

De Jure

Revista Jurídica

www.mpmg.mp.br/dejure

29

Daniel Ribeiro Costa
Deryck Miranda Belizário
Johnata dos Santos
Maria Tereza Ferreira Marques
Riany Alves Freitas
Rodrigo Alberto Azevedo Couto
Samuel Sales Fonteles

**Mala Direta
Postal**

9912297003/2012-DR/MG
PGJ

///CORREIOS///

ISSN n.º 1809-8487
v. 16, n. 29
jul./dez. 2017

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

De Jure

Revista Jurídica

www.mpmg.mp.br/dejure

29

Daniel Ribeiro Costa
Deryck Miranda Belizário
Johnata dos Santos
Maria Tereza Ferreira Marques
Riany Alves Freitas
Rodrigo Alberto Azevedo Couto
Samuel Sales Fonteles

ISSN n.º: 1809-8487
v. 16, n. 29
jul./dez. 2017

 **MPMG**
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais



**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8262

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 16, n. 29, jul./dez. 2017. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
/ Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2017.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo,
Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinarity,
Transdisciplinarity / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights,
Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
MANN BITTET UM AUSTAUSCH
SI RIQUIERE LO SCAMBIO
PIDEJE CANJE

Linha Teórica

A *De Jure* foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile

De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinar and multidisciplinary, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

DE JURE

(ISSN 1809-8487)

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

FOCO

A De Jure tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

PÚBLICO ALVO

A De Jure está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A De Jure requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da revista, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *A De Jure* recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída por meio de permuta e doação.

DE JURE

(ISSN 1809-8487)

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSION

The mission of *De Jure* is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due to the identification of environmental trends and transformation.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of the journal, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

The journal can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *De Jure* was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. The journal is distributed by means of exchange or donation only.

DE JURE

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça Antônio Sérgio Tonet

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Procurador de Justiça Nedens Ulisses Freire Vieira

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Procurador de Justiça Antônio de Padova Marchi Júnior

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL
João Paulo de Carvalho Gavidia

EDITOR RESPONSÁVEL
Procurador de Justiça Nedens Ulisses Freire Vieira

CONSELHO EDITORIAL
Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Marcelo de Oliveira Milagres, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)
Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof.ª. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof.ª. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)

Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Brasil)
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brasil)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemíro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

EDITORACÃO

Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

REVISÃO

Josane Fátima Barbosa
Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira

CAPA

Rafael de Almeida Borges

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

DIAGRAMAÇÃO

Rafael de Almeida Borges

TRADUÇÃO

Alessandra de Souza Santos

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (Universidade Federal de Pernambuco, Brasil)
Prof. Dra. Daniella Maria dos Santos Dias (Universidade Federal do Pará, Brasil)
Prof. Dra. Fabiola Albuquerque Lobo (Universidade Federal de Pernambuco, Brasil)
Prof. Dr. Joseli Magalhães (Universidade Federal do Piauí, Brasil)
Prof. Me. Lucas Rogério Sella Fatala (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira (Universidade Federal de Uberlândia, Brasil)

DE JURE

PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

ATTORNEY-GENERAL

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio Sérgio Tonet

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Nedens Ulisses Freire Vieira

PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio de Padova Marchi Júnior

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

CHIEF EDITOR

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Nedens Ulisses Freitas Vieira

EDITORIAL BOARD

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Marcelo de Oliveira Milagres, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Maria Carolina Silveira Beraldo, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Prof. Eduardo Martínez Álvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)

Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)

Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)

Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)

Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itáúna, Brazil)

Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Demerval Farias Gomes Filho, BA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. José Roberto Marques, PhD (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brazil)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

EDITING

Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

PROOF READING

Josane Fátima Barbosa
Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira

COVER

Rafael de Almeida Borges

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

LAYOUT

Rafael de Almeida Borges

TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

Prof. Artur Stamford da Silva, PhD (Universidade Federal de Pernambuco, Brazil)
Prof. Daniella Maria dos Santos Dias, PhD (Universidade Federal do Pará, Brazil)
Prof. Fabioli Albuquerque Lobo, PhD (Universidade Federal de Pernambuco, Brazil)
Prof. Joseli Magalhães, PhD (Universidade Federal do Piauí, Brazil)
Prof. Lucas Rogério Sella Fatała, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Marco Aurélio Nogueira, PhD (Universidade Federal de Uberlândia, Brazil)

PREFÁCIO

Caros leitores,

A Revista de Jure chega à sua 29ª edição! Uma vez mais trazemos à discussão artigos que abordam questões jurídicas da atualidade. Os temas, embora sejam afetos à área do Direito, são sempre analisados sob um olhar multidisciplinar, seguindo a tendência de se relacionar as variadas áreas do conhecimento.

Esta edição apresenta, na seção de Diálogo Multidisciplinar, o artigo “A ineficácia da tentativa de atingimento da finalidade da pena em face do sistema prisional brasileiro (Sistema Apac – ponto fora da curva ou solução?)”. Seu autor, o promotor de Justiça Rodrigo Alberto Azevedo Couto, analisa aspectos importantes a respeito da pena de privação da liberdade e da possibilidade de ressocialização do egresso ao retornar ao convívio social. Ao final, o trabalho apresenta ainda duas entrevistas, sendo a primeira com o presidente da Apac/Sete Lagoas, e a segunda

com um reeducando daquela mesma Apac.

A revista conta também com outros interessantes artigos, das variadas áreas do Direito e de outras áreas afins, cujo conteúdo vale a leitura.

Convidamos a todos os autores que queiram ter seus trabalhos publicados na De Jure, que os enviem através do site da revista, no endereço: www.mpmg.mp.br/dejure. O sucesso da revista depende, principalmente, da participação de vocês.

Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador de Justiça
Diretor do Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério
Público do Estado de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

Caros leitores da Revista De Jure,

Com muita alegria apresentamos a vocês nossa edição n. 29. Continuamos firmes no nosso propósito de atingir a excelência e ampliar o reconhecimento da De Jure no cenário acadêmico nacional e internacional. Para tanto, estamos empenhando esforços com o objetivo de aumentar o estrato em que a revista está classificada no Sistema Qualis da Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior).

Esclarecemos que o Qualis é o conjunto de procedimentos e requisitos adotados pela Capes para estratificar/classificar a produção intelectual do País. Por meio de critérios previamente fixados, o Qualis afere anualmente a qualidade dos artigos publicados nos periódicos científicos nacionais e, como resultado, disponibiliza uma lista com a classificação destes periódicos.

Dentre os requisitos exigidos, encontra-se a avaliação cega por pares, procedimento pelo qual

os pareceristas avaliam e aprovam os artigos anonimamente, sem conhecerem a autoria dos textos, da mesma forma como os autores também desconhecem quais pareceristas foram os responsáveis pela avaliação do seu trabalho. Outro requisito importante é a exogenia, que se caracteriza pelo número de autores e conselheiros editoriais de outra unidade da federação distinta de Minas Gerais que colaboram com a revista De Jure. Quanto maior for o número de colaboradores de outros estados, mais bem qualificada estará a revista.

Frisamos que a participação de todos os interessados em terem seus trabalhos publicados na De Jure é de extrema importância para que atinjamos os nosso objetivo primeiro, o de consolidar a De Jure, a cada dia mais, como um espaço legítimo de discussão, sem alterar sua essência pluralista e multidisciplinar.

Boa leitura!

Antônio Sérgio Tonet

Procurador-Geral de Justiça
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

DANIEL RIBEIRO COSTA

Mestrando pela Universidade Federal de Minas Gerais; promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

DERYCK MIRANDA BELIZÁRIO

Especialista em Direito Público pela Universidade Fumec. Bacharel em Direito pela PUC-Minas; advogado.

JOHNATA DOS SANTOS

Bacharel em Direito pela FASEH (Faculdade da Saúde e Ecologia Humana); pós-graduando em Direito Público pela Damásio Educacional.

MARIA TEREZA FERREIRA MARQUES

Analista jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo; especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo.

RIANY ALVES FREITAS

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva, em Direito Penal pelas Faculdades Integradas Jacarepaguá, e em Gestão Estratégica da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais; bacharel em Direito pela PUC-Minas e em Processamento de Dados pela Fundação Mineira de Educação e Cultura.

RODRIGO ALBERTO AZEVEDO COUTO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (1997); especialista em Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Atuou como escrivão judicial no Estado do Espírito Santo, professor da Faculdade Sociedade Educacional Santa Marta em São Lourenço/MG e defensor público do Estado de Minas Gerais. Atualmente é promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e membro da Comissão de Estudos do Novo Código de Processo Penal composta pela Associação Mineira do Ministério Público.

SAMUEL SALES FONTELES

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás; mestrando em Direito Constitucional pelo IDP (Instituto Brasiliense de Direito Público); especialista em Direito Público pela UFC (Universidade Federal do Ceará); autor de obras jurídicas (Editora Juspodivm); autor de artigos jurídicos publicados em Revistas Especializadas; professor de Direito Constitucional na Escola Brasileira de Ensino Jurídico na Internet (EBEJI) e no CP Iuris; membro efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional; membro da Comissão de Juristas da VII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal; membro da Comissão de Estudos, formada pela CONAMP, para análise do Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal; parecerista convidado da Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.



SUMÁRIO

25 - 73
Diálogo
Multidisciplinar

**A INEFICÁCIA DA TENTATIVA DE
ATINGIMENTO DA FINALIDADE
DA APENAÇÃO EM FACE DO
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO
(SISTEMA APAC – PONTO FORA
DA CURVA OU SOLUÇÃO?)**

THE INEFFECTIVENESS OF THE ATTEMPT OF ACHIEVING THE
PURPOSE OF PUNISHMENT IN THE BRASILIAN PRISON SYSTEM
(APAC SYSTEM – POINT OUT THE CURVE OR SOLUTION?)

RODRIGO ALBERTO AZEVEDO COUTO

77 - 156
Artigo

**EFEITOS TEMPORAIS E
PROCEDIMENTO DA SUPERAÇÃO
DA TESE JURÍDICA ADOTADA NO
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE
DEMANDAS REPETITIVAS**

THE TEMPORAL EFFECTS AND THE PROCEDURE OF
OVERCOMING THE LEGAL THESIS ADOPTED BY THE INCIDENT
OF THE RESOLUTION ON REPETITIVE LITIGATIONS

MARIA TEREZA FERREIRA MARQUES

161 - 209
Artigo

**A LEI ANTICORRUPÇÃO
E A ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

THE ANTICORRUPTION ACT
AND THE PUBLIC PROSECUTOR PROCEDURE

DANIEL RIBEIRO COSTA

**MARCO CIVIL DA INTERNET
E RESPONSABILIDADE DOS
PROVEDORES DE SERVIÇOS**

BRAZILIAN CIVIL RIGHTS FRAMEWORK FOR THE
INTERNET AND CIVIL LIABILITY OF SERVICE PROVIDERS

RIANY ALVES FREITAS

213 - 242

Artigo

**O DILEMA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DIANTE DA
DERROTABILIDADE DAS
REGRAS (DEFEASIBILITY)**

THE DILEMMA OF PUBLIC MINISTRY
FACING THE DEFEASIBILITY OF RULES

SAMUEL SALES FONTELES

247 - 290

Artigo

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO
DE RUA: O MINISTÉRIO
PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO
GARANTIDORA DESSES
DIREITOS**

FUNDAMENTAL RIGHTS OF HOMELESS:
PUBLIC PROSECUTOR AS GUARANTOR INSTITUTION
OF THOSE RIGHTS

DERYCK MIRANDA BELIZÁRIO

295 - 341

Artigo

345 - 396

Artigo

**A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA
ANTECIPADA REQUERIDA
EM CARÁTER ANTECEDENTE
NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL:
CONCEITUAÇÃO, NATUREZA
JURÍDICA E EFEITOS**

THE STABILIZATION OF THE ANTICIPATED
GUARDIANSHIP REQUIRED IN AN ANTECEDENT
IN NEW CIVIL PROCESS CODE:
CONCEPT, LEGAL NATURE AND EFFECTS

JOHNATA DOS SANTOS

25-73

Diálogo Multidisciplinar • Artigo

**A INEFICÁCIA DA TENTATIVA DE
ATINGIMENTO DA FINALIDADE DA
APENAÇÃO EM FACE DO SISTEMA
PRISIONAL BRASILEIRO
(SISTEMA APAC – PONTO FORA DA
CURVA OU SOLUÇÃO?)**

RODRIGO ALBERTO AZEVEDO COUTO

A INEFICÁCIA DA TENTATIVA DE ATINGIMENTO DA FINALIDADE DA APENAÇÃO EM FACE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO (SISTEMA APAC – PONTO FORA DA CURVA OU SOLUÇÃO?)

THE INEFFECTIVENESS OF THE ATTEMPT OF ACHIEVING THE PURPOSE OF
PUNISHMENT IN THE BRASILIAN PRISON SYSTEM
(APAC SYSTEM – POINT OUT THE CURVE OR SOLUTION?)

RODRIGO ALBERTO AZEVEDO COUTO

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

rcouto@mpmg.mp.br

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto o estudo da privação de liberdade como pena imposta ao transgressor da lei penal, passando por sua evolução histórica e culminando, nos dias atuais, em um modelo tradicional falido e discrepante das garantias constitucionais que asseguram a mínima dignidade a qualquer ser humano. Por meio do conhecimento dos objetivos colimados com a retirada de um dos bens mais caros a cada um dos indivíduos, qual seja, sua liberdade, é possível concluir-se que tal penalidade, hodiernamente, ao menos em face de nosso sistema prisional, representa ao apenado custo que em muito supera aquele que deveria se esperar da respectiva condenação. Assim, primeiramente, busca-se conhecer os objetivos da pena privativa de liberdade e sua aplicação em nosso contexto pátrio, expondo as mazelas de um sistema carcerário viciado e arcaico, para, em momento posterior, apresentar o Método Apac como alternativa que se mostra viável à minimização dos efeitos deletérios do cárcere na vida do apenado, tudo de modo a demonstrar ser possível, com respeito às suas garantias individuais, tanto a retribuição e prevenção esperadas da sanção penal, quanto a efetiva ressocialização do egresso quando de seu retorno ao convívio social.

PALAVRAS-CHAVE: pena; privação de liberdade; sistema prisional; Método Apac; ressocialização.

ABSTRACT: This study's purpose is the study of deprivation of liberty as a penalty imposed on the offender's criminal law, through its historical evolution and culminating today, in a traditional model bankrupt and disparate constitutional guarantees that ensure the minimum dignity to any human being. Through knowledge of collimated goals with the withdrawal of one of the most important goods to each of the individuals, namely, your freedom, it can be concluded that such a penalty, in our times, at least in the face of our prison system, is to criminal cost that far exceeds that which would be expected from its condemnation. So, first, we seek to meet the objectives of deprivation of liberty and its application in our parental context, exposing the ills of a flawed and archaic prison system, for, at a later time, submit the Apac method as an alternative which appears feasible to minimize the deleterious effects of prison in the life of the convict, all in order to show that it is possible, with respect to their individual guarantees, both the expected return and prevention of criminal penalty, as the effective re-socialization of graduates upon his return to social life .

KEYWORDS: penalty; deprivation of liberty; prison system; Apac Method; re-socialization.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução histórica do objetivo da apenação. 3. Sistema penitenciário brasileiro tradicional. 4. Sistema Apac: ponto fora da curva ou solução?. 4.1. Histórico. 4.2. O Método Apac. 4.3. O projeto Novos Rumos. 4.4. A comprovada eficácia do Método Apac. 4.4.1. Tabela 1: relação de reincidência dos egressos do regime prisional apaqueano compreendendo os períodos de 2002 a 2014. 4.5. Trabalho de campo: entrevistas com o diretor da Apac/Sete Lagoas-MG e com um dos reeducandos submetidos ao respectivo método. 5. Conclusão. 6. Referências. Anexo 1. Entrevista com o Dr. Flávio Rocha, presidente da Apac/Sete Lagoas-MG. Anexo 2. Entrevista com o C. L. A., reeducando da Apac/Sete Lagoas-MG.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo acerca da finalidade da apenação em nosso sistema jurídico-penal, bem como demonstrar, mediante análise teórico-empírica da questão, o flagrante fracasso dos objetivos primordiais da sanção penal, isso exatamente em face da absoluta ineficácia de todo o arcabouço normativo que cerca a questão – seja em virtude de suas próprias deficiências, seja em razão das falhas em sua aplicação. Por meio da referida análise, que, à evidência, não se pretende seja definitiva, dado mesmo o caráter evolutivo do tema, procurar-se-á demonstrar que as imperfeições apresentam-se de modo igualitário tanto quando se enxerga a questão sob o prisma da falência do modelo arcaico de encarceramento vigente em nosso país, quanto quando se venha a analisá-la sob a perspectiva da falibilidade de seu caráter efetivamente punitivo e inibidor de comportamentos assemelhados.

Desse modo, necessário se faz seja o estudo direcionado, preliminarmente, ao conhecimento dos objetivos da sanção penal, especialmente no que toca à evolução conceitual do tema, isso a fim de que se possa efetivamente concluir se tal desiderato se apresenta consentâneo com as modificações sócio-político-culturais ora vivenciadas. Em uma segunda etapa, mister se faz apresentar uma radiografia, ainda que pontual – mas evidentemente exemplificativa –, do sistema prisional brasileiro, procedendo-se a uma análise isenta de eventuais

preconceitos concernentes seja a suas virtudes – mesmo que raras –, seja a suas mazelas – flagrantemente alardeadas. Para tanto, com base em dados colhidos junto aos estabelecimentos prisionais situados na área de atuação profissional deste subscritor – Promotor de Justiça com atuação na esfera penal/processual penal há aproximadamente 18 (dezoito anos) –, pretende-se demonstrar a dicotomia existente entre sistemas de encarceramento com propostas, condições e, evidentemente, resultados absolutamente diversos.

É em tal aspecto que a apresentação do Sistema Apac – Associação de Proteção e Assistência ao Condenado – se mostra necessária na medida em que possa seu método se ver concebido, se não como a panaceia para todos os males de questão de ramificações tão complexas, ao menos como solução alternativa ao sistema convencional de encarceramento puro e simples de amontoados de seres humanos em Presídios e Penitenciárias que, evidentemente, se não conseguem nem mesmo preservar as mínimas garantias de atendimento dos direitos fundamentais de tais cidadãos, com muito mais razão também não se mostrarão aptos a dar cumprimento à finalidade e motivação de sua própria existência.

Primordial também se faz explicitar que o presente estudo se dedica com exclusividade à análise das hipóteses em que o encarceramento, como medida protetora do todo social, apresenta-se conceitualmente como a única solução cabível. Abandona-se aqui, frise-se, por não se constituírem em objeto do trabalho, as evidentemente vantajosas medidas descaracterizadoras implementadas com relativo sucesso tanto no que diz respeito à legislação que permite sua aplicação e fruição – a qual se considera mesmo tímida em sua extensão – quanto no que concerne aos operadores do Direito que, ainda de modo incipiente, claudicam ao permitir que tenham maior efetividade. Não há aqui, pois, registre-se e

frise-se, qualquer conotação de preferência ou relevância, mas, ao contrário, opção por tema cuja solução se apresenta a este estudioso ainda mais urgente.

A divisão temática do trabalho tem, pois, como não poderia deixar de ser, o objetivo de apresentar ao leitor conceitualização teórica que conduza à reflexão acerca da necessidade premente de modificação de toda a estrutura carcerária arcaico-tradicional, procurando, todavia, demonstrar que, ainda nas excepcionais hipóteses em que a segregação e o encarceramento se fizerem mesmo necessários, há a possibilidade de, com absoluto respeito à dignidade humana, criar-se instrumental que viabilize a consecução dos objetivos da pena privativa de liberdade.

2. Evolução histórica do objetivo da apenação

Como condição imprescindível ao tangenciamento do tema que ora se tem por proposto, mister se faz observar a evolução conceitual da apenação, isso inclusive a fim de se verificar se o atual sistema de encarceramento se apresenta, ao menos no campo teórico, condizente com o estágio de desenvolvimento de nosso padrão cultural.

Embora se tenha como predominante o entendimento acerca dos aspectos retributivo e preventivo da pena, seu caráter multifacetário apresenta contornos através dos quais, ao longo dos tempos, e até mesmo se analisado tão somente o estágio atual de nosso desenvolvimento, é possível vislumbrar-se alcance significativamente diferenciado.

Acerca do tema, discorre Nucci:

[...] Não se pode pretender desvincular da pena o seu evidente objetivo de castigar quem cometeu um crime, cumprindo,

pois, a meta do Estado de chamar a si o monopólio da punição, impedindo-se a vingança privada e suas desastrosas consequências, mas também contentando o inconsciente coletivo da sociedade em busca de justiça cada vez que se depara com lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal.

Por outro lado, reprimindo o criminoso, o Estado promove a prevenção geral positiva (demonstra a eficiência do Direito Penal, sua existência, legitimidade e validade) e geral negativa (intimida a quem pensa em delinquir, mas deixa de fazê-lo para não enfrentar as consequências decorrentes da punição). Quanto ao sentenciado, objetiva-se a prevenção individual positiva (reeducação e ressocialização, na medida do possível e da sua aceitação), bem como a prevenção individual negativa (recolhe-se, quando for o caso, o delinquente ao cárcere para que não torne a ferir outras vítimas). (NUCCI, 2014, p. 942-943).

Mas tal conceituação, que parece à primeira vista mesmo quase que simplória, passou por caminhos tormentosos até atingir, nos tempos atuais, a citada formatação. Sobre a gênese, aliás, tanto das penas quanto do direito de punir em si, necessária se faz à compreensão inicial do tema a transcrição da lição de Beccaria:

[...] As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra.

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal

é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros.

Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis. (BECCARIA, 1764, p. 26-27).

Assim, desde as chamadas teorias absolutas (retribucionistas), que entendiam a finalidade da apenação tão somente como a compensação maléfica e, na medida do possível, proporcional ao mal causado pelo infrator, passando pelas teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas), que a tinham em visão meramente pragmática como medida de prevenção geral ou especial, e culminando nas teorias mistas (eccléticas ou intermediárias), que conjugam seu aspecto moral de retribuição com a finalidade corretiva e educacional, todas elas sofreram e sofrem inegáveis influências não somente do meio social em que se desenvolveram como também dos resultados obtidos com sua aplicação.

Fato é que, vencida a fase inicial dos suplícios – e aqui se faz referência específica não somente à crueldade das reprimendas impostas como também à promiscuidade do ambiente carcerário –, as ideias iluministas, espelhadas nas obras de Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham, dentre outros, permitiram, ainda que com posteriores retrocessos, o abandono, como regra, das penas degradantes e espetaculares, propiciando também nova conceituação acerca da finalidade primordial da apenação, qual seja, a prevenção da ocorrência de novos delitos, e, por fim, a concepção geral da necessidade de preparar, para o retorno ao convívio social, o indivíduo encarcerado.

E a comprovar que tal evolução não se dá assim de modo retilíneo e uniforme, sem retrocessos constatáveis, pode-se citar o fato de que a ideia de mera ressocialização, isso sem se perscrutar a vontade do apenado em adaptar-se àquilo que se convencionou chamar-se de socialmente correto ou adequado, vem sendo mitigada pela moderna tendência de humanização da execução da pena, afastando-se de pronto o conceito de transformação científica do criminoso em não-criminoso.

Se é certo, todavia, que os modelos atuais tendentes à reintegração social do condenado não se apresentam de todo satisfatórios, seja conceitualmente, seja, com muito mais razão, quando se tem em mira a situação geral dos estabelecimentos prisionais em nosso país, é preciso que se faça, sim, ponderação ao entendimento esposado pela Criminologia Crítica (ou Criminologia Radical) no sentido de que, sendo a criminalidade um fenômeno social natural – e até mesmo benéfico ao corpo social –, os centros de execução penal teriam a tendência de se transformarem em meros fomentadores das desigualdades sociais de extramuros, estigmatizando o recluso e o transformando em um etiquetado incapaz de reincorporar-se ao meio social, motivo pelo qual deveriam se ver abolidos. Ora, além de não se descurar do caráter utópico de tal postulação, indispensável se faz a compreensão de que a intimidação há mesmo de fazer parte da conceituação de apenação, não se podendo crer que sua supressão vá de qualquer modo contribuir para maior efetividade da punição.

Sob este enfoque, ensina Mirabete que:

[...] Não se pode esquecer, porém, que a intimidação é também uma das finalidades da cominação, aplicação e execução da pena, e que uma disciplina legal extremamente liberal que se avizinha da impunidade perde totalmente seu elemento intimidativo. (MIRABETE, 1999, p. 24).

E dando continuidade ao tema, desta feita com transcrição de texto de Francisco César Pinheiro Rodrigues, exemplifica:

[...] Há quem veja no medo um estímulo inferior e primitivo. Mas, na verdade, é ele o grande manancial da virtude, da democracia e do Estado de direito, tão louvado, mas tão mal compreendido. É o medo da reprovação que estimula o aluno a estudar matérias aborrecidas, mas necessárias. E com isso ganham o futuro profissional e a coletividade. É o medo da imprensa que leva os homens públicos a não ceder tanto à tentação de lançar mão do dinheiro público. É o medo da punição que leva um policial algo perverso a não torturar um suspeito antipático. É o medo da multa alta que diminui a velocidade dos carros, o que resulta em menos mortes na estrada. É o medo do mandado de segurança que segura o abuso da autoridade administrativa. É o medo na não-reeleição que induz o político a caprichar na sua atuação. É o medo da concorrência que leva o industrial a melhorar ou baratear o seu produto. E por aí fora [...] (MIRABETE, 1999, p. 24-25).

Concluindo, ao final, que:

[...] crime e castigo é o binômio que acompanhará ainda por séculos a história da humanidade, sendo inseparável da sanção penal o medo da punição. Por isso, a combinação, a aplicação e a execução da pena devem ter caráter intimidativo, de modo geral ou particular, a fim de evitar-se, tanto quanto possível, a ocorrência delituosa. (MIRABETE, 1999, p. 25).

Se não é possível extirpá-la, pergunta-se então se será possível ao menos efetivamente humanizar o cumprimento da pena imposta em razão da violação da lei penal? Dos suplícios de outrora à prisão domiciliar atual, parece ser mesmo essa a tendência dos ordenamentos jurídicos democráticos em todo

o mundo civilizado, situação que pode se ver perfeitamente vislumbrada na obra de Michel Foucault a seguir enfocada.

A referência inicial feita pelo autor de *Vigiar e Punir* apresenta-se como impactante e efetivamente conscientizadora de quão equivocada pode se apresentar a apenação imposta ao delinquente. A imagem que a seguir me permito transcrever – e aqui se fala em imagem, vez que a descrição pormenorizada conduz o leitor inequivocamente à cena dos fatos narrados –, em que pese a se apresentar inicialmente como aterrorizante, reflete tão somente a conceituação à época vigente acerca do direito de punição. Se numa primeira análise pode se apresentar como por demais impactante – e, em realidade, o é efetivamente –, o que se dirá da apresentação de nossos atuais estabelecimentos prisionais – como regra geral, frise-se e repita-se – quando cotejada com as condições enfrentadas por condenados em países sócio-culturalmente mais desenvolvidos? Será a barbárie de hoje, apesar da propalada humanização, em muito diversa daquela que, como conceito meramente histórico ou cultural e geograficamente distante, a nós se apresenta como absolutamente inconcebível? É a tais indagações que o presente trabalho inicialmente se propõe a tentar responder...

Volvemo-nos, pois, à cena pinçada por Foucault:

[...] Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha e cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo,

cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento [...] (FOUCAULT, 1999, p. 9).

À barbárie, como se verá, seguirá a evolução e, até mesmo onde hoje ainda se pode observá-la – como nos rituais modernos de execução da pena capital nas sociedades tidas por culturalmente avançadas –, o que se procura, mesmo que sob a égide da vingança social e prevenção geral, é evitar a ocorrência do espetáculo, minimizando-se, ainda, a dor do condenado.

Já desde o final do século XVIII, a era da economia do castigo veio representar, no mundo civilizado, tanto a dita supressão do espetáculo punitivo – isso sob a consideração da evidente equivocidade da aproximação da punição com o próprio ato que se pretendia punir – quanto a extinção da conceituação de disposição da “Justiça” sobre o corpo do criminoso. Foucault, em explanação acerca da questão, expõe com precisão tal momento:

[...] a punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se perecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do suplicado um objeto de piedade e admiração.

Mas, de modo geral, as práticas de punição se tornaram públicas. Não tocar mais no corpo, ou o mínimo possível, e

para atingir nele algo que não é o corpo propriamente. Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação – que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos – são penas ‘físicas’: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. Os sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. (FOUCAULT, 1999, p. 14).

Passando-se, pois, pela descoberta do encarceramento como medida punitiva, a crise de sua suposta eficácia e a constante reforma em sua conceituação, incorporando-se a propalada humanização do cumprimento da pena, chega-se, em nosso ordenamento jurídico, à prisão domiciliar. Embora por via transversa e nem sempre se tendo por exaltado o seu indistigável viés humanístico, até mesmo por conta de lamentáveis improvisos hermenêuticos que acobertaram históricas omissões estatais, certo é que a prisão domiciliar – como elemento da execução penal, e sem se descuidar aqui de sua recente extensão como medida processual-penal cautelar (art. 317 do CPP, com redação dada pela Lei 12.403/2011), apenas aqui não aprofundada por não se constituir a cautelaridade em objeto do presente estudo – afigura-se a mim como a medida de evolução mais significativa quando se faz referência à privação de liberdade do infrator.

Para entendermos não somente a importância do instituto como também o porquê da referência à sua inusitada e demeritória introdução na Lei de Execução Penal pátria (Lei n.

7.210/84), imprescindível se faz conhecer sua origem e os objetivos primevo e secundário de sua chegada a nosso ordenamento jurídico. Acerca do tema, Mirabete discorre com propriedade:

A prisão domiciliar foi introduzida no Brasil pela Lei nº 5.256, de 6-4-1967, para recolher o preso provisório à própria residência nas localidades onde não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que têm direito à prisão especial. Com a introdução do regime aberto na legislação penal, efetuada pela lei nº 6.416, de 24-5-77, e diante da inexistência de locais adequados para o cumprimento da prisão albergue, os aplicadores da lei penal depararam-se com penas alternativas: admitir o alojamento noturno em celas superlotadas das cadeias públicas; não conceder o regime, embora o sentenciado estivesse em condições de adequar-se a ele; ou conceder a prisão domiciliar, com o recolhimento em sua própria residência. Não havendo o Poder Público diligenciado para a construção de estabelecimentos destinados ao regime abeto em todas as comarcas, juízos e tribunais passaram a conceder a chamada “prisão albergue domiciliar”, transformada em verdadeiro simulacro da execução de pena pela inexistência de qualquer controle ou fiscalização na obediência das condições impostas. A prisão albergue domiciliar passou assim a ser forma velada de impunidade, de que os juízes lançavam mão em último recurso, na impossibilidade de o benefício ser desfrutado em local adequado [...] (MIRABETE, 1999, p. 381).

Em tal ambiente, pois, e mascarando de forma significativa seu mérito, surge na Lei de Execução Penal a prisão domiciliar como forma de evitar-se a concessão indiscriminada do recolhimento do condenado em seu próprio domicílio, destinando, então o instituto exclusivamente àqueles que se encontram nas condições estabelecidas nos incisos numerus clausus de seu artigo 117, o qual assim dispõe: “Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto

em residência particular quando se tratar de : I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante”.

Ora, o grande, primeiro e efetivo valor da prisão domiciliar é mesmo impedir que condenados que se encontrem nas condições estampadas no citado artigo 117 da LEP – e aqui mister se faz a referência ao fato de que os tribunais têm entendido, a meu ver com absoluta correção, que o instituto é também aplicável aos presos do regime semiaberto e fechado – se vejam punidos, em virtude de suas próprias e específicas condições pessoais momentâneas, em escala proporcionalmente maior do que aqueles que, apenados pelo mesmo fato, estando em situação diversas. Para os primeiros, inequívoca se apresenta a conclusão no sentido de que a punição, dadas, repita-se, suas específicas condições de momento, possa ter rigor desproporcional àquela que se objetivou ao aplicá-las.

Socorrendo-nos, mais uma vez, Mirabete discorre acerca de cada uma daquelas hipóteses ali previstas, explicitando ainda sua motivação:

A primeira hipótese em que se admite a prisão domiciliar refere-se ao condenado maior de 70 anos. Como em outras situações (arts. 65, I, 77, § 2º, 115 do CP), concede a lei melhores condições penais ao condenado maior de 70 anos, levando em conta sua decadência ou degenerescência provocada pela senilidade, sua menor periculosidade e as maiores dificuldades que tem em suportar o rigor da pena. A idade a que se refere a lei é a do momento da execução, nada impedindo que, iniciado o cumprimento da pena em prisão albergue passe o condenado que completar 70 anos à prisão domiciliar.

Também tem direito à prisão domiciliar o condenado acometido de doença grave, ou seja, de moléstia de difícil cura,

que exige longo tratamento ou que coloca em risco a vida do doente. Entre elas pode-se destacar a AIDS; segundo estatísticas de 1989, em cada nove presidiários, um está contaminado pelo vírus da moléstia. É evidente, porém, que não tem direito à prisão domiciliar o condenado apenas por ser portador do vírus ou mesmo por já ter contraído a moléstia. É indispensável que, além de se ter deferido o regime aberto, não possa ser ele devidamente assistido pelo serviço médico do Estado na casa do albergado e se encontre na fase terminal da doença. Está ainda sujeita à prisão domiciliar a condenada com filho menor ou deficiente físico. O benefício é concedido mais em favor da criança ou do deficiente, que necessita do amparo maternal.

Por fim, concede-se a prisão domiciliar à condenada gestante, procurando-se proporcionar a esta melhores condições durante o período de gestação [...] (MIRABETE, 1999, p. 393-394).

Como se vê, pois, pode ser considerada a prisão domiciliar – acompanhada, à evidência, das medidas descarcerizadoras, que, conforme já salientado alhures, não se constituem em objeto do presente estudo – como a culminância da evolução do processo punitivo, que partiu dos suplícios e chega à consagração do entendimento de que a pena e, em especial a privação de liberdade, embora devam mesmo apresentar suas facetas retributiva e preventiva, não poderão se constituir em mal maior do que aquele infligido às vítimas e à sociedade pelo comportamento criminoso.

Apesar da citada evolução, engana-se aquele que acredita seguir a história da punição, em si, e do encarceramento, propriamente dito, uma sucessão cronológica de tentativas e teorias que se ordenassem de modo a que as respostas se apresentassem sempre como uma evolução das anteriores experiências. As idas e vindas acerca da eficácia dos métodos punitivos sucedem-se no tempo, ora conduzindo ao recrudescimento das penas, ora, em sentido inverso, concebendo-

se que seu abrandamento é que contribuirá para a melhoria do corpo social. Tanto assim é que não há que se conceber nem mesmo os momentos do estabelecimento da privação de liberdade, seu fracasso e sua reforma como aspectos históricos estanques e meramente sucessivos. Ao contrário, tal história existiu e existe como processo simultâneo e incessante de busca daquilo que se idealiza, sempre, como solução utópica para o problema da crescente criminalidade.

Pois bem, parece mesmo mais uma vez fácil concluir que, se o encarceramento não reduz os crescentes números da violência, dando mesmo a impressão de multiplicá-los, a solução será, sim, o abrandamento das punições, deixando-se então a prisão para aqueles que se veem incapacitados de compreender a necessidade organizada de convívio social com obediência às regras estabelecidas. Mas, pergunta-se então: será a descarcerização suficiente à redução dos mesmos números que tanto à sociedade incomodam? E aqui, confrontando-se mais uma vez a resposta que pareceria óbvia, a experiência da lida forense informa que, seja pela ineficiência estatal em sua imposição e fiscalização, seja em virtude da fragilidade de sua coerção, a outra conclusão não se chega que não aquela de nova negativa a tal questionamento. A saída do labirinto, então, propõe o presente trabalho, seria investir-se maçicamente em um sistema absolutamente diverso daquele que ora se tem como regra em nosso ordenamento jurídico. É ele existente, mas, afirma-se de modo seguro, incipiente, passível também de falhas – evidentemente – e, pior, quase desconhecido!

Acerca, então, do empirismo vivenciado no trato com a questão do encarceramento punitivo, seus sucessos e fracassos, evoluções e involuções, lembra Foucault, como princípios fundamentais, as máximas universais da chamada “boa condição penitenciária”, pilares, conforme se verá adiante, do

sistema cuja implementação maciça se propõe como alternativa ao vigente *status quo*:

1) A detenção penal deve então ter por função essencial a transformação do comportamento do indivíduo:

2) A recuperação do condenado como objetivo principal da pena é um princípio sagrado cuja aparição formal no campo da ciência e principalmente no da legislação é bem recente) Congresso Penitenciário de Bruxelas, 1847). [E a comissão do amor, no maio de 1945, repete fielmente]: A pena privativa de liberdade tem como objetivo principal a recuperação e a reclassificação social do condenado (Princípio da correção).

3) Os detentos dever ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação.

4) Deve-se levar em conta, no uso dos meios modificadores, das grandes diferenças físicas e morais, que comportam a organização dos condenados, de seu grau de perversidade, das chances desiguais de correção que podem oferecer (fevereiro de 1850). [1945]: a repartição nos estabelecimentos penitenciários dos indivíduos com pena inferior a um ano tem por base o sexo, a personalidade e o grau de perversão do delinquente (Princípio da classificação).

5) As penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou recaídas.

6) Sendo o objetivo principal da pena a reforma do culpado, seria desejável que se pudesse soltar qualquer condenado quando sua regeneração moral estivesse suficientemente garantida (Ch. Lucas, 1836). [1945]: É aplicado um regime progressivo... com vistas a adaptar o tratamento do

prisioneiro à sua atitude e ao seu grau de regeneração. Este regime vai da colocação em cela à semiliberdade... O benefício da liberdade condicional é estendido a todas as penas temporárias (Princípio da modulação das penas).

7) O trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos. O trabalho penal não deve se considerado como o complemento e, por assim dizer, como uma agravação da pena, mas sim como uma suavização cuja privação seria totalmente possível. Deve permitir aprender ou praticar um ofício, e dar recursos ao detento e a sua família (Ducpétiaux, 1857). [1945]: Todo condenado de direito comum é obrigado ao trabalho... Nenhum pode ser obrigado a permanecer desocupado (Princípio do trabalho como obrigação e como direito).

8) A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento.

9) Só a educação pode servir de instrumento penitenciário. A questão do encarceramento penitenciário é uma questão de educação (CH. Lucas, 1838). [1945]: O tratamento infligido ao prisioneiro, fora de qualquer promiscuidade corruptora... deve tender principalmente à sua instrução geral e profissional e à sua melhora (Princípio da educação penitenciária).

10) O regime de prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos. Ferrus, em 1850, a respeito do médico da prisão:

11) Seu concurso é útil com todas as formas de encarceramento... ninguém mais intimamente que um médico poderia possuir a confiança dos detentos, conhecer melhor seu temperamento, exercer ação mais eficaz sobre seus sentimentos, aliviando-lhes os males físicos e aproveitandoessa

forma de ascendência para fazê-los ouvir severas ou encorajamentos úteis. [1945]: em todo estabelecimento penitenciário funciona um serviço social e médico-psicológico (Princípio do controle técnico da detenção).

12) O encarceramento deve ser acompanhado das medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento. Seria necessário não só vigiá-lo à sua saída da prisão, mas prestar-lhe apoio e socorro (Boulet e Benquot na Câmara de Paris). [1945]: É dada assistência aos prisioneiros durante e depois da pena com a finalidade de facilitar sua reclassificação (Princípio das instituições anexas). (FOUCAULT, 1999, p. 224-225).

Compreendida, pois, em uma etapa inicial, as fases evolutivas das punições em geral, bem como, em especial, das penas privativas de liberdade, e entendido também o caráter volúvel da compreensão de sua eficácia, imperioso se faz, agora, abordar-se a situação de nosso sistema penitenciário tradicional, apontando-lhe as vicissitudes, tudo de modo à futura análise da solução alternativa que se pretende então apresentar.

3. Sistema penitenciário brasileiro tradicional

É importante salientar que, embora de sapiência geral, necessária se faz no presente trabalho, como forma de contraposição ao modelo que se pretende apresentar, a referência ao atual sistema penitenciário (ou carcerário) brasileiro, isso no que diz respeito à sua conceituação tradicional.

Assim, partindo da premissa de que há no contexto social geral a percepção indelével do avanço sistemático da violência, fato que conduz inevitavelmente a um anseio no sentido de que se vejam recrudescidas as penalidades aplicadas ao delinquente, existe também, em via inversa, o conhecimento acerca da situação, em regra, dos estabelecimentos prisio-

nais aqui existentes, com sua superpopulação e demais mazelas, bem como a desconfiança coletiva de que, conforme comprovam os números a todo momento apresentados, a simples construção de presídios e penitenciárias não servirá de solução definitiva para tal problema.

É preciso então compreender que, se por um lado, há mesmo de haver a prisão como medida punitiva para aqueles fatos tidos como de maior potencial ofensivo à sociedade – e aqui se afasta, como feito anteriormente, a ideia central trazida pela Criminologia Radical –, existe também, lado outro, a certeza de que o atual modelo, além de não se prestar mesmo aos objetivos da penalidade imposta, acaba se constituindo em vetor multiplicador da violência, isso na medida em que impõe ao condenado apenação em muito superior aquela trazida no preceito secundário do tipo penal em que se vê incurso – a convivência carcerária acaba por se apresentar como punição em muito mais danosa do que o própria privação da liberdade –, introduzindo-o, ainda, no mais das vezes, em ambiente que se apresentará a ele como estímulo à perpetuação na criminalidade. Mas não é só! O modelo tradicional atual, além de não contribuir em nada para a ressocialização do reeducando – e aqui se pode fazer referência não somente à superlotação carcerária, mas também, e significativamente, à ociosidade, fator pernicioso quando se vislumbra o retorno do egresso à sociedade –, serve mesmo de incremento não somente à criminalidade quantitativamente considerada, mas também no que diz respeito a seu aspecto qualitativo, restando demonstrado em estudos recentes que o criminoso, ao deixar o estabelecimento prisional, apresenta-se potencialmente e concretamente em muito mais perigoso do que quando ali ingressara. É nesse sentido o conteúdo da matéria que, na nota de rodapé abaixo colacionada, me permito parcialmente transcrever, tudo de modo a demonstrar não somente o descalabro da máqui-

na de produção de criminosos em que se transformou nosso sistema carcerário, mas, primordialmente, a necessidade de adoção, urgente e dotada de efetiva eficácia, de alternativa capaz de quebrantar tal ciclo vicioso¹.

A história que se vê narrada no estudo retrorreferido somente espelha o que é do conhecimento geral e ora se pretende aqui tão somente lembrar: a se seguir o modelo atual de encarceramento, não somente se desvirtua a finalidade em si da apenação e da prisão propriamente

1 Presídios, a escola do crime

Pesquisa de VEJA comprova que os bandidos no Brasil saem da cadeia muito mais perigosos do que quando entraram: o estelionatário vira traficante; o contrabandista, sequestrador; e o ladrão, assassino — como ocorreu com o menor H.A.S., que passou treze vezes por instituições do Estado antes de ser acusado de matar a facadas o médico Jaime Gold, no Rio.

O médico Jaime Gold, de 56 anos, pedalava na Lagoa Rodrigo de Freitas no dia 19 quando, segundo testemunhas, foi esfaqueado pelo menor H.A.S., de 16 anos. Ele não resistiu aos ferimentos. O autor do ataque já havia sido apreendido três vezes antes disso (José Lucena/FuturaPress/Folhapress). (COURA, 2015).



Fonte: Revista Veja

dita – surgida, registre-se, como evolução dos suplícios e da pena capital – como também se potencializa o risco social, incrementando a periculosidade daqueles que ingressaram no sistema prisional. Pergunta-se, então: qual o motivo do encarceramento se tanto o caráter retributivo – vez que a pena, em si, é inferior e absolutamente desproporcional ao sofrimento gerado pela convivência carcerária – quanto o preventivo – o criminoso, como se viu, retorna em regra ao convívio social muito mais perigoso do que quando ingressara no sistema prisional – se veem inatingidos? Será o investimento em penas alternativas a solução para tais males? Seria mesmo possível a abolição do encarceramento como medida punitiva à prática de crimes?

A resposta a tais indagações exige e exigiu sempre profunda reflexão, gerando controvérsias que parecem mesmo insuperáveis. Ocorre que, ao que a mim me parece, o caminho para a minimização da problemática exige a conjugação das inúmeras soluções apontadas para tão grave questão. Se é certo afirmar que a omissão e inoperância estatais, seja no que concerne ao contingenciamento de verbas, seja no que diz respeito à ausência de efetiva fiscalização dos estabelecimentos prisionais – fatores esses que contribuem para a superlotação, a ociosidade, a corrupção dos agentes prisionais, a tortura, o desrespeito aos direitos fundamentais dos encarcerados, a formação da chamada “escola do crime” etc. – mostraram-se determinantes, sim, para que o sistema penitenciário em nosso país atingisse os inaceitáveis índices que hoje vislumbramos, também correta se apresenta a mim a afirmativa de que a prisão, como elemento punitivo e de ressocialização do transgressor, há mesmo de se ver preservada, mas não, evidentemente, com tal modelo...

Em um momento, então do crescimento exponencial da população carcerária no país, conforme comprova o estudo a seguir apresentado², é imperioso que se venha a agir!

Assim, embora os investimentos do Estado e o incremento de medidas punitivas alternativas pudessem e possam mesmo contribuir para a minimização de tais mazelas, certo me parece que a modificação radical do paradigma formado quanto ao encarceramento é ação sine qua non para que se possa, quando efetivamente exigido o recolhimento do criminoso ao cárcere, fazê-lo de forma a que a punição se dê na medida certa e adequada ao efetivo atendimento de sua finalidade.

Propõe-se, pois, modelo alternativo que possa, ao mesmo tempo, servir de efetiva punição ao transgressor da nor-

2 SÃO PAULO — A população carcerária no Brasil cresceu, nos últimos dez anos, em ritmo muito mais acelerado do que no resto do mundo: 71,2%, contra 8% da média dos demais países. Os dados foram calculados pelo GLOBO com base em duas listas, compiladas em 2003 e 2013 pelo International Centre for Prison Studies (ICPS), da Universidade de Essex, na Inglaterra. Como resultado da explosão do sistema carcerário, o Brasil hoje mantém na cadeia 55% a mais de presos do que a média internacional, sempre considerando a taxa média por 100 mil habitantes.

Se em 2003 a média mundial era de 164 presos, o Brasil estava abaixo dela: tinha 160. Em 2013, a situação se inverteu. Enquanto a média mundial é 177, a brasileira deu um salto: 274. Em 2003, o Brasil ocupava a 73^a posição no ranking per capita dos países que mais prendem. Subiu 26 posições no relatório de 2013, ocupando hoje o 47^o lugar.

Em números absolutos, a população carcerária do Brasil passou de 285 mil para 548 mil nos últimos dez anos, num ritmo muito maior do que o crescimento da população. Isso levou o país da quinta para a quarta posição no ranking mundial, atrás de EUA, China e Rússia. A Índia, que antes ocupava a quarta posição — como manteve seu índice de presos mais ou menos estável ao longo da última década —, caiu para a quinta posição.

— Compilamos o relatório há 15 anos. Mas observamos o Brasil desde 1992. Desde então, a quantidade de presos per capita do país vem crescendo exponencialmente. O relatório de 2013 é com dados de 2012, os únicos disponíveis sobre o Brasil. Estamos ansiosos para ver os números do ano passado — diz Roy Walmsley, coordenador do estudo.

A instituição recolhe com países e organizações internacionais o número absoluto de presos, da forma mais atualizada possível e nos países onde ela é disponibilizada — o que muda ao longo dos anos, devido a guerras e instabilidade política —, e calcula a população carcerária per capita. (COSTA, 2014).

ma penal, punindo-o na medida exata da reprimenda para tal agir estabelecida, bem como proporcionar-lhe a efetiva oportunidade de, com o evidente dispêndio de certo esforço estatal, reintegrar-se ao meio social. Tal modelo, ao contrário do que se acredita, existe, sim, em funcionamento no país, sendo então a seguir apresentado.

4. Sistema Apac: ponto fora da curva ou solução

A indagação que intitula o presente capítulo confunde-se mesmo com o objetivo principal do presente trabalho, qual seja, trazer ao conhecimento daqueles que sobre ele se debruçarem, mediante apresentação de análise empírico-doutrinária-conceitual, a possibilidade da formação de opinião concreta sobre a existência ou não de sistema prisional alternativo que efetivamente permita a consecução dos objetivos colimados pela imposição de pena privativa de liberdade.

Para tanto, será apresentado breve histórico do Sistema Apac, bem como esmiuçados os pilares do respectivo método, tudo com o intuito de, em se permitindo seu efetivo conhecimento, propiciar-se também a formulação conceitual acerca de sua efetividade e aplicabilidade em escala mais abrangente do que aquela até então verificada.

4.1. Histórico

Nascida em 1972, na cidade de São José dos Campos/SP, a Apac viu-se criada com o objetivo precípua de humanização do sistema carcerário com vistas à efetiva recuperação do preso. Idealizada por um grupo de pessoas liderado pelo advogado Mário Ottoboni, teve por campo empírico primeiro unidade prisional da referida cidade paulista, cuja população carcerária sofria agruras que inspiraram a tentativa de amenização dos efeitos deletérios do cárcere, isso mediante proposição de sistema diverso do tradicional.

Existente inicialmente apenas como grupo da Pastoral Carce-rária, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados ganha, a partir do ano de 1974, personalidade jurídica que lhe permite atuar como órgão parceiro da Justiça na execução da pena. Acerca de sua conceituação, ensina Andrade:

Constitui uma organização não governamental, sem fins lu-crativos e seu estatuto-padrão é adotado em todas as unida-des. Cada uma delas tem gestão própria e todas são filiadas à Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, a FBAC. Entidade de utilidade pública sem fins lucrativos, a FBAC mantém a unidade de propósitos do método APAC, orientando, ministrando cursos, assistindo juridicamente e promovendo congressos para discutir dificuldades e parti-lhar experiências, bem como zelando e fiscalizando a corre-ta aplicação da metodologia. (ANDRADE, 2014, p. 49).

