acordo, contudo, fica vinculada ao incremento da capacidade investigativa do Estado, bem como ao ressarcimento, de forma célere, dos prejuízos causados à Administração.

4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou responder se seria possível sindicatar, pela via do Acordo de Leniência, atos de improbidade cometidos antes da vigência da Lei Anticorrupção - LAC.

À guisa da solução do problema proposto, o primeiro capítulo deste trabalho apontou a necessidade de interpretação e aplicação sistemática do conjunto de normas anticorrupção, de modo a dar unidade hermenêutica ao cabedal de normas e excluir interpretações que ofendam a adequação interna e coerência do sistema. A LIA compôs o sistema, por muito tempo, como a principal norma sancionadora não-penal apta à tutela da probidade administrativa. Contudo, seu foco é o agente público, ainda que possa alcançar terceiros beneficiados. Com o advento da LAC, passa a compor o sistema uma norma com foco na empresa corruptora, num regime de responsabilização objetiva de alta eficiência.

As normas, portanto, não se excluem. Ao contrário, se complementam de modo a alcançarem o agente público e as empresas corruptoras, cada qual com seu regime de responsabilização.

Em seguida, ainda estruturando a resposta à questão proposta, a segunda parte deste trabalho apresentou aspectos materiais e processuais dos Acordo de Leniência, que nortearam a posição defendida neste trabalho.

Assim, considerando aspectos matérias e processuais do instrumento em análise, apesar de não ser possível a aplicação retroativa da Lei Anticorrupção para estabelecer punições, como a aplicação de multas nela previstas, ela pode ser aplicada para fins de pactuação de *Acordos de Leniência*, sindicando atos de improbidade anteriores, dentro das consequências previstas na própria LIA (multa, ressarcimento, perda de valores acrescidos ilicitamente, *etc.*).

O *standart* da irretroatividade da norma sancionadora não alcança a nova norma, seja porque atenua penalidades por atos ou fatos ilícitos passados, como é o caso dos *Acordos de Leniência*, que são mais benéficos ao permitir a negociação de multas e isenção de penalidades, seja por ter natureza jurídica processual.

Ademais, a possibilidade de se utilizar o acordo de leniência para atos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa decorre do interesse público primário, da busca pelo desmantelamento da prática delituosa e ressarcimento ao erário (SIMÃO e VIANNA: 2017).

A interpretação harmoniosa das normas do Sistema Nacional Anticorrupção permite concluir que a consensualidade prevista na Lei Anticorrupção, em consonância com as imposições da contemporaneidade, é um mecanismo de garantia de resultados práticos no combate à corrupção e atingimento do interesse público primário, inclusive no que se refere a atos de improbidade praticados antes da edição da norma.

REFERÊNCIAS

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, ano 25, p. 435-477. São Paulo: RT, mar. 2017.

AGU. Consultoria Geral da União. *Parecer nº 00100/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU*.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. *Inquérito civil nº 1.30.001.001111.201442*. Relatora Monica Nicida Garcia. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Ministério público federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. *Estudo Técnico nº 01/2017*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe; GAROFANO, Rafael Roque; CASTRO E SILVA, Philippe Ambrosio. *Considerações sobre a responsabilização objetiva da pessoa jurídica por atos de corrupção. Lei 12.846/2013*. Disponível em: <<http://www.ibdee.org.br/consideracoes-sobre-a-responsabilizacao-objetiva-da-pessoa-juridica-por-atos-de-corrupcao-lei-12-8462013/>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

COUTINHO, Alessandro Dantas; BREDA, Lara Carvalho. A (Im) Possibilidade de Afastamento da Vedação à Realização de Transação, Acordo ou Conciliação nas Ações de Improbidade Administrativa. *RSDA*, n. 141, set. 2017 (Edição Especial) – PARTE GERAL – DOCTRINA.

DA SILVEIRA, Burnier. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *RDC*, v. 2, n. 2, Nov. 2014, p. 5-22. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/84>>. Acesso em: 27 jun.2017

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na Lei de Combate à Corrupção. *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. Organizadores Jorge Munhós de Souza e Ronaldo Pinheiro Queiroz 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

FILHO, Marçal Justen. Desconsideração da Personalidade Societária e Responsabilização de Terceiros na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, a. 28, (241): 429-668, jan./mar. 2016.

HILL & BUCHAN, Lisa and Bruce. *An Intellectual History of Political Corruption*. Sussex: Palgrave Macmilan, 2014.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA*, v. 2, p. 509-527, 2015.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A Medida Provisória nº. 703/2015, que revogou o § 1º, do Art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa não autoriza Transação ou Delação Premiada para fins de demonstração de Indícios da prática do

Ato Ímprobo. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, a. 28, (241): 429-668, jan./mar. 2016.

MEDINA, Fábio Osório. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas – Responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* | Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014

MORIN, Edgar. *O Método*. São Paulo: Publicações Europa-América, 2001

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração pública*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo. Efeitos da Colaboração Premiada e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, a. 28, (241): 429-668, jan./mar. 2016.

SILVEIRA, Felipe Coutinho. *Aplicação Abrangente. Lei Anticorrupção pode retroagir parcialmente para redução de penas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-26/lei-anticorruptao-retroagir-parcialmente-reducao-penas>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Ponte. *O acordo de Leniência na Lei Anticorrupção*. São Paulo: Trevisan, 2017.

RECEBIDO EM: 12/02/2019

APROVADO EM: 14/05/2019

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E A ATIVIDADE DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU)

***THE PRINCIPLE OF COOPERATION AND THE ACTIVITY
OF THE BRAZILIAN GENERAL UNION LAW (AGU)***

Maurício da Cunha Savino Filó

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos.

Graduado e Especialista em Direito Processual pela PUC-Minas. Advogado

Ana Carolina Daros Neto

Graduada pelo Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul

Catarinense (UNESC). Advogada.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os modelos processuais estruturantes; 2 O Paradigma do Código de Processo Civil de 1973; 3 Mudança de paradigma: o Paradigma do Código de Processo Civil de 2015; 4 O princípio da cooperação e seu novo modelo de direito processual: o modelo de cooperação; 5 A Advocacia-Geral da União e sua postura processual; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo teve por objetivo realizar um paralelo entre os modelos processuais estruturantes existentes no Código de Processo Civil de 1973, adversarial e inquisitorial, e o modelo processual estruturante contemplado no Código de Processo Civil de 2015, o modelo de cooperação. O texto do artigo foi extraído de pesquisa científica finalizada. Buscou-se responder ao seguinte problema: a Advocacia-Geral da União pode cooperar para que se concretize a prestação efetiva da tutela jurisdicional de forma justa e célere? O método de abordagem foi o dedutivo, por meio de um método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica documental. Após serem explicados os modelos processuais estruturantes, constatou-se que os membros da Advocacia-Geral da União adotam uma postura de forte resistência processual, fomentadas pelo paradigma tradicional de processo. Entretanto, como aqueles se vinculam às orientações do Advogado-Geral da União, verificou-se que, por meios das Súmulas anuais da AGU, pode-se aplicar o princípio da cooperação, a fim de que a tutela jurisdicional ocorra de forma mais justa e célere. Por fim, averiguou-se a possibilidade de contribuições do direito romano republicano.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Código de Processo Civil de 2015. Editos do Pretor Romano. Paradigma. Princípio da Cooperação.

ABSTRACT: This article discusses and expands performed a parallel between the structural procedural models existing in the Civil Procedure Code of 1973, adversary and inquisitorial, and the processual structural model existing in the Civil Procedure Code of 2015, the cooperation model. The text of the article was extracted from the finished scientific research. Wanted to answer the following problem: the Brazilian General Union Law (AGU) can cooperate to obtain of a fair decision in a reasonable time? Use of approach deduction, by means of a monographic procedure method and documentary bibliographic research technique. After explaining the structural procedural models, it was found that the members of the Brazilian General Union Law (AGU) adopt a stance of strong resistance, motivated by factors that support the traditional paradigm. However, as those are linked to the guidance of the General Law of the Union (AGU), it was found that of principle of cooperation can be fulfilled, by means of the AGU Annual Summaries, to obtain of a fair decision in a reasonable time. Finally, the possibility of contributions of Roman Republican law was investigated.

KEYWORDS: Brazilian General Union Law (AGU). Civil Procedure Code of 2015. Paradigms. Principle of Cooperation. Roman Praetor.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105 de 2015 (CPC 2015) representa um esforço de concretização do Estado Democrático de Direito, pois aventou a possibilidade do modelo processual de cooperação como forma de construção conjunta de decisões judiciais justas e efetivas. A busca pelo acesso à justiça troca a sobreposição do poder estatal, pela participação efetiva de todos os sujeitos do processo, a fim de que, em conjunto e por meio do diálogo, se consiga atingir a melhor solução do litígio.

A proposta é ousada e foge ao paradigma processual de 1973, quando se estabeleceu o Código Buzaid: estanque em razão das fases processuais bem definidas, que indicava ao juiz, de acordo com o direito material, atuações pelo princípio dispositivo ou pelo princípio da livre investigação das provas.

Ocorre que na seara do direito público, a atuação da Advocacia-Geral da União obriga a contestar e a recorrer da maioria das decisões que sejam desfavoráveis aos interesses da União, o que não se coaduna com o modelo adotado no atual Código de Processo Civil. Na maior parte das vezes que seus membros reconhecem o direito do autor, veem-se obrigados a manter uma postura de oposição, postergando a obtenção da decisão judicial justa e efetiva.

Tendo estes elementos em vista, o debate será em razão do seguinte problema: a Advocacia-Geral da União pode cooperar para que se concretize a prestação efetiva da tutela jurisdicional de forma justa e célere?

Caso a hipótese básica seja confirmada pela resposta positiva ao problema, deve-se analisar como isto seria possível. Não se confirmando esta possibilidade, deve-se reconhecer que o princípio da cooperação não pode ser aplicado nos casos em que a AGU atue, em razão do regime jurídico de direito administrativo.

O tema apresentado pesquisará a mudança do paradigma processual entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, a pesquisa se desenvolverá em três seções.

Na primeira seção, explicar-se-á o paradigma do Código de Processo Civil de 1973 e o modelo processual por ele adotado, apontando, brevemente, as tradições jurídicas que originaram os modelos seguidos até então.

Na segunda seção, serão verificados os motivos que levaram a elaboração de um novo Código de Processo Civil e as consequências jurídicas da adoção do princípio da cooperação.

Na seção final, analisar-se-á a funcionalidade das Súmulas da Advocacia-Geral da União e as prerrogativas de seus membros.

O método empregado para a realização deste trabalho será o dedutivo, por meio de um método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica documental.

1 OS MODELOS PROCESSUAIS ESTRUTURANTES

Os modelos processuais não são finitos, o que significa dizer que podem se constituir em diferentes tempos (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 37). No direito brasileiro, o princípio do devido processo legal, consagrado expressamente na Constituição de 1988, serve de cláusula geral para quaisquer modelos de direito processual aqui existentes (DIDIER JR., 2016, p. 68 e 121).

Os dois modelos de estruturação do processo existentes na civilização ocidental identificados pela doutrina, segundo Didier Jr. (2016, p. 121/126), são o *adversarial* e o *inquisitorial*, utilizados no direito brasileiro anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015.

Antes de tratar especificamente dos modelos de estruturação processual supracitados, importante esclarecer, ainda que de forma sucinta, da origem e influência das duas grandes tradições jurídicas¹. Pelo fato de a *civil law* e a *common law* terem sua origem em diferentes contextos político-culturais, seus institutos e conceitos jurídicos divergem em muitos aspectos (MARINONI, 2009, p. 12).

A tradição jurídica *civil law*, também denominada família romano-germânica, comumente tem sua origem histórica vinculada ao renascimento do direito romano na Europa continental. Segundo Barreiros (2011, p. 21), o fato de o direito romano encontrar-se escrito proporcionou maior segurança para resolver os problemas de uma sociedade que se expandia social e comercialmente do que o direito baseado nos costumes.

1 Tradição jurídica, no sentido adotado por Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 22-23), quer significar “um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política”, influenciando o modo como o direito vai se estruturar, se estudar e se perpetuar no tempo.

Não se coloca em dúvida o avanço que o direito romano representou perante uma sociedade de produção jurídica feudal e episcopal², que não dependia de fundamentações jurídicas aprofundadas³ e que não podia estudar a ciência jurídica. Não obstante, não é demais a ressalva de que o direito codificado por Justiniano se refere a um período decadente de Roma, quando as ciências já se encontravam em pleno declínio, em especial, o Direito. O período do Dominato, marcado pela decadência do direito romano, passou a se basear em uma estrutura hierárquica e centralizada (DEL GIUDICE, p. 185). Muito do que se registrou foi produzido época atrás, como na República dos Romanos, quando os pretores, que anualmente orientavam sua política de administração da jurisdição⁴, por meio dos editos.

A *Common Law* surgiu inicialmente na Inglaterra, quando estava em pugna com o sistema de composição pela equidade (*Equity*) de forte influência eclesiástica. Os elementos do *Equity* não se perderam, foram incorporados ao modelo anglo-saxão; porém, manteve-se a sistemática que não se prendia à codificação (PARICIO; BARREIRO, 2014, p. 206-212). Sem adentrar a detalhes históricos, a *Common Law* estendeu-se a outros países de base anglo-saxã.

Apesar da divergência entre doutrinadores acerca das diferenças entre as duas tradições jurídicas, Barreiros (2011, p. 38) faz uma síntese geral das principais características que as distingue. Algumas delas dizem respeito ao surgimento e desenvolvimento do direito romano na *civil law*, sob o qual exerce grande influência, antepondo seu desenvolvimento às regras de direito civil e tendo a lei como fonte primordial do direito. O contrário acontece na *common law*, que recebe pouca influência do direito romano do Dominato, desenvolve primeiramente as regras processuais e adota, precipuamente, a jurisprudência como fonte, e num momento posterior os precedentes.

2 Segundo Silva (1943, p. 10), desde o início do século II a Igreja foi controlada por bispos, cujas funções jurisdicionais e administrativas, por eles desempenhadas, eram exercidas por meio de poderes apostólicos, independentes e incontestáveis por outro bispo.

3 Reduziu-se o *judex* a mero aplicador de um direito que sistematizava o que já havia sido produzido (PARICIO; BARREIRO, 2014, p. 175).

4 Pilati sobre o assunto (2013b, p. 27): “a jurisdição romana resume-se a *tria verba solemnia*: dico (publicar uma regra geral em um edito, ou regular uma contenda por um interdito); do (dar um juiz às partes), addico (reconhecer um direito em benefício de uma parte; também, homologar o que as partes pactuam; exercer jurisdição voluntária). Dicer, na linguagem jurídica e religiosa, é dizer com caráter solene, técnico. *Addicere* é aprovar, estar de acordo. Donde: adjudicar, confirmar a vontade das partes (por ato jurisdicional)”.

Quanto à tradição jurídica, à qual pertence o direito brasileiro, Barreiros (2011, p. 44) aponta que o Brasil, originariamente, em razão de sua colonização, pautou-se na tradição romano-germânica; porém, hoje, também recebe grande influência jurídica anglo-saxônica⁵. Em razão disto, para Zaneti Júnior (2012, p. 119) a tradição brasileira seria híbrida, pois já contaria com elementos de ambas as tradições jurídicas, o que seria uma vantagem por permitir uma aplicação mais democrática da justiça.

Para Didier Jr. (2016, 59-61), o sistema brasileiro não se enquadra em nenhuma das famílias. Compatibiliza-se com ambas, mas não é flexível a qualquer delas, sendo uma tradição jurídica própria e peculiar.

Com relação aos modelos de estruturação processual, verifica-se que o modelo adversarial ou dispositivo é aquele em que a condução formal e material do processo prevalece às partes, sendo comumente associado a dois elementos, conforme menciona Borges (2015, p. 23), ao *common law* e ao princípio dispositivo, apesar de não estar restrito aos países integrantes da tradição consuetudinária anglo-saxã.

O princípio dispositivo, para Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 88), “consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão”.

No modelo dispositivo, as partes assumem uma posição de disputa entre si, diante do órgão jurisdicional, cuja principal função é a de decidir a lide (DIDIER JR., 2016, p. 122). Conforme se extrai de Moreira (2003, p. 118), o *adversary system* confere às partes (pela atuação de seus advogados) o controle de como irão litigar, sendo que o juiz é visto como aquele que atua para decidir questões controversas, de mérito ou de procedimento.

Por sua vez, o modelo inquisitorial é vinculado à tradição da *Civil Law* e prepondera o princípio inquisitivo, ou seja, ao juiz são atribuídos poderes desde o início da relação processual em toda sua condução, independentemente da vontade das partes (DIDIER JR., 2016, p. 123). A atividade probatória passaria a ser do juiz, sendo a relação jurídica vertical, assumindo este uma posição superior à das partes, buscando a verdade dos fatos por meio das provas, sendo o exame dessas considerado indispensável para a prolação de uma decisão justa (BARREIROS, 2011, p. 96).

5 Como por exemplo, a autora cita a adoção do controle de constitucionalidade desde a Constituição Republicana de 1891, a preocupação com a tutela de direitos supra individuais, a Supremacia da Constituição, a consciência acerca do devido processo legal, o sistema de precedentes, que recentemente vem ganhando força, o que revela a aproximação dos sistemas e suas influências.

O fato é que não se pode falar modernamente em modelos absolutamente dispositivo ou inquisitivo, mas sim em elementos adversariais e inquisitoriais no mesmo Código (Didier Jr., 2016, p. 124).

2 O PARADIGMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

O Código de Processo Civil de 1973, identificado por Código Buzaid, consagrou o formalismo processual, ao passo que não dava importância ao social, até mesmo quanto ao acesso à justiça, contrariando, desse modo, importantes tendências processuais civis (MAZZEI, 2016, p. 53-62). Apesar da superioridade técnica existente, o Código Buzaid, à época, possuía como característica a individualidade entre sujeito passivo e sujeito ativo, vindo a sofrer alterações para adaptar-se tardiamente ao novo contexto de valorização social que era vivenciado após as duas grandes guerras mundiais (THEODORO JR., 2016, p. 21). Em decorrência disso, a partir da última década do século XX realizaram-se algumas reformas no ordenamento jurídico com o intuito de modernizar e efetivar a prestação jurisdicional, apaziguando a crise existente no judiciário. Todavia, em que pese tenha alterado o ordenamento, não modificou a realidade de um judiciário moroso (JAYME; SALOMÉ, 2017, p. 4).

Essas reformas processuais, que tiveram início em 1990, são definidas por Pinho (2015, p. 88) como “processo fragmentado em dezenas de pequenas leis que se destinam a fazer mudanças pontuais e ajustes ‘cirúrgicos’”, sendo que com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e a determinação de que toda interpretação legal deve ser dada em consonância ao Estado Democrático de Direito, o direito processual sofreu diversas alterações para enquadrar-se no novo paradigma (MAZZEI, 2016, p. 63).

Diante disso, foi apresentado ao Congresso Nacional em 2010 o Projeto de um novo Código de Processo Civil, sendo em 17.02.2014 aprovado o texto que originou a Lei 13.105 de 16.03.2015 (BRASIL, 2017)⁶.

A evolução da sociedade e a transformação dos valores sociais que a permeiam acarretaram na necessidade da construção de um Novo

6 Na exposição de motivos do anteprojeto foi apontado que as numerosas alterações no Código de Processo Civil de 1973 enfraqueceram a coesão das normas processuais, prejudicando a celeridade processual. Justificaram, dessa forma, que a preservação da sistemática das normas processuais culmina em uma maior funcionalidade. Ademais, atestaram não haver prejuízo das manutenções e aperfeiçoamento positivos das alterações realizadas desde 1992 até a elaboração do novo código, mas sim se somando a eles outros mecanismos a fim de lhe conferir uma maior eficiência (BRASIL, 2010, p. 12).

Código de Processo Civil, a fim de torná-lo capaz de responder aos novos e numerosos problemas existentes.

Pilati (2015, p. 14-16) defende que a crise do direito na Modernidade tem relação com a insuficiência dos instrumentos políticos e jurídicos às transformações da sociedade, sendo essa muito mais complexa do que aquela das codificações. Defende, assim, a existência de um direito digno capaz de corresponder aos novos anseios, mas preservando as conquistas da liberdade, propriedade, Estado, segurança jurídica, democracia, Constituição, sendo esse o desafio da *complexidade jurídica pós-moderna*. Desse modo, adota como método a ideia de paradigma para poder confrontar Modernidade e Pós Modernidade⁷.

A atual concepção de Estado Democrático de Direito, por sua vez, não permite que os conflitos sejam abandonados de forma livre ao entendimento de magistrados ou ao dualismo exacerbado das partes.

Assim, o paradigma do Código de Processo Civil de 1973, modificado por mais de sessenta reformas, deu ensejo a um novo paradigma, adotado no Código de Processo Civil de 2015 por meio de princípios que visam a garantir o acesso à jurisdição, a efetivação da ideia de celeridade e eficácia da tutela jurisdicional por meio da cooperação.

3 MUDANÇA DE PARADIGMA: O PARADIGMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como proposta do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988, tem-se que as soluções que devem ser dadas pelo Estado sejam construídas com a participação das partes (PINHO, 2015, p. 118). Por isso que, nas palavras de Theodoro Júnior (2016, p. 21): “[...] sentiu-se na seara do processo a imperiosa necessidade de adaptar-se às novas concepções que valorizavam o social e a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer pensados pelo direito processual”.

Por se entender que os modelos tradicionais de processo são “[...] incapazes de dar respostas humanísticas e éticas aos novos anseios da população [...]” (Figueiredo Filho e Mouzalas, 2016, p. 51), o Código

7 A Pós-Modernidade jurídica, segundo Pilati (2015, p. 16-25), é uma nova prática, legitimada pela Constituição, que substitui o paradigma da dicotomia presente na modernidade do público/privado, indivíduo/Estado; incluindo no novo paradigma um terceiro elemento: público/privado/coletivo; Indivíduo/Estado/Sociedade .

de Processo Civil de 2015 inova pelo processo concebido a partir do princípio da cooperação, em uma perspectiva constitucional, que possibilite a prestação jurisdicional digna, com uma decisão justa⁸ e efetiva⁹.

O parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal prescreve que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2017). Com base nesse artigo, a Pós-modernidade atingiu o núcleo duro do sistema moderno¹⁰, o que acarretou numa mudança da soberania estatal, que passou então a ser compartilhada com a sociedade. Portanto, a Pós-Modernidade Jurídica passou a ser legitimada pela Constituição Federal de 1988, sendo uma nova prática a ser operada com uma teoria Pós-moderna do Direito, para que se “redefina objetos, sujeitos e processos, e abra espaço para novas práticas jurídicas em favor do Estado, dos Indivíduos e da Sociedade [...]” (PILATI, 2015, p. 24).

Por isso que os princípios constitucionais da democracia e contraditório são extremamente interligados (THEODORO JR. (2016, p. 82), e é por isso que a participação das partes no processo se coaduna com o que propõe a Constituição Federal. Ressalte-se bem que se trata de possibilidade jurídica, mas não de obrigação/imposição.

4 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E SEU NOVO MODELO DE DIREITO PROCESSUAL: O MODELO DE COOPERAÇÃO

Entender a cooperação pelo paradigma dos modelos tradicionais de processo torna-se inviável, pois, seria entender que há uma obrigação de cooperação que não pode ser refutada, sob pena de o Estado se desobrigar a decidir acertadamente e de concretizar a decisão em tempo razoável (STRECK, DELFINO, BARBA e LOPES, 2014, P. 1-8). Parece que esta não seria a melhor interpretação frente à constituição quando se lê o art. 6º, CPC 2015: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2017).