Como se vê, a inequivocamente exitosa história da Apac e seu método – a seguir minudentemente destrinchado – viu-se forjada na valorização do ser humano, tudo com fincas ao resgate do condenado e, conseqüentemente, sua recupe-ração e reinserção social. Em que pese a tal viés, o método atingiria, ainda que por via indireta, a efetiva proteção da so-ciedade como um todo e a redução da sensação geral de in-segurança, permitindo, assim, a conjugação da necessidade de efetiva punição – e, via de consequência, o afastamento da sensação de impunidade – com a imperiosa supressão do risco de degradação do ser humano submetido à privação de sua liberdade.

Mas como não poderia deixar de sê-lo, nem tudo foram flo-res na instituição da Associação e seu método. Se por um lado serviu, sim, para fortalecê-lo como ideal, embora a pre-ço inimaginavelmente alto, episódio ocorrido em fevereiro do ano de 1981 veio a macular o indelével histórico da cons-

tituição do que hoje se enxerga como alternativa verdadeira ao falido sistema prisional brasileiro. É que, ocorrendo uma rebelião de presos na unidade da cidade paulista de Jacaré, dois jovens advogados da já constituída Apac de São José dos Campos/SP foram convidados para ajudar nas negociações e, imbuídos de seu espírito verdadeiramente abnegado e conciliador, ofereceram-se para tomar o lugar dos reféns.

Tais profissionais eram o Dr. Mário Ottoboni, idealizador do método, e seu colega de empreitada, Dr. Franz de Castro. Depois de hábil negociação por eles encabeçada, firmou-se entendimento no sentido de que, libertados os reféns, sairiam os detentos, na companhia dos referidos causídicos, em veículos pertencentes à Prefeitura local. Tudo corria conforme fora planejado e o primeiro carro, tendo em seu interior o Dr. Ottoboni, deixou o local sem que houvesse registro de qualquer espécie de problema. Todavia, quando do surgimento do veículo em que estava o Dr. Franz, inúmeros tiros se viram disparados, tendo tal ação como saldo o óbito de cinco detentos e do advogado que, com sua ação, permitia afinal que houvesse mesmo uma chance de resolução pacífica do conflito que anteriormente se instalara.

Referida tragédia, de proporções efetivamente grandiosas – inclusive porque filmada e transmitida pela mídia televisiva –, tocou fundo corações e mentes daquelas que assistiram o episódio, descortinando o horizonte de desprendimento, amor ao próximo e abnegação que, afinal, constituíram-se nos pilares motivadores da criação da Associação.

4.2. O Método Apac

São doze os elementos fundamentais do Método Apac, sendo sua criação originada de exaustivos estudos, reflexões e experiências desenvolvidos com o objetivo primordial de

atingir a finalidade almejada por um sistema de valorização do ser humano encarcerado, atribuindo-lhe responsabilidades e capacitando-o para o retorno ao convívio social.

A aplicação conjugada de tais elementos, conforme demonstram as experiências até então vivenciadas, mostra-se fundamental ao êxito da metodologia, pois é exatamente em tal conjunto harmonioso que se obtém a força necessária à efetividade das medidas implementadas, isso tanto durante o tempo de permanência do recuperando no cárcere quanto no momento posterior, em que se vê reintegrado à sociedade.

Assim, permito-me, sequencialmente, enumerá-los a seguir para mero conhecimento, abordando-os posteriormente, de per si, aí sim já com conceituação mais detalhada que permita melhor entendimento e compreensão de seu significado para a eficácia da metodologia empregada:

1. A participação da comunidade;
2. Recuperando ajudando recuperando;
3. O valor do trabalho dentro e fora da unidade, isso a depender do regime prisional a que se vê submetido o recuperando;
4. A religião como ferramenta de recuperação de valores morais;
5. A assistência jurídica dentro das unidades;
6. A assistência à saúde integral do recuperando;
7. A valorização da dignidade humana;
8. A referência familiar;
9. O trabalho voluntário e a formação permanente destes agentes;
10. A existência do Centro de Reintegração Social – CRS (estrutura física);
11. A valorização do mérito do apenado;
12. A Jornada de Libertação com Cristo.

Cartilha produzida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e concernente ao Projeto Novos Rumos na

Execução Penal – objeto de abordagem tópica ainda no presente trabalho – específica, com propriedade, cada um dos elementos da metodologia apaqueana, razão pela qual me permito, com as intervenções entendidas por necessárias, parcialmente transcrevê-la em nota para melhor compreensão do tema que ora se traz à reflexão³.

3 1. Participação da comunidade

A APAC somente poderá existir com a participação da comunidade organizada, pois compete a ela a grande tarefa de introduzir o Método nas prisões e de reunir forças da sociedade em prol deste ideal.

2. Recuperando ajudando o recuperando

O ser humano nasceu para viver em comunidade. Por essa razão, existe a imperiosa necessidade do preso ajudar o outro preso em tudo o que for possível, para que o respeito se estabeleça, promovendo a harmonia do ambiente. É por esse mecanismo que o recuperando aprende a respeitar o semelhante.

Por meio da representação de cela e da constituição do CSS – Conselho de Sinceridade e Solidariedade – composto tão somente de recuperandos, busca-se a cooperação de todos para a melhoria da segurança do presídio e para as soluções práticas, simples e econômicas dos problemas e anseios da população prisional, mantendo-se a disciplina.

3. Trabalho

O trabalho deve fazer parte do contexto e da proposta, mas deve não dever ser o único elemento fundamental, pois somente ele não é suficiente para recuperar o preso. Se não houver reciclagem de valores, se não melhorar a autoestima, fazendo com que o cidadão que cumpre pena se descubra, se conheça e enxergue seus méritos, nada terá sentido.

No regime fechado, a Apac se preocupa tão somente com a recuperação do sentenciado, promovendo a melhoria da autoimagem e fazendo aflorar os valores intrínsecos do ser humano. Nesse fase, o recuperando pratica trabalhos laborterápicos e outros serviços necessários ao funcionamento do método, todos voltados para ajudar o preso a se reabilitar.

No regime semiaberto, cuida-se da formação de mão de obra especializada, através de oficinas profissionalizantes instaladas dentro dos Centros de Reintegração, respeitando-se a aptidão de cada recuperando.

No regime aberto, o trabalho tem o enfoque de inserção social, já que o recuperando presta serviços à comunidade, trabalhando fora dos muros do Centro de Reintegração.

4. Religião

A importância de se fazer a experiência de Deus, sem imposição de credos, com a transformação moral do recuperando.

Socorrendo-nos, mais uma vez, das lições trazidas por Andrade, é que, no presente tópico, mister se faz esclarecer que a APAC “não é uma entidade religiosa e não se presta a proselitismo religioso às custas do Estado. Mesmo porque, defende o princípio da laicidade e está aberta a todos os apenados nas comarcas que tenham um Centro de Reintegração Social, independentemente de religiões, e acessível, inclusive, a quem não professe qualquer crença (ANDRADE, 2014, p. 58).

5. Assistência Jurídica

Sabe-se que 95% da população prisional não reúne condições para contratar um advogado e a ansiedade cresce, especialmente na fase de execução da pena, quando o preso toma conhecimento dos inúmeros benefícios facultados pela lei. Por isso, em todo o momento, o recuperando está preocupado em saber sobre o andamento do seu processo, para conferir o tempo que lhe resta na prisão.

O Método Apac recomenda uma atenção especial a esse aspecto do cumprimento da pena, advertindo que a assistência jurídica gratuita deve restringir-se somente aos condenados que manifestarem adesão à proposta apaqueana e revelarem bom aproveitamento.

6. Assistência à saúde

São oferecidas as assistências médicas, psicológicas, odontológicas e outras de modo humano e eficiente, através do trabalho voluntário de profissionais dedicados à causa apaqueana.

O atendimento a essas necessidades é vital, já que, se não atendidas, criam um clima insuportável e extremamente violento, foco gerador de fugas, rebeliões e mortes.

Por isso, é fácil deduzir que a saúde deve estar sempre em primeiro plano, para evitar sérias preocupações e aflições do recuperando.

7. Valorização humana

É a base do método Apac, uma vez que ele busca colocar em primeiro lugar o ser humano, e, nesse sentido, todo o trabalho é conduzido de modo a reformular a autoimagem da pessoa que errou.

A educação e o estudo devem fazer parte deste contexto de valorização humana, uma vez que, em âmbito mundial, é grande o número de presos que têm deficiências nesse aspecto.

Além disso, a melhoria das condições físicas do presídio, alimentação balanceada e de qualidade, concurso de composição e até mesmo a utilização de talheres para as refeições são aspectos que fazem com que os recuperandos se sintam valorizados.

8. A família

No método Apac, a família do recuperando é muito importante, por isto, existe a necessidade da integração de seus familiares em todos os estágios da vida prisional, como um dos pilares de recuperação do condenado.

Nesse sentido, empreende-se um grande esforço para que os elos afetivos familiares não sejam rompidos. Inclusive, a participação da família é importante após o cumprimento da pena, como forma de continuidade do processo de inserção social.

Nota-se que, quando a família se envolve e participa da metodologia, é a primeira a colaborar no sentido de que não haja rebeliões, fugas, conflitos.

9. O Voluntário e sua formação

O trabalho apaqueano é baseado na gratuidade, no serviço ao próximo, como demonstração de amor e carinho para com o recuperando. A remuneração deve restringir-se apenas e prudentemente às pessoas destacadas a trabalhar no setor administrativo.

Para desenvolver sua tarefa, o voluntário precisa estar bem preparado. Com este objetivo ele participa de um curso de formação, normalmente desenvolvido em 42 aulas. Nesse período, ele conhecerá a metodologia, desenvolvendo suas aptidões para exercer o trabalho com eficácia e forte espírito comunitário.

A Apac procura despertar os voluntários para a seriedade da proposta, evitando toda forma de amadorismo e improvisação.

10. Centro de Reintegração Social – CRS

A Apac criou o Centro de Reintegração Social e, nele, três pavilhões – destinados aos regimes fechado, semiaberto e aberto, não frustrando, assim, a execução da pena.

O estabelecimento do CRS oferece ao recuperando a oportunidade de cumprir a pena próximo de seu núcleo afetivo: família e amigos. Isso facilita a formação de mão de obra especializada, favorecendo a reintegração social e respeitando os direitos do condenado.

11. Mérito

A vida prisional do recuperando é minuciosamente observada, no sentido de apurar seu mérito e a conseqüente progressão nos regimes.

Através do cumprimento da pena de maneira justa e eficiente, tanto o recuperando quanto a sociedade estarão protegidos. Para tanto, é imperiosa a necessidade de

4.3. O Projeto Novos Rumos

Apresentada, pois, a metodologia empregada e esclarecidos pormenorizadamente cada um dos aspectos nela envolvidos, mister se faz também, para o devido conhecimento, informar acerca da parceria existente entre a Apac e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, isso através do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, experiência exitosa que culminou não somente na divulgação do método apaqueano como também na efetiva expansão de unidades prisionais em que se vê adotado.

O projeto Novos Rumos na Execução Penal, partindo da premissa de que a humanização do condenado apresenta-se como a única saída viável à sua efetiva recuperação, orienta as comarcas e municípios interessados em implantar e desenvolver o Método Apac no Estado de Minas Gerais. Acreditando no êxito da metodologia, bem como nos significativos números de recuperação dos condenados a ela submetidos, teve sua regulamentação por meio da Resolução nº 433/2004 do Tribunal Justiça do Estado de Minas Gerais. Objetiva a criação e ampliação das Associações de Proteção e Assistência aos Condenados, adotando o Método apaqueano como política pública de execução penal da Unidade Federativa.

uma Comissão Técnica de Classificação – CTC – composta de profissionais ligados à metodologia, seja para classificar o recuperando quanto à necessidade de receber tratamento individualizado, seja para recomendar, quando possível e necessário, os exames exigidos para a progressão dos regimes e, até mesmo, cessação de periculosidade, dependência toxicológica e insanidade mental. Esse trabalho deve ser confiado a profissionais competentes e comprometidos com o Método Apac.

12. A Jornada de Libertação com Cristo

Trata-se de um encontro anual constituído por palestras – misto de valorização humana e religião – meditações e testemunhos dos participantes, cujo objetivo é provocar no recuperando a adoção de uma nova filosofia de vida, através de três dias de reflexão e interiorização de valores.

Os recuperandos dos três regimes (fechado, semiaberto e aberto) deverão participar da Jornada em algum momento do cumprimento da pena, preferencialmente durante o regime fechado.

Com tal desiderato, almeja:

1. Divulgar o Método Apac com o objetivo de sensibilizar e mobilizar os segmentos sociais interessados em implantar e desenvolver a metodologia Apac para os condenados da comarca ou município em que estão inseridos. As estratégias de divulgação consistem em realização de audiências públicas, seminários de estudos sobre o Método na comarca interessada, bem como na organização de comitivas para conhecer a experiência vitoriosa da Apac de Itaúna e de outras que já funcionam com modelo semelhante;
2. Articular e incentivar a cooperação de vários segmentos sociais para implantar a Apac local;
3. Orientar juridicamente a criação da Apac;
4. Articular parcerias das Apacs locais com o Estado, prefeituras, empresas privadas locais, bancos de desenvolvimento, Sebrae e outras.
5. Incentivar e orientar a construção do Centro de Reintegração Social – CRS, cujos recursos financeiros devem ser, preferencialmente, obtidos pela comunidade local e com a utilização de mão de obra dos próprios recuperandos;
6. Incentivar e orientar a formação de equipes, em caráter voluntário, nas Apacs implantadas ou em implantação com o objetivo de assistir os recuperandos nas áreas jurídica, de educação, de saúde, de formação profissional e espiritual;
7. Orientar, acompanhar e avaliar as ações desenvolvidas pelas Apacs instaladas.

Certo é que, sendo iniciativa inequivocamente exitosa, o lançamento do Projeto Novos Rumos na Execução Penal contribuiu para significativa expansão das Apacs e, via de consequência, maior visibilidade de seu também vitorioso método, acabando por atingir, em números atuais, o montante de 46 comarcas envolvidas, totalizando a participação de 149 municípios.

4.4. A comprovada eficácia do Método Apac

Com propalados índices de reincidência variando entre 5% e 7% da população carcerária – em que pese ao fato de que, como se verá adiante, o presente trabalho apresente números diversos dos até então divulgados –, o método ressocializador empregado pela Apac ganha significativa relevância em tempos de expansão exponencial da população carcerária e absoluta falência do modelo prisional tradicional.

Tanto assim é que há, hoje, aproximadamente 100 unidades espalhadas por todo o território nacional, bem como outras mais implantadas em vários países, como Equador (Quito e Guaiquil), Argentina (Córdoba e Entre Rios), Peru (Arequipa), Estados Unidos (Texas, Kansas e Minnesota), Noruega, Nova Zelândia, Alemanha, Austrália, País de Gales, dentre outros.

Objetivando a demonstração da eficácia do método apaqueano, trago a lume os dados relativos à pesquisa de campo realizada junto à unidade da cidade e comarca de Sete Lagoas/MG, sendo o trabalho subdividido em: 1) coleta e análise de dados concernentes aos reeducandos locais, isso no que diz respeito ao percentual de reincidência registrado após a saída da prisão; 2) entrevista com o presidente da Apac/Sete Lagoas, na qual são abordadas as vantagens, vicissitudes e limitações à aplicação do método na unidade (ANEXO 1); 3) entrevista com reeducando recolhido na referida unidade prisional, tudo de modo a se alcançar a visão experimentada por aqueles que se encontram sob a aplicação do método apaqueano (ANEXO 2).

Mister se faz registrar que a experiência ora apresentada, embora pontual e, via de consequência, limitada, acaba mesmo por refletir a realidade encontrada na grande maioria das unidades prisionais que foram concebidas ou mesmo pas-

saram a se valer da filosofia apaqueana para a valorização, humanização e efetiva recuperação do encarcerado.

4.4.1. Tabela 1: relação de reincidência dos egressos do regime prisional apaqueano compreendendo os períodos de 2002 a 2014

2002	15%
2003	22%
2004	41%
2005	27%
2006	10%
2007	35%
2008	40%
2009	28%
2010	46%
2011	62%
2012	32%
2013	42%
2014	19%
2015	17%

Fonte: dados estatísticos obtidos junto ao setor administrativo da unidade Apac da cidade e comarca de Sete Lagoas/MG⁴.

4.5. Trabalho de campo: entrevistas com o diretor da Apac/Sete Lagoas e com um dos reeducandos submetidos ao respectivo método

Objetivando demonstrar a visão daqueles que se veem diretamente envolvidos na aplicação do método apaqueano, apresento, em anexos próprios, entrevistas realizadas na sede da unidade da cidade e comarca de Sete Lagoas/

⁴ Excluídos os reeducandos que deixaram, em fuga, o estabelecimento prisional.

MG, oportunidade em que questionamentos diversos foram apresentados tanto àquele responsável pela administração do estabelecimento quanto a um dos reeducandos ali inseridos. O cotejo das respectivas respostas, como se verá, conduz à conclusão acerca da unidade de pensamento sobre a eficácia do método, tudo sem descuidar de apontar as possibilidades de seu aperfeiçoamento, bem como a viabilidade de sua eventual expansão.

5. Conclusão

Sem a pretensão de ter esgotado o estudo de todas as discussões possíveis acerca do tema, o qual, como dito, é extremamente amplo, bem como desprovido da empáfia de afirmar concludentemente que a solução para o problema carcerário brasileiro – e, quiçá, mundial – esteja facilmente ao alcance das mãos, o presente trabalho se presta a demonstrar que o método empregado nas Apacs por todo o Brasil – e também em alguns países estrangeiros – proporciona, de fato, alternativa que efetivamente viabilize a humanização do tratamento carcerário dispensado aos reeducandos, permitindo, assim, que os objetivos colimados pela imposição de pena privativa de liberdade se vejam efetivamente alcançados.

Sob a concepção inicial de que o encarceramento se apresenta em determinados casos como a única solução cabível, isso sem se olvidar da necessidade premente da adoção de medidas políticas, econômicas, sociais e culturais que objetivem a melhoria das condições de vida do cidadão, tudo de modo a proporcionar, via de consequência, reflexos positivos até mesmo no sistema prisional, o que se demonstra por meio das reflexões aqui alcançadas e dos dados concretos apresentados é que há, vigente entre nós, concepção absolutamente diversa daquilo que tradicionalmente se entende por cumprimento de pena privativa de liberdade.

Da mesma forma, viu-se, no desenvolver destas análises aqui procedidas, que o caráter retributivo (punitivo) e preventivo (prevenção geral e positiva, geral e negativa, individual e positiva e individual e negativa) da pena somente será alcançado se a ela se emprestar um viés efetivamente humanizador e inquestionavelmente ressocializador.

Imprescindível, para tanto, conforme demonstra análise ainda que perfunctória dos elementos factuais relativos ao sistema carcerário tradicional pátrio, o afastamento de tal modelo, ao menos da forma como ora se vê concebido. Partindo-se, pois, da premissa de que a metodologia tradicional se apresenta como absolutamente falida, conclui-se, entretanto, não haver motivo para a desesperança, isso porque a adoção do método apaqueano em escala significativamente maior do que a que hoje se vê empregado poderá, sim, indubitavelmente, conduzir à almejada humanização do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Demonstrou-se, ainda, com a apresentação de dados concretos relativos tanto ao sistema tradicional quanto ao apaqueano – e aqui se fala não somente daqueles mais perceptíveis, como os índices de reincidência, mas também da sensação vivenciada pelos reeducandos, vez que conviventes com situações carcerárias tão distintas, conforme se pode depreender da entrevista realizada com um dos agentes –, o abismo que separa as referidas realidades, isso sem que se passasse ao largo de suas vicissitudes, como, por exemplo, a incipiência da adoção do método e seu pouco conhecimento pela sociedade em geral.

É, então, num momento de crescimento exponencial da população carcerária mundial e, em especial, da brasileira, bem como de contraposição entre a sensação geral de necessidade do recrudescimento das sanções criminais e o cada

vez maior conhecimento por parte da sociedade acerca das mazelas do sistema prisional tradicional, isso com a plena convicção de que o sofrimento experimentado pelo encarcerado é, por vezes, em muito superior à penalidade que a ele fora legalmente imposta, que a apresentação do método apaqueano surge como a esperança de que há, na concretude de seus dados, argumentos suficientes ao convencimento de que efetivamente se apresenta como solução ou, quando pouco, minimização de problema que para muitos seria de resolução inatingível.

Por todo o exposto, a conclusão do presente estudo é no sentido de ser perfeitamente legítimo crer-se na perspectiva de afastamento do método carcerário tradicional, substituindo-o, evidentemente de forma gradativa, lapidada e potencializada, pelo apaqueano, isso de modo a promover, em prol de toda a sociedade, a humanização do tratamento dispensado ao reeducando, quando de sua estadia na unidade prisional, bem como da recepção ao egresso, isso no momento de seu retorno à plenitude do convívio social.

6. Referências

ANDRADE, Durval Ângelo. *APAC: a face humana da prisão*. 2. ed. Belo Horizonte: O Lutador, 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, 1764. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

COSTA, Mariana Timóteo da. Brasil tem 55% mais presos que média global. *O Globo*, 22 jan. 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-55-mais-presos-do-que-media-global-11365780>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

COURA, Kalleo. Presídio, a escola do crime. *Veja*, 22 maio 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/presidios-a-escola-do-crime/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. *Execução penal para concursos*. Salvador: JusPodium, 2012.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4. ed. Niterói: Ímpetus, 2010.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958. vol. I. (tomo II).

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NEUMAN, Elías. *El estado penal y la prisión-muerte*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OTTOBONI, Mário. *Testemunhas de minha vida e a vida de meus testemunhos*. São José dos Campos: Netebooks, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código de processo penal: jurisprudência e conexões lógicas com vários ramos do Direito*. 8. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Alan Johny Francisco da. Apac: associação de proteção e assistência ao condenado. *Dom Total*, s. d. Disponível em: <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/25521/apac-associacao-de-protecao-e-assistencia-ao-condenado/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

ANEXO 1

Entrevista com o Dr. Flávio Rocha, presidente da Apac/ Sete Lagoas-MG.

Qual sua formação original?

Graduação em Direito pela Fundação Educacional Monseñor Messias (UNIFEMM), em Sete Lagoas/MG, contando ainda diversos cursos na área de assistência social.

Há quanto tempo milita na área da Execução Penal?

Desde a fundação da Apac/Sete Lagoas, há catorze anos.

Já possuía experiência anterior em administração de unidades prisionais?

Não, nenhuma experiência, tendo entrado na instituição como 3º Vice-Presidente e permanecido por três anos da administração até ser escolhido Presidente.

Já conhecia o Método Apac antes de ingressar na instituição?

Nunca sequer tinha ouvido falar do Método Apac.

Como pareceu ao senhor, no primeiro momento, a metodologia?

Em um primeiro momento, não acreditei. Não entrava na minha cabeça que aqueles homens pudessem mesmo ter cometido os crimes nos quais se viam tipificados. Havia assassinos, estupradores, sequestradores... tendo um pai advogado, eu só conhecia o sistema tradicional, vez que era levado por ele à cadeia pública local, onde todos me pareciam prontos para cometer maldades. Na Apac era tudo diferente e eu realmente tive dúvidas se aquilo podia mesmo funcionar.

Quais foram as maiores dificuldades iniciais?

A Apac em Sete lagoas nasceu de uma conjunção de anseios. Todo mundo queria, deu tudo certo, não houve voz contrária. O Judiciário quis, o Legislativo abraçou e o Executivo mais ainda... foi maravilhoso, perfeito, sem entraves, burocracias. O início foi mesmo muito bom! Depois é que a coisa complicou...

Por que complicou? Quais são, hoje, as maiores dificuldades?

Como em tudo que cresce, começaram a aparecer os problemas. Desconfianças de outros órgãos... e também começou a incomodar setores diversos que permeiam o sistema penitenciário. Sete Lagoas, fazendo parte do conjunto de Apacs, não era mais tratada de modo individualizada e isso implicava sentir os problemas que até mesmo ocorriam em outras unidades. Às vezes as pessoas se esquecem de que isso aqui é um trabalho para cem, cento e cinquenta anos. Hoje vislumbro como problema um engajamento menor dentro do Judiciário do que já ocorrera em outros tempos. Hoje, acredito, há menos pessoas imbuídas de modificar o sistema penitenciário do Estado. Isso ocorre mesmo com a implantação do projeto Novos Rumos. Hoje em dia as dificuldades são maiores do que quando da criação. A criação foi uma

lua de mel e, hoje, podemos dizer que é um casamento com suas crises... Espero que passe!

No geral, o Método é bem aceito pelos recuperandos?

A metodologia, por existir há muitos anos, é conhecida mesmo pelos presos do sistema tradicional. Assim, quando os reeducandos ingressam na Apac, já têm conhecimento, ainda que superficial, do método aqui empregado. Isso às vezes ajuda e às vezes atrapalha. Mas há um trabalho feito com os recém-chegados no intuito de esclarecer todas as dúvidas antes mesmo de dar início à efetivação da metodologia em relação a eles. É um trabalho gradual de convencimento, demonstrando ao recuperando que ele será uma pessoa melhor se efetivamente quiser mudar de vida.

Como são angariados os recursos necessários à gestão do estabelecimento prisional?

Desde o início, os recursos provêm de repasse estatal. São repasses de três em três ou quatro em quatro meses. É, até hoje, cem por cento de dependência do Estado. Várias tentativas já foram feitas para captar recursos de fontes privadas, mas todas sem êxito. Há de se ressaltar também que a prioridade deve ser sempre o método e, então, as parcerias com o setor privado nem sempre atendem o interesse das empresas. Não é possível pensar no interesse financeiro e esquecer-se da espiritualidade, pilar de toda a metodologia. É, pois, tudo do Estado, mas, lembre-se, 1/3 mais barato do que no sistema tradicional...

Há participação comunitária efetiva?

Sim, de uma certa maneira. A grande parte dos voluntários é de religiosos, que são muito prestativos e cuidam muito bem da parte espiritual. Os Alcoólicos Anônimos e os Narcóticos Anônimos também atuam com regularidade na unidade. O que nos falta, na verdade, são pessoas para ajudar na

parte mecânica da Apac, no seu dia a dia. Às vezes faltam voluntários para as escoltas às audiências, às consultas médica e etc. Para compor a Diretoria, então, os recursos humanos são ainda mais escassos.

Quais são as maiores virtudes do método?

A proximidade com o recuperando. Você conhece a pessoa e faz uma relação de respeito. Não de mero encarceramento. A entrada na Apac tem de ser voluntária por parte do recuperando. A espiritualidade também caminha junto com tal proximidade. Não falo de espiritualidade ligada diretamente a essa ou aquela religião. Não falo de frequência a cultos ou igrejas. Falo de fazê-los entender que Cristo é maior do que o erro que eles cometeram e que podem ser felizes se seguirem os passos que Ele ensinou. É isso que os segura sem necessidade de grades, polícia ou repressão.

Quais são suas falhas ou lacunas? Há possibilidade de aprimoramento?

Posso citar que a falha é que o método não alcança o egresso quando de sua saída da instituição, tanto que há testemunhos de recuperandos que reincidiram e me procuraram posteriormente pedindo desculpas e dizendo que, infelizmente, na rua não tem Apac... Mas, apesar disso, confio e realmente acredito que, com o crescimento e divulgação do método, possa o Estado fazer também o pós-Apac, cuidando efetivamente do egresso. É necessário dizer também que a metodologia não é estanque, devendo acompanhar as mudanças sociais e a ela se adaptar. Cito como exemplo a aceitação de visitas íntimas de casais homossexuais, isso sem se afastar, evidentemente, dos doze pilares essenciais do método. Tudo isso, entretanto, está em estudo e, como dito, o método, em si, encontra-se sempre em constante evolução.

Há participação do Poder Público local?

O executivo local não tem auxiliado muito, ao contrário do que ocorreria quando da inauguração, exceto naquilo que não poderia deixar mesmo de fazer, como as contas de luz e de água, e, mesmo assim, quanto à última, estão contestando a isenção.

Entidades privadas locais atuam como parceiras?

Estas eram mesmo muito omissas, distantes, mas isso começou a mudar no último ano, com maior participação de empresas locais, culminando com a implementação de um projeto-piloto com a Cedro Cachoeira.

Quantos são, hoje, os recuperandos da Apac Sete Lagoas?

Estamos com noventa e dois recuperandos e com uma capacidade de cem.

Há possibilidade de expansão deste número em uma mesma unidade?

Sim. Vislumbro a possibilidade de cento e sessenta recuperandos na unidade local sem comprometimento da efetiva aplicação da metodologia apaqueana a cada um deles.

O senhor vislumbra a possibilidade de criação de nova unidade nos limites territoriais da comarca de Sete Lagoas/MG?

Num futuro, desde que mantido o ritmo de crescimento da cidade, é possível que sim, isso porque, com o quadro atual e o número de condenados no Presídio local, não há ainda demanda para a criação de uma nova unidade. Precisamos, sim, de imediato, de uma Apac feminina.

Em que o método Apac se diferencia do sistema prisional tradicional?

A diferença é enorme. O que eles têm em comum é somente a existência de presos em regime de liberdade restrita. E

mesmo assim, tal restrição é totalmente diversa em um e outro. Na Apac, os reeducandos saem às sete da manhã para fazer suas orações e só voltam para a cela às dez da noite. Aqui não há repressão armada, só há conversa e diálogo. Mas não é diálogo de mãe ou de pessoas alienadas. Aqui se sabe bem com quem se está lidando, mas tudo com muito respeito. O tratamento às visitas também é totalmente diferenciado do que ocorre no método tradicional.

Há, hoje, em que pese à expansão do número de Apacs, infinitamente mais presos submetidos ao sistema tradicional, com seus mais de 80% de reincidência, do que aqueles sob a aplicação do método apaqueano. É possível e aconselhável a reversão de tal quadro?

Vejo, sim, que, num futuro, o sistema apaqueano possa abarcar 80% dos presos, sendo que o restante ficaria a cargo do sistema tradicional, e mesmo assim de um sistema tradicional modificado. Hoje, as Apacs representam apenas aproximadamente 5% do total de presos do sistema carcerário brasileiro (aproximadamente três mil e quinhentos presos submetidos ao método). Mas, para isso acontecer, ou seja, a expansão do método a mais presos, é necessária a modificação de todo o sistema, inclusive com alterações legislativas e integração absoluta com o Judiciário e Ministério Público. Legislativo, Judiciário, Executivo e sociedade civil teriam de estar absolutamente imbuídos de tal objetivo para que isso seja possível.

Existe controle sobre os números de reincidência dos egressos do método apaqueano? Quem o realiza?

Hoje, a Secretaria mesmo da Apac/Sete Lagoas faz um apinhado e, desde o ano passado, há uma empresa italiana que ajuda a FEBAC para que tais números sejam mesmo fidedignos. E é mesmo muito importante que eu saiba sobre eventual reincidência, até mesmo porque, não tendo a Apac

acesso direto ao sistema de registros da Polícia Civil e do Judiciário, os dados que chegam a nós são limitados. Eu posso falar da reincidência dos que sei, mas não tenho como ficar procurando informações sobre cada um para saber ao certo.

O senhor acredita que a sociedade local tem conhecimento do que efetivamente significa o método apaqueano?

Acho que sim, mas tal conhecimento é limitado, até mesmo porque as pessoas não querem saber. Muitos acham que aqui o regime é muito liberal, mas na verdade não é bem assim, pois aqui há respeitabilidade, mas com disciplina. Sabem que aqui funciona um estabelecimento prisional, mas não têm muito conhecimento sobre o método em si. É uma inconsciência voluntária. É, em resumo, o preconceito manifesto a impedir a consciência plena e a expansão do método.

Há dificuldades na divulgação do que seja a Apac?

Há enorme dificuldade. É o preconceito. A imprensa, em geral, prefere noticiar a desgraça e não o resgate, a humanização, a reinserção social.

Em termos de custo, há diferenciação entre o sistema tradicional e o apaqueano?

A Apac tem custo per capita mensal de R\$ 945 (novecentos e quarenta e cinco reais), enquanto, no sistema tradicional, o valor é de R\$ 3.200 (três mil e duzentos reais). Com a atualização, tal custo na Apac vai passar para R\$ 1.110 (mil, cento e dez reais) ou R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), enquanto no sistema tradicional o aumento percentual deve ser ainda maior, vez que os efeitos da inflação são lá sentidos com ainda maior intensidade.

Se é tão melhor, seja nos resultados, seja nos custos, por que não é adotado em larga escala?

Acho que há muito preconceito. A culpa é da própria sociedade, que parece buscar vingança, pouco se importan-

do com a reinserção social. E a imprensa poderia contribuir para modificar tal prática e não o faz. É a ideia geral de que preso tem de sofrer mesmo.

Considerações finais:

Meu trabalho é este. Reverter este ciclo vicioso e permitir a expansão e aprimoramento do método apaqueano.

ANEXO 2

Entrevista com C. L. A., reeducando da Apac/Sete Lagoas.

Há quanto tempo o Sr. está inserido no sistema prisional?

Há quatro anos e seis meses, tendo iniciado o cumprimento de minha pena no presídio de Sete Lagoas e lá permanecendo por um ano e cinco meses. Após tal período, tive a oportunidade de vir para a Apac.

E como foi a adaptação na Apac?

Em vista do que passamos no presídio, a adaptação na Apac é imediata. Aqui você é bem tratado, te recebem bem, te chamam pelo nome, então é fácil de se adaptar.

Em relação à questão da religiosidade, o Sr. já possuía orientação anterior, ela foi respeitada ou houve algum tipo de imposição?

Embora já possuísse religião antes de ingressar na Apac, foi aqui que eu me firmei e compreendi que a religião resgata valores. Não há imposição de nenhuma religião e todos os cultos são efetivamente respeitados.

Falando em resgate de valores, no sistema prisional tradicional havia algo que propiciasse ao sair do cárcere ter algo melhor do que quando o Sr. lá ingressou?

Não. Lá é zero, por conta da opressão. Lá se acumula ódio. Mesmo se a pessoa entrar lá por um fato menos grave, sai de lá com certeza pior, isso por conta da convivência com o crime.

Se lá tivesse permanecido, o Sr. acredita que teria as mesmas condições de recuperação que terá ao sair da Apac? Tudo indica que não!

Chegou a pensar em fugir quando lá estava?

Comigo isso não ocorreu porque tive um suporte muito bom de toda minha família. Mas confesso que sempre pensava em ir para um lugar melhor que me propiciasse pagar minha pena e sair de cabeça erguida.

Qual foi o máximo de pessoas que dividiram cela com o Sr. no presídio local?

Vinte e oito pessoas, isso em uma cela que comportava oito presos.

Ao chegar na Apac, quais foram as diferenças que, num primeiro momento, já pôde perceber?

Aqui é totalmente diferente. Cada um tem uma cama pra dormir, um colchão digno, uma coberta. Lá muita gente tem que dormir no banheiro. Aqui a alimentação é boa e o banho é quente. Querendo ou não, a pessoa começa a enxergar alguns valores que tem, mas estavam perdidos.

Quais são esses valores que, de cara, o Sr. percebeu que na Apac poderiam ser resgatados?

O acolhimento, ser bem tratado, ser tratado pelo nome, não usar apelidos. Esses são alguns de vários exemplos que nos ensinam a ter dignidade e respeito pelos demais.

Como se dá a convivência com os demais reeducandos?

Aqui têm regras como em qualquer outro lugar, e a grande maioria aqui, porque quer mesmo mudar de vida, acaba por respeitá-las, propiciando uma boa convivência entre todos.

E a adaptação ao método, como se opera?

Isso varia muito, é relativo. Alguns já chegam e, de imediato, já enxergam as melhorias que são possíveis, principalmente por conta da ausência de opressão. Você e sua família são recebidos na confiança. Algumas pessoas já vão enxergando mais rápido e outras demoram um pouco mais. Até mesmo a própria Apac às vezes demora um pouco para enxergar as dificuldades da adaptação de cada recuperando, mas a grande maioria pensa em uma mudança de vida.

Há quanto tempo o Sr. cumpre pena na Apac? Notou diferença nas pessoas que daqui saíram?

Há três anos e cinco meses. Com certeza! Ninguém é perfeito, mas com certeza a semente aqui é plantada. Pode ser que não mude de imediato, mas melhora a cada dia. A pessoa passa a enxergar a vida de uma maneira diferente. Pode ser que não mude de imediato e que tenha até alguma recaída, mas que a semente esta plantada e a pessoa está melhor, disso não há dúvida.

Faltando pouco tempo para sua progressão ao regime aberto, qual é a sua perspectiva? O que o Sr. considera ser o principal instrumental que a Apac forneceu e que será usado lá fora?

Os estudos, que eu tive oportunidade de ter acesso aqui dentro. Eu concluí o ensino médio aqui dentro, sendo as aulas ministradas no interior da instituição. Posteriormente, com a ajuda da instituição e um pedido no Fórum, eu fiz vestibular e consegui ser aprovado, iniciando o curso em uma faculdade. Então, quero dar continuidade a esse processo quando sair daqui.

Faz faculdade em que área?

Direito. Quero continuar meus estudos e cuidar da minha família, trabalhando como advogado na área criminal quando terminar a faculdade.

Há algum problema no método e que o Sr. gostaria de contribuir para melhorar?

Não. Embora a Apac, como qualquer outra atividade, sendo administrada por pessoas, possa apresentar falhas, pois o ser humano é mesmo falível, falando por mim posso dizer que o método só me trouxe coisas boas, o mesmo podendo dizer da instituição em si.

Se o Sr. fosse chamado a dar uma nota, de zero a dez, para o sistema prisional comum e para o sistema Apac, como seria tal avaliação?

Para o sistema prisional comum, minha nota seria zero e, para a Apac, nota dez, mesmo diante das dificuldades, que existem em todos os lugares, inclusive na rua, quando não se está recluso.

Quando chegou à Apac, quantos eram os recuperandos?

O número de vagas estava totalmente preenchido no regime fechado, que contava sessenta recuperandos, mas havia vagas no regime semiaberto, mas hoje também está completo.

Houve, então, um aumento de recuperandos desde seu ingresso. Esse fato trouxe representou alguma piora nas condições do estabelecimento?

Não. No meu ponto de vista, não houve qualquer alteração. As boas condições foram mantidas e o método aplicado da mesma forma.

O Sr. trabalha aqui dentro?

Sim, sempre trabalhei! Aqui o trabalho é obrigatório! Hoje trabalho na cozinha, mas já tratei dos animais e desenvolvi outras atividades.

Quais são os outros tipos de trabalho que os recuperandos fazem no interior da instituição?

São necessários recuperandos na faxina, na portaria e tem a fábrica de blocos também, trabalho com autofalantes que são desmontados para extrair o cobre, bem como a capina e manutenção da instituição em geral.

Há também trabalhos manuais feitos no regime fechado?

Há, sim. O trabalho do regime fechado é o artesanato, sendo que os recuperandos do semiaberto podem também fazê-lo depois da jornada normal de trabalho para conseguirem uma renda adicional.

Qual a importância da Apac em seu futuro fora do estabelecimento prisional?

Fundamental. A Apac, ao contrário do sistema convencional, permite que o abalo ocasionado pela perda da liberdade seja menos sentido. Aqui são ministrados cursos para os recuperandos, como, por exemplo, os de pedreiro e mecânico, e é possível se concentrar nos estudos e no trabalho, coisa que não acontece nos estabelecimentos tradicionais. Lá é uma verdadeira escola do crime. Muitas pessoas saem de lá piores do que entraram... não pelas pessoas, em si, mas pelas condições que a elas são impostas.

E o que mais contribui para que a Apac funcione tão bem?

Aqui estão todos presos pela consciência! Não são os muros ou as grades que impedem as fugas. É a consciência! Os recuperandos, aqui, estão soltos, sem armas para vigiá-los ou puni-los, sem opressão, sem nada que os prejudique, só com coisas que visem a ajudá-los em suas dificuldades.

Suas considerações finais:

A Apac foi a peça fundamental para a construção de meu sonho. Se eu não tivesse vindo para cá, é mais provável que

o meu futuro não seria esse, não! Mas não foi só ela. Tenho consciência de meu próprio mérito, uma vez que a pessoa também tem que querer, pois, se assim não for, de nada adianta a oportunidade.

Artigo recebido em: 27/04/2016.

Artigo aprovado em: 06/06/2017.

DOI: 10.5935/1809-8487.20170008

77 - 156

Artigo

**EFEITOS TEMPORAIS E PROCEDIMENTO
DA SUPERAÇÃO DA TESE JURÍDICA ADOTADA
NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO
DE DEMANDAS REPETITIVAS**

MARIA TEREZA FERREIRA MARQUES

EFEITOS TEMPORAIS E PROCEDIMENTO DA SUPERAÇÃO DA TESE JURÍDICA ADOTADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

THE TEMPORAL EFFECTS AND THE PROCEDURE OF OVERCOMING THE LEGAL THESIS ADOPTED BY THE INCIDENT OF THE RESOLUTION ON REPETITIVE LITIGATIONS

MARIA TEREZA FERREIRA MARQUES

Analista Jurídico
Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil
mariaterezamarques@outlook.com

RESUMO: O mundo globalizado em que vivemos gera uma intensa litigiosidade de massa, que não vem sendo contingenciada pelo Poder Judiciário de forma satisfatória. Várias ferramentas processuais foram criadas ao longo dos anos para solucionar o impasse, mas nenhuma delas logrou êxito. Foi em um contexto de crise do Poder Judiciário e de insuficiência dos meios processuais existentes que o Código de Processo Civil de 2015 criou o incidente de resolução de demandas repetitivas, que é técnica processual nova destinada à tutela da litigiosidade repetitiva. Como o próprio nome sugere, ela tem natureza jurídica de incidente processual, com o fim precípua de assegurar a segurança jurídica, fundado no direito ao acesso à Justiça. O incidente possui natureza eminentemente objetiva, apenas firmando entendimento vinculante quanto à questão jurídica comum aos processos repetitivos, não havendo, nele, decisão no caso concreto. Seu procedimento evidencia releituras interessantes do princípio constitucional do contraditório, que é plenamente assegurado. As disposições gerais contidas no Código concernentes à ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais são aplicáveis a todas as decisões de caráter vinculante, inclusive àquela proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas. O precedente fixado no incidente se destaca em relação aos demais, em virtude da sua legitimidade democrática, devendo-se dar especial atenção aos efeitos temporais da decisão que o alterar e do procedimento a ser empregado para tanto. Todos os interessados e legitimados à instrução do incidente também têm legitimidade para provocar sua revisão. O procedimento a ser utilizado na revisão da tese fixada no incidente deve ser o mesmo do próprio incidente de resolução de demandas repetitivas que a firmou. Os efeitos temporais da decisão que superar o precedente fixado no incidente deverão ser modulados da forma que melhor atender à segurança jurídica, de modo a evitar a surpresa dos jurisdicionados. O efeito prospectivo a termo é o que melhor tutela a boa-fé objetiva e permite que as pessoas planejem suas vidas e escolham, na medida do possível, a quais efeitos jurídicos querem se submeter.

PALAVRAS-CHAVE: incidente de resolução de demandas repetitivas; segurança jurídica.

ABSTRACT: The globalized world in which we live generates an intense mass litigation, which has not been managed by the Judiciary Branch in a satisfactory manner. Several procedural tools have been created over the years within the intention to solve such impasse, but none of them has succeeded. It was in a context of crisis of the Judiciary Branch and the lack of enough existing procedural resources that the Code of Civil Procedure of the year 2015 created the incident of the resolution on repetitive litigations, i.e., a new procedural technique aimed at dealing with repetitive claims. As its name suggests, it has the legal nature of procedural inci-

dent, made to ensure legal certainty, based on the right to access the justice. The incident has an eminently objective nature, only establishing a binding considered opinion regarding to the common legal issue to repetitive suits and it does not contain, by itself, the decision in the case. Its procedure reveals interesting reinterpretations of the constitutional principle of adversary system, which is fully assured. The general provisions contained in the Code related to the order of the processes and also concerned to the processes with original jurisdiction in the tribunals are applicable to all decisions within binding characters, including the ones awarded in the incident of resolution on repetitive litigations. The precedent fixed in the incident stands out in relation to the others by virtue of its democratic legitimacy, being necessary to provide special attention to the temporal effects of the decision that changes it and the procedure used for that. All the parties interested and legitimated to the incident instruction have legal capacity to provoke its review. The procedure to be used in the review of the thesis set in the incident should be the same of the incident itself, i.e., regarding to the resolution of the repetitive suits that established it. The temporal effects of the decision which overcome the precedent fixed in the incident should be modulated in the best way in order to meet the legal certainty, avoiding any surprise to those under the jurisdiction of each Court. The prospective effect in time is the one capable of protecting the objective good faith and also it is able to allow people to plan their lives and choose, as far as possible, which legal effects they desire to undergo.

KEYWORDS: incident of the resolution on repetitive litigations; legal certainty.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma nova técnica processual destinada à tutela da litigiosidade repetitiva. 3. O incidente de resolução de demandas repetitivas. 3.1. Natureza jurídica, finalidades e fundamentos. 3.2. Natureza objetiva. 3.3. Aspectos procedimentais relevantes. 4. Diretrizes hermenêuticas destinadas à interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas. 5. Mudança do entendimento fixado no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. 5.1. Qual é a diferença da superação do precedente firmado no incidente de resolução de demandas repetitivas em relação à superação dos demais precedentes? 5.2. Definição, legitimidade e procedimento da superação. 5.3. Efeitos temporais. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução

No Brasil, o fato comum de casos idênticos receberem do Poder Judiciário tratamentos diversos compromete enormemente a segurança jurídica pátria.

O problema é bem retratado por Luiz Guilherme Marinoni:

Em todas as democracias cabe à classe dos advogados a pesada e grave responsabilidade de orientar os cidadãos acerca dos seus direitos. É espantoso perceber, entretanto, que os advogados brasileiros ainda não têm como orientar os seus clientes acerca dos direitos. Não lhes é possível orientá-los acerca do que devem esperar ao tomarem determinada postura diante de uma situação jurídica ou de um

conflito, exatamente por nada poderem dizer, com algum grau de confiança, sobre as posições do Judiciário. (MARI-NONI, 2015, p. 2080).

Esse comprometimento afeta as relações jurídicas, causando enorme incerteza e insatisfação dos jurisdicionados e, mesmo num contexto mais amplo, afasta do Brasil investimentos estrangeiros¹.

Afinal, nenhuma pessoa sensata e realista teria interesse em aplicar seu capital em um país em que não há mínima previsibilidade ou estabilidade das decisões judiciais, ou uniformidade e coerência na interpretação judicial do ordenamento jurídico como um todo.

Isso se deve ao fato de que os juízes são livres para decidir conforme sua convicção, podendo amparar-se, ou não, em entendimentos já consolidados pelos tribunais superiores.

A questão é bem problemática e sensível, ainda mais quando se trata do exercício profissional do operador do Direito, a quem incumbe conduzir suas condutas para bem orientar os jurisdicionados, sob o risco de, entre outras sanções, incorrer em responsabilidade civil².

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) previu, em seu art. 926, que os tribunais têm o dever de uniformizar o entendimento aplicado em seus julgados, mantendo-o estável, íntegro e coerente, sendo que tal constatação legal é absolutamente

1 Nesse sentido: “O país que oferece certeza e segurança jurídicas é fonte de investimentos. O país que não estimula a verdadeira livre concorrência e que não possui instituições sólidas obviamente observará apenas a desconfiança dos investidores.” (MARTINEZ, 2010, p. 78).

2 “[...] o exercício profissional revela que, acerca de inúmeras questões importantes, há flagrante e indesejada instabilidade nos precedentes dos tribunais superiores. E isso ocorre – o que é pior – num mesmo momento temporal e sem qualquer justificação plausível!” (TUCCI, 2015, p. 146).

desnecessária. Afinal, não é dado aos tribunais decidir casuisticamente, da forma que melhor lhes convêm, em casos iguais.

Sobre tal dispositivo legal, foi editado o enunciado 455, pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual dispõe: “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”. O enunciado, assim, apenas reforça a intenção do legislador.

O que se percebe é que o caos gerado pela ampla liberdade que os juízes têm para solucionar conflitos como bem lhes aprouver fez com que o Legislativo se sentisse na obrigação de inserir tal dispositivo na lei. Ironicamente, trata-se do mesmo legislador que, por vezes, edita leis de forma equívoca, apta a gerar múltiplas interpretações sobre um mesmo texto³.

As súmulas vinculantes, as súmulas impeditivas de recursos e a técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos são bons exemplos de métodos desenvolvidos para evitar tal insegurança nas relações jurídicas, à luz do Código de Processo Civil de 1973, mas que não obtiveram o sucesso desejado⁴.

E foi com essa consciência que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, dentre outras técnicas⁵, o incidente de resolução

3 Nesse sentido, é muito feliz a observação de André Almeida Rodrigues Martinez (2010, p. 77), para o qual: “Leis tratando das matérias controvertidas deveriam ser prontamente trazidas à luz de modo a se aclarar a real vontade do legislador. A sociedade tem necessidade de leis mais bem elaboradas, menos dúbias, menos abertas e vagas”.

4 É oportuna a observação feita por Guilherme J. Braz de Oliveira sobre o assunto: “Não se pode perder de vista, contudo, que o IRDR se abeberou em figuras, ou melhor dizendo, *técnicas de julgamento preexistentes* no CPC de 1973. A principal delas, e que pode ser considerada a origem remota do *novel* instituto, é, também, o *incidente de uniformização da jurisprudência*, previsto nos arts. 476 a 479. Como se sabe, infelizmente, ele teve pouca utilização prática, na medida em que se sedimentou o entendimento de que a uniformização da jurisprudência representaria uma mera *faculdade* do tribunal [...]”. (OLIVEIRA, 2015, p. 108, grifo nosso).

5 Sobre todas as novas técnicas, uma vez mais é oportuno observar as palavras de Gui-

de demandas repetitivas (IRDR) para tentar solucionar o impasse e contribuir para o julgamento isonômico de causas idênticas.

Nesse diapasão:

Dentre as inúmeras modificações trazidas pelo NCPC, uma delas ganha notável destaque e tem chamado a atenção dos operadores do Direito, por significar *a mais efetiva e importante mudança para o processo civil brasileiro*. Trata-se da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), regulamentado pelos arts. 976 a 987. (OLIVEIRA, 2015, p. 107, grifo nosso).