8 Por esses motivos que o Código de Processo Civil de 2015 se empenhou em estruturar-se harmonicamente à Constituição Federal de 1998, privilegiando o diálogo para a construção da tão almejada decisão justa (MANDELLI; CHAVES, 2012, p. 16).

9 Theodoro Jr. (2016, p. 25) define essa efetividade como sendo: “[...] aquela que, a par de viabilizar a composição dos conflitos com total adequação aos preceitos do direito material, o faça dentro de um prazo razoável e sob método presidido pelas exigências da economia processual, sempre assegurando aos litigantes o contraditório e a ampla defesa”.

10 O autor afirma que esse artigo da Constituição abriu novas formas de produção de Direito, diferente da tradicional moderna, onde a sociedade tem participação direta em sua construção (PILATI, 2015, p. 24).

Sobre o assunto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 499) afirmam que a interpretação do artigo deve ser no sentido de que a colaboração devida no Estado Constitucional não é entre as partes, mas sim do juiz para com elas. Afirmam que “as partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio”.

Streck, Delfino, Barba e Lopes (2014, p. 1-8) afirmam que referido texto distancia-se dos preceitos constitucionais para obtenção de decisões justas e efetivas em tempo razoável, pois ao impor às partes o dever de cooperar para o alcance dessas, não as intitula como um direito que já é garantido constitucionalmente. Acerca disso, Marinoni (2015, p. 74-75) discorda, afirmando que a colaboração não visa retirar a autonomia individual e auto responsabilidade das partes, mas apenas incrementa os poderes de condução do juiz, possibilitando-o que posteriormente profira uma decisão justa, sendo também responsabilizado pelos seus resultados.

Sobre as críticas feitas em relação a suposta utopia entre as partes colaborarem entre si, Machado (2016) afirma que “não se pensa aqui em um jardim do Éden”, pois não se objetiva uma amizade entre as partes, uma vez que a intenção da colaboração não é coibir a defesa dos interesses dos litigantes, mas sim de que haja uma cooperação entre ambas, a fim de que sejam observados os deveres de veracidade e de lealdade. Esse princípio, portanto, não retiraria a liberdade das partes, tendo em vista que elas têm interesses contrários e parciais, mas apenas impõe seu exercício em consonância com as regras do processo: “dentro dessa perspectiva, fica claro que a cooperação está em plena consonância com a Constituição Federal de 1998” (Pinho, 2015, p. 412).

Considerando que o princípio da cooperação, que decorre dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, orienta a forma que o processo civil deve se estruturar no direito brasileiro, é viável se pensar que o redimensionamento do contraditório retirou o órgão jurisdicional da posição de expectador de duelos¹¹ para colocá-lo em igualdade (simetria) entre as partes até o momento da decisão, que é o resultado da atividade processual em cooperação (DIDIER JR., 2016, p. 126-127).

11 Para Didier Jr. (2016, p. 126): “A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais”.

Sabe-se que o modelo cooperativo foi instituído para se diferenciar dos modelos anteriormente adversarial e inquisitorial, principalmente por haver um espaço para o diálogo¹². Em razão disto, Donizetti (2012) afirma que esse moderno modelo processual, que confere ao juiz uma postura de participante ativo do contraditório, também almeja uma democracia participativa no processo com a participação ativa das partes, legitimando assim o procedimento¹³.

Do princípio da cooperação decorrem deveres processuais que orientam seus sujeitos na adoção de uma postura colaborativa à obtenção útil do processo. Dentre os deveres do Juiz, encontram-se o dever de esclarecimento, de diálogo ou consulta, de prevenção e de auxílio (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 499).

Sob o enfoque das partes, Didier Jr. (2016, p. 129) indica o dever de esclarecimento, de lealdade e de proteção. No dever de lealdade¹⁴ é que surge a premissa de que as partes não podem se utilizar dos mecanismos processuais apenas com o intuito de procrastinar a obtenção da tutela jurisdicional.

Apesar de ser um assunto que requer mais observações e vivências processuais para maiores posicionamentos, não parece haver dúvidas quanto à validade do princípio e a necessidade de que ele não se torne inócuo¹⁵,

12 É o que defende Peixoto (2013, p. 89) ao afirmar que essa é uma das principais características do modelo processual de cooperação, uma vez que a condução realizada de forma simétrica impede a atuação predominante de algum dos sujeitos processuais, valorizando, desse modo, o diálogo. O modelo cooperativo é defendido por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 496) como sendo o modelo de processo justo. Afirmando que funciona como uma “comunidade de trabalho” onde o juiz e as partes trabalham de forma equilibrada para atingir, por meio do diálogo, a melhor decisão para o caso.

13 Por essas razões, Donizetti (2012) afirma que é necessário mudar essa mentalidade de individualismo no processo, como se fosse um combate ou um jogo de impulso egoístico, para uma postura de colaboração com boa-fé e ética, a fim de fortalecer o diálogo processual e obter uma justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto.

14 As sanções previstas para a prática de tais condutas protelatórias se encontram no art. 81 do Código de Processo Civil de 2015, considerando-se como litigante de má-fé aquele que, dentre outras disposições do art. 80: opuser resistência injustificada ao andamento do processo (inciso IV), provocar incidente manifestamente infundado (inciso VI), interpusse recurso com intuito manifestamente protelatório (inciso VII).

15 Conforme Pinho (2015, p. 411) afirma que, uma vez excluído esse dever de cooperação das partes entre si, restaria inócuo uma de suas principais finalidades, que é a de tornar o processo civil algo mais eficaz, mais célere e menos custoso: “A experiência mostrou que, sem a cooperação das partes, não há como promover a celeridade do processo judicial. A existência no processo civil de inúmeros instrumentos e recursos à disposição das partes para assegurar os direitos e as garantias constitucionais processuais demanda uma atuação cooperativa das partes e de seus procuradores que atente para as necessidades do caso concreto, para o uso adequado dos instrumentos processuais e para as limitações do Poder Judiciário, já assoberbado de processos”.

pois, com a participação e contribuição de todos os sujeitos processuais, o órgão judicial pode ter a possibilidade de concluir a prestação jurisdicional de forma mais célere e com maior eficácia, o que contribuiria para se alcançar a tão almejada decisão justa.

5 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E SUA POSTURA PROCESSUAL

A Advocacia-Geral da União (AGU) nasce com a Constituição Federal de 1988, quando houve a necessidade de atribuir a órgãos distintos a defesa de interesses distintos. A AGU é a instituição que representa a União, diretamente ou através de órgão vinculado, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo (art. 131, da Constituição Federal c/c art. 1º e parágrafo único da Lei Complementar 73 de 1993).

O mais alto órgão e chefe da Advocacia-Geral da União é o Advogado-Geral da União, sendo escolhido pelo Presidente da República e submetido à direta, pessoal e imediata supervisão desse (art. 3º da Lei Complementar 93 de 1993).

Apesar disso, a defesa do Estado não poderia se confundir com a defesa de governo, uma vez que o advogado de Estado deve buscar a defesa do interesse público, não se envolvendo na defesa dos interesses do governo (GRANZOTTO, 2007, p. 10). Isso porque o interesse público não se confunde com o interesse do Estado. Segundo Justen Filho (2013, p. 155), essa concepção seria incompatível com a Constituição Federal: “o equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado”.

E é com base nisso que Rufino (2014) defende que o compromisso do Advogado público é com a sociedade, uma vez que exerce uma advocacia de Estado e não de governo. Não tem como missão “defender cegamente o órgão a que está vinculado ou o governante que está no poder no momento [...] Mira o interesse público primário, está comprometido com a lei e com a preservação do Estado Democrático de Direito”. Assim, a atuação dos membros da AGU deve ser exercida na busca desse interesse público.

A Lei Complementar nº 73 de 1993 dispõe que é atribuição do Advogado-Geral da União, dentre outras, a edição de súmulas administrativas (art. 4º, inciso XII), sendo essa de caráter obrigatório para todos os membros elencados nos arts. 2º e 17 dessa mesma Lei (art. 43).

Observa-se que na própria lei orgânica da AGU há previsão expressa de proibição por meio de seus membros efetivos de contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União, conforme prescreve o art. 28, inciso II da Lei nº 73 de 1993, assim como há previsão de que os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União no início de cada ano (art. 43, § 2º, Lei nº 73 de 1993).

Em 2 de julho de 2008 foi expedido o Ato Regimental nº 1, dispondo sobre a edição e aplicação de Súmulas da Advocacia-Geral da União (VALENTE, 2013, p. 19). Elas representam, conforme dita o art. 2º do respectivo Ato Regimental: “a consolidação da jurisprudência iterativa dos Tribunais e têm caráter obrigatório para os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993”.

Essa nova regulamentação veda aos membros da Advocacia-Geral da União, aos Procuradores Federais e aos Procuradores do Banco Central do Brasil contrariar Súmula da AGU (art. 6º, Ato Regimental nº 1 de 2 de julho de 2008) (VALENTE, 2013, p. 30).

Da mesma forma, a nova regulamentação da Súmula dispensa a expedição de instrução normativa para a desistência ou a não apresentação de recursos, conforme prevê o § 2º do artigo 6º do respectivo Ato Regimental¹⁶.

A Constituição Federal de 1988, ao instituir a Advocacia-Geral da União, não previu sua independência funcional, diferentemente da previsão expressa feita aos membros do Ministério Público.

A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União também não anunciou tais prerrogativas. No entanto, Guimarães (2011, p. 35) aponta que o fundamento para a legalidade da independência funcional¹⁷ do Advogado Público se dá em decorrência de esse estar obrigado, além do regime estatutário que o vincula à entidade pública, também ao regime da Ordem

16 Os membros da Advocacia-Geral da União, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil que estejam em exercício nos órgãos de representação judicial da União ou de suas autarquias e fundações ficam autorizados a reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões judiciais nos casos que estejam em integral consonância com Súmula da AGU.

17 Alguns autores mencionam “independência-técnica” no sentido de ressaltar a independência intelectual dos membros da AGU, mas o que se discute neste trabalho é a independência no sentido de autonomia para tomar decisões dentro de um processo. Caso apareça a nomenclatura “independência-técnica” em alguma bibliografia utilizada, será por autores que não fazem esta distinção. A independência funcional, na verdade, abarca a independência-técnica.

dos Advogados do Brasil, que possui normas próprias que devem ser seguidas por todos os que exerçam a atividade de advocacia no Brasil.

Assim, a independência funcional do Advogado Público encontra respaldo na Constituição Federal, quando essa, em seu art. 133, dispõe: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 2017). Não obstante, o advogado público atua com parcialidade, representa um lado, que é o Estado e, desse modo, não pode pautar-se por sua simples opinião, por sua concordância ou não com escolha política do administrador, sendo a defesa do ato obrigatória nos casos em que não há invalidade jurídica (BRILHANTE, 2015).

Quanto à necessidade de respeitar as súmulas da Advocacia-Geral da União e os pareceres normativos, Rufino (2014) ressalta que essas não anulam, sequer restringem a independência funcional conferida aos Advogados Públicos¹⁸.

Sobre a postura de resistência processual, Brilhante (2015, p. 128) afirma que quase a totalidade dos advogados públicos “descartaria a recalcitrância processual, até recriminando sua ocorrência”, mas que na prática essa postura não consegue se concretizar, sendo marcada a Advocacia Pública por resistências inadmissíveis em decorrência do paradigma tradicional.

Rufino (2014) afirma que no âmbito do contencioso inexistente a obrigação “cega” de contestar ou recorrer de toda ação ou decisão contrária à Administração, uma vez que o Advogado Público tem como dever o bem comum, o interesse primário.

Os deveres funcionais do advogado público, por si só, não o obrigam a esgotar todas as instâncias, por vezes até, ao contrário, desaconselha essa postura ou veda-a em muitos casos (BRILHANTE, 2015, p. 142).

Mattos (2016, p. 55) adverte que, embora o advogado público não seja imparcial, pelo fato de representar os interesses de união, deve ser cauteloso e impessoal quanto aos direitos dos cidadãos, uma vez que isso

18 Cf. Rufino (2014): “A necessidade de uniformização de teses e procedimentos no âmbito da Advocacia Pública, seja como uma forma de assegurar a segurança jurídica (evitando-se uma anarquia jurídica, com a coexistência de interpretações jurídicas divergentes dentro da própria Administração Pública), seja como um caminho para diminuir a litigiosidade do Estado, aconselha a confecção de súmulas administrativas ou de pareceres normativos”.

também representa o interesse público do Estado. Destarte, por certo que a Advocacia Pública deve se manter parcial em sua atuação, sendo a não-resistência uma exceção a essa parcialidade.

Brilhante (2015, p. 39) justifica a afirmação supracitada declarando ser essencial a parcialidade na atuação da Advocacia Pública, pela razão de que essa representa uma das partes, a União, mas também pela contraposição essencial à melhor solução da demanda.

Assim sendo, a não-resistência processual, conforme Brilhante (2015, p. 39), é exceção, pois a parcialidade de cada uma das partes se configura essencial para o contraditório, a fim de que não fiquem ocultas questões que possam prejudicar a melhor solução da demanda. Destarte, tendo em vista os inúmeros mecanismos processuais, o dever de lealdade, decorrente do princípio da cooperação, se faz indispensável para que não haja um abuso quanto ao seu uso e, assim, a prestação jurisdicional possa ser obtida em tempo razoável.

De todo modo, a resistência processual deve ser vista apenas como um norte para a atuação do advogado público, e por isso existe possibilidade de uma conciliação entre a resistência e o princípio da cooperação consagrado no atual Código de Processo Civil.

6 CONCLUSÃO

Pelos estudos que foram realizados, dentro das referências apresentadas, verifica-se que nunca houve no direito brasileiro um modelo totalmente adversarial ou inquisitorial, sendo que em cada tema de direito material prepondera um dos sistemas e, por haver equilíbrio entre eles no atual código de processo civil brasileiro, é que se entende tratar de um modelo concebido para ser cooperativo.

Dessa forma, tendo em vista o atual Estado Democrático de Direito e sendo o Código de Processo Civil de 2015 o primeiro Código elaborado posteriormente à Constituição Federal de 1988, o modelo de direito processual instrumentalizou-se em consonância com a efetiva participação da sociedade, para que, de modo deliberativo, seja garantida a efetividade da prestação jurisdicional.

O modelo de cooperação decorre do princípio da cooperação, consagrado no Código de Processo Civil de 2015. Ele determina que todos os sujeitos do processo dialoguem entre si e contribuam para que a

demanda seja resolvida em um tempo razoável. E com isso não quer dizer-se que as partes adotem uma postura de amizade, mas sim que os sujeitos processuais atuem com veracidade e ética perante o juízo, em consonância com demais elementos constitucionais do processo.

Por outro viés, confirma-se que os membros da Advocacia-Geral da União atuam com uma postura de resistência processual quase que irrestrita, uma vez que defendem um lado, que é o Estado, por vezes configurando-se com excesso. Também se verifica que todos os membros estão vinculados às decisões do Advogado-Geral da União, uma vez que este é o responsável pela edição da Súmula da AGU, consolidada no começo de cada ano, devendo ser seguida por todos os seus membros.

Certifica-se também que a AGU exerce uma atividade de Estado e não de Governo, uma vez que defende o Estado primordialmente em seus interesses primários, sendo esses os interesses que cada indivíduo tem enquanto partícipes da coletividade. Com base nisso, conclui-se que, uma vez que a AGU defende os interesses da sociedade, obriga-se a resguardar o Estado Democrático de Direito.

Assim, ainda que haja certa liberdade de atuação dos membros da AGU, esta se limita ao Direito e à lei, uma vez que adstrita ao princípio da legalidade. Todavia, conclui-se que essa legalidade não se refere à literalidade da lei, e é por isso que a independência funcional (ou técnica) é garantida aos membros da AGU, para que possam atuar de acordo com seus conhecimentos técnicos a fim de alcançar a melhor solução para os interesses a que defendem. Com isso, verifica-se que a parcialidade é intrínseca e necessária ao contraditório efetivo, que é o legitimador do processo (e, portanto, indispensável) no Estado Democrático de Direito.

Desse modo, conclui-se que para que o princípio da cooperação se aplique às atividades da AGU, atuando seus membros no processo de acordo com o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, coadunando com o modelo processual de cooperação, depende-se da atuação do Advogado-Geral da União na edição das Súmulas anuais da Advocacia-Geral da União, que devem ser elaboradas visando a modificação do paradigma tradicional (moderno) de resistência.

Deve haver um trabalho do Advogado-Geral da União para perseguir o interesse público e se aproximar do modelo processual cooperativo, a fim de que seus membros, vinculados a estas súmulas, possam contribuir e atuar fora dos parâmetros adversariais. Isto não significa abdicar da

parcialidade inerente à AGU, uma vez que o objetivo não seria extinguir a resistência processual, mas sim que, em determinadas hipóteses, não se atue com o propósito protelatório. Com isso se evitariam possíveis condenações em litigância de má-fé, o que também se coaduna com o princípio da supremacia do interesse público.

Em tempos de se repensar o direito, cabe rever a atuação do Pretor da República dos Romanos, por meio de seus editos anuais, responsável pela administração da justiça casuística e pelo desenvolvimento da obra jurídica romana antes da grande codificação do Imperador Justiniano.

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10725/1/Lorena.pdf>>. Acesso em 14 abr. 2017.

BORGES, Sabrina Gressler. *A instrução probatória no novo CPC e os modelos processuais*. 2015. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/134581/000987265.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. Lei nº 73 de 10 de fevereiro de 1993. *Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. *Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. *Dispõe sobre o Código de Processo Civil*. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRILHANTE, Igor Aragão. *Antimanual do Advogado Público*. Recife: Nossa Livraria, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 31. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2015.

DEL GIUDICE, Federico. *Il nuovo manuale di storia del diritto romano (diritto pubblico romano)*. 5. ed. Napoli: Grupo Editoriale Simone, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DONIZETTE, Elpídio. *Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC, 2012*. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de; MOUZALAS, Rinaldo. In: DIDIER JR., Fredie (coordenador). *Novo CPC doutrina selecionada: Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“ambush decision”)*, volume 1: parte geral. 2. ed. revisada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

GUIMARÃES, Patrícia de Almeida Barbosa. *A Advocacia Pública da União e a Independência Funcional dos seus membros: Possibilidades e Limites*. 2011. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/224/Monografia_Patr%EDcia%20de%20Almeida%20Barbosa%20Guimar%EE3es.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2017.

GRANZOTTO, Cláudio. *Advogado de Estado – defesa do interesse público – independência funcional mitigada*. 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/advogado_de_estado_-_claudio_granzotto.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

JAYME, Fernando Gonzaga; SALOMÉ, Joana Faria. *Em busca de um processo civil efetivo*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b132ecc1609bfcf3>>. Acesso em: 12 maio 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO, Rosiane Ferreira. *O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil como meio para uma lide mais célere, justa e efetiva*. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52598/o-principio-da-cooperacao-no-novo-codigo-de-processo-civil-como-meio-para-uma-lide-mais-celere-justa-e-efetiva>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MANDELLI, Alexandre Grandi; CHAVES, Christian Frau Obrador. O dever de colaboração (entre e das partes) no processo civil constitucional e a efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora. *Revista da PGFN*, 2012. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/1%207%20dever%20de%20colaboracao.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Livraria RT. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*, v. 1. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MATTOS, Rodrigo Gerent. *Independência Funcional do Advogado Público Federal na Constituição da República Federativa do Brasil em uma advocacia de Estado atenta aos direitos dos cidadãos*. 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/22001>>. Acesso em: 29 set. 2017.

MAZZEI, Rodrigo. In: DIDIER JR., Fredie (coordenador). *Novo CPC doutrina selecionada: Breve história ('ou estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973*. v. 1: parte geral. 2. ed. revisada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

MOREIRA, José Carlos. Duelo e Processo. *Revista da ABLJ*, Rio de Janeiro, n. 23, 2003. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista23/revista23%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%E2%80%93%20Duelo%20e%20Processo.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2017.

PARICIO, Javier; BARREIRO, A. Fernander. *História del derecho romano e su recepción europea*. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2014.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *Revista de Processo*, n. 219, São Paulo: RT, 2013.

PILATI, José Isaac. Nota do tradutor. In: *JUSTINIANO, Imperador do Oriente*. Tradução de José Isaac Pilati. Florianópolis: Ed. da UFSC; Funjab, 2013. Livro segundo: Jurisdição.

PILATI, José Isaac. *Audiência pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1: teoria geral do processo – 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RUFINO, Fernando Bianchi. *O advogado público e a independência funcional*. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29887/o-advogado-publico-e-a-independencia-funcional>>. Acesso em: 28 set. 2017.

SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2017.

SILVA, Celedonio Nin Y. *Historia Política de los Papas. Desde la Revolución Francesa a Nuestros Días*. Montevideo: Editorial Independencia, 1943.

STRECK, Lenio Luiz et al. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum*. v. 1. 57. ed. revisada, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Histórico e Evolução da Advocacia-Geral da União*. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/historico_da_agu.pdf>. Acesso em: 14 set. 2017.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/O_Modelo_Constitucional_do_Processo_Civi.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2017.

RECEBIDO EM: 13/03/2018

APROVADO EM: 21/08/2018

DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO: UMA COLISÃO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E OS DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*THE UNCONSTITUTIONAL JUDGED THING AND
THE POSSIBILITY OF FLEXIBILIZATION: THE
COLLISION BETWEEN LEGAL SECURITY AND OTHER
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES*

Rodrigo Medeiros Lócio

Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pós-Graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera Univerp – LFG. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Atua na área de Direito Público. Procurador Federal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional; 2 A Coisa Julgada em Desconformidade com Decisão do Supremo Tribunal Federal; 3 A Coisa Julgada Injusta Inconstitucional; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho científico aborda, sob a ótica do direito constitucional e processual civil brasileiro, a polêmica da possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional. Volta-se ao estudo, em específico, da flexibilização da coisa julgada inconstitucional, analisando as questões da coisa julgada em desconformidade com decisão do Supremo Tribunal Federal e da chamada coisa julgada injusta inconstitucional, apresentando algumas situações já analisadas pelos tribunais brasileiros e sugerindo a utilização da técnica da ponderação dos interesses fundamentais para se obter a solução adequada no caso concreto. Por fim, concluiu-se pela possibilidade em casos excepcionais da relativização da coisa julgada inconstitucional, levando em consideração as ponderações do caso concreto posto em análise, constituindo o tema em apreço, assim, um instituto cabível para impedir a perpetuação de injustiças.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa Julgada. Inconstitucional. Segurança jurídica. Princípios. Relativização.

ABSTRACT: The present scientific work approaches, from the point of view of the Brazilian constitutional and civil procedural law, the controversy of the possibility of relativization the res judicata unconstitutional. The specific study of the flexibilization of the claim preclusion unconstitutional, analyzing the issues of the thing judged in disagreement with the decision of the Federal Supreme Court and the so-called unconstitutional unjust thing, presenting some situations already analyzed by the Brazilian courts and suggesting the use of the technique of weighing the fundamental interests in order to obtain the appropriate solution in the specific case. Finally, it was concluded that in exceptional cases the relativization of the thing judged unconstitutional, taking into account the considerations of the concrete case under analysis, constituting the subject under consideration, thus, a suitable institute to prevent the perpetuation of injustices.

KEYWORDS: Res Judicata. Unconstitutional. Legal certainty. Principles. Relativization.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o tema da flexibilização da coisa julgada vem sendo objeto de constante reflexão por parte dos operadores do direito. Não há, contudo, até o presente momento, solução efetiva para diversos problemas de ordem prática e teórica oriundos desse gradual processo de tentativa de afastar do instituto da *res iudicata* a rigidez que lhe é peculiar, tornando-o mais dinâmico e atento às circunstâncias casuísticas.

Com efeito, mesmo nos dias atuais, doutrina e jurisprudência costumam divergir bastante quando se está diante de situações que, em tese, clamam pela mitigação da coisa julgada. Afinal, o instituto da coisa julgada é um instrumento essencial à segurança jurídica, sendo considerado um dos corolários do estado Democrático de Direito.

Nessa linha de pensamento, parte da doutrina processualista, considerando os benefícios trazidos pelo instituto da *res iudicata*, colocam-no no ápice do ordenamento normativo, entendendo, assim, que, uma vez transitada em julgado a decisão judicial e esgotados os meios para sua impugnação, nada mais poderia ser feito visando a sua desconstituição. Assim, a doutrina clássica no direito processual possui entendimento no sentido de que a situação jurídica, objeto da sentença ou acórdão, perpetua-se. Tal entendimento é embasado sob a fundamentação de que o instituto da coisa julgada constitui um dogma como forma de propiciar segurança jurídica e estabilidade às decisões judiciais, sendo um direito fundamental - contido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal - e, portanto, cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV da CF/88.

Em contraposição ao entendimento supramencionado, diversos doutrinadores enfrentam a possibilidade de flexibilização do princípio da segurança jurídica em face da jurisdição constitucional, uma vez que, diante da interpretação da Constituição Federal sob o prisma do princípio da Unidade, deve ser ponderada, em cada caso concreto, a segurança jurídica em face de decisão eivada de inconstitucionalidade. Em outras palavras, há quem defenda a necessidade de ser perquirir acerca da possibilidade de reputar subsistente uma decisão judicial contrária à Magna Carta. Neste viés, afirma-se, basicamente, que, em sendo o Poder Judiciário um Poder constituído e não constituinte, suas decisões deveriam se adequar ao regramento constitucional, sob pena de se verificar uma autocracia jurisdicional pela falta de legitimidade constitucional.

Apesar desse rumo inicial, aprofundando no estudo da referida corrente, não se observa um consenso pormenorizado na fundamentação específica de quais casos permitiriam a desconsideração da coisa julgada inconstitucional, e quais os meios processuais adequados a se impugnar a decisão imutável.

Portanto, o presente estudo científico objetiva apontar a adoção de perspectivas e considerações possíveis no sentido da flexibilização da coisa julgada inconstitucional.

1 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Adota-se no presente artigo a corrente doutrinária que defende que a “coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisprudencial” (MARINONI, 2006, p. 630), sendo o objeto deste estudo a possibilidade ou não de mitigação da chamada coisa soberanamente julgada, ou seja, aquela na qual transcorreu *in albis* o prazo para o ajuizamento da ação rescisória.

A divergência quanto ao tema é imensa, havendo doutrinadores a exemplo de Barbosa Moreira, Nelson Nery Junior, Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, que são contrários à relativização, sob a ótica de que a coisa julgada é uma garantia constitucional, o que, por si só, obstaría a relativização, sob pena de afronta à segurança jurídica. Por outro lado, existem autores, à guisa de José Augusto Delgado, Carlos Valder, Humberto Theodoro Junior, Juliana Cordeiro de Faria, Candido Rangel Dinamarco e Alexandre Freitas Câmara, que tem sustentado ser necessário reconhecer que, em alguns casos, a coisa julgada não pode subsistir, devendo ser reconhecida a possibilidade de afasta-la.

Nelson Nery Junior defende a absoluta impossibilidade de relativização da coisa soberanamente julgada, independentemente de a decisão ser justa ou injusta, constitucional ou inconstitucional, uma vez que a coisa julgada é o elemento do Estado Democrático de Direito, e desconsiderá-la seria violar o princípio fundamento da democracia, o que é intolerável e possível apenas em regimes nazistas ou totalitários, concluindo que, por ser instrumento de pacificação social, “quando há a coisa julgada as partes devem submeter-se à sua autoridade, qualquer que tenha sido o resultado da sentença (inevitabilidade da jurisdição)” (JUNIOR, 2004, p. 505).

No mesmo sentido, inclina-se Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2004, P. 149) pela impossibilidade da coisa julgada inconstitucional, justificando que o mínimo que se espera do Poder Judiciário é a estabilização da vida do cidadão após o encerramento do processo que definiu o litígio. Nessa linha de raciocínio, pontua o citado doutrinador que o problema da justiça/injustiça da decisão não justifica a tese da relativização da coisa julgada, cujo relacionamento se dá não com o princípio da justiça, mas com o princípio da segurança dos atos jurisdicionais.

Todavia, parece que essa linha de raciocínio não pode prosperar, pois, conforme bem ponderado por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro Faria, não há insegurança maior do que a violação à magna carta do ordenamento jurídico (JÚNIOR, 2011, p. 79).

Realmente, a hipótese aventada não se coaduna com a dogmática contemporânea e com outros aspectos do direito constitucional. Com efeito, embora a coisa julgada seja uma garantia constitucional assegurada à parte que integrou relação processual e obteve prestação jurisdicional, no sentido de que a situação jurídica não seja modificada, não se pode atribuir à coisa julgada uma natureza intangível e absoluta, máxime quando estiver em confronto com outros direitos fundamentais de igual hierarquia e importância, até porque, como é cediço, não há princípios absolutos.

A propósito, é importante destacar que os direitos fundamentais – interpretados como princípios, a exemplo da segurança jurídica conferida pela coisa julgada – não são absolutos e ilimitados (MORAES, 2003, P. 61). Isto porque, os princípios – ao contrário das regras – por sua estrutura e natureza, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade sem que isso lhes afete a validade.

Desse modo, diante da colisão de direitos fundamentais deve ser utilizada a técnica da ponderação de valores para a solução dos casos de colisão de direitos fundamentais, a qual consiste em sopesar os princípios (direitos fundamentais) envolvidos no caso concreto para que seja determinado qual deve prevalecer.

Neste viés, a técnica da ponderação ou sopesamento consiste no meio de conciliação de princípios em tensão, em que cada qual é aplicado na medida em que melhor contribui para a justiça em um caso concreto. Sobre a técnica da ponderação, o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta a brilhante lição:

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. (BARROSO, 2004, p. 23)

Defende, ainda, que na técnica da ponderação de interesses “todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade”.

Cândido Rangel Dinamarco, defendendo a relativização da coisa julgada inconstitucional, assevera que nenhum princípio ou direito fundamental pode renegar de modo absoluto os demais princípios ou valores presentes da Constituição. Assim, pontua que, havendo colisão, um deles deve ceder posição ao outro após procedida uma ponderação ou interpretação razoável de qual princípio deve prevalecer na situação concreta, concluindo, pela propriedade e a legitimidade sistemática da locução aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional (DINAMARCO, 2001, p. 32).

Na mesma linha, assevera o Min. Teori Albino Zavascki:

A coisa julgada não é um valor constitucional absoluto. Trata-se, na verdade, de um princípio, como tal sujeito a relativização, de modo a possibilitar a convivência harmônica com outros princípios da mesma hierarquia existentes no sistema. Por exemplo: o da imparcialidade do juiz, o da boa-fé e da seriedade das partes quando buscam a tutela jurisdicional, o da própria coisa julgada e mesmo o da justiça da sentença quando comprometida de modo manifesto. Nos casos em que tais valores possam ficar comprometidos, relativiza-se a imutabilidade das sentenças, propiciando a correção de injustiça. (ZAVASKI, 2001, p. 126)

Vê-se, pois, após esta breve digressão sobre a relativização dos direitos fundamentais, que a segurança jurídica conferida pela coisa julgada não é absoluta, já que, caso a decisão judicial contrarie princípios ou regras constitucionais, poderá a referida garantia ser relativizada, notadamente através do emprego da técnica de ponderação de direitos fundamentais (CAMARA, 2003, p. 194).

Este entendimento, inclusive, vem sendo adotado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cujo precursor inicial da tese no referido

Tribunal foi o Desembargador Francisco Cavalcanti¹, sendo, a matéria, atualmente, adotada pela maioria da corte², consoante precedentes firmados no AG 103056/ALe na AC 497536/AL.³

Destarte, apesar de parte do Tribunal Regional Federal da 5ª Região entender pela possibilidade da flexibilização da coisa julgada inconstitucional, em busca realizada no sítio eletrônico da corte apenas foram encontrados precedentes adotando a referida tese em casos cuja a matéria já havia sido objeto de controle pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, não tendo sido apreciadas questões subjetivas quanto à constitucionalidade de determinado julgado em específico.

Merece ressalva, todavia, que, apesar dos autores acima citados defenderem a importância da flexibilização da coisa julgada inconstitucional, costuma-se observar que tal só deve ocorrer em casos extremos, não devendo ser banalizado, sob pena de tender à destruição da segurança jurídica.

Entrementes, a despeito do vasto posicionamento doutrinário entendendo pela possibilidade da relativização da coisa julgada inconstitucional, é importante ressaltar, consoante já destacado, a existência de duas hipóteses que ensejariam a relativização, sendo a primeira representada pelas decisões que possuem como fundamento norma ou interpretação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e a segunda configurada nos julgados que produzam extrema injustiça, em afronta clara e inaceitável a valores constitucionais essenciais ao Estado Democrático de Direito, o que passará a ser analisado.

2 A COISA JULGADA EM DESCONFORMIDADE COM DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A chamada “coisa julgada inconstitucional”, segundo parte da doutrina, é a sentença transitada em julgado que teve por fundamento lei

1 Proc. nº 200283000115407, AMS88924/PE, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, 2ª T., DJ de 25/05/2005, p. 999.

2 Em sentido contrário, apenas a 3ª T., no julgamento do Proc. nº 00051447420104058100 (AC541500/CE), de relatoria do Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJ de 27/06/2012, p. 350.

3 PROCESSO: 200905001126008, AG103056/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 08/03/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 11/04/2012 - Página 224; PROCESSO: 200880010006878, AC497536/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 15/12/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 19/12/2011 - Página 407

posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Inicialmente, convém destacar que a doutrina majoritária, baseada no princípio da constitucionalidade, passou a tentar garantir que qualquer ato do Poder Público esteja de acordo com a Constituição. Nessa linha de raciocínio, o princípio da constitucionalidade deveria ser aplicado a toda a categoria dos atos emanados do Poder Público, não importando se praticados pelo executivo, legislativo ou judiciário, uma vez que atos inconstitucionais podem emanar de todos os agentes públicos e serem perpetradas por diversos modos, estando, sempre, sujeitos a controle pelo judiciário.

A propósito, Paulo Otero expõe a seguinte lição:

como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma atividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição (OTERO, 1993, p. 123).

Não restam dúvidas, portanto, que uma decisão judicial amparada em lei posteriormente declarada inconstitucional, também deve ser considerada ato contrário ao texto constitucional.

Inexiste, todavia, consenso a respeito das consequências dessa constatação.

Nos dias atuais, seja em controle concentrado de constitucionalidade, seja – ao menos em casos excepcionais – em controle difuso (a objetivação do controle difuso), a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei, ato administrativo ou decisão judicial ocasiona a nulidade das normas ou atos viciados, possuindo, em tese, efeitos retroativos (*ex tunc*) e oponíveis contra todos (*erga omnes*), além vincular os demais órgãos do judiciário e do executivo (MORAES, 2006, p. 687).

Em relação aos efeitos retroativos da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma, o jurista Ivo Dantas defende:

Se a lei é nula (para alguns inexistentes), a situação a ser atingida pela inconstitucionalidade é aquela referente ao momento em que a norma entrou em vigor, e não aquela em que se proferiu a sentença de

Inconstitucionalidade, pelo que os efeitos retroagem e, evidentemente, se protraem, produzindo, assim, efeitos *ex tunc* e *ex nunc*.

Uma análise feita na jurisprudência de nossos tribunais aponta no sentido de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, retroagem e se protraem, exatamente por entenderem que a Lei viciada, é Lei Nula ou Inexistente e, portanto, não criam direitos nem deveres. (DANTAS, 2002, p. 592)

E, assim, conclui, expondo:

Todas as vezes que falamos em lei ou ato, incluímos no raciocínio a decisão judicial, isto porque, na lição de Paulo Otero, citado por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, “admitir resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos Tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz. (DANTAS, 2002, p 592)

Sob essa ótica, parcela considerável de juristas entende que a sentença, na condição de ato estatal, caso amparada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser desconstituída a qualquer tempo, uma vez que, em regra, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade seriam retroativos e oponíveis *erga omnes*. Merece ressalva, apenas, a questão da possibilidade de a Corte Suprema proceder à modulação dos efeitos da decisão, conforme dispõe o art. 27 da Lei 9.868/1999, o que, caso ocorra na decisão paradigma, pode evitar o surgimento de controvérsia acerca da possibilidade ou não de rescisão das sentenças amparadas na lei declarada inconstitucional.

Por outro lado, em sentido contrário ao exposto, Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart defendem que a coisa julgada não se sujeita – ou poderá se sujeitar – aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, sendo imune a eles. Inclusive, pontuam os autores que, segundo o Min. Gilmar Mendes, a coisa julgada seria uma das ressalvas aos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade (MARINONI, 2006, p. 673). No mesmo sentido é a lição de Clèmerson Merlin Clève, para quem “a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade” (CLEVE, 1995, p. 169).

Inclusive, esse entendimento já foi agasalhado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica em recente julgado, no Recurso Extraordinário nº 592912, relatado pelo Ministro Celso de Melo, no qual restou assim ementado:

superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “*ex tunc*” - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 - RTJ 164/506-509 - RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “*in abstracto*”, da Suprema Corte.⁴

Todavia, a questão da relativização da coisa julgada inconstitucional ainda não é pacífica, posto que, em outros julgados⁵, o Pleno do Supremo Tribunal Federal já autorizou a flexibilização.

3 A COISA JULGADA INJUSTA INCONSTITUCIONAL

Há quem defenda a flexibilização da coisa julgada injusta inconstitucional. Fundamentalmente, a “coisa julgada injusta inconstitucional” ocorre quando a decisão judicial de mérito transitada em julgado causa extrema injustiça, com ofensa clara e direta a preceitos e valores constitucionais fundamentais.

Conforme defendido por Norberto Bobbio (BOBBIO, 1997, p. 14/15), a justiça deveria estar sempre em conformidade com a lei, e, sendo a Constituição a mais importante de todas as leis, pode-se afirmar que uma decisão judicial que contraria seu texto é injusta ou violadora do princípio da justiça. O ideal de justiça, portanto, pode ser considerado um fim social, do mesmo modo que a igualdade e a liberdade. Neste ponto, Cândido Rangel Dinamarco, com muita propriedade, defende a relativização da coisa julgada e sustenta não ser legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas (DINAMARCO, 2001, pg. 32/43) estando na mesma linha de raciocínio do Ministro aposentado José Delgado (DELGADO, 2003, p. 45/61). Os citados autores defendem, assim, que

4 RE 592912 AgR, rel. Min. Celso de Melo, 2ª T., DJe de 22/11/2012

5 RE 363889, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 16/12/2011.

as decisões judiciais, ainda que protegidas pela garantia da coisa julgada, não poderiam subsistir diante de afronta à justiça.

Outrossim, a relativização da coisa julgada inconstitucional, nas palavras do Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, “justifica-se em face dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, além de outro valor de imensa grandeza, garantido constitucionalmente, que é a justiça das decisões judiciárias”⁶.

Com efeito, a injustiça da decisão também é vista, muitas vezes, sob o prisma da isonomia, uma vez que não existe situação mais injusta do que aquela na qual dois sujeitos submetidos a mesma hipótese recebem tratamento diferenciado. Analisando a questão sob a ótica do princípio da isonomia, convém destacar a lição de Tereza Arruda Alvim Wambier, *ipsis litteris*:

O princípio da isonomia se constitui na idéia de que todos são iguais perante a lei, o que significa que a lei deve tratar a todos de modo uniforme e que correlatamente as decisões dos Tribunais não podem aplicar a lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico. De fato, de nada adiantaria a existência de comando constitucionalmente dirigido ao legislador, se o Poder Judiciário não tivesse que seguir idêntica orientação, e pudesse decidir, com base na lei, no mesmo momento histórico (ou seja, sem que fatores históricos possam influir no sentido que se deva dar à lei) em face de idênticos caso concretos, de modos diferentes. Esses princípios têm, portanto, aplicação, por assim dizer, “engrenada”, funcionando ambos como pilares fundamentais da concepção moderna de Estado de Direito. [...] Do contrário, se verão feridos de morte o princípio da legalidade e da isonomia. (WAMBIER, 2003, p. 59/60)

Assim, tomando-se a igualdade sob o viés da justiça, a Constituição deve valer de forma igualitária para reger a conduta de todos e ter suas normas aplicadas com isonomia perante situações fáticas equivalentes.

Sobre a relativização da coisa julgada injusta inconstitucional, o Pleno do Supremo Tribunal Federal já admitiu a relativização da *res iudicata* formada em ações de investigação de paternidade, nas quais não fora possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético, em razão da ausência de realização do exame de DNA, sob a fundamentação da prevalência do direito fundamental à busca da identidade genética em

6 Proc. nº 200782000059734 (AC469563/PB), rel. Des. Francisco Cavalcanti, 1ª T., DJE de 12/11/2009, p. 144.

detrimento da coisa julgada, consoante decidido no Recurso Extraordinário nº 363889, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, publicado no DJe de 16/12/2011. A mesma tese, em casos idênticos, também já foi acolhida pelas turmas compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. no julgamento do AgRg nos EDcl no REsp 1201791/SP, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., DJe de 03/06/2013.

Por sua vez, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já admitiu, em diversas oportunidades, a relativização da coisa julgada inconstitucional em hipóteses nas quais: (i) a sentença declara existente um fato que não está adequado à realidade; e (ii) a sentença não atende ao princípio da justa indenização fixada em ação de desapropriação. (REsp 1015133/MT, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, 2ª T., DJe de 23/04/2010).

Nas situações julgadas pelas Cortes Superiores, caso não se admitisse a relativização da coisa julgada, extremas injustiças seriam - porquanto amparadas pelo manto da coisa soberanamente julgada - eternizadas, o que não é admissível no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, como ressaltado pelo professor Glauco Salomão, essa posição acaba assumindo “a existência de um antagonismo entre, de um lado, a segurança jurídica, representada pela manutenção da coisa julgada, e de outro, a justiça, representada pela sua flexibilização” (LEITE, 2006, p. 163).

Por certo, não há como estabelecer critérios objetivos para aferição da existência da injustiça, ou mesmo para medir sua seriedade ou gravidade, cabendo, assim, ao julgador, diante do caso concreto, realizar uma interpretação subjetiva. Por essa razão é que diversos doutrinadores criticam a relativização da coisa julgada na hipótese em apreço, pois estar-se-ia franqueando “ao Judiciário uma cláusula geral de revisão da coisa julgada, que pode dar margem a interpretações das mais diversas em prejuízo da segurança jurídica” (DIDIER, 2009, p. 442).

Conforme leciona Alexandre Freitas Câmara, o grande problema é que “a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria já definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria” (CAMARA, 2003, p. 466), considerando que é natural que a parte vencida não se conforme com os resultados negativos e contrários aos interesses pessoais.

Sobre as consequências da relativização sob o fundamento da injustiça, Araken de Assis faz advertência bastante pertinente, *in verbis*:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, a priori, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de 1º grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior. (ASSIS, P. 12/13)

Na mesma direção o professor Glauco Salomão aduz que “a tese da flexibilização que toma a “justiça” ou a “injustiça” da decisão como parâmetro para a relativização da coisa julgada pode conduzir a perpetuação das discussões judiciais com o inevitável aniquilamento da garantia constitucional da coisa julgada. Em síntese, a busca pela decisão “justa” poderia se arrastar *ad eternum* com o consequente esvaziamento normativo da garantia constitucional.” (LEITE, 2006, p. 165/166).

Todavia, a segurança jurídica não deve ser vislumbrada como fonte de eternização de injustiças, mas como um instrumento de defesa da segurança jurídica, e, havendo injustiça, segurança jurídica não há, a menos que se adote uma concepção essencialmente formalista desta última.

Gisele Mazzoni Welsh, sobre a segurança jurídica, destaca que esta deve ser observada sobre um prisma maior: a própria garantia do Estado Democrático de Direito, que busca a efetiva garantia dos preceitos constitucionais, mesmo que para isso seja necessário lançar mão da imutabilidade da coisa julgada (WELSH, 2008, p. 69).

A segurança jurídica deve, então, ser manejada como mais uma forma de se evitar a coisa julgada inconstitucional, fazendo prevalecer os demais valores que ela representa. Verifica-se, assim, que a relativização da coisa julgada injusta inconstitucional depende da ponderação de interesses constitucionais, o que é feito pelo magistrado diante do caso concreto.

Compartilha-se, pois, do entendimento da Min. Maria Thereza de Assis Moura⁷, segundo qual a solução a ser adotada deve ser um meio-termo, pois a tese da relativização da coisa julgada inconstitucional não pode ser utilizada como regra, mas sim como exceção, verificada caso a caso, sob pena de ser banalizada e, assim, enfraquecer a figura da coisa julgada (erigida à categoria de direito fundamental) e dificultar ainda mais a luta pela segurança jurídica, princípio que deve permear toda a atividade jurisdicional, sobretudo para que as decisões do Poder Judiciário tenham a força que um estado democrático reclama.

4 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho científico, buscou-se estudar a possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional, delimitando os entendimentos favoráveis e contrários à mitigação da *res iudicata*, analisando os casos concretos em que os Tribunais brasileiros se depararam com essa tese e delimitando os meios instrumentais de flexibilização da coisa julgada inconstitucional.

Adotou-se neste estudo a corrente doutrinária que entende pela possibilidade da relativização da coisa julgada inconstitucional, uma vez que a segurança jurídica conferida pela *res iudicata* não é absoluta, posto que, caso a decisão judicial contrarie princípios ou regras constitucionais, poderá a garantia em questão ser relativizada mediante o emprego da técnica de ponderação dos direitos fundamentais.

Com efeito, pelo demonstrado e seguido neste trabalho, parece existir uma convergência, para os que defendem a relativização da coisa julgada, no sentido de que o melhor método de análise para a escolha da preponderância de um princípio sobre o outro é o da ponderação de interesses, amparado pelo também princípio constitucional da proporcionalidade, que, no caso concreto, deverá ser utilizado como um norte na solução do conflito.

Todavia, é evidente que o tema ainda necessita de uma maior definição, em especial por parte da jurisprudência dos tribunais superiores, levando-se em conta a sua relevância, na medida em que envolve um conflito de interesses fundamentais entre a segurança jurídica e a justiça, máxime porque no momento existem decisões controvertidas sobre a admissibilidade da tese no Supremo Tribunal Federal, enquanto que o Superior Tribunal de Justiça já a admitiu, embora em hipóteses restritas.