Assim, o incidente pretende trazer para o processo civil uma efetiva garantia de acesso à Justiça, nela incluídas, especialmente, as tão esperadas segurança jurídica, isonomia e razoável duração do processo.

Contudo, o Código de Processo Civil não cuidou expressamente de alguns dos aspectos mais importantes do mencionado incidente, dentre os quais estão os efeitos no tempo que decorrem da mudança de entendimento adotado nas decisões que julgam o incidente de resolução de demandas repetitivas e o seu procedimento.

O tema se reveste de grande relevância, uma vez que os efeitos temporais da revisão das teses fixadas em sede de IRDR não foram tratados pelo legislador e têm o condão de atingir todos os jurisdicionados sob a influência do tribunal que alterar o entendimento outrora fixado.

Iherme J. Braz de Oliveira: “Em todas essas hipóteses, nota-se uma clara preocupação do legislador em, *de um lado, criar mecanismos processuais que, de modo efetivo, possam dar vazão ao volume, muitas vezes invencível, de processos* que o Poder Judiciário brasileiro é obrigado – por força do princípio da *inafastabilidade da jurisdição*, presente no art. 5º, inciso XXXV, da CF – a enfrentar e julgar, diuturnamente, e que geram a tão propalada *morosidade da Justiça*”. (OLIVEIRA, 2015, p. 108, grifo nosso).

Este trabalho pretende sistematizar o estudo do IRDR com o fim de descobrir quais os caminhos mais seguros para a definição dos efeitos no tempo que decorrem da mudança de entendimento adotado nas decisões que julgam o incidente.

O presente trabalho demandará, principalmente, uma análise de princípios constitucionais e de preceitos legais preexistentes, no ordenamento jurídico, à criação do incidente, bem como de outros dispositivos legais, inseridos no Código de Processo Civil de 2015, que influenciam sobremaneira a interpretação do tema.

A pesquisa abrangerá a revisão bibliográfica do tema, sendo que o material a ser utilizado será, basicamente, livros e demais publicações científicas. Os métodos científicos empregados serão o sistêmico e o hipotético-dedutivo.

No primeiro capítulo, contextualizar-se-á o momento histórico em que nasceu o IRDR, relacionando-o à insuficiência de algumas das principais técnicas processuais existentes no processo civil brasileiro.

No segundo capítulo, o incidente será conceituado e serão estabelecidas suas finalidades. Também serão tratados alguns aspectos procedimentais de maior relevância, sua natureza e seu julgamento.

No terceiro e último capítulo, abordaremos a mudança de entendimento fixado no julgamento do IRDR, tanto em relação ao seu procedimento quanto em relação aos seus efeitos no tempo.

O trabalho será finalizado com a apresentação das principais conclusões, em que se procurará enfatizar qual o procedimento e quais os efeitos a serem adotados quando da mudança de entendimento estabelecido no julgamento do incidente.

2. Uma nova técnica processual destinada à tutela da litigiosidade repetitiva

Desde a Revolução Industrial, no século XVIII, o mundo vem sofrendo profundas transformações que têm obrigado os operadores do Direito a se posicionarem sobre novas situações jurídicas da atualidade.

O processo civil clássico, concebido numa ótica puramente individualista, não mais se amolda às questões coletivas ou difusas, que se alastram em relação a inúmeros sujeitos de direito⁶. Nos dias de hoje, tem-se maior clareza do fenômeno, mas houve um empenho hercúleo no desenvolvimento de novos caminhos no processo para que se pudesse cuidar satisfatoriamente de tais questões.

A mencionada Revolução Industrial iniciou um processo de massificação das situações jurídicas, o que trouxe igual massificação de direitos, de interesses e, por que não, de danos. Vejam-se as relações de consumo que se desenvolveram, que demonstram claramente como a sociedade evoluiu para um ponto em que, a título de exemplificação, um único acidente de consumo tem o potencial para gerar incontáveis danos individuais, coletivos e difusos. Um mesmo evento, numa sociedade de massa, pode apresentar estes três vieses, desafiando a técnica processual tradicional, que não mais se mostra, em todos os casos, suficiente à tutela de direitos e interesses⁷.

6 Nesse sentido é a constatação de que: “O processo civil clássico, de bases essencialmente individuais, demonstrou-se incapaz de contingenciar essa explosão de demandas isomórficas” (MENDES; TEMER, 2016, p. 314).

7 “As relações jurídicas são padronizadas, as pessoas titularizam direitos muito similares, os quais são ameaçados ou lesionados por condutas seriadas, o que faz com que se reproduzam no Judiciário diversos conflitos que possuem o mesmo desenho, com causas de pedir e pedidos similares. Paralelamente, e também em decorrência do expressivo e crescente número de processos judiciais, observa-se a proliferação das mesmas questões jurídicas pontuais em demandas com causas de pedir e pedidos distintos, caracterizando zonas de homogeneidade de nos litígios heterogêneos, individuais e coletivos”. (TEMER, 2016, p. 31-32).

Foi necessário, assim, repensar o conteúdo do devido processo legal frente a essas novas e inusitadas relações jurídicas.

Observa-se que essa problemática processual, à luz das complexidades da contemporaneidade, vem acompanhando a mesma linha evolutiva por que passou a conquista dos direitos fundamentais. Como bem se sabe, tal conquista de direitos fundamentais passou por três dimensões⁸.

Os direitos de primeira dimensão são aqueles tipicamente individuais, tais como os direitos políticos e civis, prezando pela garantia das liberdades individuais, com a mínima interferência estatal possível.

Já os direitos de segunda dimensão são aqueles reconhecidos não apenas a um indivíduo, mas sim a toda uma coletividade, como, por exemplo, os culturais, sociais e econômicos. Exigem uma atuação paternal e ativa do Estado, que deve oferecer à sociedade as condições necessárias para a garantia de tais direitos, sob o signo da igualdade social.

A terceira dimensão, por sua vez, reconhece a transindividualidade de alguns direitos, que dizem respeito não apenas ao grupo do qual fazemos parte, mas a todas as pessoas, independentemente de elas serem, ou não, parte de algum grupo. Um exemplo clássico de direito de terceira dimensão é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido a todos, inclusive às gerações vindouras, pela Constituição Federal⁹.

8 A doutrina constitucional atual prefere o termo “dimensões” a “gerações” de direitos, uma vez que esta expressão poderia dar a entender, equivocadamente, uma ideia de superação dos direitos anteriormente conquistados, negando-os.

9 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público

O processo, como instrumento para a consecução de determinados fins, vem acompanhando o panorama acima traçado, na roupagem que lhe é própria e com as dificuldades que lhe são inerentes.

O processo civil tradicional foi arquitetado para tutelar direitos fundamentais tipicamente de primeira geração. Os conflitos envolvendo Caio e Tício, ou mesmo Tício e Mévio, são adequada e satisfatoriamente resolvidos pela doutrina clássica do processo civil.

A seu turno, o processo coletivo, bem mais novo em relação à concepção individualista de processo, se destina ao amparo de direitos coletivos em sentido amplo. Há um microsistema processual coletivo especialmente desenhado para atender a esses direitos, demandando enorme esforço doutrinário, legislativo e jurisprudencial para a satisfação de tais finalidades.

Contudo, a litigiosidade de massa que se apresenta na sociedade globalizada em que vivemos tem exigido muito mais dos operadores do Direito, uma vez que nem mesmo as técnicas do custoso processo coletivo têm resolvido todos os problemas decorrentes do nosso contexto social¹⁰, relacionados à crise por que passa o Poder Judiciário.

A contribuir para tal crise, estão a finitude e a insuficiência de recursos estatais:

e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

10 Sobre a insuficiência do processo coletivo: “[...] as ações coletivas, embora constituam importante evolução para a tutela de direitos coletivos, não se mostraram, por si só, ainda, na prática e dentro da realidade brasileira, suficientes em conferir à litigiosidade repetitiva exaustiva tutela [...]”. (MENDES; TEMER, 2016, p. 314).

[...] além da limitação decorrente da inadequação da aplicação da técnica processual tradicional – individual e coletiva – para tais conflitos, há óbices estruturais que impedem a resolução dos conflitos seriados pelos meios processuais ordinários, já que o Poder Judiciário sofre com limitações de recursos materiais e humanos para processar e julgar individualmente cada um dos casos homogêneos. (MENDES; TEMER, 2016, p. 314-315).

Sobre o momento de crise atual, bem pontua José Rogério Cruz e Tucci ao relacioná-lo, também, à promulgação da “Constituição Cidadã”, que é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), ao afirmar que “os cidadãos passaram a ser senhores de seus respectivos direitos, com a expectativa de verem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas”. (TUCCI, 2015, p. 144).

Tal retrato se deve muito ao contexto histórico pós-ditadura militar, em que, segundo Tucci (2015, p.144), “[...] foram incrementados, a partir do início dos anos 1990, mecanismos processuais adequados a recorrer aos tribunais com maior efetividade”.

Diante desse importante fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário. Os números alarmantes são de conhecimento geral. E isso tudo agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, sem a consecução consistente de políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado, sem dúvida, maior judicialização dos conflitos.

[...] O sistema judicial passa, assim, a suplantar o sistema da Administração Pública, a quem, por óbvio, compete sancionar as referidas falhas.

[...] Chega-se mesmo ao que poderíamos denominar de ‘banalização de demandas’, sem esquecer o papel de exator dos tribunais, na função substitutiva de ser o principal

palco da cobrança de tributos, diante dos milhares de executivos fiscais que abarrotam os escaninhos dos cartórios forenses. (TUCCI, 2015, p. 144).

Assim, ante a constitucionalização de direitos, sem o devido respaldo do Poder Público, acompanhado da ineficiência da Administração Pública, tem-se uma crise instalada no Poder Judiciário brasileiro, ligada ao invencível número de demandas que acomete os juízos e tribunais do país, e à consequente prestação jurisdicional insatisfatória em várias delas.

Nesse sentido, consoante o que se afirmou sobre a massificação de situações jurídicas, tem-se que “as demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário passaram a ser isomórficas, criando-se uma terceira categoria de causas, ao lado das demandas puramente individuais heterogêneas e das demandas coletivas propriamente ditas.” (MENDES; TEMER, 2016, p. 314).

É nesse cenário de crise e de insuficiência dos recursos processuais existentes que foi aprovado o Código de Processo Civil de 2015, que, dentre outras contribuições, rompeu com os paradigmas estabelecidos pelo processo civil tradicional, seja ele individual ou coletivo, instituindo uma nova forma de pensar o processo, especialmente destinada ao tratamento da litigiosidade repetitiva.

O novo microsistema processual instituído pelo novo Código envolve, dentre outras técnicas processuais, o famigerado incidente de resolução de demandas repetitivas.

O IRDR, pois, reflete uma estratégia procedimental diferenciada, preocupada com a resolução de demandas repetitivas e que será a protagonista deste trabalho.

3. O incidente de resolução de demandas repetitivas

3.1. Natureza jurídica, finalidades e fundamentos

Marcos de Araújo Cavalcanti, em análise sobre a natureza jurídica do IRDR, entende que tal instrumento, como o próprio nome informa, é efetivo incidente processual. Para tanto, aduz que o IRDR, de fato, segue todas as características marcantes de um típico incidente processual, que são a acessoriedade, a acidentalidade, a incidentalidade e o procedimento incidental, de sorte que deve seguir o regime jurídico regente dos incidentes processuais (CAVALCANTI, 2016, p. 177-180).

Neste trabalho, é adotado tal posicionamento sobre a natureza jurídica do IRDR, bem como os fundamentos utilizados para tanto.

Desta feita, o instituto é incidente processual na medida em que surge em processos repetitivos preexistentes e demandas futuras (em que se discute questão jurídica homogênea), cuja existência depende de tais processos judiciais repetitivos, e que se manifesta de maneira acidental no curso regular desses processos, tratando-se de procedimento próprio para a solução de questão jurídica comum.

Por questão jurídica comum podemos entender aquele mesmo ponto de direito que se repete nos processos e tem recebido diversos tratamentos dos juízes de primeira instância e dos tribunais, havendo imperiosa necessidade de uniformização jurisprudencial. “A solução da questão controvertida interessa aos litigantes, mas, em primeiro lugar, o incidente serve à realização de valores constitucionais, sobretudo o da segurança jurídica”. (MEDINA, 2016, p. 1415).

Por “mesma questão unicamente de direito”, Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 198) defende serem elas “as *questões homogêneas de direito* que nascem dos processos (coletivos ou individuais) identificados como repetitivos”, aduzindo, ainda:

Ao estabelecer que a questão de direito seja a *mesma* e que haja *efetiva repetição* de processos, o NCPC está exigindo, na verdade, que as aludidas questões de direito emanadas dos processos repetitivos (individuais ou coletivos) sejam decorrentes de *origem comum e homogêneas*. (CAVALCANTI, 2016, p. 199-200).

A *origem comum* se identifica quando um mesmo evento é apto a produzir inúmeras situações em que se discute exatamente a mesma questão (a título de exemplo, imagine-se a propositura de milhares de ações em que se discuta, direta ou incidentalmente, a legalidade de determinada cláusula de um contrato bancário). Já a referida *homogeneidade* diz respeito, segundo referido autor, à prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais de modo que seja recomendável uma tutela coletivizada. (CAVALCANTI, 2016, p. 200).

O que o autor denomina *homogeneidade* é o que tratamos neste trabalho como a *necessidade* de uniformização jurisprudencial, a fim de que situações jurídicas idênticas não recebam tratamentos diferentes do Poder Judiciário.

Portanto, o IDRDR tem natureza jurídica de incidente processual, criado pelo Código de Processo Civil de 2015, cuja finalidade precípua é evitar o comprometimento da segurança jurídica, de modo a prevenir que casos semelhantes recebam tratamentos diversos quando submetidos ao Poder Judiciário.

Sob essa ótica, a doutrina ainda afirma que o IRDR tem como principais fundamentos o tratamento isonômico das relações jurídicas, a segurança jurídica e a razoável duração do processo¹¹.

11 Nesse sentido: “Os pilares do incidente – que justificam sua existência e, ao mesmo tempo, norteiam sua aplicação – são: a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a celeridade, através da prestação jurisdicional em tempo razoável”. (TEMER, 2016, p. 39).

Consoante lição de Nelson Nery Junior (2013, p. 112), “a CF 5.º *caput* e I estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber tratamento idêntico”.

A segurança jurídica, a seu tempo, é direito fundamental previsto de modo expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal¹², e, de modo implícito, em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Por razoável duração do processo, podemos entender que se trata do tempo que ordinariamente se poderia esperar para a efetivação da tutela de um direito objeto de determinado tipo de demanda submetida a juízo. A razoável duração do processo tem guarida constitucional, no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal¹³.

Como há diversas espécies de demandas, cada qual se destina a amparar tipos diversos de interesses e de direitos, além das infinitas variáveis em jogo (tais como o comportamento das partes e de seus procuradores, que pode ser imprevisível e incontornável, por exemplo), o significado de “razoável” é muito relativo, assumindo diferentes feições em diferentes contextos¹⁴.

12 “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.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

13 Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 1988).

14 Não se pode descurar, apenas, que, na contemporaneidade, o tempo se tornou ainda mais precioso na vida do jurisdicionado, o que aumenta seus anseios em relação à tutela jurisdicional. “O tempo no processo assume importância vital nos dias de hoje, porquanto a aceleração das comunicações via *web* (*internet, e-mail, fax*), celulares, em conjunto com a globalização social, cultural e econômica, tem feito com que haja maior cobrança dos jurisdicionados e administrados para uma solução rápida dos processos judiciais e administrativos.” (NERY JUNIOR, 2013, p. 329).

Em que pese sejam esses os pilares do novel instituto em análise, no nosso entendimento, o IRDR tem fundamento único, que é o acesso à Justiça.

O direito de acesso à Justiça é amplo e engloba inúmeras vertentes, tais como o efetivo acesso de todos ao Poder Judiciário, as garantias do contraditório e da ampla defesa e, dentre outros, a isonomia, a segurança jurídica, a razoável duração do processo e o respeito à boa-fé objetiva, que bem exprimem o ideal do que seria uma ordem jurídica justa.

Afinal, a ideia que se tem de uma ordem jurídica justa, necessariamente, repousa na segurança jurídica e no respeito à boa-fé objetiva dos jurisdicionados. A uniformidade de entendimento dos tribunais traduz o direito de todos de receber do Poder Judiciário o mesmo tratamento diante da mesma situação fática apresentada.

É odioso pensar que vivemos num Estado em que é recorrente se referir ao processo judicial como “loteria judicial”, uma vez que, de fato, não é incomum se deparar com casos idênticos recebendo tratamentos diversos, sem que, ao menos, sejam ressaltados os motivos que levaram à diferença no julgamento. O texto da lei é único, mas são várias as normas dele decorrentes. Em pertinente comentário sobre o tema, André Almeida Rodrigues Martinez (2010, p. 61) asseverou que “em tese, como sabido, a lei tem aplicação igual a todos. Mas na prática, o que se verifica é uma incrível multiplicidade de entendimentos acerca do mesmo artigo de lei”.

Com efeito, é a realidade que hoje se apresenta. O que se pretende com o uso do IRDR é o afastamento dessa situação revoltante e a concretização de uma efetiva garantia da igualdade entre os litigantes, de modo que todos tenham um efetivo acesso à Justiça.

O art. 489, do Código de Processo Civil, é um dos dispositivos mais importantes do novo Código, tendo em vista que exige fundamentação idônea em todas as decisões judiciais (sejam decisões interlocutórias ou sentenças) e que nelas imprime uma série de obrigações, com o escopo de garantir a transparência e a segurança das decisões. Tal dispositivo é fundamental na concretização do tão almejado acesso à Justiça.

É claro que eventuais injustiças são inerentes ao sistema judicial, de modo que não há instrumentos processuais aptos a garantir, à prova de erros, a justiça em todas as decisões judiciais. Afinal, estas podem ser entendidas, a princípio, como meros pronunciamentos do juiz, que não está imune a enganos.

Porém, tais “imprevistos” apenas podem ser detectados mediante fundamentação adequada das decisões, o que permite, igualmente, verificar a validade das razões pelas quais uma situação tão semelhante à nossa foi julgada de modo diverso.

Entendemos que a fundamentação é a melhor forma de garantir o acesso a uma ordem jurídica justa.

3.2. Natureza objetiva

O IRDR se distingue do processo coletivo por inúmeras razões, mas a diferença mais evidente, sem dúvida, é a sua natureza eminentemente objetiva.

De acordo com o regime jurídico do processo coletivo, as demandas coletivas se destinam à tutela efetiva de direitos, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O juiz, ao final do processo, tem aptidão para julgar, definitiva e diretamente, direitos e interesses subjetivos. A lide, na sua concepção tradicional, é o cerne da questão, sendo solucionada diretamente pelo juízo pelo qual tramita o processo

coletivo. Contudo, nenhum desses traços é encontrado no regimento legal do IRDR.

Nele, não há direitos subjetivos em discussão, muito menos uma lide. O que se resolve, em sede de IRDR, é a questão jurídica comum a todos os processos repetitivos que tramitam sob a área da jurisdição de determinado tribunal, sem que este decida, diretamente, em tais processos. Ao tribunal é dado resolver a questão jurídica, na medida em que os juízos perante os quais tramitam os processos suspensos é que aplicarão a tese ao caso concreto, tutelando, assim, os direitos e interesses subjetivos em apreço.

Por essas razões, entendemos não ser aconselhável a aplicação subsidiária do microssistema processual coletivo em relação às omissões legislativas no tocante ao IRDR, proposta por Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 201-208). Escreve o autor:

A aplicabilidade do microssistema processual coletivo, entendido aqui como um verdadeiro ‘Código Brasileiro de Processos Coletivos’, isto é, como o ordenamento processual geral que regulamenta a tutela jurisdicional coletiva não pode ficar restrita às ações coletivas, devendo abranger os incidentes processuais coletivos que visam solucionar os conflitos de massa. (CAVALCANTI, 2016, p. 205).

Com o devido respeito, ousamos discordar de tal entendimento em razão da objetividade com que são tratadas as questões jurídicas repetitivas objetos do IRDR.

É inegável que tanto o processo coletivo quanto o IRDR se desenvolveram pela necessidade de tutelar direitos e interesses de acordo com uma mesma conveniência de dar, de uma só vez, a inúmeros sujeitos processuais, uma mesma resposta estatal.

Contudo, como já explanado, o processo coletivo tutela diretamente direitos subjetivos, de modo que o juiz pode efetivamente resolver, de uma só vez, inúmeras lides. Já o IRDR se destina a resolver apenas a questão jurídica comum em abstrato, em que não é dado dizer o direito em cada caso concreto.

Acrescente-se que a questão jurídica tratada pelo IRDR pode nem mesmo constituir uma lide em sua concepção tradicional. Nesse sentido, observemos o primeiro incidente de resolução de demandas repetitivas instaurado no Estado do Maranhão, como exemplo¹⁵.

Tal IRDR foi instaurado a fim de dirimir controvérsia acerca de uma diferença remuneratória de 21,7% dos servidores estaduais. Será decidido, por meio do incidente, se os servidores do Estado do Maranhão fazem ou não fazem jus a ela.

A questão, destacada de forma isolada para análise em sede de IRDR, será decidida, como já afirmamos, de forma objetiva, e o tribunal do Estado do Maranhão limitar-se-á a dizer se aos servidores cabe ou não a referida diferença remuneratória. Com isso, o tribunal não resolverá diretamente os processos repetitivos em curso em todo o Estado: ele apenas fixará o entendimento a ser seguido. Cada um desses processos repetitivos será decidido, quanto a essa questão, pelo juízo em que tramitarem, sendo eles os competentes para aplicar a tese em cada caso concreto.

Isso porque o IRDR tem natureza objetiva, nele não havendo direitos subjetivos em discussão. No caso citado, vê-se que nem mesmo há lide (ao menos não em sua concepção tradicional). O IRDR apenas decide questão jurídica comum a todos os processos que a contenham e que tramitem sob o

15 Processo n. 0001689-69.2015.8.10.0044.

território do respectivo tribunal, sem que este decida, diretamente, em tais processos.

Nessa esteira:

Não haverá, no espaço de resolução coletiva do incidente, o julgamento da(s) causa(s) propriamente dita(s), mas apenas a definição jurídica da questão jurídica controvertida, que será posteriormente adotada para o julgamento da(s) causa(s) de onde este se originar, bem como nas demais demandas repetitivas fundadas em igual questão. (MENDES; TEMER, 2016, p. 318-319).

Sofia Temer adota o mesmo entendimento em obra apenas sua, conforme segue:

Adotamos a posição segundo a qual o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros. (TEMER, 2016, p. 68).

Em que pese existam relações jurídicas de direito material subjacentes ao IRDR, apesar de este poder ter como substratos, na sua acepção clássica, ele é uma técnica processual objetiva, voltada à tutela do direito objetivo¹⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, talvez o único e melhor exemplo de processo objetivo, que se desenvolve indepen-

16 A corroborar a concepção de procedimento autônomo e objetivo, está o registro feito por José Miguel Garcia Medina (2016, p. 1415): “O incidente *emerge* de processos que se repetem, mas não faz com que se desloque algum processo para o tribunal. De muitos processos, identifica-se controvérsia sobre a mesma questão de direito, e é a resolução dessa questão de direito o objeto do incidente. Não há, pois, uma causa ou um recurso selecionado para julgamento, a ser remetido ao tribunal, enquanto os demais ficam sobrestados”.

dentemente da clássica concepção de lide, é o processo objetivo constitucional.

No campo do Direito Constitucional, Marcelo Novelino bem delinea as diferenças entre o processo constitucional subjetivo e o processo constitucional objetivo, situadas no tema do controle de constitucionalidade:

Quando a constitucionalidade é analisada em um processo constitucional subjetivo, com a finalidade principal de solucionar uma controvérsia envolvendo direitos subjetivos, costuma-se denominar esta espécie controle concreto [...].

O controle abstrato, por sua vez, é exercido em tese, independentemente da existência de um caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário. Sem embargo da denominação utilizada, esta espécie de controle não significa o mero contraste entre o ato impugnado e o parâmetro constitucional violado, independentemente da consideração de fatos controvertidos, uma vez que a apreciação de “dados da realidade” se mostra inevitável em qualquer processo de interpretação e aplicação do direito. Trata-se de um processo constitucional de índole objetiva, sem partes formais, podendo ser instaurado independentemente de um interesse jurídico específico [...]. (NOVELINO, 2014, p. 238-239).

Tal como o controle de constitucionalidade realizado em processo constitucional objetivo, partilhamos do entendimento segundo o qual:

[...] o controle abstrato destina-se precipuamente a manter a higidez e coerência da ordem jurídica considerada sob o aspecto objetivo, sem vinculação imediata e necessária com a existência de lide, contraposição de vontades ou lesão a algum interesse subjetivo de determinada pessoa. É o que pretende o incidente ao definir a melhor resposta jurisdicional a uma questão controvertida exclusivamente

de direito. Claro que as lesões aos interesses subjetivos serão apreciadas, mas no momento subsequente, quando já fixada a tese. (MENDES; TEMER, 2016, p. 321).

A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) deverá ser seguida por todos os magistrados do país. Mesmo que a constitucionalidade de determinada lei não tenha sido objeto de questionamento nos processos que versarem sobre ela, por exemplo, o entendimento fixado deverá ser seguido e neles aplicado. Afinal, o STF não julga, diretamente, todos os processos que contiverem a questão jurídica, mas sim os juízos e tribunais pelos quais os processos tramitarem.

Raciocínio muito semelhante se aplica ao IRDR, conforme já exposto, o que confere a ele esse sentido de objetividade no julgamento.

3.3. Aspectos procedimentais relevantes

O Código de Processo Civil lista os pressupostos de admissibilidade do incidente, que são (I) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (II) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica¹⁷.

Quanto à efetiva repetição de processos, a lei não estabeleceu um número mínimo de demandas que devem conter a mesma questão unicamente de direito para a instauração do IRDR.

¹⁷ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. (BRASIL, 2015).

Por isso, é necessário atribuir ao dispositivo a interpretação mais segura, que reduza, tanto quanto possível, a discricionariedade na fixação do que seria tal repetição¹⁸.

Bruno Dantas chama a atenção para o fato de que:

[...] deve-se provar, simultaneamente, que há postulações múltiplas, o que se demonstra com cópias de peças processuais relevantes dos diversos processos idênticos o certidões de inteiro teor, e que há respostas discrepantes oferecidas pelo Judiciário, mediante juntada de cópias de decisões conflitantes, sejam elas decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos. (DANTAS, 2015, p. 2184).

Na sequência, o autor salienta, ainda, que:

[...] não é qualquer multiplicação de processos que abre ensejo à instauração do IRDR, mas apenas aquela que ofereça risco efetivo de prolação e coexistência de decisões judiciais conflitantes, o que ofende a isonomia e a segurança jurídica. (DANTAS, 2015, p. 2181).

Observa-se, ainda, que embora seja recorrente o uso da expressão “casos semelhantes”, o que deve, de fato, ser *idêntica* é a *questão de direito*, e não a questão fática.

Quanto à natureza do IRDR, muito se discute na doutrina se o incidente julga a “causa-piloto” (assim denominado o proces-

18 Sobre o tema, entendemos precisas e absolutamente pertinentes as observações de Cavalcanti (2016, p. 270), no sentido de que: “Para evitar decisões discricionárias, defende-se, no presente trabalho, a fixação de um critério objetivo por intermédio de uma permissão legislativa para que o CNJ, com base em seus estudos e relatórios, fixe, prévia e periodicamente, uma quantidade exata de processos repetitivos que permitiriam o requerimento e a instauração do IRDR. Outra hipótese seria o NCPC estabelecer uma quantidade mínima de requerimentos de instauração do IRDR a serem apresentados por diferentes legitimados no decorrer de um período fixado no Código”.

so que leva a questão ao conhecimento do tribunal) ou se ele apenas fixa o entendimento a ser aplicado nos casos futuros, deixando para o juízo onde tramita a causa-piloto aplicar, nele, a tese fixada em sede de IRDR.

Para tanto, a doutrina propõe que se extraia o máximo do contexto fático para a fixação da tese, distanciando, assim, norma e fato. Considerando serem ambos componentes de um mesmo fenômeno, seu afastamento é possível se for pre-estabelecida a existência de questões predominantemente fáticas ou jurídicas, conforme classificação adotada por Sofia Temer (2016, p. 71). Assim, será possível encontrar uma situação fática “modelo” que, sempre que presente, ensinará a aplicação da tese.

Entretanto, partilhamos da opinião segundo a qual, na questão jurídica repetitiva em apreço, os fatos são incontroversos, sobre eles não recaindo dúvidas. O que se pretende descobrir é: apresentado determinado contexto fático, como a questão jurídica deve ser aplicada, se ela tiver que ser aplicada?¹⁹

Assim, o objeto das demandas e os seus pedidos não precisam ser idênticos. Também não o precisa ser sua causa de pedir. Logo, percebe-se que não é necessária a “efetiva repetição de processos”, uma vez que ações podem ser completamente distintas e as relações jurídicas nelas discutidas também podem ser diferentes. O que precisa ser comum entre elas para habilitá-las à instauração do IRDR é a “mesma questão unicamente de direito”, ou seja, a mesma questão

19 É nesse sentido o posicionamento de Marinoni (2015, p. 2082-2083): “a utilização do incidente de resolução de demandas repetitivas está condicionada à inexistência de discussão sobre fatos. As questões (pontos controvertidos) devem versar unicamente sobre uma tese jurídica. Isso não significa, porém, que os fatos sejam irrelevantes. Significa apenas que eles são incontroversos. Na realidade, a definição da tese jurídica, bem como sua extensão a casos semelhantes, depende diretamente da correta identificação e análise dos fatos subjacentes à discussão de direito”.

jurídica. “O relevante, nesse contexto, é a presença de controvérsia sobre ponto de direito que se repita em vários processos.” (TEMER, 2016, p. 63).

Nesse sentido:

[...] pode-se estar diante de um tema que não ensejaria o ajuizamento de uma ação específica, mas que deva ser resolvido, incidentalmente, em um grande número de ações judiciais. É inegável, de todo modo, que, nos casos de conflitos sobre direitos coletivos, muito provavelmente poderá haver justificativa para a admissão de recurso ou incidente de casos repetitivos, e, embora possa parecer paradoxal, medidas dessa natureza terão ainda maior serventia naqueles casos em que, por restrições legais ou da própria natureza do procedimento, uma ação coletiva não for admissível ou, se admissível, não solver satisfatoriamente as questões repetitivas. (MEDINA, 2016, p. 1327).

Alguns autores, como Marcos de Araújo Cavalcanti, ainda acrescentam mais um pressuposto de admissibilidade do IRDR, que é a pendência de, ao menos, um processo repetitivo no tribunal competente. (CAVALCANTI, 2016, p. 225).

O argumento mais forte dessa linha de raciocínio é que, se tal exigência não existisse, o NCPC estaria atribuindo ao tribunal uma competência originária para o seu processamento, incorrendo em flagrante inconstitucionalidade, com fulcro, especialmente, na redação do parágrafo único do art. 978, do NCPC.

Tais razões não se coadunam com o nosso entendimento, sendo que o próprio caráter objetivo do incidente afasta a alegação de que não há competência definida constitucionalmente para tanto.

Com efeito, não há previsão na Constituição Federal da competência dos tribunais para julgamento de processos em razão de IRDR. Porém, o que o Código de Processo Civil propõe não é que os tribunais julguem tais demandas, mas sim que eles fixem o entendimento a ser seguido por seus órgãos e por todos os magistrados a eles vinculados.

Igualmente, nem se diga que o Código de Processo Civil não poderia ter criado a competência para a criação da tese para os tribunais. Afinal, o dever de uniformizar seus julgados é resultado de uma interpretação sistemática de todo o texto constitucional, mormente quando a Constituição Federal garante a todos o direito à segurança jurídica, o que, inclusive, já foi objeto de breve análise neste trabalho.

Sofia Temer tem a mesma opinião sobre o assunto, segundo os argumentos que seguem:

Com efeito, parece pode ser possível extrair a competência para julgamento do IRDR de nosso sistema jurídico, como uma *competência implícita* dos tribunais, enquanto órgãos ordenados em nível superior aos juízos de primeiro grau, como o poder de revisão em relação às decisões inferiores (competência prevista, para os tribunais federais, no art. 108, II, da CRFB). Esta competência implícita estaria justificada constitucionalmente pela exigência de manter coerência e unidade na interpretação e aplicação do direito, e nos direitos fundamentais de isonomia e de segurança jurídica. Se os tribunais podem reformar as decisões dos juízos de primeiro grau, não poderiam definir, em antecipação, qual o entendimento sobre a questão de direito que será, ao final, adotado? Talvez seja possível extrair essa competência do desenho constitucional de nosso sistema judicial. (TEMER, 2016, p. 113-114).

Diante disso, entendemos que a pendência de “processo repetitivo” no tribunal competente não constitui pressuposto de admissibilidade do IRDR.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, será possível a formulação do pedido de instauração do incidente, por parte do juiz ou relator, das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, e ele será dirigido ao presidente do tribunal²⁰. O juiz e o relator farão seus pedidos por ofício; os demais legitimados, por petição, ambos instruídos com documentos comprobatórios dos pressupostos de admissibilidade²¹.

Tais documentos comprobatórios são, principalmente, as cópias de todos os feitos referentes à questão jurídica, a provar o pressuposto de admissibilidade da existência da efetiva repetição de processos.

Cumpra anotar que o IDRDR apenas poderá ser instaurado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal, nunca ante tribunal superior. Afinal, os tribunais superiores possuem instrumento próprio para tratar de questões jurídicas repetitivas, que é a sistemática dos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

No Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal, será o regimento interno de cada um deles que irá indicar o órgão competente, dentre os responsáveis pela uniformização de ju-

20 Sobre a razão de ser da possibilidade de instauração do incidente pelo próprio magistrado e pelo Ministério Público: “É justamente a presença de um relevante e superior interesse público, no sentido de uniformizar e, ao mesmo tempo, consolidar a jurisprudência, que confere a possibilidade de instauração de ofício do IDRDR. Daí, também, a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, de modo que as Procuradorias de Justiça atuantes nos tribunais de segunda instância deverão, necessariamente, proferir parecer em todos os incidentes, antes de seu julgamento, tal como determina o art. 976, §2º, do CNPC, o qual prevê, ainda, que o *parquet* deverá, de modo obrigatório, assumir a titularidade do IDRDR, em caso de desistência ou abandono”. (OLIVEIRA, 2015, p. 111).

21 Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

- I - pelo juiz ou relator, por ofício;
- II - pelas partes, por petição;
- III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. (BRASIL, 2015).

risprudência, que irá julgar o incidente e fixar a tese jurídica²². Será ele quem irá realizar o juízo de admissibilidade, analisando a presença, ou não, dos respectivos pressupostos, após a distribuição do incidente²³.

O parágrafo único, do art. 978, do NCPC, que dá ao regimento interno a incumbência de indicar o órgão competente para julgar o incidente, vem gerando muita discussão acerca da necessidade de haver uma causa pendente no tribunal para que o IRDR seja admitido.

O texto legal estabelece que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.” (BRASIL, 2015).

Não entendemos, todavia, ser pertinente a discussão. Até mesmo porque:

Embora seja controvertido se é exigível que exista causa pendente de análise perante o tribunal para admitir o IDRD, isso não deve ser colocado como requisito para o incidente. Isso porque o código diz que qualquer ‘juiz ou relator’ pode provocar o incidente (art. 977, I, CPC) e porque, embora o art. 975, parágrafo único, pudesse indicar solução diferente, o preceito que exigia essa condição (inserido no Substitutivo 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados) foi suprimido na versão final do código. Assim, não se exige que exista causa pendente de análise pelo tribunal para admitir o IRDR, bastando que haja multiplicação de demandas com a mesma questão exclusivamente de direito em trâmite

22 Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. (BRASIL, 2015).

23 Art. 981. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976. (BRASIL, 2015).

pelo Judiciário brasileiro, com risco para a isonomia e para a segurança jurídica. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 1036).

Assim, atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, entendemos ser absolutamente irrelevante a presença de causa pendente no tribunal, até porque, muito provavelmente, ela existirá, tirando da discussão qualquer utilidade prática.

O IRDR será julgado dentro de um ano, tendo preferência sobre os demais processos, ressalvados os casos de réu preso e de *habeas corpus*. Após o decurso do prazo legal, e na ausência de decisão fundamentada do relator para prorrogá-lo, cessa a determinação da suspensão dos processos²⁴.

A respeito de qual seria o termo inicial para a contagem do prazo de um ano, Marcos de Araújo Cavalcanti registra:

Parece que a melhor saída é estabelecer como termo inicial do prazo o dia em que a decisão de admissibilidade (ou a decisão do STF ou do STJ que determina a suspensão de todos os processos em território nacional) foi publicada na imprensa oficial. (CAVALCANTI, 2016, p. 287).

O posicionamento respeita a boa-fé objetiva, bem como permite o exercício do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a acatamos.

Quanto ao juízo de admissibilidade, o órgão julgador deverá delimitar o objeto do incidente, mesmo que ele venha a ser

²⁴ Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário. (BRASIL, 2015).

alterado posteriormente. Tal definição é imprescindível para que a comunidade se prepare para o debate que se seguirá quando da instrução, de modo que ela possa se preparar para apresentar seus argumentos.

Sobre a importância da delimitação e da publicidade do objeto do IRDR, é mais do que oportuna a análise seguinte:

[...] entendemos que a correta identificação e consequente divulgação do tema objeto do incidente têm especial relevância, já que a precisa identificação da causa de pedir nas demandas repetitivas, além da função de viabilizar a dedução da pertinência do pedido, é o que permite analisar se há efetivamente uma questão de direito controvertida seriada, podendo (ou não) se instaurar o incidente. (MENDES; TEMER, 2016, p. 335).

Assim, a correta delimitação do objeto do IRDR e a sua ampla publicidade são elementares na garantia do contraditório. Afinal, isso permitirá a correta suspensão de processos, além da oportunidade que terão as partes de requerer a suspensão de processos que deveriam ter sido suspensos e não foram, e de pedir a distinção do seu caso para com aquele objeto do incidente, para evitar suspensões indevidas.

À instauração do incidente será dada a maior publicidade possível, mediante registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. O órgão manterá cadastro em que deverão ser armazenadas todas as informações sobre a questão de direito objeto do incidente. No cadastro, ainda deve ser mantido registro das teses, com todos os fundamentos da decisão e os dispositivos normativos pertinentes, além de todos os julgamentos de recursos repetitivos e de repercussão geral (em sede de recurso extraordinário)²⁵.

25 Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Sobre a publicidade do incidente, Bruno Dantas (2015, p. 2187) entende que o seu desatendimento acarreta a nulidade do acórdão julgador do incidente e fixador da tese, entendimento este que reforça, ainda mais, o caráter democrático do IRDR.

O órgão colegiado do tribunal incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica tem competência para o julgamento de eventuais recursos, remessa necessária e até mesmo do processo de competência originária do qual decorreu o incidente²⁶.

Caso o incidente não seja admitido por falta de pressuposto de admissibilidade, nada impede que, quando presente, o IRDR seja novamente suscitado²⁷.

No IRDR, não será exigido o pagamento das custas processuais²⁸. Como explica Bruno Dantas (2015, p. 2183), a razão de ser desta norma é que “este pagamento será exigido em cada um dos processos individuais”.

Na hipótese de um dos tribunais superiores já ter afetado

§ 1º-Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º-Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º-Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. (BRASIL, 2015).

26 Art. 978 - Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. (BRASIL, 2015).

27 Art. 976 - § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. (BRASIL, 2015).

28 Art. 976, § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. (BRASIL, 2015).

recurso para a definição de tese sobre a mesma questão, não caberá a instauração de IRDR²⁹.

Sobre o dispositivo legal correspondente, é oportuna a observação realizada por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer:

A norma visa evitar a instauração desnecessária do incidente e decorre tanto da superioridade hierárquica das decisões dos tribunais de uniformização, como do reconhecimento de que o incidente faz parte de um microsistema processual de resolução de causas repetitivas (art. 928 do CPC e enunciado nº 345 do FPPC), devendo ser mantida a coerência desse sistema, primando-se também pela economia processual. (MENDES; TEMER, 2016, p. 322-323).

Terminado o juízo de admissibilidade do incidente, o relator é o responsável por determinar a suspensão de todos os processos pendentes que estiverem tramitando sob a jurisdição do tribunal³⁰.

Entendemos que todas as partes que tiverem seus respectivos processos suspensos por tal determinação têm o direito subjetivo de ser intimadas dela, tanto a fim de permitir sua participação na futura instrução do incidente quanto de possibilitar que elas façam eventual pedido de distinção, também conhecido como *distinguishing*³¹.

29 Art. 976, § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. (BRASIL, 2015).

30 Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso. (BRASIL, 2015).

31 Nesse sentido: 'A intimação tem duas importantes funções: a) possibilita a atuação da parte para comprovar a distinção de seu caso; b) dá efetivo conhecimento à parte acerca

O *distinguishing* nada mais é que a técnica que pode ser utilizada pelo magistrado ou pelo litigante para afastar a incidência de determinado precedente ao caso concreto. Tal afastamento apenas é possível pela demonstração de que o caso em análise não possui o mesmo substrato fático do que o pressuposto ao precedente.

Ravi Peixoto, com clareza, define a distinção como:

A técnica da distinção é basicamente uma forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos ao ponto de se afastar a aplicação de precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado. Quando um dos sujeitos processuais argumenta com base em um precedente, que, de acordo com ele, aplica-se ao caso concreto, deverá demonstrar a similitude fática dos casos. À parte contrária, por sua vez, caso discorde, deverá demonstrar que existem fatos relevantes que impedem a sua aplicação. (PEIXOTO, 2016, p. 187).

A necessidade de intimação que se defende esbarra no contraditório, que, desta forma, fica garantido. Efetivado, garante-se, igualmente, a segurança jurídica e o acesso a uma ordem jurídica justa. É a leitura que propomos no intuito de revisitar o direito ao contraditório, a fim de que não se negue o direito ao devido processo legal.

A suspensão, a seu turno, deve ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes, sendo que, nesse ínterim, o pedido de tutela de urgência será endereçado ao juízo no qual se encontrar o processo suspenso³².

da discussão do IRDR e faculta a sua participação no âmbito do incidente”. (TEMER, 2016, p. 122).

32 Art. 982 - § 1^a A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

§ 2^o Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. (BRASIL, 2015).

Entendemos, ainda, que a melhor interpretação para a “suspensão do processo” diga respeito apenas à questão jurídica repetitiva. Por conseguinte, na hipótese de ser possível dissociá-la das demais matérias submetidas a juízo, o feito deve prosseguir em relação a elas, mantendo-se a suspensão do processo somente em relação à questão jurídica objeto do IRDR.

A inadmissão de tal alternativa contrariaria frontalmente a segurança jurídica que tanto se busca garantir com o uso do IRDR.

É do mesmo entendimento o enunciado 205, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que dispõe:

Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e § 3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas. (ENUNCIADOS, 2016).

O prosseguimento do processo em relação às questões alheias àquela repetitiva é medida que se impõe, igualmente, em razão de não haver óbice legal para tanto, bem como ser forma de garantir uma razoável duração do processo:

Como o incidente não terá como objeto matérias de fato ou de direito não repetitivas, a tramitação do processo poderá ocorrer para possibilitar a realização de instrução probatória, por exemplo, e para elucidação dos outros temas controvertidos naquela demanda específica. A suspensão de todo o processo acarretaria na indevida demora na resolução de questões que nada se referem à matéria jurídica debatida no procedimento incidental, o que acabaria por resultar em negação ao direito à razoável duração do processo. (MENDÊS; TEMER, 2016, p. 341).

Cumprе salientar que a suspensão dos processos é imperativa, não tendo as partes a opção de suspendê-lo ou nele

prosseguir, ressalvada, é claro, a hipótese de distinção³³.

Ainda que haja desistência ou abandono do processo, não haverá óbice à análise do mérito, salientando-se que esses casos são hipóteses de intervenção obrigatória do Ministério Público, que deverá assumir a titularidade do incidente³⁴.

Note-se que tal previsão legal apenas corrobora o entendimento aqui defendido segundo o qual o IRDR tem natureza eminentemente objetiva, de acordo com observação feita por Sofia Temer (2016, p. 78). A autora ainda segue o raciocínio afirmando que:

O prosseguimento do IRDR mesmo em caso de desistência do processo que lhe serviu como substrato demonstra que no momento da instauração o incidente ‘descola-se’ do processo originário, ocorrendo a dessubjetivação necessária para fixação da tese jurídica. (TEMER, 2016, p. 78-79).

Tanto o Ministério Público quanto as próprias partes têm legitimidade para apresentar requerimento perante o tribunal competente para o conhecimento de recursos extraordinário e especial a fim de que ele suspenda todos os processos relativos à questão em curso no país³⁵.

33 “[...] mesmo diante da ausência de previsão legal expressa (retirada na versão final do CPC), após a decisão de admissibilidade do incidente, o interessado poderá requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso em relação à questão de direito debatida.” (MENDES; TEMER, 2016, p. 337).

34 Art. 976. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. (BRASIL, 2015).

35 Art. 982. § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. (BRASIL, 2015).

Tal requerimento se afigura cabível se houver, em todo o território nacional, processos contendo a mesma questão de direito, de forma que haja um interesse nacional para a sua solução.

Suspensos todos os processos, o relator poderá, caso entenda necessário, requisitar informações aos juízos em que tramitarem processos em que se discuta a questão controvertida. Os juízos têm o dever legal de prestar as informações no prazo legal de quinze dias³⁶.

A suspensão dos processos apenas cessa no caso de não interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário contra a decisão prolatada no incidente³⁷. Significa dizer que os processos do território do tribunal apenas permanecerão suspensos caso seja interposto recurso especial ou extraordinário da referida decisão. Essa interposição assegura, outrossim, que a tese jurídica firmada será aplicável a todos os processos do país.

No prazo comum de quinze dias, o relator ouvirá as partes e todos os demais interessados no deslinde do feito, que poderão requerer a juntada de documentos e as diligências que entenderem pertinentes. Após tal providência, o Ministério Público será ouvido, no mesmo prazo. Ainda, é possível, em sede do IRDR, a designação de audiência pública a fim de que sejam ouvidas pessoas que, segundo o NCPD, tenham experiência e conhecimento da questão³⁸.

36 Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias. (BRASIL, 2015).

37 Art. 982 - § 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente. (BRASIL, 2015).

38 Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a

A audiência pública propicia um amplo debate acerca de todos os pontos importantes que deverão ser enfrentados na solução da questão. É campo fértil à troca de ideias, com o intuito de participar na formação do convencimento dos magistrados que julgarão o IRDR.

Já se afirmou a necessidade de releitura das garantias processuais constitucionais neste novo procedimento, pois, se ele negá-las, estará negando sua própria legitimidade social, seus próprios fundamentos constitucionais.

Finda a instrução, o relator fará solicitação de dia para julgamento, em que ele exporá a questão. Posteriormente, será permitido às partes do processo originário, ao Ministério Público e a todos os demais interessados previamente inscritos, sustentar suas razões³⁹.

Findo o julgamento, passado o prazo destinado à interposição de recursos, a decisão que fixa a tese se estabiliza.

Caberá recurso especial ou recurso extraordinário, a depender do caso, do julgamento de mérito do incidente, aos quais a lei atribui efeito suspensivo⁴⁰. Mas é claro que

elucidação da questão de direito controversa, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. (BRASIL, 2015).

39 Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência. (BRASIL, 2015).

40 Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão

se deve observar que “contra a decisão que julga o mérito do incidente cabe recurso extraordinário ou especial, *desde que* presentes as condições previstas nos arts. 102, III, e 105, III, respectivamente.” (MEDINA, 2016, p. 1423).

Assim, apenas após a estabilização da decisão é que a tese fixada terá aplicabilidade.

Há polêmica instaurada na doutrina acerca da constitucionalidade do art. 987 do NCPC. Muitos estudiosos defendem que, nos termos do art. 102, inciso III, e art. 105, inciso III, ambos da Constituição Federal, o dispositivo padece de inconstitucionalidade, pois apenas são cabíveis recursos extraordinário e especial contra *causas decididas*⁴¹. E como no IRDR não há *causa decidida*, haja vista que sua função precípua é fixar tese jurídica, e que o tribunal não decide uma lide propriamente dita, não caberiam tais recursos do seu julgamento.

Pensamos, com respeito ao entendimento diverso, que a realidade atual do *processo* impede que se afaste o cabimento de tais recursos contra as decisões que julgam o incidente.

Apesar de não haver direitos subjetivos submetidos a julgamento, muito menos uma lide no sentido clássico, e o IRDR se tratar, como já salientamos, de incidente processual, a realidade fática do enfrentamento da litigiosidade repetitiva nos obriga a revisitar os conceitos de ação e de processo.

constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. (BRASIL, 2015).

⁴¹ Dentre os estudiosos que defendem a inconstitucionalidade do art. 987, do NCPC, está Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 395-397).

O papel principal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são, respectivamente, a guarda da Constituição e da lei federal, de modo que os recursos extraordinário e especial se preocupam com a garantia de tais fins. É certo que o IRDR, apesar de ser incidente processual, resolve questão jurídica comum a todos aqueles subordinados ao âmbito territorial dos tribunais, notadamente a fim de uniformizar a aplicação do direito. Diante dessas funções, garantidas constitucionalmente, por que negar uma interpretação extensiva à expressão *causa decidida*? Os tribunais superiores não têm papel exclusivamente jurisdicional, mas também de uniformização de entendimento sobre a aplicação das leis federais e do texto constitucional.

É certo que a interpretação gramatical das leis é importante, mas mais importante que ela é a interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Não se pode perder de vista, ainda, que o fundamento legitimador do IRDR é o acesso à Justiça (cujo conceito é amplíssimo, incluindo todas as garantias processuais constitucionais). Assim, a interpretação restritiva da expressão *causa decidida* levaria à inegável denegação de tal direito, em absoluta ignorância dos benefícios que tal instrumento processual pode trazer à sociedade.