7 REsp 883.338/AL, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJ de 01/10/2007, p. 380.

Pelo exposto, conclui-se pela possibilidade da relativização da coisa julgada inconstitucional, levando em consideração as ponderações do caso concreto posto em análise, constituindo o tema em apreço, assim, um instituto cabível para impedir a perpetuação de injustiças.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. *Revista Jurídica*, n. 301/7-29.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A físcalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.
- DANTAS, Ivo. A Coisa Julgada Inconstitucional. In: *Fórum Administrativo. Direito Público*, ano 2, n. 15, maio 2002
- DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- DINAMARCO, Candido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, n. 2, jul./dez. 2001
- JUNIOR, Humberto Theodoro; FARIA, Juliana Cordeiro. Coisa Julgada Inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- JÚNIOR, Nelson Nery. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. v.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEITE, Glauco Salomão. Coisa julgada inconstitucional: relativizando a 'relativização'. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, SP, v. 14, n. 57, p. 155-191, out./dez.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. v. 2, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *Revista Gênese*, v. 31.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELSH, Gisele Mazzoni. A coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, v. 56, n. 364, fev. 2008, Porto Alegre: Notadez.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RECEBIDO EM: 14/11/2018

APROVADO EM: 21/12/2018

A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RAWLS E DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE RECURSO DE DWORIN

***THE CONSTITUTIONALITY OF AFFIRMATIVE ACTION
IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLES OF DISTRIBUTIVE
JUSTICE OF RAWLS AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY
OF FEATURE OF DWORIN***

Rosaly Bacha Lopes

*Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e
Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).*

José Claudio Monteiro de Brito Filho

*Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor do Programa
de Pós-Graduação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário
do Estado do Pará. Professor Titular da Universidade da Amazônia.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Reflexões sobre a Ação Afirmativa; 2 A Ação Afirmativa e os Princípios da Justiça Distributiva de John Rawls; 3 Ação Afirmativa e o Princípio de Igualdade de Dworkin; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente ensaio tem como objetivo primordial estabelecer reflexões sobre a ação afirmativa: sua história, seu objetivo, sua legalidade, bem como sua natureza e a eficácia no cumprimento de seus objetivos. Considerando a ação afirmativa como uma medida de redistribuição de bens sociais, pretendemos iniciar um preliminar debate teórico acerca da justiça distributiva. Nesse sentido, concentraremos nossa atenção no debate promovido por autores como John Rawls e Ronald Dworkin. A metodologia empregada baseou-se na leitura, análise e exposição de conceitos. Como conclusão, objetivamos fornecer uma exposição concisa dos pontos abordados em nosso ensaio.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Afirmativa. Grupos Vulneráveis. Justiça Distributiva.

ABSTRACT: The sense test aims to establish primary thoughts on affirmative action: your history, your purpose, your legality, as well as your nature and effectiveness in meeting its objectives. Whereas affirmative action as a means of redistribution of social goods, we intend to initiate a preliminary theoretical debate about distributive justice. In this sense, we'll focus our attention in the debate promoted by authors such as John Rawls and Ronald Dworkin. The methodology used was based on the reading, analysis and exposure of concepts. As a conclusion, we aim to provide a concise display of the points addressed in our test.

KEYWORDS: Affirmative Action. Vulnerable Groups. Distributive Justice.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem como objetivo primordial estabelecer reflexões sobre a ação afirmativa: sua história, seu objetivo, sua legalidade, bem como sua natureza e a eficácia no cumprimento de seus objetivos. A política afirmativa visa garantir aos negros seu direito ao acesso à educação superior, tencionando o combate e a superação de situações injustas de discriminações, desvantagem social, política, econômica, a par de outras. Entretanto, a política afirmativa, como política eficiente só o será se a política pública for pensada para o ingresso e, principalmente, para a conclusão em qualquer curso universitário.

É inegável, todavia, que o maior efeito devastador dos direitos humanos deu-se no campo da educação, sobretudo devido à discriminação em razão da raça, pois estes grupos vulneráveis são preteridos no acesso à educação de qualidade, pela falta de recursos materiais que possibilitam a sua inserção, em pé de igualdade com os beneficiários da injustiça perpetrada (BRITO FILHO, 2016, p. 61).

Assim, compreender o direito à educação como direito humano e fundamental é condição *sine qua non* da condição cidadã, o que resulta em uma vida comunitária que se aproxima dos ideais democráticos de convívio social, com liberdade e uma vida atuante nas decisões políticas (MANTOAN, 2006).

Ademais, tem-se que a escola é organizada para atender a um público privilegiado, com um projeto educacional elitista, que prima pelo mérito, de modo a homogeneizar esses alunos selecionados e, com isso, a escola, ao invés de incluir o ser diferente, vem prejudicando um direito fundamental de muitos estudantes (MANTOAN, 2006).

É discutível, portanto, o acesso ao ensino superior, visto que as desigualdades de oportunidades são patentes, na sociedade. Isso se deve à baixa eficiência dos ensinos fundamental e médio públicos, razão pela qual estudantes com poder aquisitivo têm melhor condição de se preparar em uma escola privada e, por conseguinte, serem bem sucedidos no vestibular (LAUREANO, 2008).

De se registrar, também, conforme observa Brito Filho, que existe no ensino público deficiência na base e, caso não seja adotada pelo Estado medida de correção, “manterão sempre o desnível verificado no grau de instrução das diversas classes sociais e dos grupos que compõem a sociedade” (BRITO FILHO, 2016, p. 76).

Nessas perspectivas, as Universidades em países como o Brasil, em desenvolvimento, apresentam-se como um espaço singular de invento e difusão do saber científico, de sorte que o mercado de trabalho agradece aos profissionais qualificados que o recebem. Apresenta, ainda, como instituição social que se compõe do tripé ensino, pesquisa e extensão e, ademais, como aparelho ideológico do sistema capitalista, igualmente mola motora da mudança social e do desenvolvimento (BELTRÃO; BRITO FILHO, 2014).

É nesse contexto que os direitos sociais e econômicos colocam em cheque a legitimidade do modelo institucional presente, de modo a reclamar a efetivação de direitos sociais conquistados. Portanto, as instituições precisam se adaptar para responder às questões oportunas à missão de compatibilizar a democratização de ingresso pleiteado pelos direitos sociais (BELTRÃO; BRITO FILHO, 2014).

As instituições como mola impulsionadora de transformação social precisam se aparelhar para atender às respostas dos grupos que procuram uma vaga na universidade, por esta razão as ações afirmativas são modelo de distribuição dos recursos que reclamam investimentos à instituição para formação de corpo discente diversificado (BELTRÃO; BRITO FILHO, 2014).

Brito Filho (2016) assevera que as ações afirmativas são uma das formas de medidas adotadas pelo Estado, com objetivo de corrigir as desigualdades e, com ela a exclusão, para esta empreitada faz-se necessário observar a sua compatibilidade da medida, vista sobre diversos ângulos.

Para Brito Filho (2016), a ação afirmativa será adotada quando ela for compatível com a correção da desigualdade. De modo contrário, a política afirmativa não será implantada quando a redução da desigualdade não for alcançado e, ademais, deve haver a escolha da medida a adotar, dentre as varias possibilidades, qual seja: fixação de cotas, benefícios de natureza fiscal ou estímulos, isso porque pertencer a um grupo vulnerável é, apenas, uma forma de escolha, dentre outras possíveis.

Portanto, espera-se, com a Ação Afirmativa que integrantes de minorias sejam beneficiados com perspectivas reais de ascensão na hierarquia social e de melhor posicionamento na sociedade. Para Gomes (2001, p. 48), as Ações Afirmativas podem ser pensadas, portanto, como um estímulo à educação e “ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários”.

Pensa Dworkin (2001, p. 440) que “somos obrigados a olhar os argumentos a favor da ação afirmativa com solidariedade e espírito aberto”. Sustenta o autor que o caso tem como único princípio genuíno o de que

Ninguém deve sofrer com o preconceito ou o desprezo dos outros. Afirma, ainda, que o direito em questão é constitucional e tem uma carga de importância fundamental, e que ao longo dos anos foi violado por exclusões racistas e quotas anti-semitas (DWORKIN, 2001, p. 448).

Brito Filho apresenta definição de ação afirmativa:

Forma ou modelo de combate à discriminação que, por meio de normas que estabelecem critérios diferenciados de acesso a determinados bens, opõe-se à exclusão causada às pessoas pelo seu pertencimento a grupos vulneráveis, proporcionando uma igualdade real entre os indivíduos (BRITO FILHO, 2016, p. 65).

Para Piovesan (2005, p. 49) a ação afirmativa é definida como “medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo como alcance da igualdade substantiva por parte dos grupos socialmente vulneráveis”. Eis que objetivam, entre outros, a promoção da igualdade material e a erradicação das discriminações.

Brito Filho (2016), reconhece que a ação afirmativa é uma medida temporária, de modo que alcançando seu objetivo de promover a igualdade, a política afirmativa deixa de existir, por perda de objeto.

Para Brito Filho (2016, p. 71), as pessoas são diferentes “e, mais do que isso, desiguais, em todos os níveis, não podendo o Estado e a sociedade ignorarem esta situação, como se ela fosse o diferencial que irá determinar a medida de nossa dignidade, por toda a vida, o que seria injusto”.

Nesse sentido, o Direito de ter direito lança a preocupação internacional de reduzir as diferenças e cria metas para um crescimento contextualizado e globalizado do ser humano. A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), almeja o desenvolvimento humano, proporcionando o direito de ter direitos. Ocorre que, esses instrumentos de controle, ainda, não foram capazes de resolver o problema das minorias, que são alvo da intolerância e da discriminação (SEGUIN, 2002).

Para Mantoan, nem toda diferença inferioriza as pessoas, por existir diferença e, também, igualdade, e assim, nem tudo deve ser igual nem tudo deve ser diferente. Dessa forma, conclui Santos (1995 apud MANTOAN, 2006, p. 75), “é preciso que tenhamos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza e o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza”.

Brito Filho (2016), afirma que as medidas de ações afirmativas não são suficientes, por si só, para alterar a realidade do ensino, no entanto, apresenta compatibilidade, em certo período, de modo a corrigir a exclusão e as desigualdades.

O presente ensaio tem como objetivo primordial estabelecer reflexões sobre a ação afirmativa: sua história, seu objetivo, sua legalidade, bem como sua natureza e a eficácia no cumprimento de seus objetivos. Para tanto, desenvolve-se em dois momentos.

No primeiro momento, intitulado “Reflexões sobre a ação afirmativa”, discute-se o caráter compensatório assumido pela ação afirmativa no Brasil, apresentando argumentos e críticas que ora endossam, ora questionam sua razão de ser e sua eficácia. Será oportuno centrarmos a discussão no problema social da discriminação, pois o intuito da ação afirmativa aqui posta em pauta é estabelecer o fim da discriminação aos negros. Discute-se, ainda, a questão da legalidade da ação afirmativa no contexto da constituição brasileira, especificamente, o seguinte problema: a ação afirmativa discrimina os brancos ao afirmar a prioridade aos negros? Como resposta, cabe mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal.

No segundo momento, interessa-nos apresentar os pressupostos necessários para a ação afirmativa e apresentar o modelo de sociedade que permite a melhor distribuição de recursos. Neste sentido, veremos que o modelo liberal de sociedade é aquele que melhor permite a distribuição de recursos. Neste sentido, será importante ter presente a teoria da justiça de John Rawls e Ronald Dworkin.

Por fim, o presente artigo, que se propõe como discussão teórica acerca da ação afirmativa, seus objetivos e sua legalidade, bem como sobre o modelo de sociedade que melhor se adequa à ação afirmativa, enquanto medida redistributiva, promove uma breve recapitulação do que fora tratado, ofertando uma visão concisa da discussão.

A metodologia empregada no presente artigo é que permite toda a análise do que se propõe. Tomou-se como base para esta fundamentação

resultados da revisão bibliográfica sobre o assunto, especialmente a teoria da justiça de John Rawls e Ronald Dworkin.

1 REFLEXÕES SOBRE A AÇÃO AFIRMATIVA

Nos Estados Unidos, o debate em torno da Ação Afirmativa tem origem nos primeiros anos da década de 1960, por meio de reivindicações democráticas, representadas pelos movimentos de direitos civis na luta por igualdade de oportunidades a todos. No Brasil, a construção da concepção de ação afirmativa se deu a partir da experiência travada nos Estados Unidos. Apesar disso, os tratamentos preferenciais e os sistemas de cotas já existiam há muito mais tempo em outros países.¹

Em nosso país, a ação afirmativa inaugurou uma nova fase, em que objetiva compensar erros cometidos no passado, como a discriminação de povos por conta de sua raça, herança nefasta de um passado escravocrata. Nesse sentido, a ação afirmativa tem como um de seus objetivos promover a igualdade de oportunidades para pessoas pertencentes a grupos vulneráveis, vítimas da discriminação racial.

Nesse sentido, a ação afirmativa assume caráter compensatório, pois visa reparar as injustiças do passado, cujas consequências ainda persistem. Alunos provenientes das minorias devem ter prioridade por conta do histórico de discriminação que os coloca em posição de inferioridade (SANDEL, 2014).

Todavia, há críticas ao caráter compensatório da ação afirmativa. Uma delas afirma que os beneficiados não são necessariamente aqueles que sofreram no passado, e os que acabam pagando pela compensação raramente são os responsáveis pelos erros do passado que serão corrigidos (SANDEL, 2014).

Outra crítica feita ao caráter compensatório da ação afirmativa, diz que ela é um exemplo de discriminação racial contra brancos, sendo uma representação desacertada de iniciativas que compreendem um caráter compensatório ou distributivo (MOREIRA, 2013).

Portanto, a discussão se concentra em torno de um problema social bem específico, qual seja, a histórica discriminação racial sofrida pelos

1 Cf. SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo*. Tradução de Joubert de Oliveira Brígida. Rio de Janeiro: Universidade Editora, 2004. p. 1.

negros, cujos efeitos negativos ainda hoje se refletem nos mais diversos âmbitos da sociedade, de modo que deve haver uma atitude compensatória, por meio de ações afirmativas.

Mas, se por um lado, a ação afirmativa se insere no que prevê a legislação brasileira, a saber, a proteção contra a discriminação racial, por outro, elas poderiam acirrar o problema da intolerância racial, uma vez que a parcela da população branca que não discrimina os negros venha a se sentir discriminada? (MOREIRA, 2013).

Para Moreira (2013), a política de cota racial não nasceu para dominar a população branca. Seu objetivo emana do próprio texto constitucional, erradicar a marginalização social, problema que tem acometido afrodescendentes desde o nascimento do país (MOREIRA, 2013).

Para Brito Filho (2016, p. 32), a ação afirmativa é uma estratégia que pode e deve ser utilizada para que a distribuição de recursos seja verdadeiramente igualitária. Oportunizar acesso ao ensino superior ajuda a combater “não só a exclusão, mas também a desigualdade”.

Acerca da ação afirmativa, o STF manifestou-se, por unanimidade, pela constitucionalidade das cotas étnico-raciais, como critério de ingresso no ensino superior público, o que representou um avanço importante para o acesso de grupos vulneráveis em universidades públicas.

Em julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), em 20 de julho de 2009, que argumentava que a política de cotas, implantada pela Universidade de Brasília (UNB), não se coadunava com vários preceitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tendo como exemplo a dignidade da pessoa humana, o repúdio ao racismo e a isonomia (DUARTE, 2014), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o sistema de cotas se afigura compatível com os valores e princípios da Constituição. A decisão proferida na ADPF nº 186, admitiu que o racismo representa um elemento estrutural da realidade social brasileira e que precisa ser combatida, sendo o critério étnico-racial adequado para a promoção do acesso ao ensino superior.

De modo que a ação afirmativa é o mecanismo que materializa o princípio da igualdade formal, de modo a permitir a igualdade de possibilidades. A igualdade de possibilidade se concretizaria por meio da justiça distributiva, que permitiria a superação das desigualdades (TRAMONTINA; SILVA, 2014).

Deste modo, diante das transformações políticas em torno do tema, as instituições devem se adequar à nova forma de ingresso possibilitando a implementação de política afirmativa para garantir o direito à educação. Segundo o que estabeleceu a Suprema Corte, a questão meritória não foi abandonada, mas, sim, relacionada com a necessidade de promover o bem de todos e proporcionar a igualdade material (TRAMONTINA; SILVA, 2014).

Para Brito Filho (2016), o mérito foi relacionado ao ingresso de grupos excluídos que reclamam por acesso ao bem importante que é a educação superior. Por essa razão, entende o autor que o respeito ao mérito deve ser preservado, por se tratar de previsão Constitucional, que prevê o acesso aos níveis mais elevados do ensino segundo a capacidade de cada um. Todavia, isso não veta a possibilidade de adoção de outros critérios de acesso ao ensino superior que venham a possibilitar a inclusão social de grupos vulneráveis.

Convém destacar, conforme demonstrado por Wanderley (apud BELTRÃO; BRITO FILHO; MAUÉS, 2016), que a Universidade cumpre um compromisso de responsabilidade pública, o que gera a necessidade de elaborar projetos que beneficiem toda a comunidade. Portanto, ela deve promover um corpo discente diversificado, de modo a contemplar todas as classes sociais. Também cabe às instituições de ensino superior promover outras ações no sentido de dar atenção à permanência, à aprendizagem e à conclusão do percurso acadêmico.

2 A AÇÃO AFIRMATIVA E OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS

A ação afirmativa, cujo objetivo consiste em melhor distribuir recursos, só cabe em sociedades em que haja o uso privado dos meios de produção. Em sociedades que trabalham com modelos utópicos de utilização de recursos, não deve haver necessidade de ações afirmativas, pois tais ações visam compensar desequilíbrios na distribuição de recursos. Supostamente, não deve haver desigualdade de distribuição de recursos ou oportunidades em sociedades socialistas ou comunistas. Todavia, tais sociedades (com modelos utópicos de utilização de recursos) são somente construções teóricas (isto é, pensamentos), muito bem elaboradas e convidativas, mas cujos pressupostos para realização são inalcançáveis. Por exemplo, em tais sociedades seria absolutamente necessário que as pessoas fossem conjuntamente altruístas (BRITO FILHO, 2016).

Em sociedades que adotaram concretamente o socialismo, como a URSS, no leste europeu, a China, na Ásia, e Cuba, na América, por exemplo, também não é possível pensar ações afirmativas. Em parte, porque não se admite a propriedade privada dos meios de produção e, em parte, porque o controle rígido do Estado sobre os indivíduos não é endereçado à busca da igualdade real entre eles, pois o que se notou nas experiências concretas do socialismo foi a dominação de um grupo (dirigentes e burocratas) sobre um grupo maior (a sociedade) (BRITO FILHO, 2016)

A liberdade é um pressuposto fundamental no modelo considerado ideal para a melhor distribuição dos recursos entre os integrantes da sociedade, pois a liberdade dá sentido e autonomia à vida das pessoas para buscar cada uma o seu bem-estar. As ações afirmativas se inscrevem como estratégias para melhorar essa distribuição de recursos (BRITO FILHO, 2016, p. 17).

Em um sistema que não permite a liberdade individual, não faz sentido discutir estratégias afirmativas para que os indivíduos melhorem suas vidas, pois estes indivíduos não seriam livres para definir os seus destinos (BRITO FILHO, 2016).

José de Brito Filho defende que o melhor modelo de liberdade para compor que o ideal político de uma sociedade justa seria o modelo denominado liberalismo de princípio, de Álvaro de Vita, o liberalismo kantiano, e o liberalismo igualitário de Gargarella (BRITO FILHO, 2016).

José de Brito Filho pensa que as sociedades que adotam os postulados do liberalismo igualitário são aquelas que propiciam as melhores condições para que as pessoas possam realizar as suas concepções de vida boa (bem-estar) (BRITO FILHO, 2016).

Segundo Brito Filho (2016), John Rawls é o marco a partir do qual se firma a concepção contemporânea de justiça distributiva. Será oportuno dar atenção às reflexões do filósofo, pois ele contribui substantivamente para a ideia que se quer formular de justiça distributiva, aqui em pauta por conta da ação afirmativa que se inscreve em seu raio de ação.

Para Rawls, se as instituições sociais forem injustas, de nada vale que ela e suas leis sejam eficientes. Pois, o bem-estar da sociedade não pode justificar, nem, portanto, se sobrepor ao que é justo. Isto é, não pode violar os

direitos e as liberdades dos indivíduos. As liberdades individuais não devem estar sujeitas ao que é melhor para a comunidade (BRITO FILHO, 2016).

Para Rawls o objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade, isto é, a maneira pela qual as instituições sociais distribuem direitos e deveres e a divisão de vantagens oriundas da cooperação social. Nesse sentido, as instituições mais importantes para Rawls são a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais. Pois são eles que definem os direitos e o deveres, que por sua vez influenciam diretamente nos planos de vida das pessoas (BRITO FILHO, 2016).

A teoria da justiça como equidade de Rawls significa que os princípios de justiça seriam definidos em uma situação inicial de igualdade. Neste caso, os princípios seriam a expressão (o objeto) de um acordo original em uma situação inicial de igualdade previamente definida. A teoria se inscreve, portanto, na tradição teórica do contrato social e visa generalizá-lo e elevá-lo a uma ordem mais alta de abstração do que a obtida por Locke, Rousseau e Kant (BRITO FILHO, 2016).

Segundo Roberto Gargarella (2008), uma das diferenças entre a teoria tradicional do contrato social e a teoria de Rawls consiste em que a primeira (na figura de Hobbes) trata da igualdade de poder do ponto de vista físico e a segunda trata da nossa igualdade no plano do *status* moral.

Também é importante mencionar que a teoria contratualista proposta por Rawls é uma alternativa ao utilitarismo. Para Álvaro de Vita, a concepção de boa vida humana do utilitarismo é a da vida marcada pela felicidade (prazer, agradabilidade etc). Kymlika comenta que para o utilitarismo, o moralmente correto é aquilo que produz a maior felicidade para os membros da sociedade. Segundo José de Brito Filho (2016), no utilitarismo predomina o bem da maioria sobre o justo, predomina o resultado ou a consequência da ação sobre o que é moralmente correto e, por fim, predomina a preferência da maioria sobre a minoria, que é ignorada.

Para Rawls, uma vez que a sociedade é plural, não faz sentido que ela seja conduzida pelos desejos de uma pessoa ou de um grupo majoritário de pessoas. Para Rawls, a justiça deve se sobrepor às concepções particulares de bem (BRITO FILHO, 2016).

Mas como escolher princípios justos para orientar a estrutura básica da sociedade? Rawls lança mão de um recurso metodológico chamado o

véu da ignorância, de modo que é preciso imaginar que os indivíduos no momento de elaboração do contrato ignoram a sua situação particular. Os princípios são avaliados e escolhidos com base em noções gerais (BRITO FILHO, 2016).

Para Gisele Cittadino, o véu da ignorância garante uma concepção política de justiça imparcial, pois os indivíduos desconhecem sua situação pessoal, por isso, escolherão princípios sem considerar os seus interesses pessoais. É nisto que, para a comentadora, consiste a imparcialidade (BRITO FILHO, 2016).

José de Brito Filho, por sua vez, acentua que os indivíduos não saberão se são ricos ou pobres, qual seu nível educacional, gênero, cor etc. (BRITO FILHO, 2016).

O autor cita Rawls:

[...] se um homem soubesse que era rico, ele poderia achar racional defender o princípio de que vários impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, com grande probabilidade proporia o princípio contrário (BRITO FILHO, 2016, p. 42).

A escolha dos princípios pressupõe que os indivíduos sejam racionais e desinteressados. Ser racional significa que os indivíduos são capazes de escolher entre opções, classifica-las e executar o melhor plano para satisfazer seus desejos (BRITO FILHO, 2016).

Outro aspecto importante é o da publicidade dos princípios, pois todos devem conhecer os princípios de justiça. A publicidade também é importante para escancarar possíveis injustiças (BRITO FILHO, 2016).

Por fim, Rawls (2016) ordena os princípios de justiça indicando a liberdade como prioritária. Rawls estabelece a seguinte versão preliminar dos dois princípios de justiça:

- Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdade básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras.
- As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas

para todos dentro do limite razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (BRITO FILHO, 2016, p. 43).

3 AÇÃO AFIRMATIVA E O PRINCÍPIO DE IGUALDADE DE DWORKIN

Para Ronald Dworkin a liberdade e a igualdade estão em posição equivalente, ou seja, fazem parte de um mesmo ideal político, o que se coaduna com o seu pensamento na seguinte passagem:

É mais adequado para sociedades que, ao tempo em que pretendem garantir aos indivíduos exercício de suas liberdades fundamentais, de igual forma não descurem da obrigação de criar condições materiais, também fundamentais, para todos, até porque um ideal, para ser concretizado, depende claramente do outro (BRITO FILHO, 2016, p. 42).

Em reforço aos argumentos sustentados por Brito Filho, segundo o qual liberdade e igualdade encontram-se em mesmo patamar, destacamos o que entende Amartya Sen, que reconhece que pode acontecer conflitos entre a liberdade e igualdade, para estabelecer a posição inicial. Isso permite concluir que, “(a) liberdade está entre os possíveis campos de aplicação da igualdade, e a igualdade está entre os possíveis padrões de distribuição de liberdade” (BRITO FILHO, 2016, p. 42).

Rawls (2016) inicia a construção do princípio de justiça pela liberdade, levando em conta as liberdades básicas, destacando as principais, como, as liberdades políticas, de expressão, de reunião, de consciência, de pensamento, em palavras do próprio autor liberdades da pessoa, “que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); ademais, “direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito” (RAWLS, 2016, p. 65).

Impõe-se que as supracitadas liberdades devem alcançar a igualdade para todos, apesar disso, no particular, anota-se que a liberdade não é incontestável e, também, não é passível de restrição, as custas de outros valores e bens. Contudo, Rawls (2016, p. 267) apresenta uma possibilidade de restrição, quando afirma que: “a liberdade pode ser restringida apenas em nome da própria liberdade”.

Ao passo que a igualdade, para Rawls (2016, p. 65) se apresenta “à distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade”, a

respeito da qual o autor não afasta a desigualdade econômica e social, contanto que promovam aos menos favorecidos vantagens que lhe permita disputar em igualdade de oportunidade.

Para Rawls (2016), o princípio da igualdade equitativa de oportunidade não está associado ao modelo apresentado pela sociedade meritocrática, quando hierarquizada e premia os indivíduos a partir de seu mérito pessoal, mas seu objetivo é proporcionar acesso à todas as posições e colocações, de modo justo, o que nos permite concluir que o acesso ao trabalho mais prestigiado deve estar ao alcance de todos. Portanto, o Estado deve dar merecida atenção aos que mais precisam, quer seja em relação ao talento ou as condições sociais e econômicas.

Note-se que, para Rawls (2016) os bens primários são aqueles bens que são “coisas que se supõe que um homem racional deseja, não importando o que ele mais deseja”, isto é, são “direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza”.

Brito Filho (2016), considera a teoria de Rawls um marco no debate acerca da justiça distributiva, isso porque o autor inclui com louvor a igualdade, como ideal político, o que rompeu com a visão liberal clássica, segundo a qual a liberdade se baseia na propriedade.

A distribuição de bens e oportunidades de forma mais igualitária e, por isso, mais justa, é vista pelos seus defensores de modo muito incipiente, considerando que os bens primários ainda carecem de sua implementação, dada que a igualdade material que se almeja ainda encontra-se em posição de desvantagem em relação à liberdade. O que representa para Brito Filho (2016, p. 46), “a pouca importância que os grupos vulneráveis recebem”.

Para Brito Filho (2016), os bens primários compreendidos por Rawls, devem ser considerados os bens fundamentais e, por esta razão são indispensáveis, e ainda por apresentar uma desigualdade na forma da distribuição, o que gera a sua limitação.

Para Brito Filho (2016, p. 46), quando Rawls em sua justiça como equidade leva em consideração uma “posição de cidadania igual e dos vários níveis de renda e riqueza”, possibilita o acesso de outras posições, como: “diferença de gênero, ou com as decorrentes de castas, de raça ou de etnia” de modo que se torna inaplicável dos princípios de justiça.

A posição defendida por Rawls (2016), não se harmoniza com a justa distribuição dos recursos ou dos bens primários, expressão utilizada pelo autor, por não considerar fundamental a ideia segundo a qual a diversidade humana por si só é fator de exclusão.

Gargarella (2008) considera que Rawls, ao apresentar sua teoria, desconsidera os dons das pessoas, este, por sua vez, pode desencadear uma certa desvantagem de difícil controle. Para melhor compreender, vejamos:

Uma pessoa com salário um pouco maior que a outra, mas com graves afecções físicas, estaria – de acordo com a teoria de Rawls – melhor que esta última, mesmo que seu salário maior não seja suficiente para pagar os remédios que necessita, devido a suas desvantagens naturais (GARGARELLA, 2008, p. 67).

No mesmo sentido, pensa Dworkin (2005), quando afirma que o princípio da diferença, da forma que foi concebido por Rawls, não é suscetível satisfatoriamente,

À posição das pessoas com deficiências naturais, físicas ou mentais, que não constituem, em si, um grupo em pior situação, pois este é definido economicamente e, portanto, elas não poderiam contar com um representante ou membro médio de tal grupo (DWORKIN, 2005, p. 148).

Sobre o assunto, observa Amartya Sen, que apesar de Rawls (2016, p. 47), apresentar uma “profunda preocupação [...] pelas situações de desvantagem”, a forma de enfrentamento dessas questões é limitada, o que carece nos dois princípios de justiça.

Brito Filho (2016) entende que, existem outros autores que trabalham melhor essa questão, na medida em que consideram que para uma maior igualdade, acrescenta-se além da desigualdade socioeconômica, fatores que levam à exclusão. Nesse viés, considera-se a teoria da igualdade de recursos, de Ronald Dworkin.

A despeito das diferenças, Dworkin trabalha a igualdade no viés individual, por não apresentar a igualdade entre grupos, enquanto que para Rawls no princípio da diferença, trabalha na ideia de classe, conforme se extrai desta passagem, “[...] presume que o princípio da diferença vincula a justiça a uma classe” (DWORKIN, 2005, p. 150).

Dworkin (2005, p. 4), a propósito, tem a intenção de descobrir um ideal de igualdade em opção às teorias de igualdade de bem-estar, como as que “afirma (m) que o distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar”. O mesmo adota a igualdade de recursos, reconhecendo que a “igualdade ideal consiste em circunstância nas quais as pessoas não são iguais em bem-estar, mas nos recursos de que dispõem”. (DWORKIN, 2005, p. 157).

A igualdade de recursos, desenvolvida por Dworkin (2005, p. 4-5) é a que melhor atende o governo na busca da igualdade de consideração. Ademais, o autor apresenta a definição de igualdade de recursos, como sendo aquela que assegura um tratamento as pessoas como iguais “quando distribui ou transfere (recursos) de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais igual suas parcelas do total de recursos”. Em breve síntese, Dworkin (2005) aduz que a igualdade de recursos deve ser compreendida como a igualdade de todos os recursos que compõe a esfera privativa do indivíduo.

Em ato contínuo, Brito Filho (2016) assevera que a teoria apresentada por Dworkin (2005) quando pensada do ponto de vista prático, sua importância ganha razão de ser quando se trata de distribuição de recursos fundamentais, entenda bens e oportunidades.

Dworkin (2005) entende que, a distribuição dos recursos, se dá com ampla informação, de modo que a pessoa possa tomar a melhor decisão, entenda, escolha racional individual, diferente à escolha defendida por Rawls quando introduz o véu da ignorância.

A teoria pensada por Dworkin (2005) se assemelha a teoria de Rawls, no que diz respeito a posição inicial de partida, entretanto, a primeira teoria extrapola, aquilo que o primeiro qualifica como sendo teoria de ponto de partida ou de “linha de largada”, para compreender acertos necessários quando houver distribuição dos recursos, tendo em vista as disparidades apresentadas.

Segundo a teoria de Dworkin (2005), a desigualdade é natural, na medida em que o indivíduo é livre para fazer escolhas e, ainda, como ser em sociedade, ele apresenta especificidade na sua maneira de ser e viver. Ademais, a desigualdade é natural tendo em vista que o ser humano é dotado de talentos individuais que difere de outros. Assim, dada a distribuição dos recursos em um ponto inicial e, natural a desigualdades que por conta dela os ajustes serão necessários.

Nesse contexto, cabe salientar que Dworkin (2005) quando desenvolveu sua teoria vislumbrou uma posição inicial, onde os indivíduos estão em uma posição de igualdade que, portanto, sem o véu da ignorância, permite fazer suas escolhas com plena consciência. De outro modo, Rawls (2016) para criar sua teoria utilizou o véu da ignorância, por aceitar a desigualdade inicial, por isso o véu é ferramenta necessária, para inviabilizar a situação real dos indivíduos, que podem escolher o princípio de justiça, de forma imparcial.

Brito Filho (2016), considera um grande mérito a teoria desenvolvida por Dworkin (2005), por apresentar uma distribuição de recursos a partir de um ponto de partida com ajuste, onde os indivíduos são iguais, significa dizer que os recursos serão distribuídos de forma igualitária, o que gera uma sociedade mais justa e igual. O autor reforça sua posição no sentido de considerar que a distribuição de recursos para sua implementação deve ser os recursos fundamentais.

Para ele, a teoria de Dworkin (2005) resolve em parte os problemas apresentados na teoria de Rawls, isso porque a igualdade é colocada em posição de destaque; os bens serão distribuídos de forma igualitária; a discussão deixa de ser apenas de classe para alcançar os grupos vulneráveis, embora seja do ponto de vista individual (BRITO FILHO, 2016).

O autor segue afirmando que as condições particulares, a exemplo da deficiência, palavra utilizada por Dworkin (2005), “podem ser entendidas como qualquer condição que conduza à vulnerabilidade no acesso a bens fundamentais (aplicando a leitura que faço, nesse aspecto), sejam compensadas” (BRITO FILHO, 2016, p. 53).

Dworkin (2005) propõe criar condições necessárias para que haja igualdade na distribuição dos recursos, isso não significa distribuir todos os recursos necessários, com o propósito da pessoa alcançar seu plano de vida, a vida boa, palavras de Brito Filho, no entanto que possa alcançar em igualdade de condições os mesmos recursos.

Brito Filho (2016) entende, neste particular, que Dworkin (2005) permite a adoção de medidas, a exemplo da ação afirmativa, especiais de acesso a bens fundamentais. O mesmo apresenta a ação afirmativa como uma das respostas possíveis em combate a discriminação, por possibilitar a inclusão na sociedade de pessoas ou grupos discriminados.

Deve-se levar em conta que a implantação de ação afirmativa deve ser capaz de corrigir as desigualdades e injustiças na distribuição dos recursos

e, ainda, deve garantir os resultados esperados, e com o mínimo de impacto negativo, como dito por Brito Filho (2016). E, não obstante a isso, a forma pela qual será a implantação da medida, bem como o apoio colocado à disposição, são ferramentas imprescindíveis para o alcance com sucesso do objetivo.

Brito Filho (2016), observa que ação afirmativa adotada no Brasil carece de planejamento anterior, o que, pelo visto, reduz sua eficácia. E acaba por produzir um descrédito da sociedade e, especialmente reforça a posição dos que não acreditam na sua possibilidade.

4 CONCLUSÃO

Como vimos, apesar de os tratamentos preferenciais e os sistemas de cotas já existirem há muito mais tempo em outros países, foi o debate norte americano, que teve vez nos primeiros anos da década de 1960, que mais influenciou a construção da concepção de ação afirmativa em nosso país.

Atualmente, a ação afirmativa no Brasil objetiva promover a igualdade de oportunidade para pessoas que integram grupos considerados vulneráveis. É o caso de povos que sofreram discriminação e ainda sofrem as consequências da discriminação por conta de sua raça.

Apontamos, por um lado, que a forma compensatória assumida pela ação afirmativa visa dirimir as consequências negativas de um passado discriminatório e injusto, sem deixar de mencionar algumas críticas negativas feitas a esse feitio da política afirmativa. Críticas como a de que a prioridade pelo fator raça poderia discriminar pessoas de outras raças, ou de que os beneficiados não são os que realmente sofreram injustiças e que os que acabam pagando geralmente não são os responsáveis pelas injustiças cometidas, esbarram em ideias como as de que a ação afirmativa não tem como fito discriminar, mas evitar a discriminação, bem como na ideia de que temos responsabilidades por erros cometidos por nossos ancestrais.

Conforme vimos, no contexto brasileiro, o Superior Tribunal Federal manifestou-se, por unanimidade, pela constitucionalidade das cotas étnico-raciais, como critério de ingresso no ensino superior público, o que representou um avanço importante para o acesso de grupos vulneráveis em universidades públicas.

Por fim, expusemos as linhas gerais do pensamento de John Rawls e Ronald Dworkin. Sobre o primeiro filósofo, reiteramos a importância por ele concedida ao conceito de liberdade, o qual não se

limita senão por si mesmo e cujo objetivo de tal limitação consiste em promover o máximo de liberdade igual para todos. Quanto, porém, acerca da teoria de Dworkin, é oportuno ressaltar o valor concedido pelo autor à ideia de igualdade.

REFERÊNCIAS

- BELTRÃO, Jane F.; BRITO FILHO, José Claudio M.; MAUÉS, Antonio G. Moreira. Ações afirmativas na Universidade Federal do Pará. *Revista Inclusiones*, v. 3, p. 78-101, 2016.
- BRITO FILHO, José C. Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTR, 2016.
- DAHER FILHO, Adel et al. Todos têm direitos iguais na República. *Folha de S. Paulo*, Tendências/Debates, Caderno Opinião, 29 jun. 2006. p. A3.
- DOMINGUES, Petrônio. Ações afirmativas para negros: o início de uma reparação histórica. *Revista Brasileira de Educação*, n. 29, maio/ago. 2005, p. 164-176. Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação. Rio de Janeiro.
- DUARTE, Allan Coelho. *A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas*. Textos para Discussão 147, abr. 2014. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LAUREANO, Nathalie Albieri. *Ação afirmativa e o princípio da igualdade: uma análise constitucional*. Brasília, 2008. Concurso ESMPU de Monografia. 1º lugar na categoria estudantes de graduação.

MANTOAN, Maria Tereza Eglér. O direito de ser, sendo diferente, na escola. In: RODRIGUES, David (org.). *Inclusão e educação: doze olhares sobre a educação inclusiva*. São Paulo: Summus, 2006. p.184-209.

MOREIRA, Adilson José. O mito da inocência branca no debate brasileiro sobre ações afirmativas. In: JUBILUT, L.L.; BAHIA, A.G.M.F.; MAGALHÃES, J.L.Q. *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61-91.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cadernos de Pesquisa – Fundação Carlos Chagas, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SÉGUIN, Elida. Minorias. In: _____. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo*. Tradução de Joubert de Oliveira Brígida. Rio de Janeiro: Universidade Editora, 2004.

TRAMONTINA, Robison; SILVA, Rogério Néri da. O debate em torno das cotas raciais como critério para o ingresso no Ensino Superior: Considerações acerca da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 28, p. 190-208, 2014.

RECEBIDO EM: 06/06/2019

APROVADO EM: 25/09/2019

A REGULAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: O CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NAS UNIDADES DO SUS GERIDAS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS

***THE REGULATION OF HEALTH IN BRAZIL: THE
EXTERNAL CONTROL OF THE FEDERAL AUDIT COURT
IN SUS UNITS MANAGED BY PRIVATE INSTITUTIONS***

*Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega
Doutora e Mestre pela UFPE. Professora da UNICAP, onde atua como
coordenadora da disciplina de Direito Administrativo e como assessora de
Avaliação do Curso de Direito. Presidenta da Subcomissão de Direito do Terceiro
Setor da OAB-PE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Regulação; 2 A regulação da saúde; 3 Os Reguladores e a Natureza do Controle; 3.1 O SUS e a política nacional de regulação; 3.2 O controle externo do Tribunal de Contas da União; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A pesquisa que apresentamos diz respeito a discussão contemporânea do direito administrativo brasileiro que refere o controle da administração pública, observando a produção do plenário do TCU no exercício 2018. A estrutura do trabalho se apropria da regulação para fixar seu eixo teórico e tem o SUS como recorte do objeto delimitado em relação ao órgão de controle. O método hipotético-dedutivo é a raiz do processo analítico que resguarda conclusões de uma incursão qualitativa na observação dos acórdãos relativos à atuação de instituições privadas contratadas pelo Poder Público para gestão de unidades de saúde, as quais se ocupam da condução de sua infraestrutura e/ou da prestação do serviço de saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. SUS. Controle externo. TCU.

ABSTRACT: The research we present concerns the contemporary discussion of Brazilian administrative law that refers to the control of public administration, observing the production of the TCU plenary in 2018. The work structure appropriates the regulation to establish its theoretical axis and has the SUS as cut of the object delimited in relation to the control organ. The hypothetical-deductive method is the root of the analytical process that preserves conclusions of a qualitative incursion in the observation of the judgments related to the performance of private institutions contracted by the Public Power for the management of health units, which are in charge of the conduction of its infrastructure and / or the provision of the health service.

KEYWORDS: Regulation. SUS. External control. TCU.

INTRODUÇÃO

Trata-se de pesquisa sobre regulação da saúde no Brasil, a qual apresenta breve descrição desse fenômeno, identificando a distintos processos regulatórios quanto a matéria, considerando a posição do Estado de regulador do serviço público e da saúde suplementar.

O primeiro recorte da pesquisa concentra a abordagem na regulação da saúde pública, ou seja, considera a oferta dos serviços do SUS, especificando a indicação dos seus polos reguladores, concernentes ao controle interno e externo da administração pública.

Na apresentação do controle externo, a pesquisa faz recorte na atuação do Tribunal de Contas da União, assumindo uma postura analítica com a definição de amostra quantitativa de acórdãos do TCU, que servem de referência a uma segunda delimitação da amostra, a qual se constituirá, em definitivo, como fonte de análise.

O terceiro corte da pesquisa é espacial e temporal, na medida em que são listados os acórdãos do plenário do Tribunal de Contas da União, em 2018; entretanto, como o objetivo da pesquisa é analisar decisões do TCU, quanto à realização de ações administrativas e de prestação de serviços de saúde do SUS, conduzidas por instituições privadas.

A escolha por julgados, referentes a unidades do SUS geridas por instituições privadas, decorre do avanço da desestatização da execução do serviço público na saúde, bem como em todas as demais matérias de atuação prestacional do Estado. É possível que o TCU seja provocado de forma mais recorrente a avaliar processos em que o Terceiro Setor gere a unidade de saúde e/ou oferta o serviço público.

Com base nessa premissa, propomo-nos a realização de pesquisa voltada a observar a regulação do Tribunal de Contas da União no SUS, examinando as decisões da corte administrativa realizadas em plenário, de acordo com a seguinte delimitação exposta no “site” da instituição: todas as decisões do plenário, emitidas em 2018¹, sobre a matéria “controle externo do Sistema Único de Saúde”.

Adotamos o problema de pesquisa aberto para evitar recursos metodológicos que poderiam frustrar adaptações, por vezes necessárias,

1 A pesquisa foi encerrada no dia 17/12/2018, data em que o Plenário do TCU entrou em recesso.

pois o objeto foi coletado e apurado em 2018, mas só em 2019 foi possível concluir a investigação diante da certeza do fechamento da amostra.

Passemos então a formulação da hipótese, qual seja: a concorrência pelo dinheiro do SUS ocorre em relação aos recursos do Ministério da Saúde, por isso uma das formas das organizações sem fins lucrativos, que contratualizam com a saúde para manterem-se competitivas, é necessário arrumar a política de governança corporativa com *compliance*² refinado, a fim de manter saúde regulatória e evitar sanções que impeçam a entidade de participar de chamamentos públicos, ou reduzam parâmetros de idoneidade, plantando óbices no processo de habilitação durante a realização do chamamento público, ou ainda minimizar o risco de averiguação de irregularidades durante a execução do pacto com a administração pública (GRAZZIOLI; PAES, 2018); (RIBEIRO; DINIZ, 2015).

1 A REGULAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A regulação é um conceito fundamental para o direito administrativo, que se apresenta pela primeira vez no Brasil com a Constituição de 1937, quando o Estado passa a ter a regulação da atividade econômica, desenvolvida pelo setor privado, como função administrativa específica.

Desde então, a noção de regulação, no direito público, tem sido associada à atuação do Estado como tutor da economia, o que se observa, inclusive, no artigo 174 da Constituição Federal de 1988; nesta, a noção “atividade regulatória da Administração Pública” exaure-se com uma engrenagem do poder de política do Estado, nas dimensões planejamento, fomento e fiscalização da atividade econômica conduzida pelo mercado.

Há muitos fatores que influenciam a conexão entre a regulação e a tutela estatal da atividade do mercado, que derivam de tais ocorrências: da crise do petróleo nos anos 1970; da reordenação da posição do Estado frente à execução direta de serviços públicos, com um ciclo de reforma gerencial nas economias capitalistas do Ocidente; e da globalização de paradigmas – do modelo “agências reguladoras” –, ainda que as autoridades independentes fruem de prerrogativas muito variáveis em cada Estado nacional.

Contudo, o termo “regulação” vem tornando-se uma noção unificadora do direito administrativo contemporâneo, por isso não é mais

² A noção de compliance tem sido desenvolvida como ferramenta de gestão que adota processos para inibir o risco de fraudes para prevenir aplicação de penalidades no âmbito do setor privado, tanto nas empresas quanto nas instituições sem fins lucrativos.

um conceito restrito a uma função administrativa do Estado, nem é possível reduzi-lo à observação de uma síntese com base na gestão reordenada das atividades administrativas clássicas da administração pública, incluindo o poder de polícia e o serviço público (GUIMARÃES, 2017).

O conceito de “regulação” não tem origem no direito e apresenta múltiplas vertentes epistemológicas, não sendo possível propor-lhe uma definição agregadora, capaz de consubstanciar os conceitos em distintas áreas de conhecimento, inclusive fora das ciências sociais (LAUWE, 1977).

No âmbito do direito administrativo, o conceito de “regulação” muitas vezes foi associado a um aspecto mais estrito do poder normativo da administração pública, qual seja, à prerrogativa de regulamentar, conferida, em regra, aos chefes do Poder Executivo, secretários e ministros de governo, bem como aos colegiados de agências reguladoras e autarquias de atribuições análogas (MELO, 2015).

A reforma gerencial do Estado vai inibir associações equivocadas da terminologia e deflagrar significativa produção acadêmica sobre regulação, com ênfase para o gênero da intervenção do Estado na economia, o que é possível observar com toadas que afirmam e enaltecem a utilidade do Estado, visando-se à sua retirada da intervenção direta na economia, reordenando a sua posição frente ao mercado (SALOMÃO FILHO, 2001).

A regulação econômica apresenta-se com base na reunião de diversas funções que decorrem do quadro normativo da atividade regulatória, abarcando a concepção da norma e seus efeitos; por isso, a atividade econômica, regulada pelo Estado, submete-se à tutela da potestade pública, quando o centro de regulação edita a regra e, depois, quando assegura sua aplicação e reprime infrações (CATTANEO, 1999).

A conexão entre direito administrativo e regulação no direito brasileiro quase sempre remete à intervenção do Estado na economia, observando a imputação de tarefas ao Poder Público que reportam a intervenção específica em relação ao mercado; entretanto, é possível identificar uma tutela mais abrangente, quando a administração pública regula as instituições privadas que vendem bens e serviços a simples consumidores e ordena empresas privadas concessionárias de serviços públicos (ARAGÃO, 2006).

Na hipótese aludida, o serviço público diz respeito à prestação de utilidades ou a comodidades financiadas diretamente pelos usuários, por meio de tarifas; por isso, não estamos nos referindo à regulação de serviços

sociais no Brasil, que, por força de lei, proíbe a tarifação de serviços públicos dessa natureza, tais como saúde, educação e assistência social.