A interpretação que exclui o cabimento de recursos especial e extraordinário da decisão que julga o IRDR significaria fazer uma leitura do texto constitucional que excluiria várias de suas garantias. E tal interpretação não pode prevalecer, tendo em vista o princípio da unidade da Constituição⁴². In-

42 A respeito do princípio da unidade da Constituição, Marcelo Novelino afirma que: “o princípio da unidade consiste em uma especificação da interpretação sistemática. O fundamento para que uma norma não seja analisada isoladamente, mas em conjunto com as demais normas integrantes do sistema no qual está inserida, decorre da conexão e interdependência entre os elementos da Constituição. As normas constitucionais devem ser consideradas como preceitos integrados em um sistema interno unitário de regras e princípios. No caso de Constituições democráticas e compromissórias, a pluralidade de concepções, o

clusive, se assim não fosse, o NCPC não conteria ulteriores disposições a respeito do tema que viabilizassem e otimizassem o cabimento dos recursos contra a decisão que julga o IRDR (§§ 1º e 2º, ambos do art. 987).

Leciona Sofia Temer:

O cabimento dos recursos especial e extraordinário é absolutamente relevante, por permitir a reavaliação da tese fixada pela corte superior e, assim, para viabilizar a uniformização em nível nacional, ampliando a esfera de aplicação da tese, antes restrita ao âmbito do tribunal em que fixada. (TEMER, 2016, p. 236).

Pelo exposto, então, pensamos que o IRDR pode ser interpretado como *causa decidida* para fins da aplicação do art. 102, inciso III, e art. 105, inciso III, da Constituição Federal, viabilizando a interposição dos recursos especial e extraordinário.

Entendemos que poderão recorrer do julgamento do incidente todos aqueles que, de qualquer forma, intervieram ou foram afetados pela decisão, tais como os *amici curiae* e as partes que tiveram seus processos suspensos em razão do trâmite do incidente.

Repise-se que a legitimidade democrática da tese fixada no âmbito do IRDR repousa na ampla possibilidade de participação na fase instrutória do incidente, de modo que as questões que, porventura, não forem objeto de ampla discussão, não deverão ser parte da tese⁴³.

pluralismo e o antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador tornam imprescindível a busca pela unidade por meio da interpretação". (NOVELINO, 2014, p. 178).

43 Dada a relevância do assunto, Sofia Temer até mesmo fala em “regra da correlação entre a decisão de afetação, em que há a fixação definitiva do objeto do incidente, e a decisão final de mérito, que resolve a controvérsia e fixa a tese”, a fim de preservar as garantias do contraditório e do devido processo legal. (TEMER, 2016, p. 214).

A estabilidade da decisão significa que, salvo se houver motivos ensejadores da sua superação ou revisão, a tese jurídica fixada permanecerá a mesma. A superveniência de tais razões, porém, se a fizerem inadequada e não mais correspondente à realidade social, provocam sua mudança.

Contudo, o Código de Processo Civil não estabeleceu qual é o procedimento a ser adotado no caso de revisão de tese firmada em sede de IRDR, bem como não foi expresso quanto a quais efeitos temporais devem ser atribuídos à mudança de entendimento.

O acórdão fixador da tese jurídica deverá apreciar todos os fundamentos e argumentos levantados, dele cabendo recurso especial ou extraordinário, que terá efeito suspensivo. A repercussão geral, requisito obrigatório para a interposição deste, se presume, dada a inegável relevância pública da tese, não sendo necessária a sua demonstração.

A tese terá aplicação em todos os processos relativos à idêntica questão de direito das ações que tramitarem nos limites da área de jurisdição do respectivo tribunal e aos casos futuros em que se discuta tal questão⁴⁴.

Muito se discute na doutrina sobre eventual inconstitucionalidade do art. 985, inciso I, do NCP. Argumenta-se que:

[...] os tribunais locais e regionais não possuem competência recursal sobre os juizados especiais de seu território, por força do arranjo de competências fixado na Constituição Fe-

⁴⁴ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. (BRASIL, 2015).

deral. Assim, não pode uma norma infraconstitucional desrespeitar o desenho de competências da Carta Magna, estendendo os braços jurisdicionais das cortes locais e regionais sobre os juizados especiais. (CAVALCANTI, 2016, p. 391).

Não se está discutindo, contudo, a competência recursal dos tribunais, que, de fato, não julgam os recursos interpostos nos juizados especiais. Ainda, é cediço que os juizados estão constitucionalmente sujeitos às turmas recursais. No entanto, não se pode descurar de que o IRDR não é recurso, tampouco representa invasão indevida à autonomia dos juízes submetidos ao microsistema dos juizados especiais.

O que o NCPC estabelece é, apenas, que a tese jurídica fruído do incidente será aplicada aos processos que contenham a questão de direito controvertida e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, mesmo que eles estejam sujeitos ao procedimento sumaríssimo. O escopo do IRDR, assim, é pacificar determinado entendimento e uniformizar a sua aplicação em certa área territorial, independentemente do rito procedimental adotado. E não pensamos que isso seja sinônimo de violação às competências constitucionalmente estabelecidas para os tribunais, muito menos de quebra da hierarquia entre estes e magistrados.

Na sequência, será mais bem analisado o fato de os juízes servirem a um sistema único de distribuição de justiça, devendo adotar a postura do seu respectivo tribunal, para garantir os ideais de coerência, de unidade e de confiabilidade do Poder Judiciário como instituição. Nesse sentido, os juízes dos juizados especiais – não se pode esquecer – são juízes de direito e pertencem aos quadros da magistratura estadual, não havendo qualquer problema em vinculá-los aos posicionamentos dos tribunais de justiça correlatos. Sofia Temer (2016, p. 118) aponta que “os juizados não estão pro-

priamente no âmbito de circunscrição dos tribunais, para fins jurisdicionais”, mas somente para fins jurisdicionais.

A corroborar este posicionamento, tem-se que:

[...] não se admite a interposição de recurso especial contra decisões oriundas do sistema dos juizados especiais (arts. 98 e 105 da CRFB e súmula 203 do STJ). Assim, corre-se o risco de criar uma ‘bolha’ para os processos dos juizados, especialmente estaduais, que não poderão atingir uniformização nacional. (TEMER, 2016, p. 118).

Finalmente, é importante ter em mente, ainda sobre os riscos da opinião diversa, que:

Não é aconselhável, sob a perspectiva do sistema jurídico e da integridade do ordenamento, desenhar esferas impermeáveis no que se refere aos juizados e aos demais processos. Com efeito, há hipóteses de interseção de competências, o que pode gerar a situação de a parte poder escolher um determinado entendimento, já que a ela compete, em alguns casos, a opção pelo procedimento abreviado. (TEMER, 2016, p. 118).

Pelo exposto, e por entender que este posicionamento é o único caminho que se coaduna com os fins buscados pelo IRDR, pensamos ser o art. 985, inciso I, do NCPC, perfeitamente constitucional.

Na hipótese de haver processo em que se pretenda algo em desconformidade com entendimento fixada no IRDR, o juiz deverá reconhecer a improcedência liminar do pedido. Ainda, caso seja violada a tese fixada em sede de IRDR, caberá reclamação.

Tais pontos, que perpetuam a aplicabilidade do entendimento fixado, são duramente criticados pela doutrina, por,

segundo seus argumentos, contribuir para um “engessamento” do Direito e impedir a sua evolução natural.

Porém, vale ressaltar, nesse ponto, a pertinente observação de Luiz Guilherme Marinoni:

Não há como admitir decisões diferentes para casos semelhantes, a menos que se imagine que os juízes e tribunais não fazem parte de um só sistema e Poder. Contudo, compreendendo-se que os juízes e tribunais são organismos que servem a um Poder e ao sistema de distribuição de justiça, pouco importam as suas ‘opiniões’. (MARINONI, 2015, p. 2073).

Trata-se da ideia de que os juízes não devem prestação de contas à sua própria consciência, mas sim aos tribunais aos quais estão vinculados. Afinal, como dito por Luiz Guilherme Marinoni, com acerto, eles servem a um único Poder, dentro de um sistema único de distribuição de justiça, de modo que o juiz deve proferir decisões em razão do órgão ao qual serve, e não em decorrência dos seus posicionamentos pessoais. Tem-se, assim, que *o juiz é a boca da lei* (em sentido amplo, claro), e não de si mesmo.

Não se está afirmando que não é dado aos magistrados ter opinião própria sobre as questões objeto de julgamento. O que se está defendendo é que não é dado a eles concretizá-las no exercício do poder jurisdicional quando contrárias ao entendimento do tribunal. Quando do exercício de tal poder, eles devem se limitar à adoção da postura do seu respectivo tribunal, de modo a garantir a coerência, a unidade e a confiabilidade do Poder Judiciário enquanto instituição.

Nesse diapasão, o mencionado jurista conclui que:

Por esse motivo, juízes e tribunais estão subordinados ao sistema e ao Poder a que servem. Não podem afrontar as decisões das Cortes Supremas. Trata-se de enfatizar o aspecto *institucional* das decisões judiciais, deixando-se de lado o equívoco de que elas representam a liberdade de o juiz julgar, que estaria submetida apenas à lei. Aliás, exatamente porque a lei é equívoca é que o juiz está submetido à norma jurídica que dela a Corte Suprema extrai ao interpretar. (MARINONI, 2015, p. 2073).

Não há óbice, porém, a que o magistrado tenha opinião própria e a salvaguarde no julgamento da questão, conforme já entendeu o Fórum de Processualistas Cíveis, no enunciado 172, ao dispor que “a decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”⁴⁵.

O posicionamento pessoal do juiz, desta forma, ganha espaço para ser expresso e integrar suas decisões, sem que, contudo, produza efeitos nos processos em que for ressaltado.

4. Diretrizes hermenêuticas destinadas à interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas

O Livro III do NCPC traz, no Título I que trata da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais, um capítulo destinado a estabelecer disposições gerais.

O estudo do tema é essencial à boa aplicação do sistema de precedentes instituído no novo código, a fim de que os direitos fundamentais dos jurisdicionados sejam integralmente preservados⁴⁶.

⁴⁵ Tal técnica de utilização de precedentes é também denominada *disapprove precedente*. (PEIXOTO, 2016, p. 190).

⁴⁶ A corroborar tal importância: “A utilização dos precedentes deve ser feita de forma responsável, sob pena de estabelecer-se uma solução ainda mais caótica para a insegurança das decisões brasileiras”. (PEIXOTO, 2016, p. 125).

O art. 926, em seu *caput*, enuncia que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

O Código, é claro, não precisaria conter disposição similar, tendo em vista que, mesmo antes dela, os tribunais já tinham esse dever⁴⁷.

Afinal, é inconcebível a ideia de que diferentes câmaras ou turmas, dentro de um mesmo tribunal, apliquem teses diversas diante de uma mesma situação jurídica, por exemplo. E o que é mais preocupante é que, em muitos casos, os colegiados não justificam seu posicionamento, mudando de opinião, muitas vezes, entre um caso e outro, sem dar quaisquer explicações. O repulsivo quadro de insegurança jurídica que esse tipo de situação revela, com certeza, foi o que levou o legislador a inserir um dispositivo como este no NCPC.

A estabilidade almejada pelo legislador é relativa à solidez, firmeza e constância com as quais o tribunal deve agir a respeito de determinado tema. É característica do que é estável, o julgamento de casos iguais de forma igual. O adjetivo escolhido pelo legislador evidencia o desprezo à verdadeira “loteria judicial” instalada no sistema jurídico pátrio atual, em que não há como saber, seguramente, qual será o desfecho de determinada questão quando submetida à apreciação judicial.

Sobre a estabilidade dos julgamentos dos tribunais, José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 146) aponta que “[...] ao preservar a estabilidade, orientando-se pelo precedente judicial em situações sucessivas assemelhadas, os tribunais contribuem, a um só tempo, para a certeza do direito e para a proteção da confiança na escolha do caminho trilhado pela decisão judicial”.

47 “O art. 926 insere uma regra, de cunho pedagógico, totalmente desnecessária e inócua: ‘Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente’. É o mínimo que se espera!” (TUCCI, 2015, p. 149).

A integridade, a seu turno, é qualidade daquilo que é honesto e que não se permite corromper. Diz respeito à integridade dos julgamentos, que deverão ser fiéis aos entendimentos adotados como prevalentes naquele tribunal. Neste sentido de integridade está o §1º, do art. 926, do NCPC, quando estabelece que os tribunais editarão enunciados de súmulas correspondentes à sua jurisprudência dominante⁴⁸.

Por fim, a coerência a que se refere a lei é a racionalidade com que devem se apresentar os entendimentos esposados pelo tribunal. Tal interpretação também foi prevista no próprio NCPC, ao prever, no §2º, do art. 926, que, na fixação de um entendimento, o colegiado deverá se ater às circunstâncias de fato dos precedentes que levaram à sua criação⁴⁹.

Ainda sobre o art. 926 do NCPC, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero anotam que:

O art. 926, CPC, institui claramente o que a doutrina chama de *stare decisis* horizontal. Ao dizer expressamente que há dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro – o que implica torná-lo cognoscível, estável e confiável – o legislador obviamente determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes, além de ter determinado aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Isso porque a primeira condição para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais é o respeito por parte das Cortes Supremas aos

48 § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. (BRASIL, 2015).

49 § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL, 2015).

seus próprios precedentes. Do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita. Verificado o respeito aos próprios precedentes, é possível exigir o respeito dos outros. E é exatamente por essa razão que logo na sequência o legislador instituiu o chamado *stare decisis* vertical (art. 927, CPC): isto é, a necessidade de que o Poder Judiciário seja visto como uma unidade, isto é, tendo apenas uma única face para a pessoa que espera justiça. A necessidade de *stare decisis* horizontal decorre do princípio da segurança jurídica, notadamente da necessidade de estabilidade do sistema jurídico. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 990).

Apesar de pensarmos que o dispositivo *não institui o stare decisis no ordenamento jurídico brasileiro*, mas apenas introduz nele uma figura estrangeira que pode ajudar com o nosso problema de falta de certeza nas relações jurídicas, concordamos com o restante das proposições. Afinal, a ideia que o texto legal transmite é justamente o comando imperativo ao Poder Judiciário de respeitar seus precedentes, a fim de conferir maior confiabilidade a todo o sistema jurídico.

O art. 927 desse diploma legal faz uma verdadeira lista de precedentes, ou seja, de pronunciamentos dos tribunais a que eles próprios e os juízes de primeiro grau devem obedecer. Tais pronunciamentos vinculantes também são usualmente denominados de *precedentes*.

Sobre a introdução de no código de figuras estranhas ao direito brasileiro, como os precedentes, José Miguel Garcia Medina, discorrendo sobre as bases de um sistema *precedentalista*, defende que:

[...] embora não faça sentido a ideia de se ‘transformar’ o direito brasileiro em *common law*, nada impede que mecanismos que estimulem os juízes a se orientarem por pre-

cedentes já firmados sejam, em sistemas como o brasileiro, *criados pela lei*. Evidentemente, o precedente não pode valer mais do que a lei, o mesmo se devendo dizer das súmulas. (MEDINA, 2016, p. 1302).

Trata-se de um olhar maduro sobre a questão, uma vez que não nos parece que se queira mudar radicalmente o nosso sistema jurídico com a introdução dos precedentes no código.

Não se pode, apenas, se descuidar dos seus reflexos, ainda mais tendo em vista a grande resistência que muitos magistrados têm para se orientar de acordo com os entendimentos consolidados pelos tribunais superiores.

Sobre isso, é importante, uma vez mais, colacionar ao trabalho o olhar atento de José Miguel Garcia Medina:

[...] um modelo precedencialista depende, sobretudo, da mudança de atitude dos juízes, menos no sentido de *se dever obediência* ao precedente (embora isso também seja relevante), mas, especialmente, no sentido de *se produzir julgados modelares*, que sirvam de referência, que gerem confiança nos cidadãos. Esse é o ponto de partida: decisões judiciais bem fundamentadas. De certo modo, isso exige um compromisso *político* dos juízes. Essa preocupação deve revelar-se não apenas em relação a precedentes, mas, também, quanto a outros pronunciamentos dos quais se pretende obter algum caráter vinculante. (MEDINA, 2016, p. 1303).

A correta aplicação dos precedentes não se esgota na previsão do instituto no Código. Ela dependerá, ainda, de uma mudança cultural no meio jurídico, de modo que todos os operadores do Direito aprendam a lidar com ele para se beneficiar dos resultados. Afinal, se bem aplicados, eles certamente trarão maiores segurança jurídica e acesso à Justiça.

Assim, os precedentes são (1) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (2) os enunciados de súmulas vinculantes; (3) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (4) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e, por fim, (5) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Percebe-se que o que o Código fez foi nortear a conduta que os magistrados devem adotar quando se depararem com questões já enfrentadas e resolvidas pelos respectivos tribunais (sejam eles os superiores ou aqueles aos quais estão vinculados), introduzindo no Direito Brasileiro a figura forte do precedente, com o sentido a ele atribuído nos sistemas de *common law*⁵⁰.

Percebe-se, ainda, que o NCPC definiu que os acórdãos prolatados em incidentes de resolução de demandas repetitivas foram elencados como precedentes de observância obrigatória aos magistrados vinculados aos tribunais que os preferirem, não sendo obrigatórios aos demais juízes⁵¹.

Assim, as disposições gerais acerca da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais são verdadeiras diretrizes hermenêuticas que se aplicam integralmente ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

50 Sobre a introdução de elementos típicos do *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que “se a divisão estanque entre o *common law* e o *civil law* foi perceptível em algum momento do passado, atualmente não o é mais”. (PEIXOTO, 2016, p. 120).

51 Nesse sentido, atente-se para o fato de “uma decisão em incidente de resolução de demandas repetitivas do Tribunal de Justiça de Pernambuco será vinculante para o respectivo tribunal e para os juízes do estado, mas será persuasiva para os demais tribunais do país” (PEIXOTO, 2016, p. 133).

Nas palavras de Ravi Peixoto (2016, p. 146), “o regime geral de precedentes judiciais é normatizado pelos artigos 926, 927 e 928 do CPC/2015”. Afinal, como a decisão produto de IRDR foi elencada como precedente pelo Código de Processo Civil, tais dispositivos legais integram, de forma obrigatória, o estudo do incidente.

Anote-se, contudo, que o fato de a lei impor a observância dos precedentes é objeto de duras críticas doutrinárias, que apontam para uma inevitável falha sistêmica⁵². Afinal, o NCPC, ao incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro institutos processuais do direito estrangeiro, tal como a vinculação aos precedentes, o faz às avessas.

O ordenamento estrangeiro não impõe a obrigatoriedade de se observar os precedentes, ao tempo em que o NCPC o faz.

A lei, assim, ignora a falta de hábito que os magistrados brasileiros têm de incorporar aos seus julgamentos o entendimento esposado pelos tribunais. E como toda lei que ignora a realidade, o NCPC corre o risco de ser ignorado por ela.

Críticas à parte, estas são as decisões colegiadas às quais o NCPC entendeu por bem conferir obrigatoriedade, a fim de evitar a “loteria judicial” e garantir a isonomia no processo civil.

Na sequência dessas diretrizes hermenêuticas, o art. 928 do Código estatui que se considera julgamento de casos repe-

52 No entanto, não resta dúvida de que a ordem de obrigatoriedade é clara e suficiente em si mesma: “A vinculação advinda do comando do art. 927 por meio do termo ‘observarão’ não parece, ter, de forma alguma, conotação de um mero dever de levar em consideração. Para além do próprio termo, haveria a criação de um sistema completamente contraditório, eis que seria possível admitir que um precedente advindo de um IRDR de um tribunal de justiça seria vinculante, enquanto um precedente advindo do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo. Não há qualquer necessidade de outros comandos normativos para que quaisquer dos casos mencionados no art. 927 tenha eficácia vinculante”. (PEIXOTO, 2016, p. 148).

titivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos, sendo que o julgamento de tais casos pode ter por objeto questão de direito material ou processual.

O § 2º, do art. 927, a seu turno, concede a oportunidade de realização de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese jurídica no caso de ela, adotada em julgamento de casos repetitivos, ser alterada⁵³.

Entendemos, em primeiro lugar, que, a expressão “julgamento de casos repetitivos”, apesar de o tribunal não aplicar, diretamente, a tese fixada nos processos em curso, abrange o IRDR. Essa abrangência, na nossa opinião, deve-se dar em razão da unidade de aplicação das diretrizes hermenêuticas a todos os julgamentos de casos repetitivos que levem à formação de um precedente, de modo, inclusive, a observar a necessidade de garantia do contraditório no IRDR.

Pensamos, em segundo lugar, que tal faculdade, em relação às teses jurídicas fixadas em sede de IRDR é, na verdade, um dever.

Afinal, a tese firmada apenas se legitima na medida em que for dada a todos a oportunidade de participar da sua formação (ou seja, no convencimento dos magistrados responsáveis pelo julgamento do incidente).

Sem essa participação, o IRDR estaria atropelando a garantia constitucional do contraditório e invalidando a tese dele resultante. Assim, no caso de haver mudança da tese, é igual-

⁵³ § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. (BRASIL, 2015).

mente necessária a possibilidade de participação de todos, sob pena de nulidade do novo entendimento, por desrespeito ao contraditório.

Nessa toada, não seria outra a finalidade da garantia de publicidade dos precedentes, determinada pela redação no § 5º, do art. 927, do NCPC⁵⁴, o que engloba o acórdão julgador do IRDR. A publicidade se destina, justamente, a levar ao conhecimento de todos o entendimento adotado pelos tribunais, de modo a garantir que os jurisdicionados possam garanti-lo na solução do seu processo.

É nesse sentido o posicionamento de José Rogério Cruz e Tucci (2015, p.150), quando afirma que: “Torna-se realmente imperioso que os tribunais divulguem as suas decisões, sobretudo aquelas referentes às teses mais polêmicas, a nortear as demais cortes de Justiça, evitando com isso indesejada divergência pretoriana”.

Tem-se, assim, que os magistrados de primeiro e de segundo grau necessitam de orientação, tanto quanto os jurisdicionados, para uma adequada prestação da atividade jurisdicional.

O § 3º, do art. 927, por sua vez, possibilita a modulação dos efeitos da mudança do entendimento oriundo do julgamento de casos repetitivos, no interesse social e no da segurança jurídica⁵⁵.

Uma vez mais enxergamos um dever quando o Código se refere a “poder”. Assim considerando, como o IRDR tem a

54 § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (BRASIL, 2015).

55 § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. (BRASIL, 2015).

finalidade precípua de obstar o comprometimento da segurança jurídica, evitando que casos semelhantes recebam tratamentos diversos quando submetidos ao Poder Judiciário, o objeto do incidente sempre terá interesse social e de segurança jurídica a exigir a modulação de efeitos na alteração de entendimento.

As questões jurídicas acerca das quais se instaura o incidente, por se manifestarem em efetiva repetição nos processos que tramitam no território jurisdicional de determinado tribunal, sempre reclamarão o mesmo tratamento do Poder Judiciário. Assim, a modulação de efeitos da mudança do entendimento fixado por IRDR sempre será necessária, pela própria natureza do incidente, que demanda julgamento isonômico das questões repetitivas.

A modulação de efeitos quando da modificação do entendimento firmado por meio do IRDR ainda carece de fundamentação idônea, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia⁵⁶.

Tal fundamentação deve obedecer aos preceitos referendados no art. 489, do NCPC.

O *caput* deste artigo enuncia que o relatório, os fundamentos e o dispositivo são os elementos essenciais da sentença⁵⁷.

56 § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (BRASIL, 2015).

57 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. (BRASIL, 2015).

Na sequência, o § 1º delimita o que se deve entender por decisão judicial fundamentada por exclusão, uma vez que seus incisos enumeram quais são os casos em que a decisão não poderá ser considerada fundamentada.

É lógica a conclusão de que o relatório, os fundamentos e o dispositivo são essenciais não apenas às sentenças, mas a qualquer pronunciamento judicial com conteúdo decisório, seja ele proferido em primeira ou em segunda instância, por órgão colegiado ou monocraticamente. Esta é a única forma em que se garante a transparência capaz de permitir o controle (ou a recorribilidade) das decisões judiciais.

Não será considerada fundamentada a decisão que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida⁵⁸. Assim, a decisão judicial que acatar o entendimento firmado por meio de IRDR não poderá se restringir à sua indicação sem explicar seu cabimento ao caso concreto. Nessa esteira, é igualmente não fundamentada a decisão que invocar precedente sem indicar sua adequação ao caso concreto ou seus fundamentos determinantes⁵⁹.

Simplesmente indicar o precedente aplicável ao caso sem justificar seu cabimento não é admitido pelo vigente Código. Exige-se a mais ampla e exauriente análise dos fundamentos que recomendem sua viabilidade e adequação ao caso em análise, até mesmo para dissipar quaisquer dúvidas remanescentes acerca de eventual distinção do caso em relação ao precedente.

58 Art. 489. § 1º, I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. (BRASIL, 2015).

59 Art. 489. § 1º, V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. (BRASIL, 2015).

É com razão que Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 2077) ensina que “é sempre necessário justificar a aplicação de um precedente. Portanto, deve-se identificar a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes do precedente que se deseja aplicar”.

Nesse sentido é o inciso VI, do art. 489, do § 1º, do NCP, segundo o qual não será reputada fundamentada a decisão que deixar de seguir precedente invocado pela parte sem a demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

5. Mudança do entendimento fixado no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas

5.1. Qual é a diferença da superação do precedente firmado no incidente de resolução de demandas repetitivas em relação à superação dos demais precedentes?

Já foi objeto de análise que os acórdãos exarados no julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas foram elencados como precedentes de observância obrigatória aos magistrados vinculados aos tribunais que os proferirem.

Igualmente, já se afirmou que, assim sendo, as disposições gerais acerca da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais são verdadeiras diretrizes hermenêuticas que se aplicam integralmente ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

O acórdão que julga o incidente é tão precedente quanto todas as demais normas listadas no art. 927, do NCP. Então, qual é a diferença entre a mudança do entendimento firmado no julgamento do IRDR e a mudança daquele fixado nos demais precedentes? Em última análise, por que os efei-

tos temporais da superação do precedente produto do IRDR devem receber tratamento especial em relação aos efeitos da superação dos demais precedentes?

Ora, o modo pelo qual é formado o precedente produto de IRDR é único, diverso dos demais modos de constituição de precedentes.

A fixação do entendimento vinculante via IRDR é o único que conta com a mais ampla participação dos jurisdicionados, sendo o precedente mais democrático de todos.

Tal caráter democrático foi observado, em especial, nas passagens deste trabalho em que se tratou da instauração e da instrução do incidente, encarados, aqui, como alguns dos aspectos procedimentais mais relevantes do IRDR.

Nenhum outro precedente recebe tamanha contribuição dos jurisdicionados, os quais, cientes da instauração do incidente, têm a oportunidade de formular seus argumentos a respeito da controvérsia, de preparar-se a tempo e de instruir o procedimento com a juntada de documentos ou do pedido de realização de diligências. A própria lei tratou, ainda, da possibilidade de designação de audiências públicas em que, igualmente, todos os argumentos existentes poderão ser apresentados.

A corroborar o aspecto democrático do IRDR tem-se, também, o dever de o órgão julgador, no acórdão, analisar, obrigatoriamente, todos os argumentos aventados, seja para acolhê-los ou para afastá-los.

Os demais precedentes, é claro, possuem mecanismos próprios a possibilitar a participação dos interessados, mas não se pode olvidar que o número de interessados é expressiva-

mente menor, quando não restrito às partes de determinado processo. Além do mais, eles não se constroem, necessariamente, acerca dos problemas inerentes à litigância de massa, em especial às questões jurídicas a ela relativas.

A ampla participação dos jurisdicionados permite que a tese a ser fixada seja de aplicação obrigatória por todos os magistrados vinculados ao respectivo tribunal, a um sem número de processos, de modo que os efeitos do precedente devem respeitar, com ainda mais razão, a boa-fé objetiva daqueles que contribuíram para sua confecção. Até mesmo porque, potencialmente, qualquer um pode ser submetido à sua aplicação.

A intervenção para a construção do precedente confere a ele legitimidade, de modo que todos devem segui-lo não apenas por força de lei, mas também por acreditar que segui-lo é a melhor forma de proceder. Assim, os jurisdicionados devem obedecê-lo a fim de se livrar de futura judicialização de problemas, de planejar os seus investimentos, de medir as suas condutas no meio social, garantindo a segurança jurídica nas suas vidas.

Contudo, o que será dos jurisdicionados quando da mudança de um precedente de formação eminentemente democrática? Entendemos que, mais do que nunca, é necessário utilizar instrumentos que garantam a segurança jurídica daqueles que se conduziram de acordo com o precedente anterior mas que se viram obrigados à mudança de rumo.

A modulação dos efeitos temporais, se bem empregada, é capaz garantir, eficazmente, o respeito à boa-fé objetiva e à segurança jurídica de todos aqueles que respeitam os próprios precedentes.

Assim, destinaremos item próprio para discorrer sobre a modulação dos efeitos temporais do acórdão que supera entendimento fixado por meio de IRDR, não sem antes tratar da legitimidade para propor a revisão e o procedimento que deve ser utilizado para tanto.

5.2. Definição, legitimidade e procedimento da superação

A superação de um precedente pode ser bem definida da seguinte forma:

A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica. Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar sua replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 993).

Assim, tem-se que a realidade social e a sistêmica requererão, sempre, uma jurisprudência de acordo. Como já referido neste trabalho, se a lei ignora a realidade, é apenas uma questão de tempo para a realidade ignorar a lei, valendo o mesmo princípio em relação aos entendimentos dominantes do tribunal. “Tendo em conta a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua congruência social e coerência sistêmica, um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação [...]”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 993).

A mudança do entendimento fixado no IRDR será feita de ofício ou por meio de requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, mediante revisão, no mesmo tri-

bunal⁶⁰. Deste modo, as partes dos processos em que se discute ou em que se vier a discutir a mesma questão jurídica não são, de acordo com o NCPC, legítimas para provocar tal mudança de entendimento.

Há autores que defendem que a omissão de legitimidade das partes para tanto padece de inconstitucionalidade formal, pelo fato de que o texto aprovado na Câmara dos Deputados, que legitimava a sua atuação, foi suprimido na fase revisora da lei perante o Senado Federal⁶¹.

Além dessa inconstitucionalidade formal, entendemos, também, que há inconstitucionalidade material da norma. Afinal, é a ampla participação democrática que legitima a tese jurídica fixada pelo tribunal, sendo que a impossibilidade das partes de provocar a sua revisão configura claro obstáculo ao exercício do contraditório.

O contraditório não foi relativizado no procedimento do IRDR de forma a reduzi-lo, mas sim redesenhado para se amoldar ao incidente, em respeito à garantia constitucional de acesso à Justiça. Assim, a possibilidade de participação de todos os interessados na instrução do incidente materializa o contraditório.

Nesse sentido, inclusive, é muito precisa a observação de José Miguel Garcia Medina:

O art. 986, ao referir-se apenas ao inc. III do art. 977, não impede que as partes peçam a revisão da tese. Além de a

60 Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III. (BRASIL, 2015).

61 Dentre eles, Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 347-348).

distinção referida no art. 986, *in fine* do CPC/2015 não ter qualquer justificativa, a revisão da tese poderá ser examinada de ofício; sendo assim, nada impede que a manifestação do tribunal decorra de provocação da parte (afinal, para haver revisão de ofício, pouco importa se o tribunal foi, ou não, instado a fazê-lo). Entendemos que essa provocação pode partir, até mesmo, de pessoa que poderia manifestar-se como *amicus curiae*, no caso. (MEDINA, 2016, p. 1422).

A revisão da tese jurídica fixada, por sua vez, deve preservar a essência garantista e constitucional do procedimento inicial do incidente que a formou, assegurando, assim, que todos os legitimados à instauração do incidente também o sejam para suscitar a revisão da tese. Até mesmo porque são as próprias partes dos processos existentes e vindouros que sofrerão as consequências da aplicação dela, não havendo nada mais justo do que lhes permitir provocar a mudança de entendimento.

Outrossim, o NCPC não estabelece qual o procedimento a ser seguido nos casos de mudança do entendimento fixado no IRDR.

Marcos de Araújo Cavalcanti entende desnecessária tal disposição, pois, de acordo com o seu posicionamento, qualquer magistrado tem o poder para superar tal entendimento, podendo aplicar tese jurídica diversa da preestabelecida. (CAVALCANTI, 2016, p. 340-341).

No entanto, ousamos divergir da colocação. Afinal, de que serviria o caráter vinculante das decisões proferidas ao final do IRDR se o juiz pudesse escapar da sua aplicação, mesmo que fundamentadamente?

É claro que o juiz tem amplos poderes para realizar a distinção entre o caso concreto e a tese jurídica fixada, para

afastar sua incidência, o que deverá fazer de modo motivado e nos termos do art. 489, do NCPC. Porém, a sua superação apenas é possível se feita democraticamente, com a ampla participação dos interessados e com a profunda análise de todos os fundamentos que possam levar à mudança.

O próprio Fórum de Processualistas Cíveis, no seu enunciado 172, estabelece que “a decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”, como já citado. De acordo com tal enunciado, mesmo que o magistrado entenda que o precedente formado em sede de IRDR não seja a melhor solução à questão, ele deve aplicá-lo.

Na técnica posta no NCPC, em interpretação sistemática com a Constituição Federal, é dado apenas ao tribunal que julgou o IRDR modificar o entendimento fixado, nas mesmas condições garantistas e democráticas que ordenam o procedimento do incidente.

O IRDR é instrumento eminentemente democrático, tendo em vista a ampla participação, inclusive popular, que proporciona a formação do precedente.

A decisão produto do IRDR, que fixa tese jurídica, nada mais é do que um precedente a ser seguido pelo tribunal que apreciou o incidente bem como pelos juízes a ele vinculados, por expressa disposição legal⁶².

E já que o que legitima democraticamente este precedente é a participação de todos, apenas ela tem o condão de justificar eventual mudança.

62 “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”. (BRASIL, 2015).

5.3. Efeitos temporais

O NCPC não se omitiu apenas quanto ao procedimento que deve ser adotado quando da revisão da tese jurídica fixada por meio de IRDR, mas silenciou, também, em relação aos efeitos temporais que a mudança do entendimento consolidado pelo incidente deve surtir. Aliás, o legislador calou acerca dos efeitos temporais que devem ser atribuídos em quaisquer casos de superação de precedentes⁶³.

É certo que a tese jurídica será aplicada em todos os processos referentes à idêntica questão de direito que tramitarem nos limites da área territorial de jurisdição do respectivo tribunal e aos casos futuros em que se discuta a questão, conforme o art. 985, do NCPC.

Seguindo esse mesmo raciocínio, é bastante pertinente que a mudança da tese jurídica fixada pelo tribunal também se aplique nos mesmos limites da área de jurisdição do tribunal e aos processos futuros em que se discuta tal questão.

Porém, como já ressaltamos, o tribunal também deverá modular os efeitos da sua decisão responsável pela mudança de entendimento. E como o aspecto prático da modulação de efeitos de decisões judiciais vem sendo mais bem abordado em sede de controle de constitucionalidade, é relevante que se pontue, aqui, as constatações mais relevantes que nele se observam.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira lista as principais correntes sobre os efeitos da mudança de posicionamento consagrado em decisões com efeito vinculante na seara constitucional. De acordo com ele, quando a mudança ocorre,

63 “O CPC/2015, muito embora permita, de forma expressa, a modulação de efeitos na superação de precedentes, no §3º, do art. 927, não aponta, em nenhum momento, qual será a regra da eficácia temporal na superação de precedentes”. (PEIXOTO, 2016, p. 243).

os efeitos podem ser retroativos ou de eficácia prospectiva: pura, clássica e a termo. (FERREIRA, 2016, p. 284-287).

Os efeitos retroativos são aqueles que retroagem à data da decisão. Dito de outro modo, eles atingem fatos anteriores à decisão que consagra o novo paradigma.

A eficácia prospectiva, a seu turno, é a aptidão da decisão judicial à geração de efeitos apenas para o futuro. O mencionado autor apresenta três modalidades de aplicação da eficácia prospectiva identificadas na doutrina, que são pura, clássica e a termo. (FERREIRA, 2016, p. 286-287).

A eficácia prospectiva pura se dá quando o novo precedente se aplicar apenas aos fatos posteriores, não sendo aplicável, contudo, ao processo objeto de análise. (FERREIRA, 2016, p. 286).

Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 2079) acena para a sua possibilidade, acrescentando que “também é possível excluir dos efeitos retroativos apenas os processos em curso, admitindo-se que as situações não judicializadas não têm motivo para buscar proteção no precedente revogado”.

Já conforme a eficácia prospectiva clássica, o novo precedente poderá ser aplicado apenas aos fatos futuros, com exceção daqueles a que se refere o processo que levou a questão a conhecimento do tribunal. (FERREIRA, 2016, p. 286-287).

Por fim, na eficácia prospectiva a termo, o tribunal fixará uma data a partir da qual será aplicado o precedente ou uma condição, cujo implemento “liberará” a produção de efeitos. (FERREIRA, 2016, p. 287).

Independentemente de quais efeitos sejam atribuídos à decisão do tribunal que superar o entendimento vinculante

outrora fixado em sede de IRDR, alertamos, desde já, que os julgadores deverão fundamentá-la devidamente, com observância ao art. 489, do NCPC, a fim de garantir respeito ao postulado da segurança jurídica.

Listadas as principais modalidades de eficácia temporal das decisões, cumpre tecer alguns comentários a seu respeito.

Ao distinguir Cortes de precedentes de Cortes de correção, Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

Como a Corte de correção declara o sentido que a lei sempre teve – evidenciando que, em determinado período, foi ele desvirtuado –, a sua decisão não tem como não ter efeitos retroativos, atingindo toda e qualquer situação. Afinal, a decisão declara a norma que está na lei, ou seja, a norma que sempre regulou e deve continuar a regular as situações concretas.

Mas, se a Corte Suprema atribui sentido ao direito ou define a interpretação da lei – e, portanto, constitui uma Corte de Precedentes –, há de se atribuir valor ao precedente revogado. Isso não significa excluir a possibilidade de eficácia retroativa à decisão que o revoga, mas ter em conta a relação entre o valor de ‘afirmação do direito’, contido na decisão revogadora, em face do valor da ‘confiança justificada’, depositado no precedente revogado. (MARINONI, 2015, p. 2078).

As Cortes de correção, assim, declaram o sentido que a lei sempre deveria ter assumido, de modo que o efeito temporal da decisão devesse retroagir para alcançar situações pretéritas. E as Cortes de precedentes, a seu turno, por atribuírem novo sentido à lei, não podem negar o valor do precedente revogado, sem que, com isso, se exclua a possibilidade de uma decisão inovadora atingir situações pretéritas.

Contudo, não concordamos integralmente com o respeitável posicionamento.

Ao discorrer sobre o regime do precedente judicial no NCPC, José Rogério Cruz e Tucci teceu a seguinte análise da questão, com a qual compactuamos:

Cumpramos destacar [...] outro problema que ainda se encontra em aberto, uma vez que nem pelo prisma da história e tampouco pela dogmática moderna obteve solução satisfatória.

Referimo-nos à árdua questão da eficácia retroativa do 'novo' precedente judicial.

Na verdade, a incerteza que nasce do advento de um novo precedente em substituição à orientação consolidada acarreta um custo social econômico elevadíssimo, mesmo nos sistemas que não conhecem a força vinculante da jurisprudência, uma vez que a situação de insegurança gerada pela mudança somente poderá ser eliminada depois de um período relativamente considerável para que seja consolidada a *nova regula*. (TUCCI, 2015, p. 149).

A atribuição de efeitos retroativos à decisão de mudança de paradigma compromete a segurança jurídica da esfera de direitos dos jurisdicionados. Situações que estariam certas e acabadas poderiam ser integralmente alteradas ou extintas, por exemplo. Tal eficácia, assim, pode vir a desprezar o respeito que se teve ao precedente anterior, ignorando a boa-fé objetiva. Acrescentamos o desprezo, ainda, que tal comando pode ter em relação ao acesso à Justiça, uma vez que ele tem o condão de burlar a realização de uma ordem jurídica justa, à medida que frustra expectativas legítimas.

É certo que não se pode descuidar de que a regra, pelo que indica a doutrina, é a de que a mudança do entendimento terá eficácia retroativa, conforme segue:

A regra é a de que a superação de precedentes terá eficácia retroativa, sem atingir os processos com trânsito em julgado.

A qualidade da coisa julgada que adere à decisão judicial fortalece a proteção da confiança dos jurisdicionados que não pode simplesmente ser ignorada. (PEIXOTO, 2016, p. 263).

No entanto, não apenas os processos com trânsito em julgado devem ser poupados da incidência dos efeitos do novo entendimento, pois isso feriria a boa-fé objetiva dos jurisdicionados e ocasionaria tratamento desigual a situações semelhantes.

Por todas essas razões, entendemos que a eficácia retroativa da decisão que cristaliza mudança de entendimento vinculante não é a melhor opção diante do sistema jurídico em que nos encontramos.

Quanto à atribuição de efeitos prospectivos, estes sim melhor se coadunam com o ideal de uma ordem jurídica justa. Afinal, quando o tribunal fixa o marco a partir do qual seu o entendimento mudará, ele nada mais faz do que cientificar os jurisdicionados sobre sua atuação, seja lá qual for a modalidade de eficácia prospectiva adotada na decisão, fulminando o risco de decisão surpresa.

Isso reflete a ideia de respeito aos jurisdicionados, que têm o direito de conhecer a quais normas estão submetidos para, então, ter plenas condições de obedecê-las, planejando suas vidas.

Trata-se da mesma questão relativa à aplicabilidade das leis: mesmo que elas entrem em vigor na data de sua publicação, em regra, elas apenas se aplicam aos fatos futuros, como forma de prevenir os jurisdicionados sobre seus comandos. Ou ainda, mesmo que elas já existam no plano jurídico, muitas vezes só entram em vigor após a *vacatio legis*.

Nesse sentido, mais uma vez é oportuno consignar o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Quando um precedente goza de credibilidade no momento em que é revogado, é possível outorgar efeitos unicamente prospectivos à decisão revogadora, tutelando-se as situações passadas que se aperfeiçoaram com base no precedente. Isso é importante especialmente nos casos de precedentes que têm influência em planejamento, estratégias, definição de condutas e elaboração de condutas e elaboração de contratos. (MARINONI, 2015, p. 2079).

Como Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira bem verificou, a doutrina classifica a eficácia prospectiva em pura, clássica e a termo.

Já se destacou que todas essas modalidades, porque guiadas pelo mesmo princípio de preservar a segurança jurídica, compactuam com o sistema jurídico brasileiro. Porém, deve-se analisá-las com cautela, a fim de descobrir qual seria a melhor opção a ser adotada na decisão de mudança de posicionamento vinculante.

A eficácia pura é justa na medida em que traça um divisor temporal implacável entre precedentes. Porém, comungamos da linha de raciocínio segundo a qual os jurisdicionados são surpreendidos com a mudança de entendimento, sendo que, a eles, pode ser que nada reste a fazer, a não ser aguardar a incidência dos efeitos da decisão. A surpresa atropela a boa-fé objetiva dos jurisdicionados que já se comportavam de acordo com o precedente anterior, de modo que seus atos são completamente ignorados pelo novo precedente.

A eficácia clássica, como já delineado, aplica os efeitos da decisão a todas as causas futuras, inclusive à causa pendente no tribunal. Não se vislumbra, contudo, motivos bastantes para que os efeitos do novo precedente se apliquem também a ela. É claro que foi ela que levou o tribunal a apreciar

a questão e a superar o seu entendimento, mas não nos parece razão suficiente para que a ela, também, sejam aplicados os seus efeitos. Trazendo a análise ao estudo do IRDR, igualmente não enxergamos motivo para que os efeitos do acórdão se apliquem aos processos já em curso no território da jurisdição do tribunal.

Esta modalidade de eficácia, como a anterior, também esbarra no inconveniente de não haver sinalização alguma da mudança de entendimento, impedindo que as partes das causas sob a jurisdição do tribunal possam agir de acordo com o novo paradigma, em total descaso com seu comportamento anterior conforme o precedente.

É claro que a surpresa aos jurisdicionados é maior em instrumentos processuais outros e nos demais tipos de precedentes, mas não no IRDR e no acórdão que o julga. Afinal, o incidente se legitima pela ampla participação dos interessados, que podem contribuir, quase que livremente, na instrução do procedimento, ainda mais quando se defende, como faz este trabalho, que a mudança do precedente do IRDR deve ser realizada com as mesmas garantias com que se fez o primeiro julgamento da questão. Como já ressaltado, o exercício do contraditório está presente no processamento e no julgamento do IRDR, de forma compatível com o seu rito.

Desta forma, a modalidade de eficácia temporal que melhor se ajusta aos anseios do IRDR é a prospectiva a termo. Ela é a única que possibilita a fixação do termo divisor de entendimento em momento futuro, de modo a sinalizar a mudança e a permitir que os jurisdicionados se planejem para escolher qual o direito que querem ver aplicado às suas relações jurídicas. Respeita-se o comportamento adotado no passado, preservando a boa-fé objetiva daqueles que contri-

buíram na formação do precedente. Não que tudo seja objeto de escolha, mas certamente os jurisdicionados refletirão melhor sobre o que fazer.

Ravi Peixoto se debruça, com excelência, sobre a modulação dos efeitos na mudança do precedente. Em busca de parâmetros mínimos pra atingir uma racionalidade na motivação da modulação de efeitos, o jurista elenca uma série de fatores que entende ser requisitos para a atribuição de eficácia prospectiva ao precedente.

Para que seja atribuída eficácia prospectiva ao precedente, o primeiro requisito a ser ultrapassado é o da demonstração de que o novo precedente efetivamente signifique uma modificação surpreendente na linha jurisprudencial anterior do tribunal. (PEIXOTO, 2016, p. 263).

De fato, a produção de efeitos para os casos futuros considera que o novo entendimento, por ser surpreendente aos jurisdicionados, não pode ser aplicado a situações pretéritas.

No entanto, não esposamos do entendimento de que o efeito prospectivo apenas seria viável no caso de o novo precedente ser uma verdadeira surpresa. Afinal, qualquer mudança de precedente vinculante, ainda mais quando se trata de questões jurídicas massificadas e pulverizadas em inúmeros processos, é apta a causar grandes transtornos e a prejudicar os jurisdicionados que se comportaram em conformidade com o entendimento anterior.

Seguindo no raciocínio de Ravi Peixoto, “o requisito da boa-fé está imbricado no primeiro, estando relacionado com a necessidade de a parte que deseje a aplicação prospectiva demonstre ter atuado com boa-fé em conformidade com o anterior precedente”. (PEIXOTO, 2016, p. 263).

Ao tratar da boa-fé, neste ponto, o jurista demonstra o mesmo comprometimento externado neste trabalho em relação à segurança jurídica. Aquele que se comportou em conformidade com um precedente não pode sofrer as consequências do advento de precedente ulterior. Sua conduta, se tendente a respeitar o entendimento anterior, deve ser preservada, e, sua esfera jurídica, poupada da incidência dos efeitos do novo parâmetro.

Prosseguindo:

O terceiro requisito, de certa forma, parte das construções feitas [...] no sentido de que, na superação de precedentes, só haveria necessidade de tutela da confiança quando fosse demonstrado prejuízo significativo à esfera jurídica da(s) parte(s) por ela prejudicada(s). (PEIXOTO, 2016, p. 263).

Uma vez mais, ousamos discordar da afirmação de que apenas haveria necessidade de tutela da confiança quando demonstrado prejuízo significativo à esfera jurídica dos jurisdicionados afetados pela superação de um precedente. Tal posicionamento aceita que haja prejuízo à esfera jurídica dos jurisdicionados, desde que ele não chegue a ser “significativo”. Um prejuízo pouco expressivo, por exemplo, seria aceitável? Não entendemos ser esta a melhor maneira de interpretar a modulação da eficácia temporal do novo precedente.

Ravi Peixoto continua, enunciando:

O quarto requisito seria uma situação limite, em que o tribunal poderia optar, por exemplo, por suspender a eficácia da decisão de forma a permitir uma modulação da eficácia prospectiva pelo Poder Legislativo, especialmente nas hipóteses em que haja a necessidade de criação de um regime de transição complexo. (PEIXOTO, 2016, p. 264).

A necessidade de criação de um regime de transição complexo é uma realidade inerente à superação de um precedente vinculante, não podendo ser ignorada. Entendemos, ainda, que encontrar a solução no Poder Legislativo é possível, haja vista que a lei é, tanto quanto o IRDR, instrumento que reflete a vontade popular. No entanto, talvez não seja o meio mais célere para cuidar do regime jurídico aplicável às relações decorrentes da mudança do precedente vinculante fruto do incidente.

O próprio tribunal, ao realizar a superação do precedente, deve aproveitar o novo espaço de discussão que deve se abrir (segundo entendemos) para tratar qual a melhor forma de tutelar os jurisdicionados que se comportaram de acordo com a orientação vinculante anterior.

À guisa de exemplo, veja-se o caso de um tribunal de justiça fixar o entendimento, por meio de IRDR, de que determinado imposto local ou regional não será devido em uma determinada hipótese legal, desde que o contribuinte cumpra certas obrigações tributárias acessórias. O tempo passa e uma nova realidade social reclama mudanças, sendo que a prática acaba por demonstrar que o imposto deva ser cobrado novamente na situação outrora dispensada.

A nova interpretação é apta a causar prejuízos na esfera jurídica dos jurisdicionados, que não contavam com a incidência do imposto em tal situação. O tribunal, ao operar a superação do entendimento anterior, deve respeitar todos aqueles que, no período legal considerado para incidir o imposto, se planejaram para não pagá-lo, sendo necessária a modulação dos efeitos. Isso significa que, se o imposto deve ser pago em todo início de ano, e o tribunal muda seu entendimento em maio, os contribuintes que comprovarem o cumprimento das obrigações acessórias ao longo de todo o ano estarão isentos do pagamento do tributo nesse exercício financeiro.

A Corte terá que definir a situação daqueles que, ao longo do exercício financeiro, tiverem cumprido as obrigações acessórias. No exemplo singelo, seria justo que eles não pagassem o imposto naquele ano, o que criaria um período de transição, regido por normas estabelecidas apenas para contingenciá-lo.

Assim, o tribunal deveria fixar que o acórdão que superar o entendimento anterior apenas será aplicável àqueles que se encaixarem na primeira situação e após aquele exercício financeiro, de modo que dever-se-ia dar à decisão efeito prospectivo a termo.

Claro, tudo isso com a devida fundamentação. Desde que bem fundamentada, acatando e afastando os argumentos aventados, a modulação de efeitos temporais se mostra como a melhor forma de respeitar a contribuição popular na criação dos precedentes e a boa-fé objetiva.

Nesse sentido conclui Ravi Peixoto, ao encerrar seu raciocínio:

Os parâmetros indicados servem tão somente para diminuir o âmbito da interpretação dos efeitos da superação de precedentes e, também, para impor um dever de fundamentação analítica. Não se pode mais admitir meras alegações de interesse social ou de segurança jurídica ou mesmo sua mera rejeição das decisões que tratam do tema. (PEIXOTO, 2016, p.264).

6. Conclusões

É fato que o país experimenta uma realidade de grande incerteza nas relações jurídicas. A massificação de conflitos tem exigido do processo muito mais do que o processo civil clássico e o processo coletivo poderiam oferecer. A litigiosidade repetitiva exige também, do Poder Judiciário, mais do

que ele consegue realizar, sendo que ele passa por verdadeira crise de insuficiência de recursos para contingenciar a crescente demanda.

O Código de Processo Civil de 2015, que rompeu com os paradigmas estabelecidos pelo processo civil tradicional, instituiu uma nova forma de pensar o processo, especialmente destinada ao tratamento da litigiosidade repetitiva.

O incidente em análise é uma estratégia procedimental diferenciada, preocupada com a resolução de questões repetitivas. Porém, o Código de Processo Civil não cuidou de modo satisfatório de alguns dos seus aspectos mais importantes, como os efeitos temporais que decorrem da superação do precedente formado no próprio IRDR.

O tema se reveste de grande relevância, pois os efeitos temporais da revisão das teses fixadas em sede de IRDR, não tratados pelo legislador, atingem todos os jurisdicionados sob a influência do tribunal que alterar o entendimento outrora fixado.

Este trabalho sistematizou, brevemente, o estudo do IRDR com o fim de descobrir quais os caminhos mais seguros para a definição dos efeitos no tempo que decorrem da mudança de entendimento adotado nas decisões que julgam o incidente.

Concluiu-se que o instituto tem natureza jurídica de incidente processual, por surgir sobre processos repetitivos preexistentes e demandas futuras (em que se discuta questão jurídica homogênea), em que sua existência dependa de tais processos judiciais repetitivos, e que se manifesta de maneira acidental no curso regular desses processos, tratando-se de procedimento próprio para a solução de questão jurídica comum.

Sua finalidade primordial é evitar o comprometimento da segurança jurídica, a fim de evitar que casos semelhantes

recebam tratamentos diversos quando submetidos ao Poder Judiciário, sendo que seu fundamento é o acesso à Justiça.

A ideia de acesso à Justiça engloba inúmeras vertentes, tendentes à concretização de uma ordem jurídica justa, delineada na segurança jurídica e no respeito à boa-fé objetiva dos jurisdicionados, sendo a fundamentação a melhor forma de garanti-la.

O IRDR se distingue do processo coletivo por inúmeras razões, mas a diferença mais evidente, sem dúvida, é a sua natureza eminentemente objetiva. Afinal, o IRDR se destina ao tratamento da questão jurídica comum a todos os processos repetitivos que tramitam sob a área da jurisdição de determinado tribunal, sem que este decida neles diretamente.

Na questão jurídica repetitiva em análise, os fatos são incontroversos, sobre eles não recaindo dúvidas. O objeto das demandas e os seus pedidos não precisam ser idênticos, muito menos sua causa de pedir.

A pendência de “processo repetitivo” no tribunal competente não constitui pressuposto de admissibilidade do incidente. Afinal, o que o NCPC propõe é que ele fixe o entendimento a ser seguido pelos magistrados a eles vinculados. Além disso, o dever de uniformizar seus julgados é resultado de uma interpretação sistemática de todo o texto constitucional, mormente quando a Constituição garante a todos o direito à segurança jurídica e ao acesso à Justiça.

À instauração do incidente será dada a maior publicidade possível, sendo que a correta delimitação do objeto do IRDR e a sua ampla publicidade são elementares na garantia do contraditório, por permitir a correta suspensão de processos.

As partes que tiverem seus respectivos processos suspensos por tal determinação têm o direito subjetivo de ser intima-

das dela, tanto para permitir sua participação na futura instrução do incidente quanto para possibilitar que elas elaborem eventual pedido de distinção. A intimação resguarda o contraditório, garantindo-se, igualmente, a segurança jurídica e o acesso a uma ordem jurídica justa. Destaque-se, ainda, que a melhor interpretação para a “suspensão do processo” diz respeito apenas à questão jurídica repetitiva.

A designação de audiência pública a fim de que sejam ouvidas pessoas que, segundo o NCPC, tenham experiência e conhecimento na matéria, propicia um amplo debate acerca de todos os pontos importantes que deverão ser enfrentados para a solução da questão. Facilita a troca de ideias, no intuito de participar na formação do convencimento dos magistrados que julgarão o IRDR. Repise-se que a legitimidade democrática da tese fixada no âmbito do IRDR repousa na ampla possibilidade de participação na fase instrutória do incidente, de modo que as questões que, porventura, não forem objeto de ampla discussão, não deverão integrar a tese.

Ao aplicar o entendimento fixado no IRDR, os juízes não devem prestação de contas à sua própria consciência, mas sim aos tribunais aos quais estão vinculados. Nada impede, porém, que o magistrado tenha opinião própria divergente e a salvaguarde no julgamento da questão.

Os acórdãos prolatados no julgamento dos incidentes foram elencados como decisões de efeito vinculante aos magistrados ligados aos tribunais que os proferirem, não sendo obrigatórios aos demais juízes. Assim, as disposições gerais acerca da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais são verdadeiras diretrizes hermenêuticas que se aplicam integralmente ao IRDR.

O § 3º, do art. 927, do Código de Processo Civil, possibilita a modulação dos efeitos da mudança do entendimento oriun-

do do julgamento de casos repetitivos, no interesse social e no da segurança jurídica. Entendemos que tal possibilidade, na realidade, se trata mesmo de um dever. Como o IRDR tem a finalidade precípua de obstar o comprometimento da segurança jurídica, evitando que casos semelhantes recebam tratamentos diversos quando submetidos ao Poder Judiciário, o objeto do incidente sempre terá interesse social e de segurança jurídica a exigir a modulação de efeitos nas alterações de entendimento, que carece de fundamentação idônea, nos termos do art. 489, do NCPC.

O acórdão que julga o incidente é tão precedente quanto todas as demais normas listadas no art. 927, do NCPC. No entanto, nenhum outro precedente conta com tamanha contribuição dos jurisdicionados, que, cientes da instauração do IRDR, têm a oportunidade de formular seus argumentos a respeito da controvérsia, de se preparar a tempo, e de instruir o procedimento com a juntada de documentos ou o pedido de realização de diligências.

A mudança do entendimento fixado no IRDR será feita de ofício ou por meio de requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública mediante revisão, no mesmo tribunal. Além de inconstitucionalidade formal, entendemos que a norma sofre, também, de inconstitucionalidade material. Afinal, é a ampla participação democrática que legitima a tese jurídica fixada, sendo que a impossibilidade das partes de provocarem a sua revisão configura claro obstáculo ao exercício do contraditório.

Conforme interpretação sistemática do NCPC e da Constituição Federal, é dado apenas ao tribunal que julgou o IRDR modificar o entendimento outrora fixado, nas mesmas condições democráticas que ordenam o procedimento do incidente.

A atribuição de efeitos retroativos à decisão de mudança de paradigma compromete a segurança jurídica da esfera de direitos dos jurisdicionados. Assim, a eficácia retroativa da decisão que cristaliza mudança de entendimento vinculante não é a melhor opção diante do sistema jurídico em que nos encontramos.

Quanto à atribuição de efeitos prospectivos, estes sim melhor se coadunam com o ideal de uma ordem jurídica justa. Afinal, quando o tribunal fixa o marco a partir do qual seu entendimento mudará, ele nada mais faz do que cientificar os jurisdicionados sobre sua atuação, seja lá qual for a modalidade de eficácia prospectiva adotada na decisão, fulminando o risco de decisão surpresa. Isso reflete a ideia de respeito aos jurisdicionados, que têm o direito de conhecer a quais normas estão submetidos para, então, ter plenas condições de obedecê-las, planejando suas vidas.

Desta forma, a modalidade de eficácia temporal que melhor se ajusta aos anseios do IRDR é a prospectiva a termo.

A necessidade de criação de um regime de transição complexo é uma realidade inerente à superação de um precedente vinculante, não podendo ser ignorada. O próprio tribunal, ao realizar a superação do precedente, deve aproveitar o novo espaço de discussão que deve se abrir para tratar qual a melhor forma de tutelar os jurisdicionados que se comportaram de acordo com a orientação vinculante anterior.

Desde que bem fundamentado, acatando e afastando os argumentos aventados, a modulação de efeitos temporais do acórdão que julgar o IRDR se mostra a melhor forma de respeitar a contribuição popular na criação dos precedentes e a boa-fé objetiva.

Em razão da novidade que é o IRDR e todo o sistema de precedentes instituído pelo NCPC, ainda não há pronuncia-

mentos dos tribunais acerca do tema. A doutrina existente também é muito incipiente, de modo que não esgota todas as suas possibilidades.

Assim, as soluções apontadas neste trabalho não refletem, necessariamente, verdades. O que se procurou foi apenas contribuir, de algum modo, para as discussões acerca da questão, oferecendo pontos de partida para a reflexão, a fim de ventilar o salutar e merecido debate do tema.

7. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Lei n. 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: 17 nov. 2017.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman).

DANTAS, Bruno. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2180-2198. (Livro III, Título I, Capítulo VIII).

ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis. São Paulo, mar. 2016. Disponível em: <www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-São-Paulo.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Disposições gerais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2072-2083. (Livro III, Título I, Capítulo I).

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. *A súmula vinculante como instrumento de pacificação social*. Campinas: Millennium, 2010. (Prefácio de Márcio Ferro Catapani).

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: Macêdo, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 313-358. (Coord. Geral: Fredie Didier Jr.).

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Guilherme J. Braz de. Técnicas de uniformização da jurisprudência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 126, p.107-113, maio 2015.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed. rev. e atual.. Salvador: Juspodivm, 2016.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 126, p.143-151, maio 2015.

Artigo recebido em: 30/11/2016.

Artigo aprovado em: 13/10/2017.

DOI: 10.5935/1809-8487.20170009

161 - 209

Artigo

**A LEI ANTICORRUPÇÃO E A ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

DANIEL RIBEIRO COSTA

A LEI ANTICORRUPÇÃO E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE ANTICORRUPTION ACT AND THE PUBLIC PROSECUTOR PROCEDURE

DANIEL RIBEIRO COSTA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

danielribeiro@mpmg.mp.br

RESUMO: O microsistema de combate à corrupção foi aperfeiçoado com a promulgação da Lei n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que supriu importante lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio. O artigo traça breve panorama dos aspectos gerais da Lei Anticorrupção, com posicionamento acerca de pontos que suscitam certa polêmica. Em seguida, aborda o papel que a Lei Anticorrupção relegou ao Ministério Público e as deficiências legislativas, na sua regulação, propondo regime mais consentâneo ao sistema de combate à corrupção por pessoas jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: lei anticorrupção; Ministério Público; atuação.

ABSTRACT: The anti-corruption micro-system was perfected with the enactment of Act 12.846/2013, known as the Anti-Corruption Act, which remedied an important gap in the country's legal system. The article outlines a brief overview of the general aspects of the Anti-Corruption Law, with a position on issues that raise a certain controversy. Next, we discuss the role that the Anti-Corruption Act relegated to the Public Prosecutor's Service and legislative shortcomings that we envisage in this treatment, proposing the regime that we think is more in line with the objective of providing *Parquet* for the improvement of the anti-corruption system by legal entities.

KEYWORDS: anti-corruption act; Public Prosecutor; procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais da Lei Anticorrupção. 3. A atuação do Ministério Público no âmbito da Lei n. 12.846/2013. 3.1. O Ministério Público e o processo administrativo 3.2. O Ministério Público e o acordo de leniência. 3.2.1. O acordo de leniência na Lei n. 12.846/2013. 3.2.2. O microsistema de combate à corrupção e os reflexos no acordo de leniência. 3.3. O Ministério Público e as penalidades judiciais. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Etimologicamente, o substantivo feminino corrupção deriva da palavra latina *rumpere*, equivalente a romper, dividir, o que gerou os vocábulos *corrumpere* e *corruptione*, de múltiplos significados (PIMENTEL, 2014, p. 19).

No dicionário Houaiss, a corrupção é definida como:

Corrupção. *s.f* ato, processo ou efeito de corromper 1 deterioração, decomposição física, orgânica de algo; putrefação <c. dos alimentos> 2 modificação, adulteração das características originais de algo <c. de um texto> 3 fig. depravação de hábitos, costumes etc.; devassidão 4 ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, ger. com oferecimento de dinheiro; suborno <usou a c. para aprovar seu projeto entre membros do partido> 5 emprego, por parte de pessoas de serviço público e/ou particular, de meios ilegais para, em benefício próprio, apropriar-se de informações privilegiadas, g. acarretando crime de lesa-pátria <é grande a c. no país> 6 JUR disposição apresentada por funcionário público de agir em interesse próprio ou de outrem, não cumprindo com suas funções, prejudicando o andamento do trabalho etc.; prevaricação [...]. (HOUAISS, 2001, p. 848).

Sem significação unívoca, a ocorrência da corrupção pode ser analisada sob diferentes perspectivas científicas, perpassando pelas searas econômica, jurídica, sociológica, filosófica, entre outras, ou mesmo pelo senso comum.

Nem mesmo do ponto de vista jurídico é possível se extrair um conceito preciso, visto que o fenômeno da corrupção pode abarcar grande diversidade de práticas e sofrer diferentes disciplinas legais, variando o tratamento relegado a seu combate e prevenção de acordo com o ordenamento jurídico de cada país.

A ideia central de corrupção, no entanto, consiste no recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida para a prática ou abstenção de determinado ato. No particular, Vito Tanzi, citado por Antônio Carlos Ozório Nunes (2008, p. 18), vaticina que “a corrupção pode ser difícil de ser descrita, mas não de ser reconhecida, quando observada”.

Na mesma linha, acentuam Gabardo e Castella:

Nota-se, portanto, que a corrupção é fenômeno complexo, passível de análise a partir de múltiplas perspectivas, independente do fato de não existir conceito jurídico acerca do que, efetivamente, consiste a corrupção, parece haver um forte consenso de que ela é um ato portador de grande nocividade. Admite-se, inclusive, que a corrupção é um fenômeno capaz de influenciar até mesmo o desenvolvimento econômico-social de todo um país. (GABARDO; CASTELLA, 2015, p. 130).

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, não trouxe um conceito de corrupção, mas listou práticas, inclusive do setor privado¹, consideradas pelos países signatários como atos de corrupção.

A propósito, o Capítulo III do referido diploma internacional recomenda aos Estados signatários que adotem medidas quem incriminem o suborno de funcionários públicos nacionais (art. 15), o suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários públicos de organizações internacionais públicas (art. 16), a malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público (art. 17), o tráfico de influência (art. 18), o abuso de funções (art. 19), o enriquecimento ilícito (art. 20), o suborno no setor privado (art. 21), a malversação ou peculato de bens no setor privado (art. 22), a lavagem de dinheiro (art. 23), o encobrimento (art. 24) e a obstrução da justiça (art. 25), podendo se extrair de tais práticas, assim, a ideia matriz do que deve ser enquadrado como corrupção do ponto de vista jurídico.

¹ Embora comumente vinculada à atuação indevida do setor público, a corrupção também pode ocorrer no setor privado. Contudo, a corrupção privada não será objeto de considerações neste trabalho.

A prevenção e o combate à corrupção, portanto, são problemas transnacionais, atingindo, em diferentes graus, todas as nações. Conforme ensina Mônica Nicida Garcia:

[...] a corrupção está globalizada. O reconhecimento da ocorrência dessa globalização e da conseqüente necessidade de uma atuação também globalizada, em sua prevenção, detecção e repressão vem se revelando na mobilização dos Estados no sentido de procurarem instrumentos de atuação conjunta e integrada, entre os quais se encontram as convenções internacionais contra a corrupção. (GARCIA, 2008, p. 272).

O Brasil se inseriu nesse movimento internacional de combate à corrupção figurando como signatário, por exemplo, da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e promulgada pelo Decreto n. 3.678/2000; da Convenção Interamericana contra a Corrupção, elaborada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e promulgada pelo Decreto n. 4.410/2002; além da já mencionada Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da Organização das Nações Unidas (ONU), incorporada ao nosso ordenamento pelo Decreto n. 5.687/2006.

Diante das variadas causas e dos elevados custos da corrupção (financeiros, sociais, políticos, etc.)², além do inexorável vilipên-

2 “A corrupção tem o deletério efeito de propiciar a apropriação privada de recursos públicos que poderiam ser investidos na realização de inúmeras políticas funcionalizadoras de direitos fundamentais de que o País tanto carece — como, fundamentalmente, na prestação dos serviços de saúde, educação, segurança, transporte, alimentação e moradia. Em suma, contraria os objetivos de uma sociedade independente, justa, livre e solidária, que persegue o seu desenvolvimento.

[...] de acordo com o relatório da Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp), estima-se que o custo médio da corrupção no Brasil varia de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), o que vale dizer que os recursos públicos desperdiçados com essa prática ascendem de R\$50,8 bilhões a R\$84,5 bilhões por ano”. (MOREIRA NETO; FREITAS, 2014, p. 10).

dio dos valores democráticos, os diplomas jurídicos internacionais atribuem acentuada importância não apenas à repressão, mas especialmente à prevenção, recomendando aos países signatários uma série de práticas que minimizam práticas corruptas.

Contudo, advertem Fortini e Faria,

Evidentemente, é preciso considerar a falibilidade dos mecanismos voltados a impedir o malfeito, pelo que ferramentas que permitam a detecção dos atos ilícitos e medidas repressivas, voltadas à punição de pessoas físicas e jurídicas, também compõem o artefato com o qual se poderá frear a corrupção. (FORTINI; FARIA, 2016, p. 36).

Não obstante inserido no movimento de prevenção, o Brasil se destaca como um dos países em que os níveis de corrupção se apresentam de forma alarmante.

A Transparência Internacional, organização não governamental com sede em Berlim, na Alemanha, que tem como principal missão o combate à corrupção, desenvolveu o denominado *Corruption Perceptions Index* (CPI), que consiste em um índice de percepção da corrupção de caráter empírico. Em 2016, o Brasil foi classificado no 79º lugar entre os 176 países pesquisados, com índice de 40 pontos em uma escala de 0 (muito corrupto) a 100 (muito íntegro).

O Fórum Mundial Econômico, em perspectiva ainda mais preocupante, classificou o Brasil no 135º lugar no ranking de corrupção, considerando-o o quarto país mais corrupto e 81º no índice de competição global (*Global Competitiveness Index*) entre os 138 países pesquisados.

Ainda que não sejam absolutos, tais índices servem de norte para que os países adotem medidas que diminuam o fenômeno da corrupção.

Conforme Diogo Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas (2014, p. 11), o Sistema Legal de Defesa da Moralidade era composto pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.492/1993), pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/1993), pela Lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), pela Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e pelos artigos 312 e seguintes do Código Penal, que disciplinam os crimes contra a administração pública.

Em 2013, contudo, com o advento da Lei n. 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção Empresarial, conferiu-se, nas palavras de Moreira Neto e Freitas (2014, p. 13), “eficácia exógena” ao princípio da moralidade administrativa, para condicionar também a atuação de pessoas jurídicas que se relacionam com a administração pública³.

Trata-se de preenchimento de lacuna no ordenamento jurídico pátrio e cumprimento de obrigação que a República Federativa do Brasil havia assumido perante a OCDE (art. 2º da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto n. 3.678/2000) e a ONU (art. 26 da Convenção de Mérida, incorporada ao nosso ordenamento pelo Decreto n. 5.687/2006).

Ao tratar da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE, noticia Mônica Nicida Garcia:

O monitoramento e acompanhamento do cumprimento da Convenção vêm sendo, efetivamente, realizados, por meio

3 Consoante item 3 *infra*, entende-se que este microssistema, também denominado de microssistema de combate à corrupção, foi incrementado, ainda, pelo advento da Lei n. 12.850/2013, que contempla a possibilidade de celebração de acordos de colaboração premiada pelo Ministério Público na seara criminal.

de um mecanismo previamente estabelecido e que garante a busca, pelos países signatários, da realização dos objetivos do acordo. Todos os países são submetidos a uma avaliação periódica feita pela própria OCDE, em conjunto com dois outros Estados Partes, sendo que uma avaliação negativa pode redundar em sanções econômicas.

Numa primeira fase, os países signatários foram avaliados sob o aspecto de sua adequação normativa aos termos da Convenção. Exatamente tendo em vista essa fase da avaliação é que foi editada a Lei n.º 10.467, de 11 de junho de 2002, acima mencionada, e que introduziu, no Código Penal, os novos tipos penais dos artigos 337-B, 337-C e 337-D. Esta adequação legislativa permitiu ao Brasil receber uma avaliação satisfatória.

Na segunda fase da avaliação, são analisados os avanços concretos e efetivos promovidos nos países signatários, desde a avaliação anterior, principalmente em face das recomendações recebidas. Já tendo se submetido a essa segunda fase, o Brasil recebeu diversas recomendações, estampadas no Relatório Final de Avaliação, voltadas ao aperfeiçoamento de todo o sistema – preventivo e repressivo – ora em vigor, valendo destacar aquela que incentiva a introdução, na legislação brasileira, da responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática do crime de corrupção de funcionário público estrangeiro. (GARCIA, 2008, p. 275).

A Lei n. 12.846/2013 regulamentou a responsabilização de pessoas jurídicas que se tenham beneficiado de atos corruptos praticados por seus prepostos, suprimindo, nessa ordem de ideias, omissão existente no sistema brasileiro de repressão à corrupção.

Se hodiernamente a legislação anticorrupção pátria, ao menos do ponto de vista repressivo, abarca diversas frentes em que ela costumeiramente ocorre, é inegável que a efetiva aplicação de punições aos agentes corruptos e corruptores se tem mostrado falha, fruto, por certo, de uma cultura permissiva, ao que se

soma a ausência de aparato técnico capacitado, de um sistema judicial ineficiente e de uma legislação processual inadequada.

É preciso, pois, que se promovam mecanismos de efetiva aplicação da legislação de defesa da moralidade administrativa, a fim de fortalecer as instituições responsáveis por investigar e aplicar normas de combate à corrupção.

O Ministério Público, que tem como missões constitucionais, entre outras, defender o regime democrático, o patrimônio público e outros direitos difusos e coletivos (art. 127, *caput*, e art. 129, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) ocupa, assim, destacado papel no combate à corrupção.

A propósito, o Ministério Público é o titular da ação penal pública (art. 129, inciso I, da CRFB/1988), por meio da qual se processam eventuais práticas de corrupção passiva e ativa, crimes em licitações, entre outros. Na mesma linha, o Ministério Público é o principal ator no processamento de agentes públicos e terceiros beneficiados com atos de improbidade administrativa, bem como o curador da legitimidade do processo eleitoral.

Cumpra analisar os aspectos gerais da Lei n. 12.846/2013 para que se possa, em seguida, abordar o papel que a Lei Anticorrupção relegou ao Ministério Público em relação a entidades que se tenham beneficiado de práticas corruptas levadas a cabo por seus empregados, intermediários e contratados.

2. Aspectos gerais da Lei Anticorrupção

A Lei n. 12.846/2013 regulamentou a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas beneficiadas por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. Sucede que o novel diploma é reche-

ado de disposições polêmicas que, somente com algumas alterações legislativas e maturação decorrente de reflexões doutrinárias e efetiva aplicação, ganharão contornos mais claros e seguros.

Impende registrar, de plano, a natureza punitiva da Lei Anticorrupção⁴, inserindo-se, destarte, naquilo que a doutrina convencionou nominar de Direito Administrativo Sancionador. No particular, diante da proximidade com as sanções penais, garantias conquistadas e reconhecidas aos agentes que violam as normas penais, tais como legalidade estrita, tipicidade, *non bis in idem*, entre outras, são estendidas, na medida do possível, àqueles que violam normas administrativas que acarretem consequente responsabilização nesta seara.

É o escólio de Diogo Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral García:

Deste modo, tornou-se necessário dispensar um tratamento integrado à matéria, inclusive reconhecendo a aplicabilidade limitada de certos princípios da penalogia criminal, no exercício de todas demais funções punitivas do Estado, tal como pioneiramente foi proposto pelo jurista espanhol ALEJANDRO NIETO GARCÍA, em sua obra *Derecho Administrativo Sancionador*, originalmente publicada em 1993.

Posto em outros termos, não se propugna uma identidade absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, mas se reconhece a existência de um núcleo principiológico orientador do poder estatal que toca ao exercício do seu poder punitivo.

⁴ Embora dotada de caráter punitivo, inegável que a Lei Anticorrupção produzirá reflexos na forma de atuar das empresas, dela derivando, assim, também um caráter preventivo. Conforme Sebastião Botto de Barros Tojal (2014, p. 282), “o efeito imediato desta nova concepção de responsabilização da pessoa jurídica é o incentivo às políticas de *compliance* e ética corporativa no trato com o Poder Público, o que, por si só, já é bastante elogiável. Nessa perspectiva se trata, por conseguinte, de um documento legislativo meramente punitivo, mas que incentiva a cultura de não corrupção no ambiente corporativo”.

E foi diante desse cenário e da imperiosa necessidade de proteção dos direitos dos cidadãos, que a Constituição Federal de 1988 assegurou às pessoas um conjunto de princípios garantísticos de contenção do poder punitivo estatal, independentemente de a sanção ser aplicada pelo Estado Administração ou pelo Estado Juiz. (MOREIRA NETO; GARCIA, 2012, p. 2).

Podem ser sujeitos ativos de atos de corrupção punidos pela Lei Anticorrupção as pessoas jurídicas (art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.846/2013). Em seu parágrafo único, o art. 1º da r. lei estabelece que seu regime é aplicável:

[...] às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. (BRASIL, 2013).

A doutrina diverge quanto ao alcance do rol das pessoas jurídicas que podem ser submetidas ao regime da Lei Anticorrupção. Alguns autores defendem que o rol do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.846/2013 não restringe o âmbito da Lei Anticorrupção, que seria aplicável a todas as espécies de pessoas jurídicas, inclusive a partidos políticos, a organizações religiosas, entre outras.

Para Modesto Carvalhosa:

O parágrafo único do artigo 1º elenca as pessoas jurídicas que serão sujeitos ativos de delito de corrupção tipificados no artigo 5º.

São elas as pessoas jurídicas de fato e de direito, organizadas empresarialmente ou não, tenham ou não fins lucrati-

vos, podendo ser personificadas ou não (consórcios, fundos de pensão, etc.).

Incluem-se nesse rol as pessoas jurídicas com fins sociais, políticos (partidos políticos), filantrópicos, assistenciais e associativos e nelas as organizações não governamentais (ONGs) como as regulamentadas (Organizações Sociais de Saúde – as OSS – e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – as Oscip); as fundações, sejam privadas, sejam públicas constituídas como pessoa jurídica de Direito Privado; os institutos; as irmandades; e as associações abertas ou fechadas, com fins corporativos ou comunitários que atendem a interesses dos seus associados ou da coletividade, nos planos civil, acadêmico, cívico, religioso, político, confessional, cultural, científico e técnico. Nesse espectro, estão as associações de classe, como os sindicatos e as suas federações e confederações, patronais ou de trabalhadores, bem como as organizações sociais que tais entidades mantêm, como aquelas do Sistema S. Também, estão incluídos nesse elenco os fundos de pensão e os fundos assistenciais constituídos para benefício presente e futuro (aposentadoria) de seus participantes no seio da respectiva pessoa jurídica, pública ou privada. Também se incluem os planos de saúde de todo o gênero, abertos ou fechados, personificados ou não. Também, se inscrevem na presente Lei os partidos políticos matriculados no Tribunal Superior Eleitoral e seus institutos, todos subsidiados pelo Estado na qualidade de pessoas jurídicas de Direito Privado que são.

Da mesma forma, as congregações e as igrejas confessionais de todos os credos e as associações e entidades por elas fundadas ou com elas relacionadas.

Também se incluem as entidades privadas existentes no seio dos entes públicos, como é o caso das fundações constituídas como pessoa jurídica de Direito Privado existentes nas universidades públicas.

A mesma inclusão se dá no que respeita aos centros de pesquisa, as fundações, os institutos e as associações constituídas pelas pessoas jurídicas visando, de forma autônoma ou não, promover atividades científicas, assistenciais, e de integração comunitária de qualquer natureza (CARVALHOSA, 2015, p. 60).

No mesmo sentido, acentua Emerson Garcia:

Chamo a atenção de todos para o seguinte: quando a lei fala em sociedades empresárias e sociedades simples, personificadas ou não, esse adendo é muito importante. Muitos estão escrevendo o seguinte: se a pessoa jurídica não estiver enquadrada nas categorias de sociedade empresária, sociedade simples, fundação, associação, não poderá ser responsabilizada com base na Lei 12.846, e argumentam com a figura dos partidos políticos, que não estariam enquadrados na Lei 12.846. Esse argumento é incorreto, justamente em razão da expressão “personificadas ou não”. Isso significa que qualquer pessoa jurídica que praticar atos típicos de sociedades empresárias e sociedades simples será automaticamente alcançada pela Lei 12.846, porque a lei alcança mesmo as sociedades não personificadas. Podemos ter um partido político personificado, mas ele irá atuar como sociedade simples ou sociedade empresária de maneira não personificada; sob esta condição, o partido político será responsabilizado pela Lei 12.846, por praticar atos típicos daquela sociedade. O partido político tem personalidade jurídica, mas atua como sociedade empresária não personificada ou como sociedade simples não personificada. (GARCIA, 2014, p. 10).

Outros, no entanto, entendem que as pessoas jurídicas que podem ser submetidas ao regime de responsabilização da Lei Anticorrupção são apenas aquelas previstas no parágrafo único do art. 1º.

É o escólio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa:

No polo passivo de eventuais procedimentos punitivos, nos termos do que preconiza a própria lei, foi abrangida a quase totalidade das pessoas jurídicas previstas na legislação e que transacionam com o Estado, inclusive sociedade irre-

gulares, como as constituídas apenas de fato, mesmo que temporariamente.

Não foram incluídas, entretanto, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada, previstas no Código Civil, como se a tais pessoas jurídicas não fosse dada a prática de atos ilícitos.

Destaque-se que estas últimas, constituídas de forma unipessoal, são consideradas pessoas jurídicas, assim como as sociedades, e podem participar de atos jurídicos com o Poder Público. Nesse sentido, parece ter havido equívoco na omissão da Lei nº 12.846/13. Sem expressa disposição de lei, o aplicador não poderá aplicar a analogia para estringir (sic) direitos ou penalizar. (FERNANDES; COSTA, 2014, p. 38).

Ao transpor a classificação de crimes próprios e crimes comuns do Direito Penal para a discussão em tela, pode-se dizer que entre os doutrinadores há controvérsia sobre se os atos de corrupção da Lei Anticorrupção são próprios ou comuns, vale dizer, se podem ser cometidos por quaisquer pessoas jurídicas ou apenas por aquelas mencionadas no parágrafo único do art. 1º.

Embora ausente motivo idôneo para limitação do rol de pessoas jurídicas submetidas ao regime da nova lei – parece que o legislador agiu com instinto de autoproteção⁵ –, só aquelas pessoas jurídicas expressamente mencionadas podem ser submetidas ao regime de responsabilização ali estabelecido.

A Lei Complementar n. 95/1998, que regulamenta o processo legislativo federal, prevê que os parágrafos servem para vincular “*os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida*”. Logo, as disposições dos parágrafos servem para au-

⁵ A denominada Operação Lava-Jato desnudou as vantagens ilícitas recebidas por partidos políticos em virtude de atos de corrupção, donde curial a submissão de agremiações partidárias ao regime da Lei Anticorrupção.

xiliar a interpretação do *caput*, delimitando, por vezes, o sentido da norma primária, exceções quanto à sua aplicabilidade, entre outras providências.

No caso em análise, o parágrafo único do art. 1º da Lei Anticorrupção, de um lado, amplia a aplicação das disposições da novel legislação a entidades que, em uma primeira leitura, poderiam ser excluídas, como, por exemplo, sociedades simples não personificadas ou sociedades de fato. De outro, cita as entidades que se encontram submetidas à legislação anticorrupção. Não parece, pois, correta a interpretação proposta por Emerson Garcia, que defende que o partido político deve ser considerado como sociedade não personificada quando pratica atos típicos de sociedades simples ou empresárias.

Ademais, o art. 1º deve ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 5.º, *caput*, da Lei n. 12.846/2013, que, ao tipificar os atos de corrupção passíveis de punição, menciona como sujeitos ativos as “pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º”, o que, à luz do princípio da tipicidade extensivo ao Direito Administrativo sancionador, impede a interpretação que defende a aplicação da Lei Anticorrupção a todas as pessoas jurídicas, ainda que não incluídas em tal dispositivo.

No entanto, as razões que justificam a aplicação de penalidades às pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.846/2013 se apliquem, de igual modo, a outras pessoas jurídicas, como partidos políticos, organizações religiosas, empresários individuais de responsabilidade limitada (EIRELI), e até mesmo a empresários individuais sem personalidade jurídica, pelo que parece curial que o legislador pátrio supra tal incoerência ampliando o espectro de incidência da Lei Anticorrupção.

Registre-se, ainda, que o art. 4º, § 2º, da Lei n. 12.846/2013 permite a responsabilização de empresas que componham o mesmo grupo econômico (sociedades controladoras, controladas, coligadas e, no âmbito do respectivo contrato, consorciadas), ainda que o ato lesivo tenha sido praticado por pessoa física ligada a empresa diversa, restringindo a extensão da responsabilidade, contudo, apenas à penalidade de multa e à imposição da obrigação de reparar o dano.

Interessante destacar que o sistema de responsabilidade instituído pela Lei Anticorrupção é calcado na responsabilização objetiva (art. 2º, Lei n. 12.846/2013), de modo que a pessoa jurídica beneficiada com o ato de corrupção é responsabilizada ainda que não tenha concorrido com culpa para a sua ocorrência. Em outras palavras, se o empregado ou mesmo um terceirizado da pessoa jurídica tiver obrado de forma corrupta em benefício da empresa, ainda que de forma autônoma e espontânea, será possível responsabilizar a pessoa jurídica, sem prejuízo de se responsabilizar também a pessoa física (art. 3º, *caput*, da Lei n. 12.846/2013).

O entendimento de Marçal Justen Filho (2013), de que a lei não instituiu uma espécie de corrupção objetiva, mas que a responsabilização objetiva deve ser interpretada “na acepção de que bastará a existência de um vínculo jurídico com a pessoa jurídica infratora”, vai de encontro ao contido na lei, que estabelece a responsabilidade da pessoa jurídica independentemente dos seus agentes. Conforme Patrícia Toledo de Campos (2014, p. 164), “não é necessário comprovar a culpa ou o dolo de agentes específicos, mas simplesmente a atuação genérica da empresa inclinada à fraude, sem necessidade de individualização de conduta ou comprovação do elemento subjetivo de pessoas a ela vinculadas”.

Embora não previsto expressamente, parece claro que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica se embasa na teoria

do risco proveito (BATISTI, 2015, p. 194), aplicável ainda que o proveito não se tenha concretizado. Com efeito, o art. 5º, I, da Lei n. 12.846/2013 pune, por exemplo, o prometer ou oferecer vantagem, pelo que o proveito almejado, ainda que inalcançado, é suficiente para a punição pela Lei Anticorrupção.

Admite-se, por outro lado, exclusão da responsabilidade objetiva quando comprovada a quebra ou a ausência de nexo de causalidade, por exemplo, em hipóteses de força maior ou caso fortuito.

A opção legislativa pela responsabilização objetiva da pessoa jurídica, além de criticada por sua drasticidade⁶, é objeto de questionamento quanto a sua constitucionalidade, muito embora não pareça ofender o texto constitucional a escolha do legislador em, dentro de sua liberdade de conformação, prever hipóteses de responsabilidade objetiva não previstas na Constituição, o que já foi feito em outras oportunidades como, por exemplo, no art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Este, inclusive, é o magistério de Fortini e Faria:

A avaliação sobre a opção política pela responsabilidade objetiva pode ser criticada, embora não se sustente, a nosso sentir, a discussão sobre sua constitucionalidade. O

6 O sistema brasileiro, por exemplo, se distancia da opção norte-americana estampada no *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)*, que permite a exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica caso demonstrado seu esforço em evitar atos de corrupção. A propósito, salienta Fortini, em coluna publicada na revista eletrônica *Direito do Estado*: "Ao apresentar a Lei Brasileira, a reação dos norte-americanos foi de surpresa. Consideram um excesso a responsabilização de uma empresa sem que se investigue em que medida ela estava efetivamente ciente do 'wrongdoing'. A mim, contudo, soa inocente imaginar que a corrupção, sobretudo, e de forma muito acentuada, a que ocorre para além dos mares, assunto abordado no FCPA, possa ocorrer sem que a empresa tenha ciência. De toda sorte, não é possível ignorar a prática brasileira de criar regras extremamente rígidas, em especial quando o propósito é a responsabilização civil, penal ou administrativa, cuja efetiva aplicação apenas se torna mais difícil.

Explicar que a existência de um forte sistema de integridade, da demonstração de cooperação por parte das empresas, da ausência de histórico prévio anterior apenas servirão como balizas para a aplicação das penalidades, mas não as afastarão, também causa perplexidade na terra de George Washington." (FORTINI, 2016).

argumento utilizado na ADIN 5261, no sentido de que a Constituição da República contabiliza hipótese única de responsabilidade objetiva não basta para que se afirme a impossibilidade material de o legislador infraconstitucional realizar opções no mesmo sentido. A Constituição da República não obsta que outras situações, para além da descrita no art. 37 § 6.º, ensejem a responsabilidade objetiva. E a Lei nº 12.846/13 não é a única a fazê-lo. Há regras de igual natureza no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, disciplina a política nacional do meio ambiente, e a Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977. Esta última dispõe sobre a responsabilidade civil objetiva por danos nucleares e responsabilidade penal por atos relacionados com a atividade nuclear. (FORTINI; FARIA, 2016, p. 38).

O art. 5º, *caput*, da Lei n. 12.846/2013 estabelece que:

[...] constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos [...] (BRASIL, 2013).

A lei, então, passa a descrever, em cinco incisos, os atos que ensejam a responsabilização da pessoa jurídica.

Em sede doutrinária, a natureza do rol dos atos de corrupção previstos pela Lei n. 12.846/2013 é objeto de divergência.

Fortini e Faria defendem que o rol é taxativo, forte no princípio da segurança jurídica e na tipicidade extensível ao Direito Administrativo Sancionador, aduzindo:

A Lei nº 12.846/13 define (art. 5º) os atos lesivos que poderão ensejar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, apresentando uma lista taxativa, exaustiva dos “tipos infracionais”. A essa conclusão se chega não apenas diante da redação do dispositivo, mas em face da segurança jurídica, uma vez que não se toleraria a aplicação de sanções, ausente tipificação legal que permitisse compreender o que é repudiado pela ordem jurídica e, logo, deve ser evitado (FORTINI; FARIA, 2016, p. 38-39).

Este também o escólio de Emerson Garcia (2014, p. 11), quando ensina que o art. 5º da Lei n. 12.846/2013 “adota a técnica da previsão em *numerus clausus*, não em *numerus apertus*, como ocorre nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, que contém o advérbio de modo ‘notadamente’”.

Em uma interpretação teleológica, Cambi entende que o rol é meramente exemplificativo, acentuando:

Três são os parâmetros alternativos para que um ato seja considerado lesivo à Administração Pública: i) atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro; ou ii) contra os princípios da Administração Pública; iii) contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Como tais parâmetros são amplos, ainda que o artigo 5º da Lei 12.846/2013 tenha descrito atos lesivos à Administração Pública, o rol previsto é exemplificativo, não taxativo. Mesmo que a técnica legislativa não tenha sido a melhor, pois, ao final do caput do artigo 5.º o legislador se valeu da expressão ‘assim definidos’, ao invés de ‘e notadamente’ como nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, o artigo 5.º da Lei Anticorrupção merece ser interpretado teleologicamente. Isto é, todo ato que atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da Administração Pública, ou, ainda, contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil deve ser considerado lesivo à Administração Pública, ainda que não tenha sido expressamente descrito no elenco do artigo 5º da Lei 12.846/2013.

A exegese desta regra jurídica deve buscar atender às exigências sociais, econômicas e políticas, bem como estar em consonância com a ideia de justiça e bem comum. [...]

Desse modo, é preciso afastar interpretações formalistas que estejam desvinculadas das noções éticas, sociais e políticas de justiça e bem comum. A corrupção é um câncer que corrói os recursos públicos indispensáveis à melhoria da qualidade de vida de milhões de brasileiros. (CAMBI, 2014, p. 25-26).

Em que pese ser admissível a técnica da interpretação analógica no Direito Penal⁷ e, *a fortiori*, também no Direito Administrativo Sancionador, e ser essa técnica a mais adequada à espécie⁸, parece que a interpretação proposta por Cambi afronta diretamente o contido no dispositivo.

Noções éticas, sociais e políticas de justiça e bem comum não se podem sobrepor a garantias arduamente conquistadas, entre as quais a tipicidade dos atos administrativos e a segurança jurídica. A expressão “assim definidos” parece não comportar a interpretação teleológica proposta. Nada impede, no entanto, que o legislador se utilize da r. técnica, a qual dependerá de alteração legislativa.

A Lei n. 12.846/2013 prevê multa e publicação extraordinária da decisão administrativa condenatória (art. 6º), como penalidades administrativas, cuja aplicação, isolada ou cumulati-

7 Conforme ensina Noronha, a chamada interpretação analógica ou *intra legem* “é permitida quando à fórmula casuística se segue uma genérica, devendo, então, admitir-se que esta compreende casos semelhantes ou análogos ao mencionado por aquela [...]”. (1978, p. 82). É o que ocorre, por exemplo, nas qualificadoras do crime de homicídio, previstas no art. 121, § 2º, do Código Penal.

8 Imagine-se, por exemplo, determinado agente público, a pedido de um amigo de infância que ocupa o cargo de diretor de uma empresa, passe a patrocinar os interesses da pessoa jurídica perante a administração pública, valendo-se de seu cargo, sem que lhe tenha sido oferecido, prometido e tampouco tenha ele recebido qualquer vantagem. Esta prática, caracterizadora do crime de advocacia administrativa e com inegável viés ofensivo aos princípios da administração pública, não se encontra inserida no rol do art. 5º da Lei n. 12.846/2013.

va, caberá primariamente à esfera administrativa, fixando o legislador alguns parâmetros para a definição das sanções no art. 7º da lei.

Às penalidades administrativas soma-se, ainda, a obrigação de reparar integralmente o dano (art. 6.º, § 3º, da Lei n. 12.846/2013).

Já o art. 19 do mesmo diploma prevê as sanções judiciais que consistem no perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; na suspensão ou interdição parcial de suas atividades; na dissolução compulsória da pessoa jurídica; e na proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

A proibição de contratar com o poder público, no entanto, não foi prevista pelo legislador, o que mereceu severas críticas de Emerson Garcia:

[...] Agora, vejam como o legislador brasileiro é criativo. A pessoa jurídica normalmente pratica o ilícito contra a administração pública por meio de contrato. Não é assim que elas se relacionam? E vocês veem entre as sanções a proibição de contratar com o Poder Público? Não. Podemos aplicar essa sanção com base nos demais: receber incentivo, subsídio, subvenção? Podemos até tentar, mas seria muito difícil. Então, por esse sistema não será possível proibir de contratar. A única possibilidade seria a de, além do sistema de responsabilização da Lei 12.846, haver a aplicação da sanção com base na Lei de Licitações, a Lei 8.666, de 1993, com a declaração de inidoneidade e outras. Considero uma falha grotesca não

prever essa proibição, porque 90% dos ilícitos praticados por pessoas jurídicas em detrimento da administração pública surgem justamente a partir de contratos, então elas voltarão a licitar, contratar etc. (GARCIA, 2014, p. 14).

A Lei Anticorrupção prevê, outrossim, algumas regras relativas ao procedimento administrativo e judicial para aplicação das sanções (arts. 8º a 21), impondo-se destacar, no particular, a possibilidade de descon sideração administrativa da personalidade jurídica (art. 14) e a de celebração de acordo de leniência com a pessoa jurídica beneficiária do ato de corrupção (arts. 16 e 17).

O art. 30 da Lei n. 12.846/1993 ressalva que as penalidades aplicadas com fundamento nos atos de corrupção nela sancionados não impede a responsabilização por ato de improbidade administrativa e tampouco a penalização por ilícitos contratuais da Lei n. 8.666/1993 e outras normas de licitações e contratos com a administração pública.

Esse dispositivo, se aplicado sem temperamentos, poderá redundar na multiplicação de sanções administrativas em virtude da prática de uma mesma conduta, ofendendo, com isso, o princípio penal, extensivo ao Direito Administrativo Sancionador, da proibição do *bis in idem*.

Assim, o fato de não afetar os processos de responsabilização e a aplicação de outras penalidades deve ser interpretado apenas como a consagração da independência na tramitação e na aplicação de sanções, sem o sobrestamento de processos administrativos ou judiciais pelo fato de a pessoa jurídica ser investigada em outras searas. Contudo, se o fato ilícito for o mesmo e as penalidades da mesma espécie (p. ex., duas multas administrativas), é mister que a decisão da primeira esfera decisória repercuta nas demais, sob pena de,

em casos extremos, configurarem verdadeira pena de morte das pessoas jurídicas⁹.

Essa interpretação é defendida também por Cambi:

No entanto, com o intuito de evitar a violação do postulado do *non bis in idem*, a mesma sanção não poderá ser aplicada duas vezes para o mesmo fato, ainda que possa ter repercussões diversas. Assim, poderá restar prejudicada, total ou parcialmente, a ação civil pública de responsabilização civil da pessoa jurídica, se a sanção já tiver sido aplicada na decisão judicial que reconhece definitivamente a prática de improbidade administrativa, ou vice-versa.

Ademais, a Lei Anticorrupção, como bem reconhece o seu artigo 30, inc. II, não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ilícitos alcançados pelas regras que versam sobre licitações e contratos da Administração Pública. Assim, as sanções administrativas e/ou criminais contidas no Capítulo IV da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) ou da Seção V, do Capítulo I, da Lei 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações públicas) não ficam excluídas. Por exemplo, o artigo 47, inciso V, da Lei 12.462/2011, preceitua que ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato. Por sua vez, o artigo 5º, inciso IV, letra 'd', da Lei 12.846/2013 conceitua como ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente. Esta Lei Anticorrupção, ao tratar da responsabilização administrativa, no artigo 6º, prevê três sanções distintas, quais sejam: a aplicação

⁹ Cabe discordar de Sebastião Botto de Barros Tojal que, ao interpretar o art. 30, I, da Lei n. 12.846/2013, defende ter ocorrido a derrogação da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que, a seu juízo, aplica-se atualmente apenas às pessoas naturais, agentes públicos ou não (2014, p. 287).

de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, a publicação extraordinária da decisão condenatória, e a obrigação de reparação integral do dano causado.

Perceba-se que ambas as leis devem ser compatibilizadas, para que o valor da multa imposta observe os parâmetros dos artigos 6.º, inc. I, e 7º da Lei 12.846/2013, mas também que incida o impedimento para licitar e contratar contido no artigo 47 da Lei 12.462/2011. (CAMBI, 2014, p. 22-23).

Por fim, antes de adentrar especificamente na atuação ministerial, na esteira da doutrina de Cambi (2014, p. 19-20), o art. 25 da Lei n. 12.846/2013 deve ser interpretado conforme a Constituição para excluir de sua incidência a reparação por dano ao erário, já que o art. 37, § 5º, da Constituição da República de 1988 consagra serem imprescritíveis as ações para reparação por dano ao erário provocadas por qualquer agente.

O prazo prescricional de cinco anos ali estabelecido, destarte, aplica-se a todas as penalidades da Lei n. 12.846/2013, excluída, no entanto, a obrigação de reparação integral do dano ao erário, o que é imprescritível.

Essas, pois, as considerações gerais sobre a Lei n. 12.846/2013 que entendemos pertinentes, cômicos, no entanto, das inúmeras controvérsias que grassam acerca do tema, cuja discussão mais aprofundada ultrapassa os limites do presente trabalho.

3. A atuação do Ministério Público no âmbito da Lei n. 12.846/2013

O Ministério Público, no exercício mister da defesa do regime democrático, de proteção do patrimônio público e de outros interesses e direitos coletivos e difusos, de defesa da morali-

dade administrativa, tem se mostrado o órgão mais eficiente no combate à corrupção no Brasil¹⁰.

A atribuição do Ministério Público nessa senda é ainda mais necessária quando sopesados os deletérios efeitos dos custos advindos da corrupção, não apenas na materialização dos direitos sociais, mas também na corrosão do próprio sistema representativo que, em vez de adotar medidas que promovam o bem comum, passa a ser “escravizado” pelos interesses dos grandes conglomerados econômicos¹¹.

A propósito, vaticina Eduardo Cambi:

O Ministério Público, como instituição garantidora do princípio constitucional da moralidade administrativa, deve combater à improbidade, investigando os corruptos e os corruptores, buscando a sua punição e zelando pela promoção do direito fundamental a governos honestos, como corolário do regime republicano.

[...]

A importância do Ministério Público no combate à corrupção ganha relevo na sociedade brasileira, tão carente de instituições capazes de defender a coisa pública contra atos reiterados de dilapidação do patrimônio público. Com efeito, cabe ao Ministério Público, como defensor do regime democrático, contribuir com o processo de emancipação da cidadania no Brasil, seja promovendo a educação para o

10 Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, sob a coordenação de Luiz Manoel Gomes Júnior, aponta que 73,73% das ações de improbidade administrativa que tramitam nos tribunais foram propostas pelo Ministério Público.