Nesse sentido, vale destacar as conclusões alcançadas a respeito da relevância pública da saúde na Organização Pan-americana de Saúde que, segundo Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 70-71):

I. A saúde é direito público subjetivo exigível contra o Estado e contra todos os que, mesmo que entes privados, sob a chancela deste, a garantam. II. A saúde é sempre assegurada através da atuação de uma função pública estatal, mesmo quando prestada por particulares, sendo que apenas as suas 'ações e serviços' não tem exercício exclusivo do Estado; por isso mesmo, são consideradas de relevância pública. III. Como função pública estatal, cabe ao Estado à direção da prestação de serviços e ações de saúde, devendo fixar as diretrizes e parâmetros para o exercício destes; com isso, pode-se dizer, que é limitada a liberdade dos prestadores privados. IV. As desconformidades nos serviços e ações permitem que o Estado exerça todo seu múnus, inclusive com a utilização do instrumento da desapropriação. V. Como direito público subjetivo, a saúde cria uma série de interesses na sua materialização, interesses esses que ora são tipicamente públicos, ora difusos, ora coletivos, individuais homogêneos ou individuais simples. VI. Tais interesses, quando contrariados, dão legitimidade a uma série de sujeitos, públicos e privados, para buscarem, judicialmente, sua proteção.

A regulação do serviço público social não se enquadra nos moldes tradicionais aplicados à matéria, de acordo com o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, pois, conforme observa Alexandre Santos Aragão (2017), quando o Poder Público não se vale da execução direta realizada pela própria administração pública, o Estado faz uso de formas de delegação de serviço público ao setor privado, cujo regime jurídico diverge das hipóteses clássicas de concessão e permissão disciplinadas pelas Leis 8.987/1995 e 11.079/2004.

A regulação dos serviços públicos de saúde insere-se nesse contexto, apresentando especificidades regulatórias que dependem da posição do Estado diante da produção do serviço de saúde, pois a administração pública faz uma regulação unificada da saúde, enquanto serviço público, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS. Nesse sentido, o Poder Público pode assumir posições variáveis, se constituindo como o agente regulado – o tutor de um contrato onde o Estado participa da construção e amplia a política pública –, ou o agente de fomento de uma política pública construída pela sociedade civil (ARAGÃO, 2017).

TABELA 1–POSIÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO COM BASE NO AGENTE RESPONSÁVEL PELA EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.

Estado	Posição regulatória principal	Execução do Serviço Público	Marco Legal
Execução direta do serviço	Regulado	Administração Direta e Indireta	Decreto Lei 200/1967
Fomento dirigido	Regulador	OS OSCIP CEBAS	Lei 9.637/1998 Lei 9.790/1999 Lei 12.101/2011
Fomento induzido	Regulador	OSC	Lei 13.019/2014

Fonte: Autor, 2018.

As hipóteses de regulação da saúde sugeridas podem ser observadas a partir dos seguintes exemplos: a) Estado regulado – execução direta de serviço público – ocorre quando o serviço de saúde é executado por órgão da administração direta ou entidade da administração indireta como autarquias e fundações sem contrato com Organizações do Terceiro Setor; b) Estado regulador – fomento dirigido – ocorre quando a política pública de saúde é transferida, em partes inseridas em programas de trabalho, para Organizações da Sociedade Civil que sucumbem diante de plano de ação formulado pelo Poder Público; c) Estado Regulador – fomento induzido – ocorre quando a administração pública realiza chamamento público atrair Organizações da Sociedade Civil à promoção de atividades que impactam positivamente na saúde, mas o trabalho esperado ainda não é uma política pública porque fomenta uma iniciativa ainda não conduzida pelo governo ou é fruto de uma necessidade diagnosticada pela sociedade civil.

Nas hipóteses descritas no quadro, consideramos especificamente a regulação da saúde no âmbito do SUS, mas não podemos deixar de destacar que a Administração Pública também atua como reguladora da saúde ofertada fora do serviço público, a título de saúde suplementar pelo setor privado.

Nesse sentido, dados do Relatório “Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil”, publicado pelo Banco Mundial no final de 2018 (apesar dos dados fazerem referência ao ano de 2015) apontam que mesmo o Brasil tendo um sistema de saúde público universal, o gasto privado em saúde no

Brasil é superior ao gasto público. Atualmente, o Gasto Total em Saúde no Brasil é de cerca de 8% do PIB; 4,4% do PIB são de gastos privados (55% do total) e 3,8% PIB de gastos públicos (45% do total) (TESOURO NACIONAL, 2018).

2 A REGULAÇÃO DA SAÚDE

A regulação estatal da saúde é a atividade desenvolvida pelo Estado para garantir a produção de bens e serviços de saúde, desenvolvida no âmbito da ação compartilhada entre as atribuições da União, dos Estados-membros e dos Municípios que se debruçam sobre a regulamentação das leis, a definição de protocolos contratuais de trabalho (no setor privado), a avaliação e o controle, por meio de monitoramento, as auditorias e as providências sancionatórias.

De acordo com a organização pan-americana de saúde e o Ministério da Saúde – OPAS/OMS –, a regulação de saúde pode ser dividida em dois tipos, considerando o receptor da atividade regulatória; por isso, o Estado é regulador quando cuida da definição e articulação do sistema SUS, indicando os protocolos em níveis de complexidade (baixa, média, alta) ambulatorial/hospitalar, para dirigir a atividade dos gestores de saúde, mas também é regulador quando desenvolve ações voltadas diretamente para a produção, em relação aos prestadores de serviço público (SCHILLING; REIS; MORAES, 2006).

A regulação da saúde no Brasil apresenta significativa complexidade, pois o SUS é o sistema de saúde pública que diz respeito à regulação da saúde como serviço público³ e caminha, de forma paralela, junto ao sistema inserido pela administração pública brasileira na regulação da saúde, ofertada como produto da economia pela iniciativa privada.

A proteção do direito à saúde não pode ser compreendida como um dever do Estado de prover todas as necessidades básicas da universalidade dos cidadãos, pois as ações do governo dependem de decisões políticas dos governos eleitos a partir dos recursos existentes. Logo, estes terão de optar pelos mecanismos que melhor atendam estas necessidades da população, buscando ampliar, de forma gradativa, o direito que se pretende universal. (APPIO, 2004).

3 Saúde é serviço público não exclusivo no Brasil, por isso a atividade pode ser ofertada a título de serviço público (prestação estatal e não estatal, preferencialmente por organizações da sociedade civil), ou atividade privada, submetida ao poder de polícia do Estado.

Nesse cenário a saúde suplementar e se desenvolve no Brasil como reflexo do crescimento dos planos de saúde, nos anos 1990, sobretudo aqueles baseados em preços mais populares para as classes C, D, e E⁴ da economia, as quais já viviam fragilizadas pela apoucada universalidade e eficiência do SUS (VILARINS; SHIMIZU; GUTIERREZ, 2012).

A Lei 9.656/1998 introduz um sistema de regulação voltado para proteger os consumidores de saúde privada, propondo parâmetros para a concepção de contratos e planos de saúde e seguros e assistência privada à saúde, tendo em vista aumentar sua cobertura assistencial com a indicação de função regulatória imputada ao Ministério da Saúde, o que culminou na criação de duas agências reguladoras: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – e Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (VITALES, 2016).

Desse modo é possível identificar dois modelos de regulação da saúde que convivem paralelamente no Brasil, onde a Administração Pública determina as diretrizes para o funcionamento do serviço público de saúde da rede descentralizada tanto política quanto administrativamente no âmbito do SUS e a proteção ao consumidor de serviços privados de saúde, que estão submetidos à tutela regulatória das agências reguladoras referidas.

A pesquisa que passamos a apresentar cuida especificamente da regulação do serviço público⁵, seja ele desenvolvido diretamente por unidades de saúde no âmbito da administração pública, seja ele contratado junto a organizações da sociedade civil. Desse modo, estabelecemos corte epistemológico específico no SUS, considerando a hipótese levantada na introdução.

3 OS REGULADORES E A NATUREZA DO CONTROLE

3.1 O SUS E A POLÍTICA NACIONAL DE REGULAÇÃO

O SUS – sistema único de saúde é sistema público ou sistema nacional de saúde referido pela Constituição Federal de 1988 e constitui como “conjunto de ações e serviços de responsabilidade do Poder Público”, ou seja, dever imposto ao Estado, pelo seu artigo 196, e pela indicação da

4 As classes econômicas são definidas a partir dos rendimentos familiares “per capita” e estes estão expressos em preços (R\$), de janeiro de 2014. Dessa forma, são classificados em C o indivíduo com renda entre R\$ 2.005,00 à R\$ 8.640,00; D – R\$ 1.255,00 à R\$ 2.004,00 e E – 0 à 1.254,00. Disponível em: <<https://cps.fgv.br/qual-faixa-de-renda-familiar-das-classes>>. Acesso em: 14 de novembro de 2018.

5 A locução serviço público para os fins dessa pesquisa é tomada em sentido estrito considerando o conceito de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, ou seja, as atividades legislativas e judiciais são excluídas e a atividade administrativa de natureza prestacional é função administrativa distinta do Poder de polícia (DI PIETRO, 2017, p. 134,135).

estratégia de gestão definida no artigo 198 com base na regionalização, descentralização, integralidade e participação da comunidade (MÂNICA, 2017, p. 29).

A Carta Cidadã, que serve de ponto de partida para o SUS, influencia o espírito da política pública marcada pela alta complexidade da gestão, cominada com os desafios do modelo federativo, de administração pública, mais descentralizado do ocidente. Por conseguinte, os resultados positivos do SUS, na atualidade, não são testemunhos de sua excelência, mas de uma construção difícil, assimétrica e muitas vezes ineficiente.

Com base nos dados da tabela a seguir, vejamos os marcadores do SUS em 2016.

TABELA 2 - DADOS EM 2016: 7.522 HOSPITAIS BRASILEIROS COM 488.179 LEITOS.

Hospitais que atendem o SUS	5.536	(73,60%)
Leitos	333.988	(68,4%)
Aprovação R\$ Procedimentos	R\$ 18.764.250.981,09	
Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU	190	Centrais de Regulação
	164.838.357	Pessoas Cobertas
Saúde da Família	5.382	Municípios atendidos
	40.097	Equipes (62,63%)
	24.383	Equipes de Saúde Bucal (43,30%)
Programa Nacional de Vitamina a Crianças de 6 – 11 anos de idade.	61,90%	De crianças na faixa etária
Cobertura da triagem	30,37%	Neonatal auditiva (teste da orelha)
	83,57%	Neonatal biológica (teste do pezinho)

Fonte: Marinho, 2017.

De fato, o SUS é um gigante de origem democrática, cujo desenvolvimento, turbulento e assimétrico, baseia-se na noção em um pilar da dignidade da pessoa humana, mas também marca a decisão da República Federativa do Brasil de edificar o sistema de saúde em um momento no qual as entidades filantrópicas de saúde, sobretudo as de origem estrangeira, avançavam substituindo, significativamente, o Estado, com base nos benefícios fiscais ofertados pelo Brasil (BARROS; AMARAL, 2017, p.40).

A Constituição Federal não define especificamente o papel de cada esfera de governo no SUS, de modo que foi sancionada a Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90), com a missão de regular as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado, atribuindo ao SUS à responsabilidade acerca das instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Barcellos (*et al*, 2017, p. 459) destaca que:

O crescimento permanente da demanda por serviços sanitários e a escassez de recursos exigem a fixação, ainda que preliminar, de prioridades. Que doenças ou que pessoas ou que prestações sanitárias serão atendidas, e em que extensão e profundidade, e quais não receberão recursos, ao menos em um determinado momento histórico? Quais serão as prioridades no que diz respeito às pesquisas científicas? Trata-se de escolhas dramáticas que estão sendo feitas, quer se dê atenção ao assunto, ou não.

Nesse cenário, destaca-se a forte indução do Governo Federal para a ampliação da Estratégia Saúde da Família nos sistemas locais de saúde através de incentivos sistemáticos de financiamento que, em 2013, corresponderam a 65,12% dos recursos transferidos para estados e municípios através do bloco de atenção básica (IPEA, 2015).

Logo, com o aprimoramento institucional da atenção básica, necessariamente no aprimoramento do sistema de referências e contrarreferência e da comunicação institucional do sistema, é possível obter resultados quanto à economia de recursos públicos e efetivação de políticas existentes.

É ressaltar que o aperfeiçoamento aqui defendido com fins a um atendimento hierarquizado, seguindo preceito do princípio da integralidade determina que o Estado deva fornecer, a partir de um planejamento governamental decorrente das políticas públicas, apenas os medicamentos necessários para a prevenção ou tratamento eficaz das doenças, sejam elas de alto ou baixo nível de complexidade.

Para tanto é instituída a 1.559/2008, que dispõe sobre o SUS em três esferas, quais sejam: nos sistemas de saúde, na atenção à saúde e no

acesso aos serviços de saúde. De acordo com o guia de apoio à gestão estadual do SUS, é possível visualizar o objeto, os sujeitos e os objetivos da atividade regulatória, nos seguintes termos (CONASS, 2018):

TABELA 3 – [DIMENSÕES] ESFERAS INSTITUÍDAS PELA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE

Dimensão	1. Regulação de Sistemas de Saúde	2. Regulação da Atenção à Saúde	3. Regulação do Acesso à Assistência (regulação do acesso ou regulação assistencial)
Objeto	Os sistemas de saúde municipais, estaduais e nacional	A adequada prestação de serviços à saúde	Acesso aos serviços de saúde
Sujeitos	Respectivos gestores públicos	Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde	Seus respectivos gestores públicos
Objetivo	Definir, a partir dos princípios e diretrizes do SUS, macrodiretrizes para a Regulação da Atenção à Saúde e executar ações de monitoramento, controle, avaliação, auditoria e vigilância desses sistemas.	Garantir, conforme pactuação estabelecida no Termo de Compromisso de Gestão do Pacto pela Saúde/Indicadores COAP, a prestação de ações e serviços de saúde.	Organizar os fluxos assistenciais no âmbito do SUS.

Fonte: Autor, 2018.

A implantação da política nacional de regulação do SUS constitui uma estratégia do Ministério da Saúde, com o objetivo de conectar, numa política pública coesa, todas as ações regulatórias já desenvolvidas pelo Ministério da Saúde antes da portaria de 2008, mas levando em consideração um protocolo de articulação entre as seguintes ações (BRASIL, 2016):

- a) Controle e avaliação: desenvolve como objeto principal o controle das ações diretas de saúde;
- b) Auditoria: foco para a execução orçamentária e aplicação de recursos destinados à saúde, bem como exame analítico e perícia para a verificação da regularidade dos serviços;

- c) Vigilância sanitária: fiscaliza a produção e comercialização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;
- d) Agência Nacional de Saúde – ANS: regulação do sistema de saúde suplementar.

De maneira genérica, a ação para a promoção de tais “objetos” nem sempre se deveu à forma articulada pelos distintos atores responsáveis. A tendência foi manter a separação, certa especialização, sobre cada objeto. O controle e a avaliação tiveram como objeto principal o controle da execução das ações diretas de saúde; a auditoria focou a execução orçamentária, a aplicação dos recursos destinados à saúde, além de verificar a regularidade dos serviços mediante o exame analítico e pericial; a vigilância sanitária fiscalizou a produção e a comercialização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; à Agência Nacional de Saúde (ANS) cabia regular o sistema de saúde suplementar.

De forma paralela o sistema opera com certa confusão de sobreposição das competências, pois quase todas as instituições ocupadas do controle fizeram dos sistemas seu objeto: a auditoria propunha-se a analisar também a execução das ações diretas da saúde; a vigilância sanitária, igualmente, cadastrou e controlou estabelecimentos, objeto do controle e da avaliação; e estes também visavam à execução orçamentária, entre outras sobreposições.

As políticas de regulação vêm desenvolvendo-se em consonância com os princípios e as diretrizes do SUS para viabilizar o acesso equânime e oportuno à atenção integral e de qualidade, à universalidade e à garantia de direitos sociais. A Portaria GM/MS, nº 1.559, publicada em 1º de agosto de 2008, institui a Política Nacional de Regulação (PNR) a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão como instrumento que possibilite a plenitude das responsabilidades sanitárias assumidas pelas esferas de governo.

A PNR prevê a alocação de recursos para a implantação e o custeio dos complexos reguladores, de forma tripartite, e dispõe sobre o desenvolvimento de instrumentos para operacionalizar as funções reguladoras, tais como protocolos de regulação do acesso, contendo critérios de encaminhamentos, fluxos de acesso aos serviços de saúde, classificação de risco e vulnerabilidade, priorização e o desenvolvimento de programas de capacitação permanente de trabalhadores da saúde.

A política de regulação aludida representa o controle interno no Sistema Único de Saúde e com base nos dados anteriores vem desenvolvendo atividades regulatórias sistemáticas ligadas ao núcleo estratégico do Poder Executivo. Trata-se de expediente técnico, mas com proximidade política do governo, que é realizado de forma independente do controle externo, no qual o protagonismo é dos tribunais de contas, especialmente para o Tribunal de Contas da União – TCU (PHILIP, 2016).

Depois da edição do regulamento que disciplina a política nacional de saúde, temos um cenário de variáveis, pois o apelo diante da noção de governança corporativa, articulada no SUS, ocorre justamente no momento em que o Brasil enfrenta o despontar de um tempo de crise para o financiamento de políticas públicas.

Nos últimos dez anos é importante observar que até 2017 os recursos executados pelo Sistema Único de Saúde apresentaram uma escala crescente de investimentos do governo federal no serviço público, justamente no período posterior à implantação da Política Nacional de Saúde.

TABELA 4 – INVESTIMENTO NO SUS DESDE 2008⁶

Ano	Destinado (bilhões)	Executado (bilhões)
2018	R\$ 121,70 b	R\$ 92,63 ()
2017	R\$ 120,36	R\$ 102,71
2016	R\$ 112,33	R\$ 100,19
2015	R\$ 113,01	R\$ 93,86
2014	R\$ 100,31	R\$ 86,33
2013	Não consta	R\$ 149,9
2012	Não consta	R\$ 86,2
2011	R\$ 78,5	R\$ 71,46
2010	Não consta	R\$ 61,9
2009	R\$ 48,3	R\$ 47,6
2008	R\$ 42,497	R\$ 44,497

Fonte: Autor, 2018⁷

6 Em 2009, o orçamento era de R\$ 48,3 bilhões. O Ministério da Saúde sofreu um corte de R\$ 679 milhões ficando com R\$ 47,6 bilhões para fazer frente à crise econômica, nenhuma área foi poupada nesse ano. No ano de 2013 houve um aumento da destinação para a área de saúde; foi o ano em que iniciou o Projeto “Mais médico”, além de ser o ano pré-eleitoral na Presidência.

7 A indicação dos valores destinados ao SUS, em 2010, 2012 e 2013, não estava disponível em plataformas públicas de dados enquanto a pesquisa era realizada em novembro de 2018.

A referência aos números que remetem ao investimento realizado pelo SUS é importante para evidenciar a altura das cifras que passam pelo seu controle, o interno e também o externo, sobretudo a atividade regulatória desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União.

3.2 O CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União, órgão independente, sediado em Brasília, dispensa apresentações. Possui nove Ministros nomeados pelo Presidente da República e vem destacando-se em muitos pontos.

No controle dos serviços públicos, o TCU destaca-se no controle pela diversidade das matérias reguladas que abarcam as áreas de energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, portos, rodovias, ferrovias, transporte de passageiros, estações aduaneiras, portos, dentre outros (ZYMLER, 2015).

É fundamental ressaltar o papel central do órgão de controle externo nos serviços públicos diretos executados por instituições públicas, mas, sobretudo, no que diz respeito aos serviços públicos indiretos desenvolvidos por todos os segmentos da iniciativa privada, diante do movimento de desestatização que se expande desde o seu despontar, com a Lei 8.031/1990

De fato, a desestatização, iniciada nos anos de 1990, é um movimento de dimensão colossal que abrange os serviços públicos concedidos com base no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, e também os serviços públicos não exclusivos desestatizados com os movimentos de expansão da contratualização do Estado com o Terceiro Setor, sobretudo com o advento das leis 9.637/1998 e 9.790/1999 (SOUTO, 2000).

O Tribunal de Contas da União é reconhecido como instituição que tem se notificado pelo controle ético das contratações públicas, sobretudo a partir dos anos 1990, inclusive com a perspectiva de aferição concreta da violação da moralidade administrativa na aplicação de recursos públicos (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011, pp. 342-346).

Considerando o recorte dessa pesquisa que se reporta à regulação da saúde, vamos observar aspecto referente à regulação do TCU, em relação aos serviços públicos não exclusivos, partindo de premissa específica, qual seja, a hipótese de que o Tribunal de Contas da União possui *status* de agência reguladora no Brasil, sendo o estudo delimitado na jurisdição do referido órgão de controle (OLIVEIRA, 2017).

O *status* aludido decorre da independência do Tribunal de Contas que pode ser observada pela ausência de relação hierárquica com o Poder Executivo e o exercício de função reguladora, considerando a expedição de orientação, enunciados normativos e sanções (DI PIETRO, 2003, p.35).

Os acórdãos do TCU constituem-se como decisões administrativas que podem influenciar a construção de súmulas e outros enunciados do órgão jurisdicional, ou seja, normas vinculantes para as organizações do SUS, submetidas ao controle externo da instituição que atua por meio de três seções internas de julgamento, quais sejam: o plenário, a primeira câmara e a segunda câmara.

Nesse contexto e reiterando a hipótese da introdução, propomo-nos a realização de pesquisa voltada a observar a regulação do Tribunal de Contas da União no SUS, examinando as decisões da corte administrativa realizadas em plenário, de acordo com a seguinte delimitação exposta no “site” da instituição: todas as decisões do plenário, emitidas em 2018, sobre a matéria “controle externo do Sistema Único de Saúde”.

A amostra dessa etapa da pesquisa foi drenada com base em fatores objetivos, pois tanto o plenário como as câmaras do TCU possuem competência para deliberar sobre prestação de contas e tomada de contas especial, mas a competência do plenário é mais abrangente nestes pontos:

- a) Inabilitação de responsável por irregularidades para atuar como servidor público e inidoneidade de licitante;
- b) Representação de equipe de fiscalização;
- c) Encaminhamento de relatório de auditoria operacional;
- d) Encaminhamento de relatório de fiscalização, realizada por solicitação do Congresso Nacional, de cada uma de suas casas e comissões;
- e) Recebimento de denúncia;
- f) Deliberação de recursos.

A pesquisa quantitativa foi realizada diante dos 105 acórdãos, deliberados em plenário e publicados em 2018, com o recorte nas decisões realizadas pelo controle externo no SUS para afastar os julgados vinculados à saúde suplementar, tendo em vista a manutenção do corte epistemológico pré-definido.

Na análise dos cento e cinco acórdãos, relativos à regulação do SUS, nove deles referiam-se à educação e ao turismo, ou seja, não reportavam a matéria relativa à prestação de serviço público de saúde, por isso a pesquisa quantitativa debruça-se sobre noventa e cinco acórdãos.

Na primeira etapa da pesquisa qualitativa, observamos que os noventa e cinco acórdãos, cujas matérias estão citadas na tabela acima, referiam decisões voltadas à regulação do SUS, mas setenta e nove decisões referiam-se a demandas julgadas no âmbito da administração pública, enquanto dezesseis acórdãos reportavam-se a decisões do TCU relativas à atuação de instituições privadas contratadas pelo Poder Público.

Passamos, então, à investigação do teor dos dezesseis acórdãos, com o objetivo de indicar o resultado dos julgamentos do Tribunal de Contas da União e realizar a análise teórica do mérito das decisões. Neste ponto, passemos, então, à análise da amostra da última represa de julgados do Tribunal de Contas da União, considerando as decisões do plenário proferidas em 2018.

Acórdão 2697/2018: aplicação de providências administrativas indicadas em relação à associação civil, vinculada ao Fundo Municipal de Saúde por meio de convênio, considerando débitos apurados em relatório de auditoria do Denasus. Comunicação do município e do Tribunal de Contas municipal de que a transferência dos valores devidos teve origem equivocada, já que não cabia ao município devolver recursos que deveriam ter sido pagos pela associação civil, em função da destinação destes à promoção do interesse privado.

Acórdão 2626/2018: Determina inspeção em município para concluir apuração de aplicação irregular de recursos para a compra de equipamentos a serem utilizados por associação privada beneficente por meio de convênio. Determina medidas para assegurar a reversão dos valores relativos a aquisição irregular e bens e alerta para a hipótese de extinção do convênio.

Acórdão 2602/2018: Ratifica o conhecimento de denúncia sobre irregularidades em chamamento público realizado por secretaria estadual, tendo em vista a atribuição de gerenciamento, operacionalização e execução de ações e serviços de saúde à Organização Social.

Acórdão 2582/2018: a aplicação de multa a servidor público (ex-chefe) de hospital universitário e inabilitação para o exercício de cargos e empregos públicos de outros sete servidores decorre da aprovação

de termo de referência com omissão de todos os custos unitários do serviço, com a chancela de definição imprecisa, insuficiente e falsa na caracterização dos profissionais implicados como recursos humanos da empresa privada contratada para a prestação de serviço de apoio em área técnica, onde a atividade é inerente as categorias funcionais do plano de cargos do hospital.

Acórdão 1046/2018: representação conhecida pelo plenário e convertida em auto de tomada de contas especial devido à fraude em processo licitatório com ausência de projeto básico, utilização irregular de adesão à ata de registro de preço, que culmina na contratação direta de empresa privada por hospital público.

Acórdão 2482/2018: declara a idoneidade de empresa privada pelo período de um ano; a fundação pública que contratou a empresa inidônea fica obrigada a apurar a responsabilidade administrativa de servidores (gerência ou administração na empresa privada).

Acórdão 2454/2018: conhecimento de recurso de revisão aplica multa a ex-secretário de saúde, declarando a revelia de duas empresas privadas que apresentam conluio em fornecimento de medicamentos para uma prefeitura.

Acórdão 2356/2018 referente à 2582/2018: mantém o teor do julgamento do acórdão 2582/2018. (Aplicação de sanção a gestor, multa em decorrência de sanção grave e inabilitação para o exercício de cargos públicos.)

Acórdão 2351/2018 referente à 2356/2018: mantém o teor do julgamento do acórdão 2356/2018. (Aplicação de multa a ex-Secretário de Saúde e pregoeira de município com base em irregularidades verificadas em contrato do ente público com cooperativa de saúde.)

Acórdão 2259/2018: conhecimento parcial de revisão interposta por empresa privada em tomada de contas especial que exclui responsabilidade de gestores e reduz multa aplicada ao ente privado, com base em três acórdãos anteriores.

Acórdão 2023/2018: conhecimento de revisão e negação de provimento do recurso, com a manutenção de decisão do acórdão que refere ausência total de controle de ente público, de forma recorrente, quanto ao recebimento de insumos adquiridos junto à empresa privada, em que não é possível concluir se houve recebimento do objeto dos contratos.

Acórdão 2019/2018 referente à 2259/2018: mantém o teor do julgamento do acórdão 2259/2018. (Conhecimento parcial de revisão, interposta por empresa privada, em tomada de contas especial que exclui

responsabilidade de gestores e reduz multa aplicada ao ente privado com base em três acórdãos anteriores).

Acórdão 1858/2018 referente à 2073/2018: mantém o teor do julgamento do acórdão 2073/2018. (Conhecimento e provimento parcial de representação implicam a redução de multas realizadas com base em reexame interposto por parte dos agentes de empresas privadas sancionadas por acórdão do TCU).

Acórdão 1836/2018 referente à 2023/2018: mantém o teor do julgamento do acórdão 2023/2018. (Conhecimento de revisão e negação de provimento do recurso, com a manutenção de decisão do acórdão que refere ausência total de controle de ente público, de forma recorrente, no recebimento de insumos adquiridos junto à empresa privada, em que não é possível concluir se houve recebimento do objeto dos contratos).

Acórdão 1831/2018 referente à 2019/2018: teor do acórdão 2019/2018 difere do julgado original. (Anula o teor do acórdão 5954/2014 da 2ª Câmara do TCU, que dá origem ao acórdão 2259/2018 do plenário.)

Acórdão 1684/2018 referente à 1863/2018: conhece os embargos de declaração interpostos por empresa privada e representante de uma das pessoas jurídicas, em face dos acórdãos 531/2018 e 469/2016 – ambos do plenário do TCU.

A observação do teor dos julgados, listados na amostra qualitativa, indica fraudes em processos de licitação, bem como a formalização e execução de contratos eivados de ilícitos, ora conduzidos pela assessoria direta do Poder Público, ora decorrentes da omissão de gestores, inclusive devido à falta de implantação de protocolo de controle decorrente de fatores múltiplos, e, ainda, diante de hipóteses em que os servidores da gestão atuaram de forma comissiva ou omissiva, mas desprovida de dolo ou culpa.

A análise dessa pesquisa não se propõe à observação da fraude constatada nos acórdãos do TCU, no que diz respeito à corrupção no âmbito interno da administração pública, pois visamos à perspectiva de um olhar específico sobre a corrupção no setor privado, incluindo empresas com fins lucrativos e organizações não lucrativas.

Partimos da premissa de que o grande expoente da política anticorrupção, aplicada em todos os órgãos de regulação no Brasil, recorre à promoção da responsabilidade das instituições da iniciativa privada, realizando uma ação pedagógica que pode mudar o desenho dos atores que contratam com a administração pública.

Por isso, as sanções do Tribunal de Contas da União, aliadas às penas indicadas na lei de improbidade empresarial e na esfera criminal, podem desaconselhar a iniciativa privada, a manutenção da performance padrão de sucesso empresarial realizada no Brasil, na medida em que a governança pode ser o principal cartão de visita, fonte de atestados de boas práticas, que serão observados na habilitação dos processos de licitação e monitoramento de contratos públicos.

Durante a coleta dos dados da amostra as conexões apontadas nas decisões do plenário do TCU sugerem o uso de ferramentas robóticas, descortinadas quando a pesquisa já chegava ao tempo de suas reflexões de conclusivas. Assim foi possível reconhecer o trabalho de cruzamento de informações decorrentes da utilização de ferramentas específicas de tecnologia da informação através da utilização de robôs: ALICE, MONICA e SOFIA⁸.

De acordo com Thiago Marrara (2014, p.43) esta tendência relativa o uso de tecnologias pela administração pública vem sendo defendida como verdadeira “arma” para o suprimento de inúmeras deficiências na execução de tarefas estatais, o que se observa, especificamente no caso do controle do SUS pelo Tribunal de Contas da União, com o cruzamento de dados propiciado pelo uso de inteligência artificial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação sobre regulação da saúde é um campo rico de problemática e capaz de abrir inúmeras hipóteses de análise, mas as considerações finais dessa incursão referem o Sistema único de Saúde como espaço de regulação e o Tribunal de Contas da União como regulador de recursos destinados ao SUS, considerando os acórdãos julgados em 2018.

A revisão bibliográfica da teoria que sustenta a descrição e caracterização dos institutos é ponte para trabalho analítico de vistoria e

8 ALICE, MONICA E SOFIA representam o apoio de inteligência artificial do TCU nas contratações públicas que se apresentam como conjunto de linhas de código que “vivem” nos sistemas do TCU. Elas “leem” o grande volume de texto produzido e analisado pelo tribunal para encontrar incongruências, organizar melhor as informações e apontar correlações. ALICE, é o robzinho que lê editais de licitações e atas de registro de preços publicados pela administração federal, além de alguns órgãos públicos estaduais e estatais. Para isso, coleta informações do Diário Oficial e do Comprasnet - o sistema que registra as compras governamentais. A partir daí ela elabora uma prévia do documento e aponta aos auditores se há indícios de desvios. SOFIA aponta erros nos textos dos auditores, sugere correlações de informações e indica outras fontes de referência. MONICA é um painel que mostra todas as compras públicas, incluindo as que a ALICE deixa passar, como contratações diretas e aquelas feitas por meio de inexigibilidade de licitação. ALICE, SOFIA e MONICA são interfaces de um sistema maior, chamado de Laboratório de Informações de Controle (Labcontas). Ele funciona como o “cérebro” das obôs e é de onde elas tiram as informações em que baseiam suas sugestões. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2019.

reflexão em amostra de julgados do TCU bem delimitada, pois sabíamos que ao final da pesquisa não seria possível fazer um mapeamento das fraudes conectadas ao SUS sem um recorte temporal.

Quando a investigação foi iniciada uma das premissas levantadas apontava para maior quantidade de processos do TCU investigando, auditando e condenando instituições privadas vinculadas à gestão e prestação de serviços de saúde em unidades do SUS. Numa amostra de 95 decisões do plenário da corte federal de contas, apenas dezesseis matérias apontavam expedientes realizados em parcerias com entidades do Terceiro Setor.

Esse dado não é suficiente para alçar conclusão no sentido de que há mais corrupção endógena em relação a corrupção exógena, pois o ambiente embaraçado pela fraude é no mínimo bilateral, sendo quase sempre multilateral, pois a fraudes tanto se apresentam na gestão direta do serviço público quanto na sua gestão indireta.

As hipóteses de fraude são esperadas na administração pública e decorrem de uma síntese consagrada na visão de Alejandro Nieto (2010): “a corrupção é inerente à administração pública”, mas as expectativas de que as contratações junto ao Terceiro Setor abarcariam hipóteses de corrupção mais recorrentes não se apresentam no contexto de tempo e espaço recortado na pesquisa.

Então vejamos as possíveis reflexões no ultimo funil da nossa amostra: há duas hipóteses em que a fraude decorre de ausência de controle do ente público e em quatro decisões não são aplicadas apenas aos entes privados, pois agentes públicos se submetem a sanção grave e inabilitação para o exercício de cargos públicos.

Quando a condenação do plenário do TCU se dirige especificamente a entidades gestoras do SUS, a fraude está quase sempre associada a licitações e contratos que resultaram na compra de equipamento, fármacos, e terceirização de recursos humanos. Parte fundamental dos episódios de fraude resulta da apuração do sobrepreço.

Com o avanço da profilaxia regulatória do TCU e demais órgãos de controle é possível confirmar pelo menos em parte a hipótese de que instituições privadas voltadas a promoção da complementariedade da saúde necessitam de política de integridade cada vez mais refinada para manter relações contratuais com o Poder Público.

O uso sistemático de ferramentas de pesquisa no site e a leitura do inteiro teor das decisões do TCU, inseridas no recorte dessa investigação, apontam para a existência de um sistema de informação onde a inteligência artificial agregou muito valor ao controle, sobretudo na amarração entre julgados conexos e jurisprudência da corte.

Considerando a análise específica desse artigo, pode-se afirmar que a agenda regulatória do TCU articula elementos de governança destacados na gestão de riscos, controle interno, monitoramento e avaliação, sinalizando um tempo de administração pública pós-gerencial.

Três pontos se destacam ao final da pesquisa, quais sejam: 1. A amostra não apresenta irregularidade que ateste a ineficiência do SUS, enquanto atividade prestacional, ou seja, não é possível atestar baixa quantidade e/ou qualidade no atendimento dos utentes que procuraram o serviço público de saúde; 2. O TCU atua no controle eterno de serviços públicos de saúde com ferramentas capazes de identificar fraudes na aplicação de recursos públicos destinados ao SUS; 3. Ferramentas de inteligência artificial favorecem a realização do controle, na medida em que refinam dados do monitoramento, fornecendo ferramentas de trabalho produtivas para a investigação de fraudes contra o patrimônio público.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ubiratan Diniz; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos Medeiros. *A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

APPIO, Eduardo Fernando. *O controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Tese de Doutorado. 473f. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Marcia Walquíria Batista dos. (org.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. revisada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de, et al. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. *Revista de Direito GV* [online]. v. 13, n.2, p.457-483, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201718>>. Acesso em: 15 maio 2019.

BARROS, Fernando Passos Cupertino de; AMARAL, Tereza Cristina Lins. *Os desafios da regulação em saúde no Brasil*. AnInstHigMed Trop. 2017.; (Supl. 3):S39-S45. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2UxC09kZRxyJ:https://anaisihmt.com/index.php/ihmt/article/download/42/35/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

BRASIL, Ministério da Saúde. *Curso Básico de Regulação do Sistema Único de Saúde – SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2016.

CATTANEO, Salvatore. Agencies e regulationnel Regno Unido. In: LABRIOLA, Silvano. (a cura di) *Le autorità indipendenti. Da Fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto Pubblico italiano*. Milão: Giuffrè, 1999.

CONASS. Guia de Apoio à Gestão Estadual do SUS. *A regulação no SUS: alguns conceitos*. Guia de Apoio. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/guiainformacao/a-regulacao-no-sus-alguns-conceitos/>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Da regulação como função do direito administrativo*. Orientadora: Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2007. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GRAZZIOLI, Airton; PAES, José Eduardo Sabo. *Compliance no terceiro setor: Controle e integridade nas Organizações da Sociedade Civil*. São Paulo: Elevação, 2018.

IPEA. Acompanhamento e análise. *Boletim de Políticas Sociais*. Brasília, n. 16, p. 117-189, jul. 2015.

LAUWE, P. H. C. Régulation et transformation sociale. In: GADOFFRE, G.; LICHNEROWICZ, A.; PERROUX, F. (org.). *L'idée de régulation dans les sciences*. Paris: Maloine-Doin, 1977.

MÂNICA, Fernando Borges. *Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARINHO, Alexandre. A crise do mercado de planos de saúde: devemos apostar nos planos populares ou no SUS?. *Revista e Planejamento e Políticas Públicas*, n. 49. jul./dez. 2017.

- MARRARA, Thiago. *Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- NIETO, Alejandro. *La “nueva” organización del desgobierno*. Barcelona: Ariel, 2010.
- OLIVEIRA, Anderson Marcio de. *Intervenção regulatória do TCU: Avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC*. Orientador: Leandro Molhano. 2017. 128f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Escola de Direito do Rio de Janeiro - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.
- PHILIP, Gil França. *Controle da administração pública*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SCHILLING, Claunara; REIS, Afonso Teixeira dos; MORAES, José Carlos de. *Desenvolvimento de Sistemas e Serviços de Saúde: a política de regulação do Brasil*. Organização Pan-americana de saúde & Ministério da Saúde – OPAS/OMS. Brasil: Brasília, 2006.
- SOUTO, Marcus Juruena Vilela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- TESOURO NACIONAL. *Aspectos fiscais da saúde no Brasil*. Brasília, out. 2018. Disponível em: <[http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/Aspectos FiscaisSa%C3%BAde2018/a7203af9-2830-4ecb-bbb9-4b04c45287b4](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/Aspectos+FiscaisSa%C3%BAde2018/a7203af9-2830-4ecb-bbb9-4b04c45287b4)>. Acesso em: 16 maio 2019.
- VITALIS, Aline. Estado prestador ‘versus’ Estado regulador: um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 53 n. 210 abr./jun. 2016. p.267-290.
- VILARINS, Geisa Cristina Modesto; SHIMIZU, Helena Eri; GUTIERREZ, Maria Margarita Urdaneta. A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 95, p. 640-647, out./dez. 2012. Disponível em: Acesso em: 07 ago. 2019.
- ZYMLER, Benjamim. *Direito Administrativo e Controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RECEBIDO EM: 18/06/2019

APROVADO EM: 25/09/2019

LIMITE DE GASTOS MUNICIPAIS E RESPONSABILIDADE FISCAL: NOVOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR N. 164/2018

***LIMIT OF MUNICIPAL EXPENDITURE AND FISCAL
RESPONSIBILITY: NEW PARAMETERS ESTABLISHED BY
COMPLEMENTARY LAW N. 164/2018***

Urá Lobato Martins

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), linha de pesquisa: Estado e Política Pública. Mestre em Direitos Humanos pela UFPA (Linha de pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos, pertencendo ao grupo de pesquisa: Direitos Humanos e Tributação).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Questões introdutórias sobre orçamento e competências municipais; 2 Gastos com pessoal: parâmetros constitucionais e legais; 3 Limite de gastos municipais: novos parâmetros estabelecidos pela Lei Complementar 164/2018; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa os limites de gastos municipais de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), dando-se ênfase aos novos parâmetros estabelecidos pela Lei Complementar 164/2018. Nesse sentido, o artigo foi norteado pelas seguintes questões norteadoras: qual o limite constitucional e legal para gastos com pessoal? Quais as sanções que os municípios podem sofrer, caso não cumpram tais limites? Qual o impacto gerado pelas normas introduzidas na LRF pela Lei Complementar n. 164 de 2018? Com o intuito de responder tais questionamentos, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, serão apresentados argumentos sobre as novas regras estabelecidas com relação ao cumprimento do limite de gastos municipais, analisando as respectivas medidas sancionatórias, avaliando-se, assim, o impacto gerado pelas normas introduzidas na LRF pela Lei Complementar n. 164 de 2018.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Fiscal. Gastos Públicos. Município. Limites Orçamentários. Medidas Restritivas.

ABSTRACT: The article analyzes the limits of municipal expenditures according to the Law of Fiscal Responsibility (LRF), emphasizing the new parameters established by Complementary Law 164/2018. In this sense, the article was guided by the following guiding questions: what is the constitutional and legal limit for personnel expenses? What sanctions can municipalities suffer if they do not meet these limits? What is the impact generated by the standards introduced in the FRL by Complementary Law n. 164 of 2018? In order to answer such questions, a bibliographical and documentary research was carried out. At the end, arguments will be presented on the new rules established regarding compliance with the municipal spending limit, analyzing the respective sanctioning measures, thus evaluating the impact generated by the standards introduced in the FRL by Complementary Law n. 164 of 2018.

KEYWORDS: Fiscal Responsibility. Public Spending. County. Budget Limits. Restrictive Measures.

INTRODUÇÃO

No Brasil, adota-se o federalismo fiscal, ocorrendo a descentralização das atividades governamentais, gozando os Estados e Municípios de múltiplas competências e atribuições.

De fato, conforme ensina Celina Souza (2003), o Brasil tem uma trajetória moldada na persistência de políticas que acabam estimulando sua desigualdade¹, ao mesmo tempo em que são utilizados instrumentos que amortecem tais desigualdades, o que ocorre no caso dos recursos federais adicionais.

De acordo com a Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem observar os limites previstos em lei complementar, para efetuar o gasto com despesa com pessoal ativo e inativo.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), por sua vez, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, estabelecendo diversos mecanismos de controle, impondo, ainda, medidas sancionatórias que impedem o recebimento de transferências voluntárias.

A LRF (Lei Complementar nº 101/2000) impede a realização de transferências voluntárias nos seguintes casos: quando o ente não exercer plenamente a sua competência tributária, ou seja, efetivar a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional (art. 11, parágrafo único, da LRF); quando o ente federativo não reduzir, no prazo legal, a despesa total com pessoal que ultrapassar os limites estabelecidos no art. 20 da LRF; quando a dívida consolidada de um ente da Federação ultrapassar o respectivo limite e não for reconduzida ao limite legal no prazo fixado (art. 31 da LRF), quando as operações de crédito realizadas pelo ente federativo não cumprirem às condições e limites previstos na lei (art. 33 da LRF); quando os Estados e Municípios não encaminharem, no prazo legal, as suas respectivas contas ao Poder Executivo da União, para fins de consolidação e divulgação (art. 51 da LRF); quando não forem publicados o Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) e o Relatório de Gestão Fiscal (RGF) nos prazos e na periodicidade prevista na LRF (arts. 52 a 55 da LRF).

1 “No entanto, o desenho de algumas políticas públicas, como o SUS, induz à concentração de recursos em estados/regiões economicamente mais desenvolvidos, enquanto o de outras, como o da seguridade social, tendem a promover maior equilíbrio federativo regional dos gastos públicos” (SOUZA, 2003, p. 377).

Diante da necessidade de ser feito um corte metodológico, o presente artigo analisará apenas a vedação das transferências voluntárias decorrentes da não observância do limite legal da despesa total com pessoal (art. 20 da LRF).

De acordo com a LRF, os limites dos gastos com despesas de pessoal² devem observar os seguintes percentuais da receita corrente líquida: União (50%); Estados (60%) e Municípios (60%). O art. 20 da LRF, por sua vez, estabelece como ocorrerá a repartição dos limites globais previstos no art. 19.

Ocorre que no ano de 2018 foi publicada a Lei Complementar n. 164³ que acrescentou os parágrafos quinto e sexto ao art. 23 da LRF. Tal norma estabeleceu mudanças com relação às sanções cabíveis aos municípios, no que tange ao cumprimento dos limites com gastos previstos na LRF.

Nesse contexto, o artigo visa analisar o alcance de tais modificações. Para tanto, o artigo é norteado pelas seguintes questões: qual o limite constitucional e legal para gastos com pessoal? Quais as sanções que os municípios podem sofrer, caso não cumpram tais limites? Qual o impacto gerado pelas normas introduzidas na LRF pela Lei Complementar n. 164 de 2018?

A pesquisa foi feita através de pesquisa bibliográfica e documental, consoante será exposto nas próximas linhas.

1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE ORÇAMENTO E COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS

A Carta Magna do Rei João da Inglaterra de 15.06.1215 iniciou um movimento no sentido de promover limitações ao poder estatal, tendo estabelecido o princípio de que deve existir autorização prévia para os gastos dos governantes⁴. Dessa forma, “ao direito de autorizar as receitas,

2 “Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência”. (Lei de Responsabilidade Fiscal)

3 A LC 164/2018 foi publicada em 18/12/2018, mas produziu efeitos a partir do exercício financeiro subsequente, logo, o ano de 2019.

4 “Cláusula 12 – Nenhuma taxa de isenção do serviço militar (scutagium) nem contribuição alguma será criada em nosso reino, salvo mediante o consentimento comum do reino, a não ser para resgate da nossa

seguiu-se o de controlar as despesas, dando origem ao orçamento como processo de fiscalização financeira e cerceamento das tendências abusivas dos governantes” (HARADA, 2008, p. 60-61).

A Constituição Imperial do Brasil de 1824 estabeleceu o orçamento como instrumento de gestão dos recursos públicos, sendo que somente no ano fiscal de 1830/1831 o Brasil teve a votação de seu primeiro orçamento, segundo Bezerra (1999).

Com o advento da primeira Constituição Republicana em 1891, foi transferido ao Legislativo o poder de iniciativa da elaboração da proposta do orçamento, além de sua discussão. Contudo, ainda no mesmo ano, foi sancionada a Lei n. 23 de 30/10/1891, a qual determinou que o Ministério da Fazenda teria como atribuição preparar a proposta orçamentária que deveria ser remetida ao Congresso Nacional (BEZERRA, 1999).

Sobre a questão, Bezerra (1999) ensina que mesmo com as novas regras constitucionais e a mudança do regime político, ainda permaneceu, por algum tempo, a existência de práticas atreladas ao que era feito na época do Império⁵. Além disso, existiam as famosas “caudas orçamentárias”, as quais vinham como anexo das principais tabelas do orçamento, através das quais eram incluídas despesas e medidas de cunho administrativo que não deveriam constar na peça orçamentária, tais como “a criação de novos cargos, os aumentos salariais, as promoções, as transferências de funcionários etc. eram realizadas através do que ficou conhecido como ‘caudas orçamentárias’” (BEZERRA, 1999, p. 52).

A Constituição de 1934 redefiniu a atuação do Congresso Nacional na elaboração do orçamento, pois a preparação da proposta orçamentária passou a ser atribuição do Poder Executivo, cabendo ao Congresso apenas a votação. Assim, “ao Ministério da Fazenda, com a colaboração dos demais Ministérios, conforme estipulava o Decreto n. 23.150, de 15/09/1933, cabia elaborar a proposta que devia ser remetida pelo Presidente da República ao Congresso Nacional” (BEZERRA, 1999, p. 54). A participação do Congresso Nacional ficou ainda mais restrita com o advento da Constituição Federal de 1937, a qual “não admitiu que Câmara ou Senado propusesse qualquer emenda que versasse sobre matéria tributária ou proporcionasse aumento de despesa” (BEZERRA, 1999, p. 54).

peessoa, para armar cavalheiro o nosso filho mais velho e para celebrar, uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e para isto, tão somente, uma contribuição razoável será lançada”.