11 É o que a denominada Operação Lava-Jato tem descortinado à população brasileira dia após dia. Os meandros da relação promíscua entre empresários e a classe política demonstra uma teia de corrupção nunca antes desvelada – embora imaginada –, com a verdadeira entrega do poder de legislar para satisfação dos interesses escusos dos ocupantes de cargos eletivos.

exercício dos direitos e dos deveres – estimulando a formação e a atuação eficiente de Conselhos Sociais, realizando audiências e consultas públicas, induzindo a formulação de políticas públicas, exigindo transparência do poder público e controlando a execução orçamentária – seja investigando e buscando a responsabilização daqueles que se beneficiam da corrupção, mas que não raro ficam impunes (aliás, dados do Departamento Penitenciário Nacional, de maio de 2013, afirmam que menos de 1% da população carcerária brasileira cumpre pena por crimes contra a Administração Pública). (CAMBI, 2014, p. 15-16).

Passemos, então, à análise dos dispositivos legais que se referem ao Ministério Público no bojo da Lei Anticorrupção, cotejando-os com os demais diplomas que regulamentam a atuação extrajudicial e judicial dos membros do *parquet*.

3.1. O Ministério Público e o processo administrativo

Verificados indícios da prática de um ato de corrupção previsto no art. 5.º da Lei n. 12.846/2013, deve a autoridade máxima do órgão ou entidade pública e, na esfera federal, a Corregedoria-Geral da União (CGU), instaurar processo administrativo para a apuração de responsabilidade da pessoa jurídica, agindo de ofício ou mediante provocação (art. 8º, Lei n. 12.846/2013).

A Lei Anticorrupção traz em seu bojo normas específicas do processo administrativo federal para a apuração de atos de corrupção, relevando encarecer, apesar de óbvia, a necessidade em todas as esferas de um processo administrativo que garanta efetivo contraditório e ampla defesa às pessoas jurídicas investigadas, conforme o devido processo legal.

No curso do processo administrativo, a Lei Anticorrupção autorizou a celebração de acordo de leniência entre a autoridade máxima e a pessoa jurídica investigada sem prever,

como regra, nem a participação e nem sequer a ciência do Ministério Público acerca da negociação.

Findo o processo administrativo, a autoridade máxima da pessoa do órgão ou entidade proferirá decisão administrativa que, se condenatória, poderá redundar na pena de multa ou de publicação extraordinária da decisão a ser aplicada isolada ou conjuntamente (art. 6º, § 1º, da Lei n. 12.846/2013).

Na hipótese de o órgão ou entidade verificar abuso de direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei ou para provocar confusão patrimonial, o art. 14 da Lei n. 12.846/2013 autoriza que a autoridade administrativa, em decisão fundamentada e garantido o contraditório e ampla defesa, desconsidere a personalidade jurídica da infratora para estender todos os efeitos das sanções aos seus administradores e sócios com poderes de administração.

A disciplina legal inova no ordenamento jurídico brasileiro ao prever a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, sujeita a decisão judicial em outras hipóteses¹², pela própria autoridade administrativa que aplicou a sanção à pessoa jurídica.

O cabimento da desconsideração da personalidade jurídica não se restringe à confusão patrimonial, hipótese em que o instituto é utilizado como forma de garantia de lastro patrimonial para adimplemento da sanção pecuniária aplicada, mas também pela prática de atos que facilitem, encubram ou dissimulem a prática de atos de corrupção, sancionando, assim, práticas que embarquem, de algum modo, as investigações.

12 A desconsideração da personalidade jurídica pela via administrativa, antes do advento da Lei n. 12.846/2013, apesar de admitida por alguns, gerava controvérsia entre os doutrinadores. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já a reconheceu como válida (BRASIL, 2003, p. 262).

O contraditório e a ampla defesa mencionados no art. 14 da Lei n. 10.846/2013 se referem à possibilidade de extensão da responsabilidade, especialmente para aferir se estão presentes os requisitos legais para a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

Entretanto, ainda que presentes os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica mencionados no art. 14 da Lei n. 12.846/2013, é preciso lembrar que a responsabilização da pessoa jurídica observará o regime da responsabilidade objetiva, ao passo que a mesma lei condiciona a aplicação de penalidades a pessoas físicas à “medida de sua culpabilidade” (art. 3º, § 2º, da Lei n. 12.846/2013). Assim, parece incompatível estender as sanções da pessoa jurídica, fixadas sem aferição de culpa, às pessoas físicas, pois estas estariam sendo responsabilizadas, por vias transversas, também objetivamente por atos de corrupção.

Em relação à participação do Ministério Público no processo administrativo, o art. 15 da lei traz uma única previsão, a de que “a comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, depois da conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.” (BRASIL, 2013).

Além de apurar delitos, o Ministério Público poderá, por óbvio, utilizar-se da documentação compartilhada para instruir inquéritos civis públicos instaurados para subsidiar o ajuizamento de ações civis públicas para aplicação das penalidades judiciais e, ainda, responsabilização de agentes públicos por eventuais atos de improbidade administrativa.

A ausência de menção ao Ministério Público no curso do processo administrativo, no entanto, não impede – ao contrário, recomenda – que o membro do *parquet* seja cientificado não

apenas da conclusão, mas da própria instauração do processo administrativo, o que permite maior efetividade e profundidade das investigações, pelo compartilhamento de informações entre órgãos incumbidos de combater a corrupção.

A propósito, salienta Cambi:

Aliás, para que se evite a renovação da produção de provas, agilizando as investigações, a comissão processante não precisa comunicar o Ministério Público apenas após a conclusão do processo administrativo. Deve, a exemplo do que ocorre no artigo 15 da Lei de Improbidade Administrativa, comunicar o Ministério Público quanto a mera instauração do processo administrativo, para possibilitar que os membros do Ministério Público possam acompanhar a produção das provas no âmbito da administração. Isto poderá evitar omissões no processo administrativo, além de tornar mais ágil a apuração de delitos, atos de improbidade administrativa e até outros atos ilícitos conexos com os praticados pelos dirigentes ou administradores de pessoas jurídicas (CAMBI, 2014, p. 31).

Aliás, a Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015, havia alterado a redação do art. 15 da Lei n. 12.846/2013 justamente para prever que ao Ministério Público deveria ser dado conhecimento da instauração – e não da conclusão – do processo administrativo. Porém, o r. ato normativo perdeu sua eficácia por ausência de conversão em lei, o que em nada prejudica a possibilidade de notificação do Ministério Público desde o início, saliente-se.

A omissão da autoridade na promoção da responsabilidade administrativa autoriza que o Ministério Público postule em juízo a aplicação não apenas das sanções do art. 19 da Lei n. 12.846/2013, mas também as penalidades administrativas do art. 6º da mesma lei, conforme estabelece o art. 20.

A Lei Anticorrupção não caracteriza o momento a partir do qual determinada autoridade pode ser considerada omissa para fins de permitir ao Ministério Público ingressar com ações civis públicas postulando, inclusive, a aplicação das sanções administrativas.

Via de regra, afigura-se recomendável ao membro do Ministério Público, antes de postular a aplicação das sanções administrativas em juízo, que oficie a autoridade administrativa para ciência e adoção de providências, já que se trata da autoridade primariamente competente, o que pode ser excepcionado, por exemplo, na hipótese de prescrição iminente.

Persistindo a omissão depois do escoamento de prazo razoável, abre-se a via judicial, na forma do art. 20 da Lei n. 12.846/2013, ao que se soma ser possível apurar eventual ato de improbidade da autoridade responsável por ofensa aos princípios da administração pública, já que terá permanecido inerte, ferindo o seu dever-poder de agir.

A possibilidade de o Ministério Público ingressar em juízo postulando a complementação da penalidade administrativa, com base no art. 20 da Lei Anticorrupção, decerto gerará controvérsias. Estaria o membro do *parquet* autorizado, por exemplo, a ingressar em juízo para pedir o aumento do valor da multa aplicada ou a publicação da decisão administrativa que não tenha sido determinada?

A Lei n. 12.846/2013 estabelece em seu art. 7º os parâmetros a que a administração pública deve obedecer no momento de aplicar as penalidades administrativas. A desconsideração de tais parâmetros pela autoridade responsável por aplicar a penalidade resulta em ofensa ao princípio da legalidade, donde se afigura viável o pedido ministerial para complementação ou mesmo anulação da decisão administrativa.

Por fim, a efetiva aplicação da Lei Anticorrupção no Brasil pelos órgãos administrativos, num país de tamanho continental e composto por mais de cinco mil municípios, certamente se realizará de forma díspare, variando conforme a estrutura e recursos investidos em capacitação de pessoal com conhecimento técnico para instruir e processar esta nova forma de controle exercido pela administração pública.

3.2. O Ministério Público e o acordo de leniência

3.2.1. O acordo de leniência na Lei n. 12.846/2013

A Lei Anticorrupção prevê a possibilidade de a autoridade máxima da entidade ou órgão administrativo celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção (art. 16, Lei n. 12.846/2013) ou mesmo diante da prática de ilícitos previstos na Lei n. 8.666/1993 (art. 17, Lei n. 12.846/2013).

Além dessas duas hipóteses, a legislação brasileira prevê possível celebração de acordo de leniência pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com pessoas físicas ou jurídicas autoras de infrações contra a ordem econômica, consoante art. 86 da Lei n. 12.529/2011.

Restringindo o objeto das considerações ao acordo de leniência previsto no art. 16 da Lei n. 12.846/2013, impende registrar que a novel legislação, de forma bastante incipiente¹³, trouxe alguns contornos do instituto a ser utilizado como mecanismo no combate à corrupção.

13 A controversa Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015, havia alterado a redação dos arts. 16 e 17 da Lei n. 12.846/2013, mas não foi convertida em lei por haver perdido a sua eficácia em 29 de maio de 2016, na forma do art. 62, § 3º, da Constituição da República de 1988.

O acordo de leniência, segundo a Lei Anticorrupção, poderá ser celebrado com pessoas jurídicas que se beneficiaram de atos de corrupção, desde que resultem em identificação, quando houver, dos demais envolvidos na infração, e em obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16, I e II, da Lei n. 12.846/2013).

O § 1º do art. 16 prevê os requisitos exigidos para a celebração do acordo que, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo, tem como benefícios a isenção da sanção administrativa de publicação extraordinária da decisão, a redução da multa aplicável no patamar de até dois terços, e isenção da sanção judicial de proibir receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

A disciplina legal é insatisfatória, pois não prevê acordo em relação a todas as sanções judiciais, resumindo-se àquelas estabelecidas no art. 19, inciso IV, da Lei n. 12.846/2013.

Quanto aos termos do acordo, nem sequer a ciência do Ministério Público é prevista na r. lei, o que reduz a possibilidade de tal instituto lograr larga efetividade caso se opte por uma aplicação isolada do art. 16 da Lei n. 12.846/2013.

Ademais, o Poder Judiciário, ao contrário da colaboração premiada, não homologa os termos do acordo de leniência, o que, se ocorresse, ampliaria a sua efetividade, por ter a pessoa jurídica maior confiança nos termos em que o acordo foi celebrado.

Na redação dada pela MP n. 703/2015, o art. 16 da Lei n. 12.846/2013 possibilitava a celebração do acordo de leniência com o Ministério Público e a advocacia pública, ao passo que em seus §§ 11 e 12 a Lei Anticorrupção passou a prever que

os entes celebrantes (órgão administrativo e, se presentes, a advocacia pública e o Ministério Público) não poderiam ajuizar ou prosseguir com a responsabilização judicial prevista no art. 19 da Lei n. 12.846/2013, com a ação de improbidade administrativa e, ainda, outras ações de natureza civil.

Somada às deficiências relativas aos contornos do instituto, a disciplina do acordo de leniência prevista na Lei n. 12.846/2013 não oferece a segurança necessária às pessoas jurídicas interessadas em se enveredar pela via negocial.

A propósito, ponderam Fortini e Faria:

A previsão de benesses pode ser insuficiente para que as entidades postulem e celebrem, em número representativo, o acordo de leniência. Para além de reduzir ou afastar penas, as entidades anseiam por sedimentar as discussões sobre os atos a elas atribuídos. Expor-se sem convicção jurídica de que novas frentes de batalha não se abrirão ou que as existentes serão ajustadas pode não ser a solução mais adequada. (FORTINI; FARIA, 2016, p. 57).

Para se alcançar um patamar seguro e efetivo à celebração do acordo de leniência, defende-se, pois, uma interpenetração dos diplomas legais que compõem o microsistema de combate à corrupção.

3.2.2. O microsistema de combate à corrupção e os reflexos no acordo de leniência

A análise do papel relegado ao Ministério Público no âmbito do acordo de leniência deve ser feita sob o influxo do microsistema de combate à corrupção integrado por diversos diplomas legais, entre os quais a Lei Anticorrupção, a Lei n. 8.492/1993 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei n. 12.529/2011 (Lei do Cade) e a Lei n. 12.850/2013.

A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal já reconheceu a validade de acordo de leniência celebrado diretamente por membros do Ministério Público Federal (Inquérito Civil n. 1.30.001.001111/2014-42), assentando-se justamente na necessidade de “dar congruência ao microsistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa”.

Com efeito, busca-se a harmonização da disciplina legal advinda das diversas normas que compõem o r. microsistema, sob pena de consagração de antinomias insuperáveis que redundarão na ausência de uso efetivo de mecanismos premiais previstos na legislação.

Apenas a título de exemplo, qual o interesse de determinada pessoa jurídica em celebrar acordo de leniência ao confessar práticas ilícitas realizadas por seus diretores e demais prepostos se a estes não for estendida a possibilidade de concessão de prêmios? Do mesmo modo, como poderia o Estado se valer de informações e provas angariadas pelo oferecimento de benefícios premiais aos diretores, com a confissão de fatos criminosos, e, ao mesmo tempo, negar efeitos jurídicos de tais declarações à pessoa jurídica? E, ainda, de que adiantaria a celebração de acordos de colaboração premiada com pessoas físicas se, de outro lado, estes acordos não pudessem abarcar as sanções, pelo mesmo fato, previstas na Lei de Improbidade Administrativa?

Essas singelas questões demonstram a necessidade de uniformização e diálogo entre os regimes premiais previstos na legislação brasileira, especialmente diante da unidade ontológica do ilícito praticado. Se o fato ilícito é o mesmo, variando as sanções com o ramo do direito pertinente, é mister uma concatenação lógica das normas do microsistema de combate à corrupção que, com engenho e arte, vem sendo cunhada por tribunais e membros do Ministério Público brasileiro.

Sob tal enfoque, destacam-se quatro pontos.

O primeiro ponto consiste justamente no reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a celebração direta de acordos de leniência.

O Ministério Público Federal, no âmbito da Operação Lava-Jato, tem celebrado diretamente acordos de leniência com empresas envolvidas em atos de corrupção cujas cifras são bilionárias, conforme tem sido amplamente noticiado no sítio eletrônico do próprio *parquet* federal.

Tal circunstância poderia, em um primeiro momento, suscitar questionamentos diante da ausência de menção expressa ao Ministério Público como órgão legitimado a celebrar acordos de leniência. Contudo, nada impede que o Ministério Público os celebre diretamente caso se interprete o sistema de responsabilização das pessoas jurídicas de forma sistemática e teleológica e se recorra à teoria dos poderes implícitos outrora utilizada como um dos fundamentos para se reconhecer o poder investigatório do Ministério Público.

Com efeito, tendo o Ministério Público legitimidade para postular a aplicação de penalidades judiciais e, em caso de omissão, administrativas, ao que se soma ser o órgão responsável pela persecução penal dos mesmos fatos, nada mais natural e implícito que, tal como ocorre na colaboração premiada, possa ele se valer de mecanismos premiaiais, devidamente previstos em lei, para esclarecer fatos e atingir pessoas jurídicas e físicas ainda não investigadas, ou mesmo para angariar provas dos ilícitos em apuração.

Ademais, se as sanções penais podem ser transacionadas pelo Ministério Público e, consabido, o Direito Penal tem como função a tutela dos bens mais relevantes da sociedade,

nada mais lógico que reconhecer ao *parquet* legitimidade para transacionar com sanções não penais cuja persecução judicial também lhe incumbe.

Nas hipóteses em que não seja o Ministério Público o órgão responsável por celebrar diretamente o acordo de leniência, sua ciência e fiscalização se afiguram indispensáveis para a própria celebração do acordo de leniência.

Portanto, é possível a celebração dos acordos de leniência diretamente pelo Ministério Público e, nos demais casos, o *parquet* deve ser cientificado da celebração para exercício da sua função de fiscal da ordem jurídica.

Um segundo ponto levantado para se alcançar efetividade nos acordos de leniência celebrados com base na Lei Anticorrupção consiste no reconhecimento da possibilidade de inclusão de pessoas físicas interessadas em aderir ao acordo, com os efeitos penais pertinentes, diante do regime relegado ao mesmo instituto pela Lei n. 12.259/2011.

Tal circunstância, inclusive, foi utilizada pelos integrantes da Operação Lava-Jato na celebração de acordos com grandes empreiteiras nacionais, que foram posteriormente homologados pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba.

O argumento utilizado também é sistemático. Se o acordo de leniência previsto na Lei n. 12.259/2011 (Lei do Cade) expressa a possibilidade de inclusão de pessoas físicas, nada mais lógico, em prol da congruência do sistema premial, que também os acordos de leniência da Lei Anticorrupção possam contemplar pessoas físicas.

O juiz federal Sérgio Fernando Moro, no bojo da Petição n. 5020175-34.2017.4.04.7000/PR, reconheceu a validade

de efeitos penais de acordo de leniência baseado na Lei n. 12.846/2013, com previsão de benefício de imunidade a ações penais e cíveis de pessoas físicas de menor escalão que a ele aderirem, por ser aplicável por analogia *in bonan parte* o art. 86, § 2º e § 6º da Lei n. 12.529/2011, quanto ao acordo de leniência praticado no âmbito de crimes contra a concorrência.

Um terceiro ponto reside na vedação contida no art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992, que merece temperamentos decorrentes do advento de diplomas que compõem o microsistema de combate à corrupção.

O art. 12 da Lei n. 8.429/1992 prevê como sanções a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, perda da função pública, pagamento de multa civil, proibição de contratar ou receber benefícios com o poder público e a suspensão dos direitos políticos.

A celebração de acordos de leniência e de acordos de colaboração premiada que ignore a possibilidade de essas sanções serem posteriormente aplicadas em ações de improbidade administrativa feriria de morte a efetividade de tais institutos.

A MP n. 703/2015, não convertida em lei, havia revogado o dispositivo que conferiria maior harmonização e efetividade ao microsistema. Perdida a sua eficácia, o mencionado dispositivo encontra-se, ao menos por ausência de revogação expressa, em vigor.

Se os mesmos fatos, em caso de repercussão penal, admitem a celebração de acordos de colaboração premiada com os infratores, oportunidade em que a Lei n. 12.850/2013 admite imunidade à ação penal (art. 4º, § 4º), bem como o perdão judicial, redução da pena ou substituição por pena restritiva de direitos (art. 4º, *caput*), as sanções civis também devem

admitir a aplicação de sanções premiaias, forte na já mencionada unidade ontológica do ilícito.

É incongruente que se possam transacionar questões relativas à liberdade do indivíduo que tenha praticado um fato delituoso e, ao mesmo tempo, as consequências civis desse fato sejam infensas a tais medidas.

Na mesma linha, já se manifestou Nicolao Dino:

Ora, em se tratando de um microssistema anticorrupção, do qual é parte integrante a Lei 8.429/92, é fundamental garantir-lhe coerência e funcionalidade, com a extensão daquelas disposições ao campo da responsabilização por improbidade administrativa.

[...]

Deve-se remover a aparente contradição com o disposto no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, por meio do emprego daquilo que BOBBIO denomina de interpretação corretiva. Sim, pois não podem conviver harmonicamente disposições que, de um lado, vão permitir o uso da colaboração premiada ou do acordo de leniência e, de outro, uma previsão legal que (aparentemente) os proíbe.

Para superar a aparente incompatibilidade, é importante repisar a *ratio* do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92. A finalidade dessa regra, como acima enfatizado, é evitar que haja livre e indevida disposição da ação, em prejuízo à tutela do dever de probidade administrativa. Ao revés, a busca da colaboração dos investigados/réus infratores, em troca de benefícios quanto a sanções, não implica em abdicar da tutela da probidade, mas sim de alcançá-la de modo mais eficiente. Confere-se, por essa via, maior efetividade ao regramento normativo e aos mecanismos de controle da improbidade, com a possibilidade de estender a atuação repressiva do Estado a escalões e estruturas de poder – político ou econômico – outrora considerados intangíveis, se não houvesse a cooperação de outros envolvidos. (DINO, 2015, p. 458-459).

Além disso, o art. 3º da Lei n. 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação, admite expressamente a mediação “sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Ao tratar de mediação extrajudicial de conflitos que envolvam entes da administração pública, o legislador previu que 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” (art. 36, § 4º, Lei n. 13.140/2015).

Ora, se a lei admite a mediação inclusive sobre direitos indisponíveis que admitem transação, ao que se soma ser possível a conciliação extrajudicial relativa a fatos discutidos em ação de improbidade administrativa, por óbvio a celebração de acordos que versem sobre esses fatos – acordos de colaboração premiada ou acordos de leniência – também deve ser admitida.

A juíza Giovanna Mayer, da 5ª Vara Federal de Curitiba, em caso ligado à Operação Lava-Jato (Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa n. 5006717-18.2015.4.04.7000/PR), admitiu o acordo celebrado entre o Ministério Público e parte dos agentes públicos processados, consignando que o art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992 deve ser interpretado com temperamentos:

O art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92 veda a ‘transação, acordo ou conciliação’ nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos Ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada.

Isso porque, se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da

ação de improbidade administrativo, no caso, o MPF pleiteie a aplicação de recurso semelhante na esfera cível.

Cabe lembrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.249/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais.

Portanto, os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa. (BRASIL, 2015).

O quarto ponto a destacar reside na submissão de acordos de leniência do Ministério Público aos órgãos de controle interno e ao Poder Judiciário de modo a garantir maior segurança aos pretendentes em se enveredar pela via negocial.

A prática que vem sendo adotada pelo Ministério Público Federal, e que se entende deva ser replicada no âmbito dos órgãos estaduais, ou seja, submissão dos acordos de leniência celebrados aos órgãos colegiados de controle e ao Poder Judiciário, com produção de efeitos apenas depois da devida homologação, contribuem para uma maior confiança das pessoas jurídicas e físicas interessadas na celebração dos acordos de leniência e, por certo, podem resultar em maior efetividade do instituto.

Em que pese as observações que possam ser extraídas do regime jurídico vigente no microssistema de combate à corrupção, o que se defende, *de lege ferenda*, é que o regime do acordo de leniência deve ser mais bem sistematizado pelo legislador, com o reconhecimento expresso da legitimidade autônoma do Ministério Público quando houver repercussão criminal, e a necessidade de sua intervenção obrigatória nos demais casos. Some-se a isso uma melhor regulamentação da amplitude do acordo a fim de abranger todas as sanções judiciais e estender os benefícios de sua celebração a outras

esferas cíveis, como a ação de improbidade e as demandas de reparação civil. Outrossim, a previsão de homologação do acordo de leniência pelos órgãos de controle e Poder Judiciário certamente contribuirá para que as pessoas jurídicas e físicas interessadas em aderir à solução negociada tenham uma maior confiança na sua legalidade e validade.

Registre-se, a propósito, a tramitação na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei n. 5208/2016, que altera a Lei n. 12.846/2013 e a Lei n. 8.429/1992, conferindo maior congruência ao microssistema de combate à corrupção.

Entre outras alterações, o projeto de lei modifica o art. 16 da Lei n. 12.846/2013 para prever a legitimidade da Advocacia Pública e do Ministério Público em acordos de leniência, isolada ou cumulativamente, reconhecendo a função de *custos legis* do Ministério Público nas hipóteses em que ele não celebrar o acordo. Há, ainda, reconhecimento de legitimidade exclusiva do Ministério Público para celebrar acordo de leniência quando houver investigação criminal em andamento (art. 16, § 15). Outrossim, prevê a homologação dos acordos pelo Poder Judiciário (art. 16, §§ 4º e 11), os efeitos do acordo de leniência na ação de improbidade (art. 16, § 11; art. 30, parágrafo único), bem como a possibilidade de o acordo de leniência impor, alternativamente às sanções do art. 19, II a V, a sanção de multa, quando a colaboração for considerada útil para investigações criminais (art. 19-B).

Em relação à Lei n. 8.429/1992, o r. projeto de lei altera a redação do art. 17, § 1º, para admitir a transação, acordo e conciliação quando for celebrado acordo de leniência com as pessoas físicas ou jurídicas, para, em seguida, introduzir o art. 17-A do r. diploma legal, que regulamenta o acordo de leniência no âmbito da ação de improbidade.

A iniciativa é digna de encômios. Contudo, enquanto não houver sido aprovado o projeto de lei, a interpretação aqui

defendida garante efetividade ao instituto do acordo de leniência bem como a segurança jurídica que dele se espera.

3.3. O Ministério Público e as penalidades judiciais

Além de prever a responsabilidade administrativa, a Lei Anticorrupção também estabelece a responsabilidade judicial das pessoas jurídicas que se beneficiaram de atos de corrupção, tratando-as de forma independente (art. 18 da Lei n. 12.846/2013).

A Lei Anticorrupção fixa entre as penalidades judiciais (art. 19) o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; a dissolução compulsória da pessoa jurídica; e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas, ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Trata-se de penalidades de acentuada gravidade que podem ser impostas a pessoas jurídicas beneficiadas com atos de corrupção, cuja aplicação é de competência exclusiva do Poder Judiciário, depois da devida provocação pelos órgãos legitimados.

O art. 19, *caput*, da Lei n. 12.846/2013 legitima a propositura de demandas cujo objeto seja a aplicação das penalidades judiciais os entes federados por meio de seus órgãos de representação e o Ministério Público.

Além das penalidades judiciais, o Ministério Público possui legitimidade ativa exclusiva para postular a aplicação das penalidades administrativas na hipótese de ter sido constatada a omissão da autoridade competente (art. 20 da Lei n. 12.846/2013).

A Lei Anticorrupção prevê, ainda, a possibilidade de os órgãos legitimados postularem a indisponibilidade de bens, direitos e valores necessários ao pagamento da multa e à reparação integral do dano (art. 19, § 4º).

A demanda deve seguir o rito da Lei n. 7.347/1985 (art. 21 da Lei n. 12.846/2013), ou seja, da ação civil pública. Consoante doutrina especializada, a LACP se insere dentro do denominado microsistema processual coletivo, por meio do qual os diplomas que tutelam os direitos difusos e coletivos se comunicam em verdadeiro diálogo das fontes.

A Lei n. 7.347/1985 prevê o termo de ajustamento de conduta como um mecanismo de tutela extrajudicial dos direitos difusos e coletivos. Ademais, o Ministério Público poderá se valer de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela do direito difuso envolvido, por incidência do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, consoante alerta Cambi:

Por força do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, aplicável aos atos da Lei 12.846/2003, nos termos do artigo 21, o Ministério Público poderá ajuizar todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela do patrimônio público. Nesse sentido, por exemplo, se a autoridade administrativa não tiver suspenso administrativamente os efeitos do ato objeto de investigação (art. 10, par. 2.º, da Lei 12.846/2013) ou com a intervenção judicial, caberá ao Ministério Público ajuizar ação cautelar para suprir tal omissão, até o ingresso da ação civil pública ou tomar as medidas de urgência, junto ou no curso desta ação, a fim de que a pessoa jurídica não continue a se beneficiar com os atos contrários à Administração Pública. (CAMBI, 2014, p. 40).

Quando o Ministério Público não tiver ajuizado a ação civil pública, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade do processo (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985).

O Ministério Público, como um dos legitimados à propositura da ação civil pública voltada à aplicação das penalidades previstas no art. 19 da Lei n. 12.846/2013, exercerá importante papel no combate à corrupção, sendo um dos órgãos responsáveis a provocar o Poder Judiciário para punir pessoas jurídicas que se tenham beneficiado com atos de corrupção.

4. Conclusão

A prevenção e o combate à corrupção representam um dos maiores desafios da sociedade contemporânea, notadamente em países com cultura permissiva como o Brasil¹⁴, ao que se soma as dificuldades inerentes à clandestinidade que tais atos, via de regra, assumem.

Trata-se de desafio global, cabendo aos países desenvolver cada vez mais mecanismos que fortaleçam a prevenção e o combate à corrupção.

O microsistema de combate à corrupção no Brasil foi incrementado com o advento da Lei n. 12.846/2013, que, ao conferir eficácia exógena ao princípio da moralidade administrativa, passou a prever penalidades às pessoas jurídicas que mantenham vínculos com órgãos públicos que de algum modo se tenham beneficiado de atos corruptos.

Trata-se de diploma que possui deficiências que demandarão aprimoramentos legislativos, mas que, sem dúvida, representa grande avanço na legislação pátria, funcionando como mais um mecanismo para o combate à corrupção que grassa na sociedade.

¹⁴ Registre-se, a título de exemplo que ganhou destaque nacional, quando um ministro de Estado pressionou outro ministro de Estado a rever uma decisão do IPHAN Nacional que havia embargado a obra de um prédio de luxo no qual ele tinha adquirido uma unidade. Nesse episódio de permissividade que perpassa a sociedade, os líderes da base governista na Câmara dos Deputados fizeram um manifesto de apoio ao ministro de Estado que pressionou o colega e o entregaram ao Palácio do Planalto. (AMARAL, 2016).

A ciência e a participação efetiva do Ministério Público nos processos de aplicação das penalidades administrativas e judiciais afiguram-se indispensáveis e, certamente, conferirão a segurança jurídica necessária para que o diploma ganhe a efetividade almejada.

5. Referências

AMARAL, Luciana. Líderes da base entregam manifesto de apoio a Geddel. *Globo G1*, 22 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/lideres-da-base-entregam-geddel-manifesto-de-apoio.html>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BATISTI, Beatriz Miranda. Fundamentos teóricos da responsabilidade empresarial objetiva por ato de corrupção nos termos da Lei 12.846/2013. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 1., 2015, Belo Horizonte. *Publicações...* Belo Horizonte: UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015. p. 189-207. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5.208, de 10 de maio de 2016. Altera a Lei n. 12.846, de 1.º de agosto de 2013, e a Lei n. 8.429, de 2 de julho de 1992, para dispor sobre condições para celebração de acordos de leniência com pessoas físicas e pessoas jurídicas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083754>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Justiça Federal do Paraná. Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa n. 5006717-18.2015.4.04.7000/PR, 5ª Vara, Juíza Giovanna Mayer. *DJ*, 17 nov. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/decisao-improbidade-lava-jato.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Justiça Federal do Paraná. Petição n. 5020175-34.2017.4.04.7000/PR, 13^a Vara, Juiz Sérgio Fernando Moro. *DJ*, 22 maio 2017. Disponível em: <<http://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/homologacao-acordo-odebrecht.pdf>> Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Lava-Jato*: força-tarefa do MPF e CADE celebram acordo de leniência com Camargo Corrêa, 2015. Disponível em: <<http://www.prpr.mpf.mp.br/news/lava-jato-forca-tarefa-do-mpf-e-cade-celebram-acordo-de-leniencia-com-camargo-correa>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. *MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem,2016>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Acordo de leniência*: força-tarefa Greenfield e procuradores do MPF fecham acordo com J&F, 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/acordo-de-leniencia-forca-tarefa-greenfield-e-procuradores-do-mpf-fecham-acordo-com-jf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. IC 1.30.001.001111/2014-42, 5.^a Câmara de Coordenação e Revisão, Rel.: Mônica Nicida Garcia, Brasília, DF, 1^o de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.166/BA, Rel.: Min. Castro Meira, Segunda Turma, Brasília, DF, 7 de agosto de 2003. *DJ*, p. 262, 8 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=15166&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 maio 2017.

CAMBI, Eduardo. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/13. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 4, p. 11-43, 2014.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei 12.846/2013. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 2, n.1, p. 160-185, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: lei 12.846/13*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronald de Pinheiro (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 439-460.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira. In NASCIMENTO, Melillo Dinis do Nascimento (Org.). *Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29-57

FORTINI, Cristiana. *Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA)*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norte-americano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

FORTINI, Cristiana; FARIA, Edmur Ferreira de. Os contornos do acordo de leniência após a medida provisória n. 703/15: promessa de sucesso ou cenário de incertezas. *Revista Duc In Altum*, Cadernos de Direito, Recife, v. 8, n. 14, p. 35-60, jan-abr. 2016.

FÓRUM MUNDIAL ECONÔMICO. *Ethics and corruption*, 2017-2018. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index/competitiveness-rankings/#series=G-CIA.01.01.02>> Acesso em: 25 abr. 2017.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

GARCIA, Emerson. Aspectos da nova lei anticorrupção. *MPMG Jurídico: em defesa do patrimônio público*, Belo Horizonte, p. 8-16, 2014.

GARCIA, Mônica Nicida. Três Convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKU, Maurício; ADRI, Renta Porto (Coord). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 271-285.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696ee-b89f0fbf3c1597.pdf>> Acesso em: 17 maio 2017

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. A “nova” lei anticorrupção brasileira (Lei Federal n. 12.846). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, n. 82, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=82&artigo=1110&l=pt>>. Acesso em: 15 maio 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 09-20, fev. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 28, p. 1-21, nov.2011-jan.2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKU, Maurício; ADRI, Renta Porto (Coord). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 15-35.

PIMENTEL, Isabella Arruda. *A corrupção no Brasil e a atuação do Ministério Público*. 2014. Dissertação (Mestrado) -Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 103, v. 947, p. 281-294, set. 2014.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://www.transparency.org/country/#BRA>> Acesso em: 25 abr. 2017.

Artigo recebido em: 29/08/2017.

Artigo aprovado em: 26/09/2017.

DOI: 10.5935/1809-8487.20170010

213 - 242

Artigo

**MARCO CIVIL DA INTERNET
E RESPONSABILIDADE DOS
PROVEDORES DE SERVIÇOS**

RIANY ALVES FREITAS

MARCO CIVIL DA INTERNET E RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS

BRAZILIAN CIVIL RIGHTS FRAMEWORK FOR THE INTERNET AND
CIVIL LIABILITY OF SERVICE PROVIDERS

RIANY ALVES FREITAS

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

riany.alves@gmail.com

RESUMO: Este trabalho procurou demonstrar alguns problemas relacionados à imaturidade da norma regulamentadora da Internet, o que provoca instabilidade jurídica no que tange a esta esfera de atuação. Em seguida, foi feita breve abordagem sobre a evolução histórica da liberdade de expressão e comunicação no Brasil. Posteriormente, apresentou-se o entendimento sobre a atribuição de responsabilidade civil e penal aos provedores de serviços de internet. Em seguida, demonstrou-se algumas considerações acerca da proposta legislativa e desdobramento da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, “Marco Civil da Internet”, que objetiva disciplinar o ambiente virtual, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas.

PALAVRAS-CHAVE: Internet; marco civil; liberdade de expressão; responsabilidade civil; provedores de serviços.

ABSTRACT: This study sought to demonstrate some problems related to the immaturity of the Internet regulatory rule, which cause legal instability with respect to this sphere of activity. It was then made brief overview on the history of freedom of speech and communication in Brazil. Subsequently, the understanding was presented by some authors on the allocation of civil and criminal liability to Internet service providers. Then showed some considerations about the legislative proposal and its unfolding - Law 12.965, of april 23, 2014, “Brazilian Civil Rights Framework for the Internet” - that disciplinary objective the virtual environment through technical measures compatible with international standards and by encouraging the use of best practices.

KEY WORDS: Internet; brazilian civil rights framework for the Internet; freedom of speech; civil liability; service providers.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Instabilidade jurídica. 3. Contexto histórico da liberdade de expressão. 4. Provedor de serviços de internet. 5. Responsabilidade civil do provedor de serviços de internet. 6. Produção legislativa. 7. Marco civil. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. Introdução

Este trabalho tem por objetivo demonstrar como a falta de regulamentação legal do uso da internet vinha gerando instabilidade jurídica, que se refletiu na existência de julgados conflitantes, a exigir maior intervenção estatal neste ambiente, como a edição de norma, que resultou na Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet. Grande discussão tem sido travada a respeito da necessidade de novas leis que disciplinarão o uso e responsabilidades na internet.

A ideia inicial da pesquisa nasceu do exercício das atividades da autora junto à Promotoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos, órgão especializado no Ministério Público de Minas Gerais, criado em junho de 2008 com o intuito de prevenir e investigar crimes praticados por meio da internet, que vêm crescendo a cada dia. Percebeu-se que a falta de regulamentação favorece o uso da rede para a prática de crimes, o que põe em risco os seus usuários.

A internet hoje é vista como instrumento essencial de disseminação de informação na sociedade e de interação social, causando impacto no modo de agir das pessoas e tendo grande influência na formação de opinião, inclusive em eleições e no futuro de países.

A internet é ferramenta essencial de trabalho e estudo de adultos, jovens e crianças e deve ser utilizada com consciência, a fim de se evitar a prática de crimes no ambiente virtual, que podem causar transtornos e danos materiais ou psicológicos às vítimas.

É fácil notar que o desenvolvimento tecnológico, a informatização, a difusão do acesso à internet e a popularização dos meios de comunicação em massa facilitaram consideravel-

mente a violação do direito à privacidade, porque tornaram acessíveis, através do acionamento de algumas poucas teclas, as informações de interesse privado, tornando-as públicas sem o devido consentimento.

O desenvolvimento da imprensa, e particularmente dos meios audiovisuais de comunicação de massa, por um lado, da informática, por outro, veio pôr em grave risco o direito de cada um não ver exposta a sua vida privada, e, mais, a sua vida íntima à indiscrição alheia. Inclusive a do Estado. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 293).

2. Instabilidade jurídica

A instabilidade jurídica gira em torno de dois problemas básicos enfrentados pelas autoridades na repressão a crimes praticados através do ambiente virtual. Neste aspecto, devemos nos ater a duas perguntas básicas: em que circunstâncias o provedor é o responsável por danos causados a terceiros por conteúdo ilícito publicado na internet? A solicitação de dados cadastrais pelas autoridades investigativas ao provedor de conteúdo deve ser prontamente atendida pelo provedor ou somente mediante autorização judicial?

Para entendermos melhor o problema da instabilidade jurídica, apresentamos abaixo dois julgados, um do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, outro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que, enquanto um condiciona a responsabilidade de conteúdo à sua culpa, outro, ao contrário, a diz objetiva.

TJMG: APELAÇÃO CÍVEL - SITE DE RELACIONAMENTOS NA INTERNET ('ORKUT') - CRIAÇÃO DE 'PERFIL' DE CONTEÚDO PEJORATIVO E DIFAMATÓRIO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - NÃO-IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO -

RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PROPRIETÁRIAS DO SÍTIO ELETRÔNICO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - TERMO INICIAL DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O MONTANTE INDENIZATÓRIO - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 54, DO STJ) - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VALOR ADEQUADO - DESNECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. Não se dispondo as proprietárias do site de relacionamentos a desenvolver uma ferramenta de controle verdadeiramente pronto e eficaz contra a prática de abusos, tampouco procedendo à identificação precisa do usuário que posta mensagem de conteúdo claro e patentemente ofensivo à honra e imagem de outrem, entendendo que elas assumem, integralmente, o ônus pela má utilização dos serviços que disponibilizam. Portanto, considero que as requeridas são, efetiva e solidariamente, responsáveis pelos prejuízos de ordem moral causados ao requerente, em decorrência da infausta postagem de perfil difamatório por usuário do 'Orkut', cuja precisa e necessária identificação não se dignaram a fazer. A indenização por danos morais deve alcançar valor tal, que sirva de exemplo para as rés, sendo ineficaz, para tal fim, o arbitramento de quantia excessivamente baixa ou simbólica, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida. A correção monetária da indenização por danos morais deverá se dar a partir da publicação da sentença em que foi arbitrada, posto que, até então, presume-se atual. A responsabilidade civil das requeridas tem natureza extracontratual, de forma que, nos termos da Súmula n. 54, do STJ, os juros moratórios incidirão, sobre o valor da indenização por danos morais, desde o evento danoso. Malgrado o zelo e a diligência adotados pelo patrono do requerente e a média complexidade da causa, não pode ser desconsiderado o curto período de duração do processo, já que, entre a distribuição (14.09.2007, f. 27-v) e a prolação da sentença de primeiro grau (24.04.2008, f. 152), transcorreram pouco mais de sete meses. Assim, tenho que a verba honorária fixada pelo douto julgador primevo, em 15% sobre o valor da condenação, está em consonância com os critérios contidos no §3º, do artigo 20, do CPC, mostrando-se suficiente, justo e razoável para remunerar condignamente o trabalho do ilustre causídico. (MINAS GERAIS, 2010).

Em sentido oposto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

Apelação cível. Ação de indenização. Publicação de página da Internet com conteúdo ofensivo à honra do autor. No caso concreto, não há prova de que a página efetivamente esteve hospedada no site do réu, que é provedor de serviço na Internet. Além disso, em contrato de hospedagem de página na Internet o provedor não interfere no seu conteúdo, salvo flagrante ilegalidade, sendo subjetiva a sua responsabilidade. Caberia ser notificado pelo lesado para retirar a página, sendo responsabilizado na hipótese de sua inércia. No caso concreto, tal hipótese não se configurou. Sentença reformada para julgar improcedente o pedido. Apelo do réu provido. Apelo do autor prejudicado. (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

A respeito da requisição direta dos dados cadastrais ao provedor, pela autoridade investigante, sem ordem judicial, tem-se percebido recusas ao cumprimento, sob o argumento de proteção ao direito de privacidade dos usuários, o que torna impossível o prosseguimento das investigações pelas autoridades policiais e pelos ministérios públicos.

Esse não é, porém, o melhor entendimento. Com efeito, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se posicionou sobre o assunto, proporcionando avanços no combate aos crimes praticados por meios eletrônicos em nosso país.

Assim, o fornecimento de dados cadastrais em poder do provedor de acesso à internet, que permitam a identificação de prováveis autores de infrações penais, não fere o direito à privacidade e o sigilo das comunicações, uma vez que dizem respeito à qualificação de pessoas, e não ao teor da mensagem enviada.

Em tais casos é possível que a autoridade policial determine diretamente ao provedor de acesso à internet o fornecimento de informações que permitam a identificação dos emittentes, haja vista essa previsão nas atribuições do Delegado de Polícia, por força do art. 6º do CPP. (MINAS GERAIS, 2005).

3. Contexto histórico da liberdade de expressão

A liberdade de expressão e a proteção à comunicação tiveram como marco inicial a cultura grega. De acordo com Farias (2004), os atenienses tinham orgulho da ampla liberdade de expressão e comunicação garantida pela politeia.¹

Na Inglaterra, em 1695, a liberdade de expressão e comunicação foi defendida quando o Parlamento britânico não reiterou, como consequência de discussões oriundas da Areopágica², o *Licensing Act*, que estabelecia a censura prévia.

Ainda em decorrência da luta pelo Estado Liberal, os Estados Unidos, em 1776, proclamaram na *Virginia Bill of Rights* de 1776, no art. 12, que a liberdade de imprensa é um dos baluartes da liberdade e jamais pode ser restringida, senão por um governo despótico, armado.

Na França, em 1789, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que pregava a livre manifestação do pensamento e das opiniões como um dos direitos mais preciosos do homem.

Outros marcos importantes em defesa da liberdade de ex-

1 Politeia (do grego antigo: Πολιτεία ou Πολίτευμα, transl. Politeía ou Políteuma) era originalmente um termo usado na Grécia Antiga para se referir às muitas cidades-estado (pólis) que possuíam uma assembleia de cidadãos como parte de seu processo político.

2 Discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra, publicada por Jonh Milton, em 1644.

pressão são a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto de San José da Costa Rica (1969).

A evolução histórica da liberdade de expressão, no Brasil, sofreu grave retrocesso no período da ditadura militar de 1964, época em que o Estado exercia o controle sobre os meios de comunicação através da censura.

Do ponto de vista do direito constitucional, censura significa todo procedimento do Poder Público visando a impedir a livre circulação de ideias contrárias aos interesses dos detentores do Poder Político. Vale dizer, o Estado estabelece previamente uma tábua de valores que deve ser seguida pela sociedade. Os censores oficiais aniquilam qualquer manifestação diferente da ideologia do Estado. (FARIAS, 2001).

Com o fim do regime de exceção e a conseqüente democratização do país, as liberdades se tornaram garantias constitucionais – inclusive a de expressão – que passaram a fazer parte do cotidiano do povo brasileiro.

Conforme podemos verificar nos dispositivos constitucionais, foram instituídos princípios norteadores para as emissoras de rádio e televisão, ao se dar então uma ampla proteção às liberdades de informação, de manifestação do pensamento e de criação, o que era previsível, uma vez que o país, na época da promulgação de sua Lei Magna, havia sofrido todo tipo de restrição à liberdade de expressão.

A nossa atual Constituição Federal regula a liberdade de expressão e informação nos arts. 5º e 220. As principais disposições normativas são:

Art. 5º. [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;

§2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988).

Apenas quem viveu o período ditatorial sabe o que significam restrições em demasia. Por isso é que a Constituição de 1988 optou por dispositivos mais brandos, mais liberais, que permitem que as pessoas se expressem, sem que sofram opressão pelo governo.

Destaque-se que algumas ressalvas e certos limites são necessários, uma vez que a liberdade sem limites tornaria impotente o Estado, ao qual se negaria possibilidade de intervenção mesmo diante do mais evidente abuso. Conseguiu-se

chegar ao meio-termo, ou seja, liberdade com certas restrições, de modo a permitir o acesso à informação e a livre expressão do pensamento, respeitadas, porém, a intimidade e a vida privada. Como exemplo de tais restrições, tem-se o inciso IV do art. 5º da Constituição Federal, que veda o anonimato. De acordo com Silva (2001, p. 248), o manifestante deve identificar-se e assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, se for o caso, responder por eventuais danos causados a terceiros.

Além disso, o art. 5º, inc. V, estabelece que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou material ou à imagem. Ademais, ao jornalista é assegurado o sigilo da fonte, de acordo com o art. 5º, inc. XIV, porém, responde ele pelos abusos e prejuízos causados à reputação ou à imagem do ofendido. O art. 5º, inc. X, estabelece serem invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.

Destarte, conquanto a Constituição Federal em vigor proíba qualquer forma de censura, o cidadão e especialmente os veículos de comunicação social, no exercício da liberdade de expressão e informação, não devem olvidar os direitos dos outros cidadãos ou ainda os direitos da coletividade, sob pena de ocorrer abuso da liberdade de expressão e informação. (FARIAS, 2001).

A Lei de Imprensa criada em 1967, no auge da ditadura militar, por possuir caráter autoritário que não condiz com as garantias constitucionais relativas à liberdade de expressão, foi declarada inconstitucional em 30 de abril de 2009, como já reclamava a sociedade civil.

Representantes das principais empresas jornalísticas do país e parlamentares defenderam a revogação definitiva da Lei

de Imprensa, em análise no Supremo Tribunal Federal. A necessidade de se abolir de vez o texto, instituído em 1967 pela ditadura militar, foi o principal tema da II Conferência Legislativa sobre Liberdade de Imprensa, promovida na Câmara pela Associação Nacional de Jornais (ANJ) e pela Unesco. (FRANCO, 2008).

No Brasil, o cidadão tem o livre direito de manifestar suas ideias na internet, desde que não haja incitação à violência, sendo que os conteúdos propagados na rede podem ser removidos por ordem judicial.

4. Provedor de serviços de internet

Provedor de serviços de internet, segundo Leonardi (2005), é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio dela. Existem como espécie do gênero provedor de serviços de internet várias categorias, como provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo.

Conforme Nota Conjunta de junho de 1995, do Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia, citado por Leonardi (2005), provedor de *backbone* é a pessoa jurídica que efetivamente detém as estruturas capazes de manipular grandes volumes de informações, constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade.

Não é recente a preocupação dos juristas brasileiros em estudar o mundo cibernético. Vasconcelos (2002), já mencionava o conceito de *backbone* em seus estudos.

Dentro do funcionamento dessa imensa rede de comunicação, pode-se afirmar que cada país participante da internet

possui estruturas principais de rede, chamadas *backbones*, com conectividade através do protocolo TCP/IP - *Transmission Control Protocol / Internet Protocol*, às quais se interligam centenas ou milhares de outras redes. Os *backbones* nacionais, por sua vez, são conectados entre si aos *backbones* de outros países, compondo, assim, uma gigantesca rede mundial. (VASCONCELOS, 2002).

Conforme o Comitê Gestor de Internet no Brasil, entende-se como provedores de *backbone* as entidades que transportam tráfego agregado de seus clientes, detêm blocos de endereços IP por delegação do Comitê Gestor Internet Brasil e vendam conectividade para acesso à rede internet. Os principais *backbones* de internet nacionais são: Embratel, Rede Nacional de Pesquisa (RNP), Oi/Telemar, Brasil Telecom, KDD Nethal, Comsat Brasil, Impsat Comunicações, AT&T, NTT, Diveo do Brasil, CTBC, Mundivox do Brasil, Telefonica e Intelig (TELECO, 2009).

De acordo com Leonardi (2005), o usuário final não tem relação jurídica direta com o provedor de *backbone*, não sendo considerado consumidor em relação ao provedor.

Outra espécie de provedor de serviços de internet são os provedores de acesso. O provedor de acesso é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitem o acesso de seus consumidores à internet. Em geral, essas empresas dispõem de uma conexão a um *backbone* ou operam sua própria infraestrutura para conexão direta. De acordo com o autor, a relação jurídica existente entre o usuário e o provedor de acesso é de consumo.

A terceira espécie de provedor de serviços de internet, de acordo com Leonardi (2005), são os provedores de correio eletrônico, que fornecem serviços que consistem em possi-

bilitar o envio de mensagens do usuário a seus destinatários, armazenar as mensagens enviadas a seu endereço eletrônico até o limite de espaço disponibilizado no disco rígido, sendo de consumo a relação jurídica existente entre o usuário contratante e o provedor contratado.

O provedor de hospedagem, ainda segundo este mesmo autor, é a pessoa jurídica que fornece o armazenamento de arquivos em um servidor e a possibilidade de acesso a tais arquivos, entre outros serviços. Para o autor, o provedor de hospedagem é um fornecedor de serviços, e sujeita-se ao Código de Defesa do Consumidor.

Finalmente, conforme Leonardi (2005), provedor de conteúdo é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na internet as informações criadas ou desenvolvidas pelo efetivo autor da informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem. A relação de consumo estará configurada apenas se o provedor de conteúdo comercializar determinadas informações, exercendo sua atividade a título oneroso, e condicionando o acesso ao pagamento prévio de determinada quantia pelo usuário, fornecendo-lhe nome e senha. O mero acesso a uma página web disponibilizada livremente na internet não caracteriza nenhuma relação de consumo.

5. Responsabilidade civil do provedor de serviços de internet

Conforme exposto por Leonardi (2005), a regra geral é estabelecer a responsabilidade de um provedor de serviços por seus próprios atos mediante análise da natureza da atividade por ele exercida e as cláusulas contratuais estabelecidas com o tomador de serviços.

Com relação aos provedores de *backbone*, o autor assevera que este responderá pelos danos causados aos provedores de serviços que utilizam sua infraestrutura, por falhas na prestação de serviços ou em seus equipamentos e programas informáticos. Assim, não há responsabilidade dos provedores de *backbone* por atos ilícitos praticados contra o consumidor, pois com estes não têm relação jurídica direta, mas tão somente com os que utilizam seus serviços e infraestrutura.

Já o provedor de acesso responderá pelos danos causados a seus usuários ainda que o defeito tenha origem em componente, fornecido por terceiros, que tenha sido incorporado ao serviço. Para o autor, existe responsabilidade do provedor de acesso por ato ilícito praticado por terceiro quando este é notificado sobre a existência de conteúdo ilícito e nada faz para remover ou bloquear o acesso a ele.

O provedor de correio eletrônico, por sua vez, responde pelos danos causados ao usuário em razão da má prestação dos serviços, ou até mesmo em caso de violação de conta de *e-mail*, não afastando direito de regresso do provedor de correio em face do efetivo responsável pelos defeitos. Com relação a atos ilícitos praticados pelos usuários do serviço, a responsabilidade é subjetiva, ou seja, decorre de eventual conduta omissiva, negligência ou imprudência, tendo aplicação o art. 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

É o que ocorre, por exemplo, no caso de um provedor que tolera envio de correspondência eletrônica comercial não solicitada, ou não impede a conduta do usuário, ignorando reclamações de pessoas que o tenham previamente cientificado a respeito do inconveniente.

Com relação ao provedor de hospedagem, este responde pelos danos causados ao usuário em razão da má prestação dos serviços, não sendo afastado o direito de regresso do provedor de hospedagem em face do efetivo responsável pelos defeitos. De acordo com o autor, o provedor de conteúdo (que exerce controle editorial prévio sobre as informações disponíveis em seu *web site*) responderá por elas, de forma concorrente com o provedor de informação, seu autor efetivo.

De acordo com Corrêa (2006), responsabilizar o provedor por ilícito praticado pelo cliente é responsabilizar alguém por aquilo a que não deu causa: “os provedores devem alertar e fixar, por via contratual, a responsabilidade de seus usuários acerca de condutas delituosas que venham a ferir o ordenamento jurídico brasileiro.”

No âmbito civil, no entanto, coadunamos com a ideia de Lisboa (2001): “Não se logrando êxito em demonstrar a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, a fornecedora provedora terá de arcar com a indenização por danos morais.” Deste modo, é possível assegurar à vítima o direito a indenização previsto no inciso X, Art. 5º da Constituição da República, em caso de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Esses assuntos foram amplamente discutidos no evento VII Conferência Internacional de Perícias em Crimes Cibernéticos (ICCyber), que teve como um de seus objetivos promover discussões, buscando aperfeiçoar as legislações relativas aos crimes cibernéticos, em âmbitos nacional e internacional. Nesse evento, o Marco Civil da Internet e o Projeto de Lei 84/1999 foram defendidos, principalmente pelas autoridades investigativas como a Polícia Federal e Ministérios Públicos, devido às grandes dificuldades que estas instituições encontram ao investigar crimes praticados por meio da rede mundial de computadores.

6. Produção legislativa

Estamos, portanto, diante de um conflito de direitos: liberdade de informação, de um lado; e direito à privacidade, de outro. Todavia, nenhuma liberdade é absoluta, impondo-se limites quando houver abuso ou violação de outros direitos de mesma importância.

Justamente quando a convivência entre os direitos ou princípios fundamentais não seja possível, é o momento em que se verifica a referida colidência, fruto de incontestável abuso no exercício do direito por parte do titular, observando-se, inclusive, que as situações nas quais se verifica a hipótese normalmente envolvem a liberdade de informação que fica maquiada em excesso, ou seja, a liberdade voltada para a deformação. (PODESTÁ, 2001, p. 168).

Diante desse conflito, visível era a necessidade de regulamentação do ambiente internet e de produção legislativa que abarcasse maior controle do ambiente virtual, sem, contudo, impor regras desnecessárias.

Para a grande maioria dos casos é fundamental a criação de uma legislação específica, mas, dentro desse processo de produção legislativa, não se pode perder de vista a pretensão de não se inflacionar ainda mais o nosso ordenamento jurídico. (MARTINS; MACEDO, 2001, p. 67).

Legislar sobre os avanços da tecnologia não é uma tarefa fácil. É necessário que estas regras possam entrar em vigor o quanto antes, de modo a fomentar a relação de confiança entre os usuários da internet para que os serviços existentes e outros que ainda possam ser implantados possam propiciar conforto e agilidade, minimizando a impunidade nos

delitos ora praticados e tornando menos vulnerável o processo investigativo de autoria.

É importante frisar que a internet não criou novos bens jurídicos já tuteláveis pelo Direito Penal, como patrimônio, intimidade e a honra. Estamos diante de um novo cenário, onde a adoção de sistemas possibilitou a prática de certos atos lesivos que não existiam no mundo presencial, daí a necessidade urgente da aprovação deste projeto, tipificando condutas penais específicas. (ATHENIENSE, 2008).

Neste contexto, será feita uma breve análise da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 “Marco Civil na Internet”, elaborada por equipe do Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas-RJ, procurando analisar se benefícios serão constituídos ou não no contexto cibernético brasileiro.

7. Marco Civil

O Marco Civil é um projeto lançado em 29 de outubro de 2009, pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, composto por um conjunto de leis que estabelecem direitos de internautas, provedores na rede e do governo. O Projeto surgiu para evitar a insegurança jurídica e decisões inconsistentes que envolvem a internet em seu contexto.

Diferente da lei Azeredo, considerada “punitiva” (pois previa a criação de uma série de crimes envolvendo o mundo virtual), o conjunto de leis propõe direitos e deveres para os usuários. ‘Em vez de punição, o marco civil estabelece, por exemplo, leis voltadas aos direitos privados e liberdade de expressão na internet’, explica Ronaldo Lemos, que é

diretor do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da FGV-RJ. (TAGIAROLI, 2010).

O processo de debate do Marco Civil ocorreu através do site <http://culturadigital.br/marcocivil> para incentivar, através da internet, a participação ativa e direta dos atores sociais envolvidos no tema, como usuários, academia, representantes da iniciativa privada, parlamentares e representantes do governo.

O projeto envolveu duas fases de discussão, cada uma com duração de 45 dias.

Na primeira fase, foram debatidas ideias sobre os tópicos propostos para regulação, a partir de texto-base produzido pelo Ministério da Justiça. Cada parágrafo do texto esteve aberto para inserção de comentários por usuários logados no portal www.culturadigital.br. Cada participante também pôde votar positiva ou negativamente as contribuições dos demais. Ao final da primeira fase, foi elaborada uma minuta de anteprojeto de lei.

Na segunda fase, a discussão esteve voltada ao anteprojeto de lei construído a partir da primeira fase. Mais uma vez, cada artigo, parágrafo, inciso e alíneas estiveram abertos para apresentação de comentários por qualquer interessado. Foram disponibilizados também fóruns de discussão para o amadurecimento de ideias referentes ao anteprojeto a ser enviado às casas legislativas.

O texto original do governo federal gerou grande polêmica em torno da liberdade de expressão. O texto defendia a possibilidade de remoção de conteúdos sem a necessidade de uma ação judicial.

Qualquer um que se sentisse prejudicado por um comentário publicado em site ou blog acionaria diretamente o provedor de conteúdo solicitando a retirada do texto indesejado da rede. De quebra, mandaria pelos ares a liberdade de expressão. Um dos redatores do anteprojeto, o advogado Ronaldo Lemos, diretor do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV, alega que o objetivo da proposta era promover um diálogo direto entre o usuário supostamente prejudicado e o provedor, sem intermediação da Justiça. A ideia, contudo, se choca com o ideal e também com a prática de liberdade de opinião, que prega que cada indivíduo tem o direito sagrado de dizer o que bem entender, contanto que assuma eventuais consequências da posição tomada. ‘O conteúdo da internet precisa ser livre para que as pessoas tenham a oportunidade de se expressar’, lembra o advogado especialista em propriedade intelectual Paulo Parente. (HONORATO; SBARAI; 2010).

Depois da discussão da primeira fase, que gerou cerca de 30.000 visitas à página do Marco Civil e 1.700 observações ao texto, a possibilidade de remoção de conteúdos sem a necessidade de uma ação judicial foi retirada do projeto. Já a redação sugerida na segunda fase é mais protetiva, pois determina que o provedor não precisa remover qualquer material sem ordem judicial. Parente, citado por Honorato e Sbarai (2010), concorda com a alteração do artigo: “Deve haver um contraditório: uma pessoa não pode simplesmente solicitar a remoção de um conteúdo e ser atendida pelo provedor. Isso seria censura: é como se fôssemos na contra-mão do fortalecimento da democracia.”

De acordo com Ronaldo Lemos, da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, citado por Tagiaroli (2010), existe atualmente pouca burocracia para adquirir informações de usuários por policiais. Quando a autoridade policial faz a solicitação, muitas vezes, o pedido nem passa por um juiz.

Outras questões têm gerado polêmicas entre provedores e membros da sociedade civil, como o tempo de guarda de *logs* (IP e horário de acesso do usuário à rede), o anonimato e a responsabilização por conteúdo publicado.

Ainda que boa parte dos internautas não esteja ciente, toda vez que acessa a internet, o provedor guarda informações dos usuários. O marco civil propõe que os sites e provedores armazenem por até seis meses e que as solicitações dessas informações passem pelo Judiciário. Enfim, que o sistema passe por um processo semelhante ao da interceptação telefônica. (TAGIAROLI, 2010).

Após amplas discussões, o Projeto foi aprovado, tornando-se a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, que passou a vigorar 60 dias após sua publicação oficial.

Amplamente discutida, a neutralidade da rede, representada pelo artigo 9º da Lei, confere isonomia aos usuários, no que tange a quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação, porém, de forma mitigada. A discriminação ou degradação do tráfego poderá decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações e priorização de serviços de emergência. Cabe ao responsável pela transmissão, comutação ou roteamento respeitar estes limites.

O art. 13 da Lei, que impõe ao provedor manter por um ano os registros de conexão³ dos usuários, não atende às expectativas dos órgãos responsáveis pelas investigações, tendo em vista a demora neste processo. Na maioria das vezes, o

³ Registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, sua duração e o número IP utilizado pelo terminal para o recebimento de pacotes de dados.

prazo necessário para se descobrir o autor de um delito é bem extenso e ultrapassa o prazo. Em consequência, crimes como exploração sexual de crianças e adolescentes ficam impunes, produzindo mais criminalidade.

Caracterizada pela ausência, omissão, ineficácia, insuficiência e descumprimento da pena – reprimenda justa, necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção da criminalidade – a impunidade enseja a insegurança na sociedade, o medo nas pessoas e a certeza de que os criminosos não serão punidos. Assim, a impunidade revela-se seja pela ausência de punição, falta de sanção penal ou pelo não cumprimento da pena declarada ou aplicada. (BRASIL, 2004).

Tendo em vista o pequeno espaço que estes registros ocupam nos dispositivos de armazenamento, além do baixo custo destes, acredita-se que o armazenamento dos registros por três anos seria adequado e não oneraria em demasia os provedores.

O art. 15, a seu turno, prevê a guarda do registro de acesso⁴, que, no entanto, dependerá de expressa autorização do usuário, conforme art. 16. Sendo tal registro de fundamental importância para as investigações, seu armazenamento não deve estar condicionado à autorização do usuário, já que isso representaria condicionar a persecução penal do autor de crime à manifestação de sua própria vontade.

Sobre esse assunto, importante ressaltar que muitas vezes uma investigação sobre um crime de pornografia infantil ou racismo, para não citar outros, somente é possível através dos referidos registros de acesso. Na forma que referido artigo 16 do Marco Civil está escrito, para essas investigações,

⁴ Registro de acesso: conjunto de informações referentes à data e hora de uso de um determinado serviço de Internet a partir de um determinado número IP.

os criminosos teriam que autorizar previamente a guarda dos dados, o que obviamente não irá ocorrer. (BLUM; VAINZOF, 2010).

O armazenamento do registro de conexão por um ano e do registro de acesso apenas mediante autorização do usuário, em nosso entendimento, são determinações conflitantes, pois não observam um só critério. Defende-se, pois, o armazenamento de tais diferentes registros sem necessidade de autorização do usuário, por igual prazo, cuja duração, todavia, depende de estudos específicos.

O art. 18 prevê a não responsabilização do provedor de conexão por conteúdo gerado por terceiros. No entanto, defendemos a responsabilidade do provedor, caso não seja demonstrada a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

O art. 22 prevê a possibilidade da parte interessada solicitar ao juiz a expedição de requisição, ao responsável pela guarda, para o fornecimento de registros de conexão ou de acesso a serviço de Internet. No entanto, em nosso entendimento, tal dispositivo é desnecessário, uma vez que o artigo 355 do Código de Processo Civil já prevê: “O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.” Melhor seria incluir a previsão expressa de órgãos como Ministério Público e Autoridades Policiais poderem requisitar dados cadastrais diretamente ao provedor, independentemente de autorização judicial, devido ao poder de investigação a eles conferido.

De acordo com Honorato e Sbarai (2010), permanece embutida no projeto uma tradição brasileira de manter algum tipo de controle de opinião. Embora a liberdade de expressão esteja salvaguardada pela Constituição, sendo afastada a censura prévia, a Justiça mantém o controle posterior, tra-

duzido na prerrogativa de determinar a retirada de textos, fotos, vídeos e outras formas de expressão da rede. De acordo com os autores, sendo aprovado nos termos do projeto, o Marco Civil formalizará para o ambiente virtual o que já é assegurado no mundo físico pelo Código Civil, pois a lei brasileira permite a retirada de qualquer conteúdo de circulação mediante uma ação judicial.

Exemplos recentes são notórios. Em 2007, 11.000 exemplares do livro *Roberto Carlos em Detalhes*, do historiador Paulo César de Araújo, foram recolhidos das livrarias porque o biografado recorreu à Justiça. A defesa do cantor alegou prejuízos aos direitos de personalidade. No mesmo ano, a apresentadora Daniella Cicarelli também foi aos tribunais para “deletar” do *site* de compartilhamentos YouTube um vídeo em que trocava carícias com o namorado numa praia na Espanha. A decisão do juiz Lincon Antônio Andrade de Moura, da 23ª Vara Cível de São Paulo, foi surpreendente: bloqueio parcial do YouTube no Brasil, até que as imagens fossem retiradas do ar. Cicarelli acusou violação de privacidade e de direito de imagem. (HONORATO; SBARAI; 2010).

Em ambos os casos, foram mencionados o artigo 5º da Constituição, inciso X, que trata da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, e ainda o artigo 20 do Código Civil que ampara decisões como as que favoreceram o cantor e compositor brasileiro Roberto Carlos e a modelo Daniella Cicarelli.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma

pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, 2002).

Ademais, a responsabilidade do provedor em caso de descumprimento de determinação judicial para retirada de conteúdo ilícito da internet, nos casos em que não seja possível demonstrar a culpa da vítima ou de terceiro, mostra-se salutar. Desta forma, o direito constitucional à indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas está assegurado.

O provedor de serviço de internet deverá poder ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ser intimado para cumprir ordem judicial a respeito, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. (LEONARDI, 2010).

Além disso, o Art. 4º, inciso II, alínea ‘a’, do Código de Defesa do Consumidor, prevê ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, para a garantia de serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta. (BRASIL, 1990).

O Marco Civil da Internet objetiva, portanto, esclarecer dúvidas relevantes que geram instabilidade jurídica. Falta-lhe, contudo, mencionar aspectos de maior controle e fiscalização, para que seja evitado o aumento de práticas de crimes e impunidade. Pouco demonstra a Lei que a Internet será um ambiente seguro. Pelo contrário, valoriza muito a liberdade de expressão e pouco o direito à privacidade dos usuários.

8. Conclusão

Liberdade de expressão e comunicação é, no Brasil, um direito há pouco arduamente conseguido. Neste contexto, a comunidade internauta tem, naturalmente, demonstrado receio em perder este direito e resistência na percepção de quaisquer formas de ameaça.

Há que se observar os problemas diários enfrentados por autoridades investigativas na prevenção e repressão ao crime, que investigam e tentam chegar à pessoa que cometeu o ilícito, mas muitas vezes não o encontram por falta de meios legais que proporcionem sucesso nas investigações.

Ao estabelecer que o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, as eventuais vítimas continuarão a enfrentar dificuldades na aplicação de uma ação rápida em resposta a um crime digital.

A insegurança jurídica na internet é causada, portanto, pela imaturidade da legislação específica para dirimir dúvidas relevantes acerca do uso da internet no Brasil. Provedores de serviço demonstram-se resistentes em prover autoridades investigativas de informações acerca dos acessos realizados por seus usuários. Não se sabe, ao certo, quem é o responsável pela publicação de conteúdo ilícito na internet.

A regulação do ambiente internet certamente contribuirá para o amadurecimento do país. Contudo, da forma em que hoje se encontra privilegia demasiadamente a liberdade de expressão, prejudicando a segurança dos usuários e sobretudo a segurança jurídica tão amplamente defendida nos dias de hoje.

9. Referências

ATHENIENSE, Alexandre. *A fragilidade da privacidade nas mídias digitais*. Disponível em: <<http://www.dnt.adv.br/artigos-publicacoes/a-fragilidade-da-privacidade-nas-midias-digitais/>>. Acesso em: 3 set. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 8.

BLUM, Renato Opice; VAINZOF, Rony. *Marco Regulatório Civil permite ação de infratores*. Disponível em: <<http://www.nic.br/imprensa/clipping/2010/midia559.htm>>. Acesso em: 2 nov. 2010.

BOTELHO, Fernando Neto. *A internet brasileira e seus marcos regulatórios*. Disponível em: <<http://www.aliceramos.com/view.asp?materia=1548>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2010.

_____. Decreto nº 2.206, de 14 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.fndc.org.br/internas.php?p=leglei&cont_key=108>. Acesso em: 18 maio 2010.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 nov. 2010.

_____. Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9612.htm>>. Acesso em: 18 maio 2010.

_____. Lei nº 9.742, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <<http://www.leidireto.com.br/lei-9742.html>>. Acesso em: 18 maio 2010.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2010.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

BRASIL, Rebeca Ferreira. Crime e castigo: segurança sócio-jurídica contra a impunidade. *DireitoNet*, 24 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1700/Crime-e-Castigo-seguranca-socio-juridica-contra-a-impunidade>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

CORRÊA, Gustavo Testa. Quem responde por crimes cometidos na Internet? In: KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet legal: o direito na tecnologia da informação*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

FARIAS, Edilsom. Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2195>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANCO, Bernardo Mello. Representantes de empresas jornalísticas defendem revogação definitiva da Lei de Imprensa. *O Globo*, 24 abr. 2008. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/04/29/representantes_de_empresas_jornalisticas_defendem_revogacao_definitiva_da_lei_de_imprensa-427116689.asp>. Acesso em: 8 set. 2010.

HONORATO, Renata; SBARAI, Rafael. Marco Civil da web: como disciplinar sem censurar?. *Veja*, São Paulo, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/marco-civil-web-como-disciplinar-censurar>>. Acesso em: 10 set. 2010.

LEONARDI, Marcel. O problema do sistema de notificação e retirada na web. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-24/problema-sistema-notificacao-retirada-marco-civil-web>>. Acesso em: 2 nov. 2010.

_____, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de correspondência na Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: EDIPRO, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0512.07.045727-4/001, 17ª Câmara Cível, Rel.: Des. Eduardo Mariné da Cunha. Belo Horizonte, 2 de abril de 2009. *DJ*, 8 out. 2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspeelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0512.07.045727-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de segurança n. 1.0000.04.414635-5/000(1), 3ª Câmara Criminal. Rel.: Des. Paulo César Dias, Belo Horizonte, 1 de março de 2005. *DJe*, 29 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.leonardi.adv.br/blog/decisao-tj-mg-1000004414635-5000/>>. Acesso em: 25 out. 2010.

MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. *Internet e direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: EDIPRO, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70000708065, Rel.: Marilene Bonzanini Bernardi. Porto Alegre, 12 de abril de 2000. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70000708065&num_processo=70000708065&codEmenta=359276&temIntTeor=false>. Acesso em: 2 out. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70011258027, 6ª Câmara Cível, Rel.: Dr. Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre, 20 de abril de 2006. *DJ*, 10 maio 2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70011258027&num_processo=70011258027&codEmenta=1405984&temIntTeor=true>. Acesso em: 19 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAGIAROLI, Guilherme. *Entenda o que é o marco civil da internet*. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2010/06/09/entenda-o-que-e-o-marco-civil-da-internet.jhtm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

TELECO. *Inteligência em Telecomunicações. Internet: internet no Brasil, 2009*. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialinter/pagina_4.asp>. Acesso em: 19 out. 2017.

VASCONCELOS, Fernando Antônio. *Responsabilidade do provedor pelos danos praticados na internet*. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/3997/arquivo5663_1.pdf?sequence=1>. Acesso em: 2 ago. 2010.

Data de recebimento: 30/04/2015.

Data de aprovação: 14/02/2017.

DOI: 10.5935/1809-8487.20170011

247 - 290

Artigo

**O DILEMA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DIANTE DA DERROTABILIDADE DAS
REGRAS (DEFEASIBILITY)**

SAMUEL SALES FONTELES

O DILEMA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS (*DEFEASIBILITY*)

THE DILEMMA OF THE PUBLIC MINISTRY
FACING THE DEFEASIBILITY OF RULES

SAMUEL SALES FONTELES

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Goiás, Brasil
samuelsalesfonteles@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho busca oferecer parâmetros para elucidar o significado da derrotabilidade das regras e quando ela poderá ocorrer. Para tanto, o estudo avalia que tipo de norma admite uma derrota e qual argumento é invocado para fundamentar esse fenômeno. Detalha-se, também, a metodologia empregada para a *defeasibility*. A incidência de uma norma existente, válida e eficaz é afastada por esse método, logo, há uma nítida distinção com o controle de constitucionalidade. Mais do que isso, o ensaio investiga a postura a ser adotada pelo membro do Ministério Público diante desse fenômeno, notadamente porque a missão desse órgão é velar pela ordem jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: derrotabilidade; regras; princípios; exceções; justiça.

ABSTRACT: This paper seeks to provide parameters to elucidate the meaning of defeasibility of rules and when it may occur. For this, the study assesses what kind of norm admits defeat and which argument is invoked to support this phenomenon. Details is also the methodology used for defeasibility. The incidence of an existing, valid and effective standard is removed by this method, so, there is a clear distinction with the judicial review. More than that, the essay investigates the position to be adopted by prosecutors member on this phenomenon, especially because the mission of this agency is to oversee the law.

KEY WORDS: defeseability; rules; principles; exceptions; justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a defraudação da ordem jurídica por meio da falsificação de princípios e regras. 2. A doutrina da derrotabilidade das regras: origem, fundamento, conteúdo e extensão. 2.1. (In)compatibilidade com o ordenamento brasileiro. 2.1.1. Exceções trazidas por outra regra. 2.1.2. Inconstitucionalidade da regra a ser afastada. 2.2. Das normas passíveis de derrota. 2.2.1. Derrotabilidade de princípios? 2.2.2. Derrotabilidade de normas constitucionais? 2.2.3. Derrotabilidade de atos administrativos? 2.2.4. Derrotabilidade de súmulas vinculantes? 2.2.5. Derrotabilidade de normas endereçadas à Administração Pública? 2.2.6. Derrotabilidade de normas penais? 2.2.7. Derrotabilidade de normas que instituem ou majoram tributos? 3. O Ministério Público como zelador da ordem jurídica. 4. Estudos de caso. 4.1. Atos infracionais contra a dignidade sexual de adolescentes: exceção de Romeu e Julieta. 4.2. Ação penal pública incondicionada nas contravenções penais (art. 17, Decreto-Lei 3688/41). 5. Desafios para a aplicação da derrotabilidade das regras (*defeasibility*). 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução: a defraudação da ordem jurídica por meio da falsificação de princípios e regras

Vivemos uma época em que os estudiosos do Direito são pródigos na invenção de *princípios jurídicos*. Por mais inofensiva que essa conduta possa aparentar ser, trata-se de um comportamento que se reveste da mais alta seriedade. Isso porque, nas palavras de Robert Alexy, “toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (ALEXY, 2014, p. 91). Adotada a premissa de que princípios são normas jurídicas, por uma implicação lógica, criá-los equivale a legislar. Assim, o doutrinador que, maliciosa ou equivocadamente, sustenta a existência de um princípio jurídico não contemplado no ordenamento, arvora-se na condição de legislador e usurpa a função legiferante. É insofismável: inventar princípios jurídicos é o mesmo que fabricar normas jurídicas, que, por seu turno, são dotadas de força normativa, subordinando a vontade dos seus destinatários. Em última análise, a criatividade principiológica da doutrina, quando despida de respaldo legal, afigura-se como um golpe endereçado à democracia, visto que somente aqueles sufragados nas urnas são detentores de uma procuração para restringir a liberdade do povo, por meio da edição de leis (art. 5º, II, CF).

Essa atividade oportunista torna-se ainda mais cômoda quando lembramos que o Brasil não admite o que Rui Barbosa chamou de *crimes de hermenêutica*, isto é, a ninguém é dado ser punido pela errônea interpretação do Direito. Rebelar-se contra a interpretação oficial de um texto legal é tido como uma expressão das liberdades comunicativas. Noutra dizer, cuida-se do direito constitucional da liberdade de expressão da atividade intelectual (art. 5º, IX). Com isso, nasce o álibi perfeito para o charlatanismo e para a litigância de má-fé. Se o teor e a vigência do direito alienígena precisam ser provados pela parte que o invoca, de modo a afastar

um estelionato processual, quase nunca se exige das partes que demonstrem o conteúdo de um princípio supostamente em vigor.

Tanto quanto uma moeda falsa atenta contra a fé pública, o delírio acerca da existência de uma norma jurídica principiológica é igualmente apto a iludir a coletividade. Ambas, a norma e a moeda, são dignas da mesma credibilidade. Desse modo, falsear princípios jurídicos pode frustrar a confiança de tribunais, juízes, órgãos públicos e todos quantos devam obediência a seus preceitos. Mais que isso, permite-se que os buracos normativos sejam indevidamente preenchidos, pois a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estatuiu que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4º).

Após a defraudação dos princípios jurídicos, *teorias doutrinárias* também passaram a ser confeccionadas arditosamente para induzir a erro os julgadores. Contando com a ingenuidade de alguns juízes, os doutores do Direito passaram a arquitetar os mais mirabolantes estratégias e construções teóricas, mesmo *contra legem*, para dar sustentáculo aos interesses em nome dos quais produziam essa duvidosa ciência. Diferentemente dos pareceres jurídicos, peças típicas da advocacia consultiva, teorias brotavam de monografias acobertadas por uma suposta neutralidade acadêmica.

Como diria Joseph Goebbels, responsável pela propaganda da Alemanha nazista, uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade. Repetir que um princípio ou uma teoria efetivamente existem, que são dotados de força normativa, que estão em harmonia com o que há de moderno, que espelham os valores mais humanitários, que contrariá-los equivale a comportar-se de maneira ditatorial ou conservadora,

são artifícios voltados a um único propósito: fazer eco na construção pretoriana. Tudo não passa de uma lavagem cerebral coletiva, não raro encomendada por um *lobby* ou determinada fração da sociedade, para influenciar e manipular os órgãos judicantes.

Uma moeda falsa, pelo menos, é confiscada e inutilizada. No Direito, lamentavelmente, é impossível confiscar uma mentira propalada. Como uma flecha, uma vez proferida a inverdade, jamais se pode restituir o *status quo*. Se um único Tribunal se deixar seduzir por essas fantasias, a mentira estará gravada de maneira indelével nos repositórios de jurisprudência. Uma consulta virtual é capaz de eternizar a invencionice, que, quando convier à parte, será trasladada para peças jurídicas e talvez até ganhe menção em algum manual. E assim se corrompe o Direito.

Porém, nesse mar fraudulento de institutos jurídicos, as normas regras despontavam como uma última esperança de segurança jurídica. É como se as fraudes só conseguissem alcançar dispositivos legais mais vulneráveis, pois não havia, até então, tecnologia jurídica para clonar ou inventar normas regras. A imunidade ao golpe hermenêutico advinha da estrutura da norma que abriga uma regra, que, por excelência, é calibrada para ser menos vaga que os princípios, devendo a sua incidência no suporte fático guiar-se pela subsunção, numa lógica do tudo ou nada (*all or nothing*), não pela ponderação. Exemplifico: não haveria como autor e réu convencerem um Juiz de que o voto é obrigatório a partir dos 21 anos, se a Constituição é de clareza meridiana ao asseverar que o voto é obrigatório para os maiores de 18 anos (art. 14, I). Induzir um julgador a um equívoco grosseiro como esse é impossível, a não ser por meio de um falso *material*, vale dizer, fabricando-se um simulacro de emenda à Constituição, para adular o texto constitucional.

Todavia, a criatividade humana logo tratou de contornar esse obstáculo, para finalmente conseguir uma maneira de também fraudar normas regras. Se o Congresso Nacional é detentor da patente vitalícia e inquebrantável de fabricar leis, a farsa não poderia consistir em afirmá-las, mas sim em (episodicamente) negá-las, com base em algum fundamento. Se a fundamentação fosse a inconstitucionalidade da regra, não haveria nada de novo, porque se trataria do tradicional controle difuso de constitucionalidade, mecanismo este devidamente autorizado pela própria Constituição Federal (art. 102, III, b, CF). Arquetetou-se, então, outro fundamento para amputar de uma lei a autoridade que lhe é imanente, de modo a neutralizar a sua incidência no caso concreto. Refiro-me à *Justiça*. Em célebre frase atribuída a Eduardo Juan Couture Etcheverry, jurista uruguaio, “teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça”. Assim, em nome do que é (ou parece ser) justo, regras têm sido impedidas de incidir. Esse é o *modus operandi* para conceber a perigosíssima doutrina da *derrotabilidade das regras*.

Uma primeira advertência se impõe. Não se quer, com isso, afirmar que a doutrina da derrotabilidade das regras jamais poderá ser aplicada legitimamente. Em absoluto. Todavia, cuida-se de uma das mais perigosas construções para satisfazer interesses casuisticamente, a pretexto de se realizar a justiça. É consabido que o antídoto e o veneno se distinguem pela dose. Pois bem. Vaticino que, se vier a ser banalizada como as demais construções doutrinárias, a teoria da derrotabilidade das regras é capaz de ferir de morte a segurança jurídica.

A esta altura, cabe indagar a quem caberá desmascarar a defraudação de normas jurídicas. E a resposta é que essa tarefa compete ao Ministério Público brasileiro, órgão constitucionalmente incumbido da veladura da *ordem jurídica* e do *regime democrático* (art. 127, CF).

Eis o cerne do presente estudo: propor uma reflexão acerca de que postura deve ser adotada pelo membro do Ministério Público, como *custos juris*, diante da doutrina da derrotabilidade das regras. Como parte no processo, faz-se necessário perguntar se é lícito ao membro do *Parquet* postular a derrotabilidade de uma norma sem que isso venha a desaguar na vulgarata do ativismo ministerial. O dilema está apresentado. É o que se buscará elucidar.

2. A doutrina da derrotabilidade das regras: origem, fundamento, conteúdo e extensão

Por força da doutrina da derrotabilidade das regras (*defeasibility*), uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que, em um dado caso concreto, justificam seja episodicamente afastada, a pretexto de se fazer Justiça ou de se assegurarem os seus fins, permanecendo íntegro o texto que alberga o seu comando. Na feliz síntese de Carsten Bäcker (2011), “derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções”. Oportunas são as palavras do Professor da Universidade de Kiev:

Se olharmos para as regras, elas têm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis. (BÄCKER, 2011, p. 60).

Tomemos o seguinte exemplo hipotético: se uma esposa estipula que seu marido não deve mentir, a regra é clara: “fale a verdade”. O espírito da regra (*mens legis*) é a sinceridade que deve prevalecer no relacionamento conjugal. Suponha-se,

no entanto, que a sinceridade do esposo possa frustrar a surpresa de uma festa de aniversário planejada pelos colegas de trabalho. Para assegurar a nobre emoção proporcionada pela surpresa da festividade, o cônjuge temporariamente omite a verdade, chegando, inclusive, a mentir. Como se vê, a *mens legis* da sinceridade não foi comprometida na sua essência, de modo que a hipótese configuraria uma legítima exceção. A regra, então, passaria a ser enunciada da maneira a seguir: “fale a verdade, exceto se for para me surpreender positivamente em uma festa de aniversário”. Porém, imagine-se que essa mesma esposa, em um rompante de fúria, imediatamente após descobrir ter sido furtada pela empregada doméstica, valha-se de uma vassoura e persiga implacavelmente a sua funcionária. Ao perdê-la de vista, a mulher indaga ao marido para que direção a ladra correu. O homem, preocupado com o descontrole de sua companheira, prefere dizer que não viu. Minutos depois, quando a paz é restaurada, o marido explica que havia mentido para acalmar os ânimos da esposa. Mais uma vez, em tese, a hipótese pode configurar uma exceção legítima ao dever genérico de falar a verdade. A regra inicial, então, seria transmutada para “fale a verdade, exceto se for para me surpreender positivamente em uma festa de aniversário ou me proteger da minha ausência de freios inibitórios”. Certamente, com o passar dos anos, a regra original sofreria inúmeras mutações, para comportar exceções cada vez mais específicas e inusitadas.

É fácil concluir que a vida pode apresentar infinitas hipóteses casuísticas que justificariam a flexibilização de uma regra, que escapam da previsibilidade do legislador, mas nem por isso são reputadas como injustas. Este é o fundamento da derrotabilidade das regras: a não ser por meio de dons premonitórios, é impossível ao legislador antever todas as hipóteses reais que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar. Juliano Taveira Bernardes assevera:

E dessa incapacidade de antecipação normativa derivam exceções implícitas em número diretamente proporcional ao das múltiplas variáveis presentes nos diversos tipos de conduta que se pretende regular. (BERNARDES, 2005).

A questão nevrálgica é como transportar esse raciocínio para o mundo do Direito, sem que a autoridade imanente às normas jurídicas seja desafiada. Cumpre perguntar se poderá um Juiz, que não é onisciente, sondar a mente do elaborador da lei, para adivinhar aquilo que ele excepcionaria ou não. Na prática, com base em meras conjecturas, não se sabe se é possível negar a incidência de uma lei existente, válida e eficaz.

É possível, mas não é provável. E quase nunca deverá acontecer¹. Alguns estudos de caso serão apresentados neste artigo.

A paternidade da teoria da derrotabilidade das regras é atribuída a Hart, em seu ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights* (1948). O jusfilósofo empregou a expressão *defeasibility*², cuja tradução para o português é prejudicada pela inexistência de um correspondente exato. Entre nós, o termo quer significar que a regra é superada, temporariamente vencida, episodicamente derrotada. Sabemos que, na Teoria Geral do Direito, uma norma jurídica incide no suporte fático quando a hipótese abstratamente descrita no arquétipo legal se verifica no mundo fenomênico. Porém, Hart defendeu em seu trabalho que, ainda que isso venha a acontecer, exceções podem impedir a incidência da norma, como se os enunciados normativos contivessem uma expressão imaginária “*a menos que*”.

1 Cristiano Chaves de Farias batizou esses casos anormais de *extreme cases*. Segundo o membro do Ministério Público da Bahia: “São casos raros, de pouca ocorrência prática e de difícil solução jurídica e social. Não se confundem com os *hard cases*, (casos difíceis), aludidos pela doutrina, mostrando-se ainda mais complexos estruturalmente e ainda mais escassos.” (FARIAS, 2014, p. 29).

2 Alerta que a expressão correta é “*defeasibility*”. Apesar disso, um brilhante trabalho a respeito do tema, que foi muito útil para a confecção deste artigo, acabou sendo publicado com a palavra grafada de maneira equivocada.

A esta altura, cumpre indagar quem pronuncia essa derrota. A derrota ou a superação de uma norma é pronunciada por um órgão judicante, isto é, Juiz ou Tribunal, que deve fazê-lo na fundamentação do julgado, e não no dispositivo. Afinal, se a norma é afastada apenas episodicamente, é porque permanece em vigor para os demais casos, razão pela qual a derrota episódica não é acobertada pelo manto da coisa julgada. Se a *res judicata* atingisse a superação de uma regra, a sentença ou o acórdão equivaleria à eliminação ou à revogação da norma, efeito este que só é franqueado ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça, nos estritos limites do controle de constitucionalidade abstrato. Desse modo, convém repetir: a derrotabilidade das regras afigura-se como uma prejudicial de mérito, a ser enfrentada incidentalmente na fundamentação do julgado, não sendo atingida pelos efeitos da coisa julgada. Simetricamente, se é enfrentada incidentalmente no decisório, é porque se aloja na causa de pedir, e não no pedido formulado na exordial. Isso tem uma consequência sobremodo relevante: a derrotabilidade das regras pode ocorrer até mesmo em ações coletivas, sem que seja usurpada a competência do STF para negar, com efeitos *erga omnes*, a incidência de uma lei. Nada impede seja reconhecida *ex officio* pelo Juiz ou mesmo postulada pelo Ministério Público, seja quando o *Parquet* atua como parte, seja quando se manifesta como *custos juris*. Com isso, adianta-se (precocemente) a conclusão deste trabalho: poderá o membro do Ministério Público manifestar-se favoravelmente a esse incidente, porém, ante o *munus* constitucional de veladura da ordem jurídica, a exceção não deve convolar-se em regra.

No que se refere à natureza jurídica do fenômeno da derrotabilidade, tem-se uma interrupção da sua incidência, judicialmente provocada. Não se confunde com a antinomia entre

regras³, que pressupõe uma lei superior, posterior ou mais específica. Na *defeasibility*, há uma única regra, que é afastada em razão de um ideal de justiça ou dos seus próprios fins. A norma objeto de derrota não é revogada, nem invalidada, tampouco recepcionada. Também não tem sua eficácia suspensa, à semelhança do que ocorre com as normas declaradas inconstitucionais pelo STF, no controle difuso, e sustadas por resolução do Senado (art. 52, X, CF/88). Simplesmente, a regra não incide no suporte fático por obra de um órgão judicante, como um curto-circuito na sua operabilidade. Engana-se quem pensa que o tema não se reveste de importância prática, visto que, uma vez assentada a premissa de que o fenômeno da derrotabilidade traduz a *não incidência de uma lei*, entendo que deverá ser respeitada a solenidade da reserva de plenário, nos termos da Súmula Vinculante nº 10:

Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. (BRASIL, 2008).

Ora, se a formalidade da reserva de plenário justifica-se para afastar a incidência de uma lei inconstitucional (decisão *secundum legem*⁴), com mais razão haverá de ser adotada para negar efeitos a uma lei constitucional que, apesar disso, é derrotada (decisão *contra legem*). Sabe-se que a cláusula de reserva de plenário (*full bench*) é exigida porque milita em favor das normas uma presunção *juris tantum* de constitucionalidade, razão pela qual se demandou um consenso maior (*quorum* de maioria absoluta) para ilidir essa presun-

3 Como relembra Luís Roberto Barroso: “São três os critérios tradicionais para superar os conflitos entre regras: o hierárquico – lei superior prevalece sobre lei inferior; o temporal – lei posterior prevalece sobre lei anterior; e o da especialização – lei especial prevalece sobre lei geral”. (BARROSO, 2015, p. 242).

4 Por *secundum legem*, entenda-se “segundo a Lei Maior”.

ção. Na *defeasibility*, nem sequer se cogita de algum vício que venha a inquinar a norma da mácula da invalidade, ou seja, a providência é sobremodo mais ousada que a anterior: afasta-se a incidência de uma regra sem que se declare a sua inconstitucionalidade. Nesse caso, a Súmula Vinculante nº 10 é de clareza solar, órgãos fracionários de tribunais não poderão pronunciar a derrotabilidade de uma regra, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário.

2.1. (In)compatibilidade com o ordenamento brasileiro

É possível cogitar se o ordenamento jurídico brasileiro previu a derrotabilidade das regras. Mais uma vez, cumpre lembrar: se a derrotabilidade advém da possibilidade de acomodar exceções *implícitas*, a toda evidência, a resposta só pode ser: *expressamente, não*⁵. Esse é o perigo da derrotabilidade das regras:

5 Na jurisprudência brasileira, é raríssimo um julgado que aluda à derrotabilidade das regras. Um dos poucos Tribunais que expressamente fez menção ao fenômeno foi o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, embora a aplicação do instituto tenha sido levada a efeito de maneira desvirtuada e em uma nítida confusão com o controle de constitucionalidade. Transcreve-se a ementa do único julgado que consta da pesquisa no sistema unificado da Justiça Federal (sem grifo no original): EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE ESTUDANTE DEPENDENTE DE EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DE DESTINO, DE INSTITUIÇÃO CONGÊNERE. “DERROTABILIDADE” DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 99 DA LEI 8.112/90. APLICAÇÃO DA PARTE FINAL DA SÚMULA 43 DESTA CORTE. 1. A alegação de que à vista do disposto no artigo 173, § 1º, II, da Constituição, os empregados de sociedade de economia mista e de empresas públicas que exploram atividade econômica não poderiam ser equiparados, para o fim da transferência deles e de seus dependentes, não tem, com a devida vênia, forte relevância jurídica, uma vez que o objetivo da norma constitucional não é restringir os direitos dos empregados daquelas pessoas jurídicas, mas sim não permitir que elas possam competir com as empresas privadas, usufruindo vantagens não aplicáveis a estas. 2. Por outro lado, o disposto na parte final da súmula 43 da jurisprudência predominante desta Corte (“A transferência compulsória para instituição de ensino congênera a que se refere o art. 99 da Lei 8.112/90, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição de ensino da mesma natureza”) não atenta contra a decisão do Plenário da Suprema Corte que, ao julgar a ADI 3324/DF, relator Ministro MARCO AURÉLIO (Carta Magna, art. 102, § 2º), uma vez que nesse caso (inexistência no local de destino de instituição da mesma natureza), a vedação em causa é “derrotável”, porquanto o legislador, ao editar o dispositivo em referência, não considerou essa circunstância em sua formulação normativa, de forma que o princípio do direito constitucional à educação (Carta Magna, art. 205), **bem como o de que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente “derrotam” a vedação contida no referido dispositivo legal.** 3. Embargos de declaração não providos. (BRASIL, 2005).

sua aplicação metodológica quase sempre se dá ao arrepio do Direito posto, desaguando em decisões judiciais *contra legem*. Com uma sinceridade rara e sem maiores cerimônias, Cristiano Chaves de Farias arremata: “Sem dúvida, a admissibilidade da *derrotabilidade das regras*, ainda que em caráter excepcional, autoriza a prolação de uma decisão *contra legem* – sem eufemismo ou puritanismo.” (FARIAS, 2014, p. 45).

Não é demais repetir que, na derrotabilidade das regras, a norma existe, é válida e eficaz, contudo, mesmo percorrendo adequadamente todos os degraus da escada ponteaana, não triunfa no caso que normatizou. Disso resulta a perplexidade gerada pela doutrina da *defeasibility*⁶.

Como lembra Luís Roberto Barroso (2015, p. 242), “uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida”. Há, pois, duas hipóteses válidas para a não aplicação de uma norma regra:

- a) exceções trazidas por outra regra;
- b) inconstitucionalidade da regra a ser afastada⁷.

A doutrina da derrotabilidade das regras não se amolda a nenhuma das hipóteses elencadas pelo insigne constitucionalista, pois, na *defeasibility*, a norma afastada é válida e nenhuma regra a excepcionou (expressamente).

Delineiam-se a seguir, articuladamente, as duas situações.

6 Em um raciocínio de Direito Comparado, podemos observar que a cláusula “*a menos que*”, que implementa a derrotabilidade das regras, pode ser considerada como o avesso da cláusula “*não obstante*” (*notwithstanding clause*), esta prevista na Carta de Direitos Canadense de 1982 (Seção 33). Isto porque a cláusula “*não obstante*” permite a aplicação de uma lei, mesmo contrária à Constituição, ao passo que a cláusula “*a menos que*” (*defeasibility*) viabiliza a não aplicação de uma lei, apesar de harmônica com a Carta Magna. São cláusulas antípodas.

7 Embora não mencionado por Luís Roberto Barroso, poderíamos acrescentar ainda uma terceira hipótese, qual seja, a invalidade que deriva do controle (difuso) de *convenionalidade*. Desse modo, também é possível deixar de aplicar uma lei.

2.1.1. Exceções trazidas por outra regra

A derrotabilidade é inconciliável com a letra “a”. O afastamento da regra opera-se não pela autoridade de outra norma que a excepcionou, mas por uma suposta exceção implícita que lhe é inerente. Enquanto Luís Roberto Barroso trabalha com a norma excipiente e a norma excepta, ambas explícitas⁸, na *defeasibility*, tem-se uma única norma que não foi excepcionada por nenhuma outra (expressamente). Apesar disso, o Juiz deve considerar que esta regra implicitamente excepciona a si mesma, diante de um caso supostamente anormal. Não é tarefa simples justificar tanta indiferença pelos limites do ordenamento jurídico. O risco de anarquia metodológica é latente, porque as exceções vislumbradas são (ou podem ser) imaginárias. Parte-se da *suposição* de que o legislador assim o teria feito, se a vida lhe tivesse concedido a oportunidade de vivenciar ou testemunhar essa situação anormal que se esqueceu de normatizar. O raciocínio é similar ao da analogia, quando se presume um esquecimento do elaborador da lei⁹.

2.1.2. Inconstitucionalidade da regra a ser afastada

Também se afigura incompatível com a situação “b”, porque, ao contrário do que ocorre no controle de constitucionalidade, na derrotabilidade das regras, a regra objeto de derrota é constitucional. Não há nenhum dispositivo constitucional invocado como parâmetro para, incidentalmente, afastá-la. Se uma regra é derrotada, triunfa sobre ela a Justiça. Pelo menos, esse é o pretexto. Então, a norma paramétrica mi-

8 Isso ocorre mesmo que provenham do mesmo texto legal, afinal, de um único enunciado podem emanar inúmeras normas.

9 Ao contrário da interpretação extensiva, quando se entende que o legislador não esqueceu, mas disse menos do que quis (*dixit minus quam voluit*).

gra da Constituição para o ideal de Justiça, o que é de uma porosidade incomensurável. Afirma-se que uma regra deve ser afastada, não por conspurcar a Carta Magna, mas porque a especificidade do caso concreto convém que ela não seja empregada, em nome do que parece justo.

Há uma aproximação entre a derrotabilidade das regras e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Em ambas, afasta-se a incidência da norma porque, embora seu texto não se revele ilegítimo, a maneira como aplicado no caso concreto é ilegítima. Os dois fenômenos acarretam a derrota da norma, e não do texto. Todavia, na técnica da interpretação conforme a Constituição¹⁰, exclui-se uma via hermenêutica de uma norma polissêmica inconstitucional, ao passo que, na *defeasibility*, simplesmente a norma é episodicamente superada, sob o argumento de que, ante a anormalidade do caso concreto, a consequência seria casuisticamente injusta.

Parte da doutrina tem afirmado que a norma é objeto de derrota não exatamente em nome da Justiça, mas para resguardar os próprios fins que ela se propôs a abrigar. Pode parecer a mesma situação, mas não é. A depender do ordenamento jurídico examinado pelo jurista, o fim da norma não necessariamente será justo, e os seus valores poderão ser bons ou ruins. Uma circunstância é afastar uma norma porque sua aplicação se mostra injusta. Outra, bem diferente, é afastar a incidência de uma norma porque se imagina que a própria finalidade, que inspirou seu nascedouro, legitima sua derrotabilidade. É preciso lembrar que, em tese, nada impede que um legislador, impelido por fins não humanistas, elabore uma norma jurídica.

10 Neste ensaio, adotam-se as expressões “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” como sinônimas, na linha da jurisprudência do STF (ADI-MC 491 e ADI 319, ambas relatadas pelo saudoso Ministro Moreira Alves).

Na doutrina, Cristiano Chaves de Farias¹¹ perfilha a corrente pela qual a derrotabilidade busca assegurar os fins da norma derrotada:

O fundamento, porém, desse permissivo de decisões contrárias à norma jurídica é, curiosamente, o mesmo que embasa o respeito às normas jurídicas: a decisão *contra legem* é admitida quando necessário para que a aplicação de uma regra não afronte os valores que justificaram a sua elaboração. (FARIAS, 2014, p. 45).

Em síntese, conjugando ambas as correntes doutrinárias, estas têm sido as “normas paramétricas” usadas como referência para o exercício da derrotabilidade de uma regra: o ideal de justiça ou os fins almejados pela própria norma (*mens legis*)¹².

Por tudo isso, é fácil perceber que, tecnicamente, a tese da derrotabilidade está longe de encontrar no Brasil um campo fértil para frutificar, exceto em casos pontuais a ser demonstrados ao longo deste trabalho.

2.2. Das normas passíveis de derrota

Nem todas as normas admitem derrota, conforme exame a seguir. Algumas categorias devem ser reputadas como inenunciáveis.

11 Apesar da nossa observação, por honestidade intelectual, registramos que o artigo de Cristiano Chaves de Farias, visto de maneira conglobada, acaba sustentando que a derrotabilidade presta obséquio à ideia de Justiça (e aos fins da norma afastada). Isso se nota claramente em outras passagens do seu meticuloso trabalho.