5 “É o caso da fixação das despesas antes da estimativa das receitas, o que contribuiu para o desequilíbrio das contas públicas que vigorou até 1923 [...]” (BEZERRA, 1999, p. 52).

Posteriormente, através da Constituição de 1946 foi restaurada a participação do Congresso com relação à discussão orçamentária, sendo que a competência para elaborar a proposta orçamentária continuou sendo incumbência do Poder Executivo, mas tal proposta era enviada ao Congresso Nacional, onde era discutida pela Câmara e pelo Senado, separadamente, podendo inclusive ser objeto de emenda (BEZERRA, 1999, p. 55).

Cabe ressaltar que as Constituições do Brasil de 1967 e 1969 determinaram que o projeto de lei orçamentária, elaborado pelo chefe do Poder Executivo, não poderia ser alterado pelo Legislativo, cabendo a este apenas aprovar tal projeto, caso contrário, seria considerado como aprovado (DALLARI, 2011).

O orçamento-programa teve como marco o Decreto-lei nº. 200/67, que estabeleceu em seu artigo 7º que “a ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, sendo norteado pelos planos e programas elaborados [...]”. Segundo Dallari (2011), através do orçamento-programa, primeiro são eleitas as ações a serem adotadas no exercício seguinte, para que possa ser feita sua respectiva dotação.

Anteriormente, durante a época em que vigorou o Código de Contabilidade da União de 1922, “[...] a lei orçamentária anual primeiro estabelecia dotações para determinadas áreas, para que, depois, o Executivo decidisse como e em que aplicar os recursos autorizados” (DALLARI, 2011, p. 315).

Eis que a Constituição Federal de 1988 democratizou o processo legislativo do orçamento, pois “[...] quem estabelece as prioridades que vão condicionar a elaboração do projeto da lei orçamentária anual é o Poder Legislativo, por meio de uma lei de diretrizes orçamentárias” (DALLARI, 2011, p. 311).

Com relação ao ente municipal, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu os recursos que competem aos municípios, os quais derivam de duas fontes: receita tributária própria e receita tributária derivada, proveniente de transferências. No que refere às receitas próprias, competem aos municípios os seguintes tributos: Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU (artigo 156, I, da Constituição Federal); Imposto sobre a transmissão de bens imóveis – ITBI (artigo 156, II, da Constituição Federal), Imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS (artigo 156, III, da Constituição Federal); taxas e contribuições.

No que tange às receitas tributárias decorrentes de transferências, os Municípios recebem receitas oriundas da União Federal e do Estado, mediante imposição constitucional. Dessa forma, a Constituição Federal determina que a União entregará aos municípios 100% da arrecadação do Imposto de Renda incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos municípios, suas autarquias e fundações que instituírem e mantiverem (artigo 158, I, da Constituição Federal); 50% do imposto da União sobre a propriedade territorial rural – ITR, ou 100% na hipótese do artigo 153, § 4º, III, da Constituição Federal⁶; repasse da quota no rateio do Fundo de Participação dos Municípios (artigo 159, I, da Constituição Federal), 70% do IOF incidente sob o ouro, nos termos do artigo 153, § 5º, II, da Constituição Federal.

O Estado, por sua vez, deverá repassar aos municípios o valor equivalente a 50% do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA (artigo 158, III, da Constituição Federal) e 25% do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços – ICMS (artigo 158, IV, da Constituição Federal).

Sabe-se que as transferências intergovernamentais revelam um importante recurso, em especial, aos entes que possuem reduzida carga arrecadatória, minimizando, assim, as patentes diferenças regionais existentes.

As transferências intergovernamentais podem ser classificadas em duas grandes categorias: obrigatórias e discricionárias — ou seja, decorrentes de determinação constitucional ou legal, ou que resultam de negociações entre os governos centrais e os governos subnacionais, havendo entrega de recursos a outro ente da federação a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira. (DEDA; KAUCHAKJE, 2019, p. 152)

Deda e Kauchakje (2019) constataram que durante o período de 2004 a 2014, os municípios brasileiros sofreram com a expressiva desproporcionalidade representativa no Congresso Nacional, no que tange às despesas discricionárias federais e estaduais. Isto porque, segundo as autoras, há uma discrepância com relação ao número de cadeiras legislativas e o tamanho populacional dos distritos eleitorais.

6 “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

§ 4º O imposto previsto no inciso VI do caput: [...]

III - será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal” (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Ao analisar o sistema de transferência de recursos, Giuberti (2005) destaca que isto ocasionou um aumento da responsabilidade dos Estados e Municípios, no que tange às efetivações de serviços público, gerando uma maior dependência dessas transferências intragovernamentais. Segundo a autora, em 2002, em média 50% da receita corrente dos Município era proveniente de transferências da União.

Durante o período de 1997 a 2003, “as transferências de recursos da União para os municípios representaram em média 55% de sua receita corrente – e são administrados, em sua maioria, por governos de coalizão.” (GIUBERTI, 2005, p. 25)

De fato, no nível municipal, as transferências representam a principal fonte de financiamento estatal, segundo estudo realizado pela Instituição Fiscal Independente do Senado Federal (IFI – RAF 2018), conforme fica demonstrando no quadro abaixo:

ARRECAÇÃO PRÓPRIA, TRANSFERÊNCIAS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS E RECEITA DISPONÍVEL DO GOVERNO MUNICIPAL – EM R\$ POR HABITANTE NO ANO DE 2016.			
<i>UNIDADES DA FEDERAÇÃO</i>	<i>Arrecadação própria</i>	<i>Transferências legais e constitucionais</i>	<i>Receita disponível: arrecadação própria + transferências</i>
Região norte	277,48	1.313,86	1.591,34
Rondônia	341,26	1.244,68	1.585,95
Acre	211,19	1.265,55	1.476,75
Amazonas	314,17	1.201,99	1.516,17
Roraima	156,94	1.714,06	1.871,00
Pará	258,97	1.309,66	1.568,63
Amapá	144,01	1.075,41	1.219,42
Tocantins	351,12	1.722,33	2.073,44
Região nordeste	288,01	1.350,83	1.638,83
Maranhão	181,10	1.452,55	1.633,66
Piauí	227,86	1.546,17	1.774,03
Ceará	313,88	1.296,87	1.610,74
Rio Grande do Norte	320,70	1.377,19	1.697,89
Paraíba	230,07	1.405,58	1.635,66
Pernambuco	360,31	1.218,65	1.578,96
Alagoas	256,14	1.433,25	1.689,39
Sergipe	337,64	1.381,62	1.719,26
Bahia	296,97	1.333,50	1.630,47

Região Sudeste	923,20	1.421,37	2.344,57
Minas Gerais	468,93	1.404,49	1.873,42
Espírito Santo	527,28	1.551,80	2.079,08
Rio de Janeiro	993,27	1.267,62	2.260,90
São Paulo	1.145,46	1.474,87	2.620,33
Região Sul	643,40	1.603,59	2.246,99
Paraná	637,78	1.574,32	2.212,10
Santa Catarina	690,68	1.610,28	2.300,96
Rio Grande do Sul	620,04	1.628,65	2.248,69
Região Centro-Oeste	456,73	1.263,12	1.719,84
Mato grosso do Sul	700,25	1.774,08	2.474,33
Mato grosso	547,44	1.646,16	2.193,60
Goiás	517,46	1.430,96	1.948,42

Fonte: Tabela elaborada com base nos dados contidos no Relatório de Acompanhamento Fiscal do IFI – Instituição Fiscal Independente (2018, p. 3).

Ocorre que a Constituição Federal estabelece limites para gastos com pessoal, razão pela qual os municípios devem cumprir tais limites, sob pena de sofrer sanções, consoante será exposto nas próximas linhas.

2 GASTOS COM PESSOAL: PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

A Carta Magna, em seu artigo 169, determina que “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”. Nos parágrafos seguintes, tal artigo determina que após o prazo previsto em lei complementar (no caso, a Lei de Responsabilidade Fiscal), os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, serão suspensos de forma imediata.

Nos termos do § 3º do art. 169 da Carta Magna, para cumprir o limite previsto no artigo 169, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão adotar as seguintes providências: “I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; II - exoneração dos servidores não estáveis”.

O § 4º do art. 169 da Constituição Federal estabelece, ainda, que se as medidas previstas no parágrafo anterior não assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar, “o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes

especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.”

Os limites com gastos com despesas de pessoal são estabelecidos pelo art. 19 da Lei Complementar n. 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), nos seguintes percentuais da receita corrente líquida: União (50%); Estados (60%) e Municípios (60%)⁷.

O art. 20 da LRF, por sua vez, estabelece como ocorrerá a repartição dos limites globais previstos no art. 19:

Federal	Estadual	Municipal
Legislativo e TCU: 2,5%	Legislativo e TCE: 3%	Legislativo e TCM: 6%
Judiciário: 6% MPU: 0,6%	Judiciário: 6% MPE: 2%	Executivo: 54%
Executivo: 40,9%	Executivo: 49%	

O parágrafo único do art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece um limite de 95% do limite máximo, o qual funcionaria como um limite prudencial⁸, acarretando as seguintes sanções:

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. *Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:*

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

7 “Uma análise preliminar dos dados disponíveis no SICONFI – Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Público Brasileiro –, da Secretaria do Tesouro Nacional, que contempla informações contábeis e fiscais de todos os entes federados, mostra que um número considerável de municípios (cerca de 35%) ultrapassa o teto percentual de 60% (e o teto do Executivo de 54%), já sujeitos às sanções e que assim continuarão [...]” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, Nota Técnica n. 52/2018, 2018, p. 4).

8 No caso dos Municípios, como o limite geral é de 54%, o limite prudencial de 95% equivale a 51,3%. Logo, atingido este patamar, o Município estará proibido de realizar os atos contidos no parágrafo único do art. 22 da LRF.

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6o do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias. (BRASIL, LRF) (grifo nosso).

Dessa forma, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece em seu art. 23 as sanções cabíveis quando os limites mencionados forem ultrapassados, sem prejuízo das medidas contidas no art. 22 exposto anteriormente:

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, *o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes*, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, *as providências previstas nos §§ 3º e 4o do art. 169 da Constituição*.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela *extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos*.

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária. (grifo nosso)

Vislumbra-se, claramente, que o art. 169, I, § 3º, da Constituição Federal estabelece como providência para o cumprimento dos limites estabelecidos a “I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança”. Ocorre que a LRF, em seu art. 23, § 1º, determinou que “no caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções *quanto pela redução dos valores a eles atribuídos*” (grifo nosso). Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar na ADI 2.238-5, suspendendo a expressão “quanto pela redução dos valores a eles atribuídos”, por considerar ofensa constitucional ao princípio de irredutibilidade de vencimentos.

Além disso, no julgamento da liminar concedida nos autos da ADI 2.238-5, o Supremo Tribunal Federal decidiu suspender integralmente a

eficácia do § 2º do art. 23 da LRF, que menciona que “§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.”

Prosseguindo, se o percentual excedente da despesa total com pessoal não for eliminado nos dois quadrimestres seguintes, serão adotadas as seguintes sanções previstas na LRF, as quais continuarão vigentes enquanto continuar tal excesso:

Art. 23. [...]

§ 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente *não poderá*:

I - receber transferências voluntárias;

II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente;

III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. (grifo nosso)

As transferências voluntárias⁹ segundo Abraham (2017), são os recursos financeiros (despesas correntes ou despesas de capital) que são encaminhados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios ou dos Estados para os Municípios, podendo ser decorrente de convênios¹⁰, acordos, ajustes ou outros instrumentos similares que tenha como finalidade a realização de obras, serviços, programas ou atividades de interesse comum.

De acordo com o art. 25 da LRF, transferência voluntária consiste na “entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.”

Em contrapartida, no caso das transferências constitucionais, quando há bloqueio, os entes não recebem o repasse de FPM (Fundos de Participação dos Municípios FPE (Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal).

9 A Instrução Normativa STN n. 01, de 17 de outubro de 2005, dispõe sobre o cumprimento das exigências para transferências voluntárias previstas na LRF e institui o cadastro único de convênios.

10 O Decreto 6.170/2007 dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Sendo que a Portaria Interministerial CGU/MF/MPOG 507/2011 estabelece normas para execução do referido Decreto.

Segundo dados do Tesouro Nacional (2019)¹¹, os seguintes municípios estão atualmente bloqueados.

UG	Nome	UF	Data do Bloqueio	SRF	PGFN	MPO	OUTROS
980389	AURORA DO PARA	PA	21/05/2019	Bloqueado	-	-	-
980429	BENEVIDES	PA	31/05/2019	Bloqueado	-	-	-
980441	CAMETA	PA	16/01/2019	Bloqueado	-	-	-
980583	DOM ELISEU	PA	15/05/2019	Bloqueado	-	-	-
981447	JUAZEIRO DO NORTE	CE	13/05/2019	Bloqueado	-	-	-
980477	JURUTI	PA	13/09/2018	Bloqueado	-	-	-
980196	MATOES DO NORTE	MA	13/05/2019	Bloqueado	-	-	-
981283	MIRANDA DO NORTE	MA	13/05/2019	Bloqueado	-	-	-
980493	MOJU	PA	14/05/2019	Bloqueado	-	-	-
980959	PAULO RAMOS	MA	13/05/2019	Bloqueado	-	-	-
983205	PIRAMBU	SE	13/05/2019	Bloqueado	-	-	-
980036	RORAINOPOLIS	RR	13/10/2018	Bloqueado	-	-	-
980525	SALVATERRA	PA	29/04/2019	Bloqueado	-	-	-
983231	SANTO AMARO DAS BROTAS	SE	13/05/2019	Bloqueado	-	-	-
980313	SAO JOAO DA BALIZA	RR	09/04/2019	Bloqueado	-	-	-
985391	TUPACIGUARA	MG	03/06/2019	Bloqueado	-	-	-

Fonte: Tabela do Tesouro Nacional dos entes bloqueados (2019).

Dessa forma, não devem ser confundidas as transferências voluntárias das constitucionais, sendo que a limitação ora imposta pela LRF (art. 23) abrange apenas as transferências voluntárias.

¹¹ Consulta realizada dia 11.06.19.

A seguir serão analisadas as novas normas introduzidas pela Lei Complementar n. 164 de 2018.

3 LIMITE DE GASTOS MUNICIPAIS: NOVOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR 164/2018

A Lei Complementar 164/2018 incluiu os parágrafos quinto e sexto ao art. 23 da LRF, determinando que duas exceções à regra prevista no parágrafo terceiro do referido artigo.

Art. 23 [...]

§ 5º As restrições previstas no § 3º deste artigo não se aplicam ao Município em caso de queda de receita real superior a 10% (dez por cento), em comparação ao correspondente quadrimestre do exercício financeiro anterior, devido a:

I – diminuição das transferências recebidas do Fundo de Participação dos Municípios decorrente de concessão de isenções tributárias pela União; e

II – diminuição das receitas recebidas de royalties e participações especiais.

Sendo assim, nos casos expostos, o Município, mesmo descumprido o limite individual de gastos com pessoal, não sofrerá punições sanções. No entanto, o novo § 6º do art. 23 da LRF (incluído pela Lei Complementar n. 146/2018), determina que só será cabível o que está previsto no § 5º, se a despesa total com pessoal do quadrimestre não ultrapassar o percentual limite estabelecido no art. 19 da LRF, sendo que o cálculo será feito considerando “a receita corrente líquida do quadrimestre correspondente do ano anterior atualizada monetariamente”. No caso dos municípios, a despesa total com pessoal não deve ultrapassar o limite geral de 60% da receita corrente líquida.

Cabe ressaltar que o art. 66 da LRF já estabelece de forma favorável que “os prazos estabelecidos nos arts. 23, 31 e 70 serão duplicados no caso de crescimento real baixo ou negativo do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, regional ou estadual por período igual ou superior a quatro trimestres.”

Nessa linha, a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara da dos Deputados entendeu que as alterações promovidas na LRF “representa mero ajuste – e não propriamente flexibilização – do mecanismo

geral já previsto no art. 66 da LRF, vez que racionaliza e aperfeiçoa essa disposição, de forma coerente e compatível com as especificidades de cada ente.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Nota Técnica n. 52/2018*, 2018, p. 11).

As alterações promovidas vieram garantir justiça para os municípios que sofrem com a queda de receita. Dessa forma, as isenções concedidas pela União afetam negativamente as transferências recebidas do Fundo de Participação dos Municípios.

No que tange à diminuição das receitas recebidas de royalties, Barros e Lima (2015) destacam que no caso da exploração do petróleo, o principal beneficiário foi o Rio de Janeiro, sendo que Macaé teve a maior participação:

Na região Norte Fluminense, no período de 2007 a 2011, a arrecadação tributária dos municípios foi menor que as transferências da União e do governo do estado (Gráfico 2). Os dados mostram que as compensações financeiras oriundas da exploração do petróleo e gás são a principal fonte de receita da região. Neste período, elas representaram, em média, 46% dos orçamentos municipais. (BARROS; LIMA, 2015, p. 2976)

Giuberti (2005, p. 4), ao pesquisar o efeito da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre os municípios brasileiros, durante o período de 1997 a 2003, constatou que “a despesa com pessoal apresentada pelo conjunto dos Municípios brasileiros nos últimos anos ficou abaixo do limite estabelecido em Lei, conclui-se que há espaço para uma elevação desse gasto sem que isso implique numa infração [...]”.

De fato, segundo Nota Técnica n. 52/2018 da Coordenação de Legislação e Normas Consultores de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, em torno de 3% dos municípios brasileiros devem ser beneficiados pela Lei Complementar 164/18:

Em relação aos municípios cuja despesa total com pessoal encontra-se abaixo do limite geral de 60%, o cruzamento de dados do SICONFI com o atendimento das condições cumulativas inseridas pelo PLP 270/2016 mostra que um número bastante reduzido (em torno de 3%) de municípios poderia ser beneficiado (CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Nota Técnica n. 52/2018*, 2018, p. 4).

Cabe ressaltar que a LRF determina em seu art. 59 que o Controle Externo realizado pelo Poder Legislativo, diretamente ou

com auxílio dos Tribunais de Contas, bem como o sistema de controle interno de cada Poder, devem fiscalizar o cumprimento das normas previstas em tal lei. Dessa forma, nos termos do § 1º, inciso II, do art. 59 da LRF, “§ 1º Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem: [...] II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite”.

Além disso, de acordo com o Art. 5º, IV, da Lei de Crimes Fiscais (Lei 10.028/2000) constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas: “IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a *redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo*” (grifo nosso).

A infração, segundo § 1º do referido artigo, “é punida com *multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa*, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal” (grifo nosso). Nos termos do § 2º do art. 5 da Lei 10.028/2000, a infração “será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida”

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, ficou claro que a Lei Complementar n. 164 de 2018 abrandou o alcance das sanções para os municípios que não respeitarem o limite individualizado para gastos com pessoal, em determinadas circunstâncias condicionais. Por outro lado, os municípios que ultrapassarem o limite da despesa total com pessoal, de 60% da receita corrente líquida, permanecerão tendo que arcar com as sanções estabelecidas na LRF.

Importante mencionar a perspectiva de Lasswell (1936) ao questionar: quem ganha o quê? Quando? Por quê? No caso, os novos parâmetros impostos pela Lei Complementar n. 164/2018 veio garantir justiça aos municípios que sofrerem com queda de receita real superior a 10%, em comparação com o correspondente quadrimestre do exercício anterior, por circunstâncias alheias (art. 23, § 5º, incisos I e II, LRF). Contudo, permaneceu a necessidade de observar o limite geral. Portanto, a despesa total com pessoal do município, verificada no quadrimestre, não pode ultrapassar o limite geral de 60% da receita corrente líquida.

Em termos práticos, se o Município ultrapassar o limite individualizado da Prefeitura (54%), mas respeitar o limite máximo geral (60%), será cabível a incidência do benefício contido no § 5º do art. 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal, no caso de queda de receita real superior a 10%, comparado ao quadrimestre do exercício financeiro anterior, causada pela diminuição de transferências do Fundo de Participação decorrentes de concessão de benefícios pela União, bem como pela diminuição de receitas de royalties e participações especiais. Sendo assim, no caso especificado não incidirá as restrições contidas no § 3º do art. 23 da LRF.

No entanto, se o município não observar o limite geral de 60%, mesmo que isto tenha decorrido de queda de arrecadação, o ente municipal não será beneficiado pelo § 5º do art. 23 da LRF. Logo, deverá sofrer as sanções previstas no contidas no § 3º do art. 23 da LRF, quais sejam: não recebimento de transferências voluntárias; obtenção de garantia, direta ou indireta, de outro ente; contratação de operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

Logicamente, os municípios que não cumprirem os limites individuais de despesa com pessoal por motivos diversos de queda do FPM ou de royalties, deverão sofrer as restrições previstas na da LRF.

Dessa forma, as mudanças legislativas que ocorreram na LRF devem podem ser concebidas como uma regra que considera condições conjunturais que afetam o gasto público municipal, uma regra de equidade. Pensar de forma contrária, significaria ignorar todo o avanço acerca do conceito de planejamento orçamentário.

Em suma, não há que se falar em enfraquecimento da fiscalização, mas sim, um avanço no sentido de considerar que grande parte da receita municipal não é decorrente apenas das receitas tributárias próprias. Logo, os impactos orçamentários que resultem de eventos externos devem ser considerados.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2017.

BARROS, Delba Machado; LIMA, Luciana Dias de. Orçamento público, região e financiamento em saúde: rendas do petróleo e desigualdades entre

municípios. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 10, p. 2973-2984, Oct. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232015001002973&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 maio 2019.

BEZERRA, Marcos Otávio. *Em Nome das Bases: política, favor e dependência pessoal*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999.

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

BRASIL. Decreto-lei nº. 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF: 27 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Lei Complementar n. 101 de 04 de maio de 2000. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF: 05 de maio, 2000.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Nota Técnica n. 52/2018 da Coordenação de Legislação e Normas Consultores de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados*. 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/anexos/566586_nota_tecnica_plp_270.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

DALLARI, Adilson. Orçamento Impositivo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2011, p. 309-328.

DEDA, Carin Caroline; KAUCHAKJE, Samira. Determinantes das transferências fiscais para as unidades municipais: efeitos da representação desproporcional dos distritos eleitorais brasileiros. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 53, n. 1, p. 150-172, fev. 2019.

GIUBERTI, Ana Carolina. Lei de Responsabilidade Fiscal: efeitos sobre o gasto com pessoal dos municípios brasileiros. *Dissertação* (Mestrado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. 54 p.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LASSWELL, Harold D. *Politics: Who Gets What, When and How?* New York: Whittlesey House, 1936.

SENADOR FEDERAL. *Instituição Fiscal Independente. RAF – Relatório De Acompanhamento Fiscal*. n. 17, 2018. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/542807/RAF17_JUN2018.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

SOUZA, Celina. Federalismo e conflitos distributivos: disputa dos estados por recursos orçamentários federais. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 2, p. 345-384, 2003.

TESOURO NACIONAL. *Informações do SIAFI – consulta de entes bloqueados*. Brasil. 2019. Disponível em <https://consulta.tesouro.fazenda.gov.br/entesbloqueados_novosite/libbloqmun.asp>. Acesso em: 11 jun. 2019.

Esta Obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília - DF
Tiragem: 50 exemplares