12 É interessante perceber que, somente quando a derrotabilidade da regra opera-se para assegurar o espírito da lei derrotada (*mens legis*), não se profere uma decisão substancialmente *contra legem*. Afinal, não deixa de ser uma maneira de promover, pela via oblíqua, a vontade da lei. Noutra ponta, evitar a derrotabilidade da lei, quando o caso requer essa extrema medida, isto sim, pode traduzir uma consequência à revelia da (finalidade da) lei.

2.2.1. Derrotabilidade de princípios

Antes de mais nada, convém esclarecer que, ao contrário do que acontece com inúmeros institutos jurídicos, a rubrica *derrotabilidade das regras* ajuda perfeitamente a compreender esse fenômeno jurídico. Derrotam-se regras, não princípios¹³. Ora, se a derrotabilidade é proveniente de exceções implícitas ao comando geral, que escaparam ao âmbito de previsibilidade do legislador, não há como conciliar esse fenômeno com a estrutura de uma norma princípio. Acolhendo-se como premissa a doutrina de Robert Alexy, para quem princípios são mandados de otimização, percebe-se que o legislador já anteviu as adversidades excepcionais e, apesar disso, expediu um mandado para o destinatário da norma: “seja quais forem as circunstâncias adversas, dê o melhor de si para cumprir essa norma, em maior ou menor grau”. Para iluminar esse tema obscuro, transcreve-se a lição de Carsten Bäcker:

[...] princípios, como mandamentos de otimização, não acomodam exceções nesse sentido. Ao invés disso, as circunstâncias dos casos futuros, juntamente com outras condições – como, por exemplo, princípios concorrentes –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, parte integral da própria aplicação do princípio. Isso significa que a otimização está necessariamente relacionada a todas as circunstâncias dadas. Assim, para aplicar um princípio é preciso otimizar – e, dessa forma, necessariamente considerar todas as circunstâncias dadas. Portanto, nenhuma exceção pode surgir na aplicação de um princípio. Em outras palavras, princípios não são derrotáveis. (BÄCKER, 2011, p. 61).

No mesmo trabalho, o constitucionalista reafirma a impossibilidade de derrota dos princípios:

¹³ Não se ignora o fato de que alguns autores defendem a derrotabilidade também dos princípios, a exemplo de Rodrigo Telles de Souza, Sartor, Hage, Peczenik e Humberto Ávila.

[...] todas as razões contrárias à realização da finalidade de um princípio devem ser consideradas na otimização, à luz de todas as circunstâncias relevantes conhecidas. Portanto, todas as possíveis razões para exceções já fazem parte do procedimento de otimização. Princípios, em outras palavras, não comportam exceções; eles não são derrotáveis. (BÄCKER, 2011, p. 72).

Adota-se aqui a lição do Professor de Kiev. A estrutura de uma norma princípio admite a ponderação com outras normas principiológicas, mas não o afastamento com base em supostas exceções. Princípios não comportam hipótese de incidência, razão pela qual não há que se falar em derrotabilidade de um comando. Se uma norma é expressa pela equação lógica “Se A, então B” (v.g. Se João matar alguém, será apenado com reclusão de 6 a 20 anos – art. 121, CP), a estrutura é típica de uma regra, não de um princípio. A derrotabilidade só pode ser acomodada em estruturas dessa natureza, que passam a ser lidas da maneira a seguir: “Se A, então B, *a menos que...*”. A exceção “a menos que”, então, derrota a consequência B. Uma norma princípio não é expressa pela equação binária “Se A, então B” (v.g. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações – art. 5º, I, CF/88). Nota-se, pois, que a estrutura da norma princípio, considerada como um dever *prima facie*, não prevê nenhuma consequência apta a ser derrotada¹⁴.

2.2.2. Derrotabilidade de normas constitucionais

Já foi visto que somente as normas regras sofrem derrota. Esse universo se torna ainda mais diminuto quando se aduz

14 Esta também é a conclusão de Thomas Bustamante, oriundo da Escola Mineira de Direito Constitucional, que, revendo seu posicionamento inicial, migrou para a corrente pela qual princípios não podem ser objeto de derrota. A opinião mais recente pode ser conferida no trabalho: intitulado Princípios, Regras e Conflitos Normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 37, jul./dez. 2010.

que apenas normas infraconstitucionais podem ser derrotadas. Isso porque, se se admitisse que o ideal de justiça pode afastar a incidência de normas da Constituição Federal, implicitamente se acolheria a tese de Otto Bachof, para quem há normas constitucionais que podem vulnerar direito suprapositivo, entendimento este já rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵.

Bem ou mal, ainda prevalece entre nós o caráter ilimitado do constituinte originário, ao menos juridicamente. Ainda que uma doutrina mais recente aponte limites éticos, filosóficos ou mesmo advindos dos princípios de Direito Internacional (obrigações *erga omnes*) para o constituinte originário, o fato é que não foi abraçada pelo Brasil a possibilidade de controle a ser exercido sobre normas constitucionais originárias. Quanto às derivadas, é possível cotejá-las com as cláusulas pétreas, não com um ideal de justiça.

Assim, sob pena de frustrar a rigidez constitucional, não se afigura possível sindicar se uma Constituição é justa, de modo a derrotar suas normas. O que se pode fazer, à luz do princípio da concordância prática, é sopesar normas em conflito, o que não se confunde com a derrotabilidade das regras, hipótese esta em que somente há uma norma aplicável e que, a despeito disso, não é aplicada. Na tensão entre normas constitucionais, a antinomia (aparente) é solucionada pelo princípio da proporcionalidade. Se apenas uma norma constitucional é aplicável, não há razões jurídicas para sonegá-la em determinado caso concreto, por supostamente ser um caso anormal em que a incidência da Constituição resvalaria em uma injustiça. Noutro dizer: a incidência da Constituição é sempre bem-vinda, a menos que outra norma constitucional seja prestigiada.

15 ADI 815-3/DF, mormente o voto do Ministro Moreira Alves.

Há, entretanto, uma importantíssima voz em sentido contrário. Merece registro o fato de que, no ano de 1989, Maria Helena Diniz desenvolveu um aprofundado estudo monográfico (*Norma Constitucional e seus Efeitos*), no qual, na essência, defendeu algo muito próximo da derrotabilidade das normas constitucionais. Tal ocorreria, por exemplo, diante das chamadas lacunas axiológicas. A consagrada civilista classificou as lacunas nas categorias a seguir:

A lacuna normativa, que inclui a técnica, ocorre quando houver ausência de norma sobre determinado caso; *a axiológica, se houver norma que, sendo aplicada, acarrete situação injusta*; e a ontológica se dá quando a norma vigente não corresponde à realidade fático-social, ante, por exemplo, o fato de o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso técnico acarretarem o anciloseamento da norma. (DINIZ, 1989, p. 64, grifo nosso).

O interessante é que, ao contrário das lacunas em geral, caracterizadas pela ausência de norma que discipline um dado caso na vida, as lacunas axiológicas são consideradas como tais porque, embora exista uma lei, a solução trazida pelo ordenamento resvala em uma (suposta) injustiça. Nas palavras da professora da PUC: “Se houver inadequação do texto constitucional em relação a um sistema de valores positivos, ter-se-á a lacuna axiológica.” (DINIZ, 1989, p. 62).

Como consequência do fenômeno das lacunas axiológicas, Maria Helena Diniz sustenta a não aplicação da lei injusta, conforme se colhe do trecho a seguir:

Se a norma constitucional conflitar com a tábua de valores positivos, que lhe dá sentido, *apresenta uma anormalidade, não devendo ser aplicada e obedecida*. Toda norma vige com pretensão de eficácia, logo, *não lhe pode faltar a finalidade de ser justa*. (DINIZ, 1989, p. 63, grifo nosso).

É interessante notar que a civilista, com arrimo na doutrina tridimensionalista de Miguel Reale, sustenta a possibilidade de *desobediência civil* de normas constitucionais em desacordo com os valores sociais, normas estas que, a despeito de existentes, válidas e dotadas de eficácia *jurídica*, carecem de eficácia sociológica. Mas não é só. Para além da desobediência civil, a jurista defende ainda a não aplicação da norma constitucional, ou seja, que o Juiz ou o Tribunal afaste a norma do caso subjacente que lhe é submetido em uma demanda. Isto porque usou a expressão “[...] não devendo ser aplicada e obedecida [...]”. Logo, tanto seria possível não obedecer quanto não aplicar.

Com isso, a fronteira entre a derrotabilidade de normas constitucionais e a não aplicação de normas injustas advindas de lacunas axiológicas se torna, cada vez mais, menor. No máximo, resta distinguir os institutos a partir de uma única e última discriminação: enquanto a derrotabilidade da regra é casuística, pois a norma objeto de derrota vem a triunfar em casos outros, a não aplicação de uma norma constitucional injusta, no contexto das lacunas axiológicas, seria uma “falha” perene, podendo ser subtraída para (quase) todos os casos que demandam a sua incidência. Assim, a diferença é que a derrotabilidade seria pontual, em um caso concreto específico, ao passo que a lacuna axiológica pressuporia uma norma constitucional cuja aplicação não mais se justifica socialmente.

Verdade seja dita, substancialmente, Maria Helena Diniz defendeu a derrotabilidade das normas constitucionais, no longínquo ano de 1989, quando nem sequer se cogitava falar no assunto¹⁶. Importa não o nome que se dê, mas a essência do objeto de conhecimento. Como diria William

¹⁶ Na década de 1980, o Brasil nem mesmo havia recebido os contributos doutrinários de Dworkin e Alexy, cujos escritos se popularizaram na década de 1990. A partir de então, a importação acrítica da Jurisprudência dos Valores, da ponderação e de tantos outros relativismos constitucionais foi banalizada entre nós, convolvando a democracia em uma juristocracia.

Shakespeare, se as rosas não se chamassem rosas, exalariam o mesmo perfume. A rubrica atribuída aos institutos e fenômenos jurídicos, portanto, importa menos que a substância. Descabe diferenciar a derrotabilidade das regras e as lacunas axiológicas, sob o prisma ontológico.

Aliás, apenas para comprovar que os teóricos da *defeasibility* e Maria Helena Diniz seguiram o mesmo rastro científico, basta perceber que o fundamento para as lacunas ontológicas (modalidade que não se confunde com as axiológicas) e para a derrotabilidade das regras é o mesmo. A professora da PUC, entre outros motivos, elenca como fundamento “a limitação da capacidade de previsão do constituinte, que não pode catalogar as ações passíveis de normação, mesmo que se utilizasse de *standards* jurídicos ou de generalizações padronizantes”.

Vê-se, claramente, que o lastro da derrotabilidade das regras foi o mesmo que inspirou Maria Helena Diniz por ocasião da feitura de sua monografia (*Norma Constitucional e seus Efeitos*), que a imortalizou na ciência do Direito Constitucional.

Apesar do brilhantismo com que se ocupou do tema, perflhamos o entendimento pelo qual normas constitucionais não podem ser objeto de derrota, por implicar uma indevida sindicância da criatura sobre a obra do criador. Não é dado ao poder constituído aferir a legitimidade do que nos legou o poder constituinte. Em se tratando de emendas, o parâmetro são as cláusulas pétreas.

Em arremate, é pertinente lembrar a militância democrática de Lenio Streck, para quem “há, pois, um direito fundamental ao cumprimento da Constituição.”¹⁷ (STRECK, 2011, p. 34).

17 É certo que o autor se referiu mais ao direito de obter uma resposta judicial adequada à Constituição (nas pegadas de Dworkin) do que ao direito fundamental de incidência pura e simples dessa Constituição.

2.2.3. Derrotabilidade de atos administrativos

Agora impende questionar se estariam os atos administrativos infensos à derrotabilidade. O ato administrativo é, por exceção, um ato secundário, vale dizer, *infralegal*. Deve obediência imediata à lei e mediata à Constituição. Como regra, enquanto leis se sujeitam ao controle de constitucionalidade, atos administrativos são objeto de controle de legalidade. Assim, se editado em respeito ao Direito posto (lei + Constituição), não há razão para se sonegarem os efeitos de um ato administrativo porque supostamente seria injusto, a menos que essa injustiça traduzisse uma inconstitucionalidade.

Só há duas possibilidades: ou o ato administrativo é legal ou não o é. Não sendo legal, há de ser afastado em um *controle de legalidade*, seja pela própria Administração Pública (princípio da autotutela), seja pelo Judiciário. Por outro lado, se o ato administrativo, embora legal, é tido como injusto, o problema está na lei, e não no ato que a ela deve obediência. Assim, é a constitucionalidade da lei que deve ser sindicada, não a do ato administrativo. Se a lei não sobreviver à sindicância de constitucionalidade, o ato administrativo também será invalidado, em razão do fenômeno intitulado como *inconstitucionalidade por arrastamento*. Por fim, é possível, ainda, que a lei, regulamentada pelo ato administrativo, seja constitucional e injusta. Nesse caso, nada pode ser feito, a não ser derrotá-la. Percebe-se, pois, que a lei seria objeto de derrota, e não o ato administrativo que lhe confere exequibilidade. Não se deve cogitar, portanto, a derrotabilidade de atos administrativos.

Em sentido contrário, para Adriana S. de Souza (2012, p. 37-55), o art. 150 do regulamento do Imposto de Renda pode ser objeto de derrota. Um ato administrativo seria derrotado em nome da Justiça e da coerência do sistema.

Os contribuintes aplaudem e a Administração Fazendária se apavora. Quanto mais nos aprofundamos no estudo da derrotabilidade das regras, mais percebemos o perigo que essa doutrina representa.

2.2.4. Derrotabilidade de súmulas vinculantes

Em boa verdade, a derrotabilidade de súmulas vinculantes deve causar espécie a inúmeros estudiosos, sobretudo se se considerar que todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública dos entes federativos devem curvar-se à autoridade dos seus comandos¹⁸. Do contrário, na hipótese de desrespeito (*defiance*), a autoridade do enunciado pretoriano desafiado é assegurada pelo ajuizamento de uma reclamação.

Ocorre que, tanto quanto as leis, as súmulas vinculantes são enunciados com força cogente. Se uma lei pode acomodar exceções implícitas, dada a impossibilidade de antever todos os fatos da vida, pelo mesmo fundamento, os verbetes jurisprudenciais também poderiam ser objeto de derrota. Se o legislador falha no seu desiderato de normatizar tudo que lhe parecia sujeitar-se à regra que originou, igualmente, os Ministros também podem equivocar-se na tentativa de abarcar todos os casos judiciais a serem regrados pela súmula.

No campo das argumentações, pode-se mencionar ainda que uma súmula vinculante não merece mais respeito que uma lei. Desenvolvendo-se o debate, se até mesmo a lei, instrumento legítimo para subordinar condutas, pode

¹⁸ O Ministério Público, na sua atividade-fim, não se vincula às súmulas vinculantes, mormente em razão da independência que lhe é imanente. Somente a atividade-meio do Ministério Público, vale dizer, a administração pública (em sentido material, objetivo ou funcional) por ele desempenhada deve obediência às decisões vinculantes do STF.

ser derrotada, com mais razão poderia sê-lo um texto sumulado. Quanto ao risco de anarquia instaurada no Judiciário, o mesmo perigo é assumido quando se derrota uma lei do Congresso Nacional. Se a anarquia não é bem-vinda nos órgãos judicantes, também é *persona non grata* nos órgãos legiferantes. Por coerência, ou se admite o fenômeno da derrotabilidade de leis e súmulas vinculantes, ou não se lhes reconhece. Optando-se pela coerência científica, ainda que se reconheça a imensa dificuldade prática que isso pode acarretar, sustenta-se que ambas são igualmente derrotáveis: leis e súmulas.

Interessante é perceber que uma súmula pode ter sua incidência afastada diante do *distinguishing*, isto é, quando não há perfeita subsunção entre o caso submetido em juízo e o precedente que originou o verbete jurisprudencial. Nota-se que o *distinguishing* em muito se assemelha a uma derrotabilidade, não fosse por um aspecto: na *defeasibility*, há uma perfeita subsunção do caso concreto à hipótese abstratamente descrita no arquétipo legal, que é afastada por um imperativo de justiça. No *distinguishing*, pelo contrário, o caso subjacente não é retratado pelo texto da súmula com fidelidade, razão pela qual se busca demonstrar que a ela não haverá de submeter-se. Em suma: no *distinguishing*, a não incidência da súmula é *tout court*. Simplesmente, o verbete não contempla o caso *sub judice*, que, embora se assemelhe ao enunciado jurisprudencial, contém uma particularidade que o distingue. Na *defeasibility*, há uma correspondência entre os fatos e a norma, mas afasta-se o regramento, em uma decisão *contra legem*, para sacramentar a justiça.

Outro fenômeno que não deve ser confundido com a *defeasibility* é o *overriding*. Este constitui uma nova feição dada ao precedente anteriormente sufragado pelo Tribunal. Por exemplo, o STF consagrou que, de uma maneira geral,

os processos administrativos perante os Tribunais de Contas devem assegurar o contraditório e a ampla defesa, salvo quando se aquilatar a legalidade de atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão (súmula vinculante 3). Porém, o mesmo STF, que não se vincula às próprias súmulas que edita¹⁹, asseverou que a súmula vinculante 3 é inaplicável quando mais de 5 (cinco) anos se passarem entre a concessão inicial de aposentadoria e a homologação da Corte de Contas, pois, neste caso, o pretense aposentado tem a firme crença de que a situação já se consolidou (BRASIL, 2014). Logo, é razoável que tenha o direito de ser ouvido, em apreço à ampla defesa e ao contraditório. Trata-se do princípio da proteção da confiança, que é invocado como uma justificativa para mitigar, atenuar, arrefecer o rigor da súmula vinculante 3. A isto denomina-se *overriding*, que consiste na mudança da feição do precedente. Percebe-se que os institutos não se confundem, pois se opera o *overriding* quando o próprio Tribunal excepciona a si mesmo, estatuindo que seu precedente não será observado em uma determinada circunstância. Nota-se que não há um afastamento episódico do precedente, mas um afastamento perene: a Súmula vinculante nº 3 não se aplica quando decorridos mais de 5 (cinco) anos entre a concessão inicial da aposentadoria e a homologação do Tribunal de Contas. Trata-se de uma mutação do precedente. Ao contrário, na *defeasibility*, o afastamento é apenas episódico e o regramento afastado permanece com o mesmo significado. Em comum, ambos ocorrem por um imperativo de justiça.

Por fim, reputa-se *overruling* o fenômeno do abandono do precedente pelo Tribunal que o consolidou. Vê-se, mais uma vez, uma posição duradoura, e não episódica. Abandona-se

¹⁹ No Brasil, o *stare decisis* (respeito ao precedente) é meramente vertical, e não horizontal. O STF não se vincula às súmulas vinculantes, podendo livremente cancelá-las ou mesmo abandoná-las total ou parcialmente.

uma orientação jurisprudencial, que passa a ser superada. No *defeasibility*, o regramento não é abandonado, mas temporariamente derrotado.

Todos os fenômenos da Teoria dos Precedentes estudados guardam um grau de parentesco com a derrotabilidade dos verbetes, mas com ela não se confundem. Na derrotabilidade de uma súmula, o enunciado não é abandonado total (*overruling*) ou parcialmente (*overriding*). Na *defeasibility* sumular, o comando sumulado continua atual, incólume, exatamente nos termos em que redigido, mas o magistrado afasta pontualmente a súmula vinculante por um imperativo de Justiça, nos mesmos moldes em que o faria se se tratasse de uma lei.

Assim, por tudo o que se expôs, se as leis acomodam exceções implícitas, decerto as súmulas também as acomodam. Se casos anormais repelem, por um imperativo de Justiça, a incidência de uma lei, as súmulas vinculantes não estão a cavaleiro da derrota. Defender o contrário avilta a separação dos Poderes. Neste caso, restará ao STF, em sede de reclamação, modificar ou não a decisão que derrotou pontualmente sua jurisprudência. Se a mantiver, o precedente poderá ser universalizado.

2.2.5. Derrotabilidade de normas endereçadas à Administração Pública

Imaginemos que uma lei municipal proíba fiscais da prefeitura de interditar estabelecimentos comerciais sem a prévia intimação (real ou ficta) de quem de direito, como uma oportunidade de que a irregularidade seja sanada. É necessário investigar como derrotar essa regra proibitiva. Deve-se confirmar se é possível vislumbrar nessa norma uma cláusula “a menos que”. Antiga é a lição de que, em face do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CF/88), no silêncio da lei, a Administração Pública está proibida de agir. Logo, se a lei não excepcionou explicitamente, é porque implicitamen-

te vedou o comportamento do agente público. Aquilo que não foi expressamente autorizado já se considera presumidamente proibido. Sendo assim, não há como o servidor público promover a interdição quando não ocorre intimação (real ou ficta) do particular. Conclui-se que a estrutura da norma proibitiva endereçada à Administração Pública não tem espaço para armazenar exceções que a derrotem.

Embora de difícil configuração prática, em tese, seria possível a derrotabilidade de regras mandamentais ou de regras permissivas destinadas ao Poder Público.

2.2.6. Derrotabilidade de normas penais

O Direito Penal é o ramo da árvore jurídica que mais flertou com a derrotabilidade das regras, mesmo sem se dar conta disso. Os estudiosos das ciências criminais arquitetaram inúmeras teorias para derrotar normas penais incriminadoras, lastreadas em exceções implícitas que escapariam do âmbito de previsibilidade do legislador penal, ou seja, o mesmo fundamento da *defeasibility*. Exemplos disso são as causas supralegais de excludentes da culpabilidade, hipóteses que, embora não sejam unânimes, contam com uma razoável aceitação da doutrina.

Prevalece no Brasil a concepção pela qual o crime é um fato típico, antijurídico e culpável (corrente tripartite). São elementos da culpabilidade, por seu turno, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa. Enquanto as dirimentes da imputabilidade e da potencial consciência da ilicitude estão previstas em um rol *numerus clausus*²⁰, as dirimentes da inexigibilidade de

20 Excluem a imputabilidade: a menoridade (art. 27, CP), a embriaguez acidental completa (art. 28, §1º, CP) e os portadores de enfermidades mentais (art. 26, *caput*, CP). Exclui a potencial consciência da ilicitude o erro de proibição inevitável (art. 21, CP). Tais hipóteses são taxativas.

conduta diversa estão previstas em um rol *numerus apertus*. Sendo impossível ao legislador antever todas as situações fáticas em que não seria razoável exigir conduta diversa do agente, a doutrina passou a elencar causas supralegais que derrotam a norma penal incriminadora: a cláusula de consciência, a desobediência civil e o conflito de deveres. Ainda que sob um rótulo diverso, substancialmente, trata-se da derrotabilidade das regras tal como aludida no clássico raciocínio de Hart.

Assim, quando René Ariel Dotti (2002, p. 428) leciona com maestria sobre a desobediência civil²¹, nada mais está ensinando do que casos anormais que justificam a derrota episódica de uma norma regra (incriminadora). No Brasil, poucos perceberam a conexão entre o Direito Penal e a doutrina da derrotabilidade das regras. Um dos que explicitou essa percepção foi Juliano Taveira Bernardes. O membro do Tribunal Regional Federal da 1ª Região vislumbrou a derrotabilidade das regras no abortamento de fetos anencefálicos como uma hipótese imprevisível e anormal que justificaria a derrota pontual da norma que tipifica o delito de aborto, antes mesmo de solucionada a controvérsia pela ADPF 54 (BERNARDES, 2005).

Contudo, nem toda norma penal pode acomodar exceções implícitas, logo, é preciso separar o joio do trigo. Para dificultar ainda mais, pergunta-se se as normas dirimentes podem ser derrotadas. Igualmente, indaga-se se é possível que a norma penal que prevê a legítima defesa contenha uma exceção implícita “a menos que”. Nesse caso, parece claro que não. À luz do princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CF88), não se admite que alguém venha a ser incriminado

21 É interessante perceber que, conforme se viu linhas acima, Maria Helena Diniz também discorreu sobre a desobediência civil e acabou atingindo a mesma conclusão advinda da *defeasibility*: a superabilidade da norma. Ambos, no entanto, jamais mencionaram a derrotabilidade das regras.

por uma situação não normatizada expressamente pelo ordenamento. Repugna ao Direito Constitucional Penal a ideia de analogia ou interpretação extensiva *in malam partem*.

Na hermenêutica jurídica, quando o intérprete presume que o legislador não normatizou determinada hipótese por um esquecimento, mas, se o tivesse feito, teria criado uma norma semelhante àquela que regula a situação análoga, tem-se o emprego da analogia. Diversamente, quando o legislador se expressa aquém do que desejou, mas sua intenção era abarcar a hipótese não normatizada (*dixit minus quam voluit*), opera-se a interpretação extensiva. Nenhuma delas pode ser prejudicial ao réu.

2.2.7. Derrotabilidade de normas que instituem ou majoram tributos

É incerto se o fato gerador, conquanto ocorrido no mundo fenomênico, não terá aptidão para fazer incidir a norma que instituiu a exação fiscal. Os contribuintes agradeceriam. Já existem hipóteses legais e constitucionais que permitem seja uma norma tributária afastada, vale dizer, leis que instituem isenções fiscais, normas constitucionais imunizantes etc. Pode-se questionar se seria possível inovar, para acrescentar, ainda, hipóteses de derrota, para além das previstas. Ora, a norma que exclui o crédito tributário (*v.g. aquela que institui uma isenção*) deve ser interpretada restritivamente²². Disso já se percebe a dificuldade de se admitirem situações que derrotem leis que instituem exações.

3. O Ministério Público como zelador da ordem jurídica

É consabido que o Ministério Público recebeu o encargo constitucional da veladura da ordem jurídica (art. 127,

²² Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

CF/88)²³. Um raciocínio precipitado poderia levar à falsa conclusão de que, se lhe compete zelar pelo ordenamento, não se lhe permite tolerar a derrota de uma fração desse ordenamento, isto é, de uma lei. De início, convém lembrar que, como regra, o comportamento que se espera de um membro do Ministério Público é o combate à derrotabilidade das regras, por representar o desprezo a uma lei fabricada democraticamente, que existe, é válida e eficaz. Tal conclusão se reforça ainda mais quando se ressalta que o *Parquet* é zelador do regime democrático (art. 127, CF/88).

Não obstante, há casos (anormais) em que a insistência intransigente na aplicação da norma pode resvalar em uma injustiça intolerável, que repugna até mesmo aos neófitos no estudo do Direito. Didaticamente, pode-se afirmar que, para que uma norma jurídica incida no suporte fático, mais do que o encaixe perfeito entre os fatos e a hipótese abstratamente prevista no arquétipo legal, exigem-se condições normais de temperatura e pressão. O legislador não é clarividente. Sua obra não tem o dom de solucionar tudo aquilo que a vida pode fazer brotar do cotidiano, como se uma regra se pretendesse absoluta, universal e atemporal. Ademais, também se salienta que, para além da Justiça, a *defeasibility* tem sido empregada para conservar os próprios fins da norma afastada, o que não deixa de ser uma decisão que se esforça para respeitar o ordenamento²⁴.

23 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

24 Inspirado nos escritos de Giorgio Agamben, que se ocupou da teoria do estado de exceção, o Supremo Tribunal Federal já averbou que “O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.” (BRASIL, 2007). A fundamentação do julgado, embora confusa, revela a tentativa dos Ministros de enquadrar a exceção a uma regra como uma confirmação do regramento excepcionado (decisão *secundum legem*).

Por tudo isso, conquanto sentinela da ordem jurídica e da democracia, é lícito ao membro do Ministério Público postular ou admitir que se opere a derrotabilidade de uma norma regra, seja quando atua como *custos juris*, seja quando age como parte.

É de se notar que o Ministério Público nem sempre deverá se pronunciar acerca da derrotabilidade de uma regra, mas somente quando o conteúdo da norma derrotada albergar interesses sociais e direitos individuais indisponíveis. Nos processos em geral, o incidente, por si só, não demanda a oitiva do *Parquet*. Assim esclarece Hugo Nigro Mazzilli, professor emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo:

O texto constitucional menciona a defesa da ordem jurídica como um dos objetivos da atuação do Ministério Público. Isso não significa, no entanto, que essa instituição deva zelar pelo cumprimento de cada uma das leis do País, mas sim daquelas que se insiram dentro das finalidades gerais da instituição.

Dessa forma, se a lei disser respeito à defesa do regime democrático, à defesa de interesses sociais, à defesa de interesses individuais indisponíveis – esses os objetos finalísticos da atuação institucional – estará aí afirmado o campo da atuação do Ministério Público. Entretanto, se a lei disser respeito a um direito disponível, sem expressão social, isso não será causa bastante para a atuação do Ministério Público. Não fosse assim, o Ministério Público cobraria multas de trânsito, atuaria em processos cíveis de objeto patrimonial entre partes maiores e capazes, pois, em todos esses exemplos, sempre estaria havendo, pelo menos em tese, uma violação à lei. (MAZILLI, 2013, p. 122).

Dessa compreensão não destoa Emerson Garcia, membro do Ministério Público do Rio de Janeiro:

Realizando uma interpretação teleológico-sistemática do art. 1º da Lei n. 8625/1993 e do art. 127 da Constituição

da República, é possível afirmar que a atribuição de “defesa da ordem jurídica” não legitima a conclusão de que o Ministério Público deva atuar em toda e qualquer causa que nela encontra seu fundamento de validade. Fosse assim, a enunciação de qualquer outra atribuição seria claramente redundante, pois o designativo ordem jurídica abarcaria a todas. Ante a natureza dos demais interesses tutelados pelas referidas normas (regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis), e tendo em vista a própria *ratio* da atividade finalística desenvolvida pelo Ministério Público (art. 129 da CR/1988), toda ela voltada à satisfação do interesse da sociedade, entendemos que à Instituição não cumpre a defesa, ampla e irrestrita, da ordem jurídica, mas, sim, da parcela que aglutine os interesses tutelados pelas denominadas normas de ordem pública, que abarcam, além dos interesses sociais, os individuais, ainda que disponíveis, que gerem reflexos relevantes e imediatos na própria coletividade [...]. (GARCIA, 2014, p. 113-114).

Disso resulta a conclusão inafastável de que a derrotabilidade de uma regra não requer necessariamente a manifestação do Ministério Público, cuja legitimidade dependerá da natureza do direito versado na norma que não triunfou. A menos que se cuide de um processo cujo pano de fundo envolva uma das matérias atinentes à atuação do Ministério Público (*v.g.* deficientes físicos, crianças, consumidores, meio ambiente etc.), não se justifica a remessa dos autos para o órgão ministerial.

4. Estudos de caso

Como tive oportunidade de afirmar ao longo deste ensaio, há casos excepcionalíssimos que justificam, como *ultima ratio*, a extrema medida da derrotabilidade das regras. Sem a menor pretensão de esgotá-los, porquanto infinitos, indico dois casos concretos em que a derrotabilidade das regras é medida que se impõe.

4.1. Atos infracionais contra a dignidade sexual de adolescentes: exceção de Romeu e Julieta

CASO 1: Suponha-se que João, com 15 (quinze) anos, namore Maria, que conta com 13 (treze) anos. O relacionamento, que inclui a prática de relações sexuais desde o início, já dura há 6 (seis) meses. Ambos, até então, eram virgens. A menarca da moça ocorreu aos 12 (doze) anos.

O caso narrado traduz uma hipótese de ato infracional análogo ao estupro de vulnerável (art. 217-A, CP c/c art. 103, ECA), pois o Código Penal só admite o válido consentimento para atos sexuais a partir dos 14 (quatorze) anos. É irrelevante que ambos tenham descoberto juntos a própria sexualidade, bem como não assume relevo o fato de Maria estar biologicamente apta para engravidar. Para o Direito, João deve sujeitar-se à aplicação de uma medida socioeducativa de internação, considerando-se a prática reiterada de atos infracionais (art. 122, II, ECA). Em tese, o jovem pode ter sua liberdade restringida por até 3 (três) anos (art. 121, § 3º, ECA).

Pergunta-se quando a natureza presenteia uma menina com os encantos de uma mulher. Segundo o Direito, jamais antes dos 14 (quatorze) anos. Aquém desse marco, o ato é tido como pedofilia. Presume-se, em absoluto, que a menina não amadureceu física e psicologicamente para desempenhar atos sexuais. Contudo, conforme os ensinamentos de João Batista Costa Saraiva, um dos maiores infanticistas brasileiros (e ex-membro do MP/RS), desde que a diferença de idade entre os envolvidos seja pequena, o ato não se revestiria de ilicitude. Valendo-se do Direito Comparado, o especialista ensina que casos dessa natureza demandam a aplicação da *exceção Romeu e Julieta (Romeo and Juliet Law)*, tal como nos Estados Unidos, por força da qual não haverá crime quando a diferença etária entre os envolvidos não suplantar

5 (cinco) anos, na medida em que ambos estão no mesmo momento de desenvolvimento (SARAIVA, p. 12, 2009).

Ora, como já estudado linhas acima, o reconhecimento de uma exceção implícita à regra geral, por um imperativo de justiça, que afasta a incidência da norma, traduz o fenômeno da derrotabilidade das regras (*defeasibility*). Logo, é possível afirmar que a exceção Romeu e Julieta derrota a norma do art. 217-A, CP. Por conseguinte, o membro do Ministério Público, diante de casos concretos como esse, pode deixar de representar o adolescente para promover o arquivamento do procedimento (art. 180, I, ECA), com lastro na atipicidade material da conduta. Tecnicamente, essa é a solução mais acertada. O mesmo resultado pode ser atingido por meio da invocação do princípio da adequação social, mas é desaconselhável buscar apoio em uma principiologia tão aberta.

4.2. Ação penal pública incondicionada nas contravenções penais (art. 17, Decreto-Lei nº 3.688/41)

CASO 2: Antônio foi abandonado por Clarisse, mas não se conforma com o fim do romance. Sabedor de que sua ex-companheira mora sozinha, em uma rua deserta, Antônio dirige-se até a sua residência e, no período noturno e em horário já avançado, durante o sono de sua ex-companheira, grita escandalosamente da calçada: “Clarisse! Clarisse! Clarisse!”. Encolerizada com a insistência do ex-namorado, a moça liga para a polícia. O jovem é, então, conduzido à Delegacia para a lavratura de um Termo Circunstanciado de Ocorrência, pela prática do art. 65 da Lei de Contravenções Penais²⁵, comprometendo-se a comparecer à audiência designada no âmbito do JECrim. Sucede que, dias após o ocorrido, Clarisse decide perdoar Antônio pela balbúrdia realizada na janela do

²⁵ Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

seu quarto. Apesar de tudo, se o moço recusar-se a aceitar a proposta de transação penal apresentada em audiência, em tese, há uma norma que obriga o Promotor de Justiça a oferecer denúncia oral: o art. 17 do Decreto-Lei nº 3.688/41, por força do qual todas as contravenções penais devem sujeitar-se a uma ação penal pública incondicionada.

Por outro lado, se, nas circunstâncias descritas no exemplo hipotético acima, em vez de gritar “Clarisse!”, Antônio tivesse gritado “Clarisse, *eu vou te matar!*”, as consequências lhe seriam mais favoráveis. Isso porque o crime de ameaça, mesmo quando perpetrado no contexto da violência doméstica, é de ação penal pública condicionada à representação. Portanto, a persecução penal não seria deflagrada sem que a ofendida representasse contra o agressor.

Percebe-se claramente que o caso narrado induz à derrota episódica da regra contida no art. 17 do Decreto-Lei 3.688/41²⁶, devendo ser tido como uma exceção implícita ao seu comando, por um imperativo de Justiça, eis que a casuística certamente escapou à previsibilidade do legislador. O mesmo resultado poderia ser alcançado pela invocação dos princípios da razoabilidade, em uma interpretação sistêmica, mas essa argumentação carece de maiores fundamentos jurídicos.

5. Desafios para a aplicação da derrotabilidade das regras (*defeasibility*)

O maior obstáculo à derrotabilidade das regras é a dificuldade de discernir o que é uma exceção implícita e aquilo que

²⁶ Não por acaso, aprovou-se o Enunciado 99 do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais): “Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal” (nova redação – XXIII Encontro – Boa Vista/RR). Percebe-se que o teor da súmula doutrinária é nitidamente *contra legem*, resvalando na derrotabilidade do art. 17 do Decreto-Lei nº 3.688/41.

deve ser considerado como um silêncio eloquente. Separar as duas situações pode ser tão espinhoso quanto um procedimento cirúrgico para divorciar dois gêmeos xifópagos, preservando-lhes a vida. Será sempre tarefa árdua distinguir quando um silêncio foi intencional e quando a hipótese escapou da previsibilidade do legislador. Disso resulta a subjetividade e a discricionariedade do intérprete, problema do Direito como um todo, conforme já identificado por Kelsen, Alexy e tantos outros. Sucede que, na derrotabilidade das regras, esse mal se acentua sobremodo, seja pelo risco exponencial de ocorrer um equívoco, seja pela consequência desastrosa desse eventual equívoco: o Juiz estaria legislando. É de fazer tremer no túmulo Montesquieu. Ademais, se é possível dizer que as normas jurídicas carregam consigo exceções implícitas, contraria-se a antiga parêmia de que, no silêncio, a regra se presume e a exceção deve ser explicitada.

Exemplo de toda essa dificuldade pode ser colhido a partir da hipótese levantada por Juliano Taveira Bernardes, um dos primeiros estudiosos a escrever sobre o tema da derrotabilidade no Brasil:

Assim, ao tipificar como crime o aborto provocado, o legislador penal excepcionou, expressamente, os casos em que não há outro meio para salvar a vida da gestante (aborto necessário), bem como a hipótese de a gravidez resultar de estupro. Contudo, dada a impossibilidade de explicitar todas as condições não previstas mas capazes de justificar a “derrotabilidade” da proposição jurídica, é preciso reconhecer exceções implícitas para casos anormais, sem prejuízo da aplicabilidade da regra para as situações normais. Isso porque, ao tempo da formulação da norma (início da década de 40), o legislador não tinha como antever que exames médicos, num futuro não muito distante, poderiam diagnosticar a anencefalia do feto ainda no útero da mãe. [...] (BERNARDES, 2005).

A partir do raciocínio acima, lanço um questionamento extraído de um caso que vivenciei antes de ingressar no Ministério Público. Durante a época em que este articulista foi Defensor Público, uma senhora grávida procurou orientação jurídica, apavorada e aos prantos, porque carregava no ventre um filho cujo cérebro se desenvolvia do lado de fora da calota craniana. O contato do cérebro com o líquido amniótico gerava uma atrofia cerebral, de modo que a criança morreria durante a gravidez ou poucas horas após o nascimento. A este quadro severo, os médicos convencionaram chamar de exencefalia. Ambos, marido e esposa, desejavam promover a antecipação terapêutica do parto, vale dizer, o abortamento do feto com má formação.

O Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54, admitiu que a anencefalia era mais uma exceção lícita ao crime do abortamento, para além daquelas previstas no Código Penal. Sabendo-se que a exencefalia não se confunde com a anencefalia, embora aquela possa conduzir a esta, pergunta-se se também os fetos exencefálicos podem ser abortados lícitamente. É incerto se a norma penal incriminadora acomodaria mais esta exceção implícita. Talvez o silêncio do legislador, que elaborou o Código Penal, não tenha sido eloquente. Não se sabe mesmo se o elaborador da norma *dixit minus quam voluit*. A questão é dramática e sobremodo perigosa. A banalização das exceções pode conduzir ao abortamento eugênico, algo repudiado pelo princípio da dignidade humana.

Não bastasse a hercúlea dificuldade de discernir o silêncio eloquente das exceções implícitas advindas de casos anormais, some-se o fato de que uma enorme gama de normas jurídicas simplesmente não admite uma derrota, o que se demonstrou exaustivamente ao longo deste trabalho.

6. Conclusão

A esta altura, já é possível elencar uma série de conclusões a respeito do tema em estudo, cuja síntese é transcrita adiante:

a) Por força da doutrina da derrotabilidade das regras (*defeasibility*), uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que, em um caso concreto anômalo, justificam seja episodicamente afastada;

b) Os casos anormais que justificam a derrotabilidade de uma regra devem ser necessariamente escassos;

c) A paternidade da teoria da derrotabilidade das regras é atribuída a Hart, em seu ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights* (1948). No Brasil, as investigações científicas de Maria Helena Diniz, que, na década de 80, examinou as lacunas axiológicas, já ilustravam, substancialmente, a derrotabilidade das regras;

d) Diferentemente do controle de constitucionalidade, em que a norma paramétrica é a Constituição e os tratados internacionais de envergadura constitucional, a derrotabilidade das regras é justificada pela ideia de justiça ou mesmo para assegurar os próprios fins da norma objeto de derrota;

e) O fenômeno da derrotabilidade não tem previsão expressa no ordenamento jurídico. Este só admite o afastamento de uma regra quando outra a excepciona ou se há uma invalidade. Porém, na *defeasibility*, a norma existe, é válida e eficaz, contudo, mesmo percorrendo adequadamente todos os degraus da escada ponteana, não triunfa no caso que normatizou. Funda-se na premissa de que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar;

f) Na jurisprudência brasileira, é possível encontrar alguns julgados que, embora não aludem à derrotabilidade das regras, utilizam o seu raciocínio metodológico. No STF, isso foi feito na ADIn nº 3689/PA. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, contudo, já possui precedentes que invocam expressamente a *defeasibility*.

g) O fundamento é a premissa de que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar;

h) Qualquer órgão judicante tem poderes para derrotar uma norma, exceto os órgãos fracionários dos Tribunais. Isso porque, no que diz com a natureza jurídica do fenômeno da derrotabilidade, tem-se uma paralisação da sua incidência. Logo, há de ser observada a Súmula Vinculante nº 10, que reserva ao Plenário as decisões que, embora não pronunciem a inconstitucionalidade da norma, afastam sua incidência;

i) A derrotabilidade das regras tem natureza jurídica de prejudicial de mérito, a ser enfrentada incidentalmente na fundamentação do julgado, não sendo atingida pelos efeitos da coisa julgada. Se é enfrentada incidentalmente no decisório, é porque aloja-se na causa de pedir, e não no pedido formulado na exordial. Isso permite que seja pronunciada até mesmo em ações coletivas;

j) O texto não pode ser derrotado. O que se derrota é a norma que dele se extrai. Também não podem ser objeto de derrota os princípios, pois não possuem hipótese de incidência. Tecnicamente, normas constitucionais admitem ponderação, mas não se conciliam com a derrotabilidade. Atos administrativos não são passíveis de derrota. A estrutura da norma proibitiva endereçada à Administração Pública não tem espaço para armazenar exceções que a derrotem;

k) As normas penais incriminadoras têm sido derrotadas por causas supralegais excludentes de ilicitude e de culpabilidade, embora a doutrina de Direito Penal não estabeleça uma conexão entre a derrotabilidade e as ciências criminais. Normas penais que albergam dirimentes, por seu turno, não podem ser derrotadas, pois isso acarretaria responsabilização criminal sem lei;

l) Se as leis acomodam exceções implícitas, decerto as súmulas também as acomodam. Se casos anormais repelem, por um imperativo de Justiça, a incidência de uma lei, as súmulas vinculantes não estão a cavaleiro da derrota. Defender o contrário avilta a separação dos Poderes. Neste caso, restará ao STF, em sede de reclamação, modificar ou não a decisão que derrotou pontualmente sua jurisprudência;

m) Como regra, o comportamento que se espera de um membro do Ministério Público é o combate à derrotabilidade das regras, por representar o desprezo a uma lei fabricada democraticamente, que existe, é válida e eficaz. Apesar disso, conquanto sentinela da ordem jurídica e da democracia, é lícito ao membro do Ministério Público postular ou admitir que se opere a derrotabilidade de uma norma regra, seja quando atua como *custos juris*, seja quando age como parte;

n) A derrotabilidade de uma regra não requer necessariamente a manifestação do Ministério Público, cuja legitimidade dependerá da natureza do direito versado na norma que não triunfou. A menos que se cuide de um processo cujo pano de fundo envolva uma das matérias atinentes à atuação do Ministério Público (*v. g.* deficientes físicos, crianças, consumidores, meio ambiente etc.), não se justifica a remessa dos autos para o órgão ministerial;

o) O maior obstáculo à derrotabilidade das regras é a dificuldade de discernir o que é uma exceção implícita e aquilo que deve ser considerado como um silêncio eloquente.

Ao fim e ao cabo, ressalte-se que o problema não é norma ser derrotada. Todos os dias, regras são derrotadas sob os mais variados pretextos. O preocupante é o fundamento pelo qual uma regra válida não triunfa no caso que normatizou.

Se um Juiz derrota uma norma quando não deveria, faz tremer no túmulo *Montesquieu*. Por outro lado, se indevidamente se omite de pronunciar essa derrota, profere uma decisão *secundum legem injusta*. Diferentemente, nas hipóteses em que a derrotabilidade se impunha para assegurar os fins da norma derrotada, prolata-se uma decisão injusta e *contra legem*, afinal, conspurcar a *mens legis* da regra, em último caso, deságua em uma ferida no ordenamento.

Vaticino que, em uma nova era que se avizinha, inúmeras serão as tentativas de banalização da derrotabilidade das regras. O Ministério Público brasileiro deve estar pronto para vigiar, na veladura da ordem jurídica e do regime democrático, para que uma exceção não se convole em regra.

Numa reflexão realista e até mesmo estatística, pode-se afirmar que, a não ser em casos anômalos e de difícil ocorrência, quando uma norma jurídica é derrotada, todos os eleitores, que sufragaram nas urnas o mandatário que a elaborou, também amargaram essa derrota. É a democracia que não se sagra vitoriosa.

7. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BÄCKER, Carsten. Regras, Princípios e Derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERNARDES, Juliano Taveira. Aborto de feto anencefálico e derrotabilidade. *Correio Braziliense*, Suplemento Direito e Justiça, Brasília, 7 mar. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade na Medida Cautelar nº 491, Rel.: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 30 de abril de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nº 319, Rel.: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 3 de março de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815, Rel.: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 28 de março de 1996. *DJe*, 10 maio 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25116. Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, DF, 22 de maio de 2014. *DJe*, 13 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3689/PA, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 10 de maio de 2007. *DJ*, 29 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10. *DJe*, 27 jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 275126/SP, Rel.: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 18 de setembro de 2014. *DJe*, 3 out. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Embargos de Declaração na Apelação de Mandado de Segurança nº 00055488020014013500, Rel.: Des. Fed. Leão Aparecido Alves (Convocado). Brasília, DF, 16 de março de 2005. *DJe*, 18 abr. 2005.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 37, jul./dez. 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (legal defeseability) no direito das famílias: alvitran-do soluções para os extreme cases (casos extremos). *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 53, jul./set. 2014.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 113-114.

SARAIVA, João Batista Costa. O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet law”: uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 205, p. 12, dez. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

SOUZA, Adriana S. de. Análise do art. 150 do Regulamento do Imposto de Renda à luz da teoria da derrotabilidade da norma. *Cadernos da FUCAMP*, v. 10, n. 13, p. 37-55, 2012.

Artigo recebido em: 03/06/2015.

Artigo aprovado em: 27/05/2017.

DOI: 10.5935/1809-8487.20170012

295 - 341

Artigo

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS
PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA:
O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO
INSTITUIÇÃO GARANTIDORA
DESSES DIREITOS**

DERYCK MIRANDA BELIZÁRIO

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO GARANTIDORA DESSES DIREITOS

FUNDAMENTAL RIGHTS OF HOMELESS: PUBLIC PROSECUTOR
AS GUARANTOR INSTITUTION OF THOSE RIGHTS

DERYCK MIRANDA BELIZÁRIO

Advogado

Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais, Brasil
deryckmbelizario@gmail.com

RESUMO: Este artigo analisa a condição precária de vida das pessoas em situação de rua no Brasil; examina o que o Governo Federal tem feito em prol dessa população, como leis, decretos, portarias, dentre outros; e constata que seus direitos não são garantidos pelo Poder Público, apesar de o Estado brasileiro ter realizado formalmente algumas políticas públicas, mas que não são suficientes para se obter eficácia social. Aborda a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e a reserva do possível e demonstra como o Ministério Público, instituição de transformação social, defensora do regime democrático e incumbida da proteção dos direitos sociais, pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua, buscando a concretização da dignidade da pessoa humana através da garantia do direito ao mínimo existencial. O método de pesquisa utilizado neste artigo científico é o hipotético-dedutivo através da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: pessoas em situação de rua; direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; mínimo existencial; Ministério Público.

ABSTRACT: This article analyzes the precarious living conditions of people living on the streets in Brazil, examines what the federal government has done for the benefit of this population, such as laws, decrees, ordinances, among others; and notes that the rights of the population are not protected by the public power, although the Brazilian State has formally implemented some public policies, but these are not sufficient to achieve social effectiveness. It addresses the dignity of the human person, the existential minimum and reserve of the possible and demonstrates how the Public Prosecutor, an institution of social transformation, defender of the democratic regime and in charge of the protection of rights, can contribute to an effective realization of the fundamental rights of the street people, seeking a realization of the dignity of the human person through the guarantee of the right to the existential minimum. The research method used in this scientific article is the hypothetical-deductive through bibliographic research.

KEY WORDS: street people; fundamental rights; dignity of the human person; existential minimum; Public Prosecutor.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A condição das pessoas em situação de rua no Brasil. 3. Políticas Públicas em âmbito federal em prol das pessoas em situação de rua. 4. Os direitos fundamentais das pessoas em situação de rua. 4.1. A dignidade da pessoa humana. 4.2. O mínimo existencial. 5. A atuação do Ministério Público na efetivação dos direitos fundamentais das pessoas

em situação de rua. 5.1. Do Estado Liberal ao paradoxo do Estado Democrático de Direito. 5.2. A atuação resolutiva e demandista do Ministério Público. 5.3. O Ministério Público resolutivo no combate à pobreza extrema e efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua. 5.4. Instrumentos utilizados pelo Ministério Público resolutivo na busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais das pessoas em situação de rua. 5.4.1. Inquérito Civil. 5.4.2. Recomendação. 5.4.3. Termo (compromisso) de ajustamento de conduta. 5.4.4. Audiência pública. 5.4.5. Projetos sociais. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O presente artigo científico visa estudar, de forma não exaustiva, os direitos fundamentais das pessoas em situação de rua no Brasil, como moradia, alimentação, saúde, educação, entre outros previstos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e a atuação do Ministério Público para a efetivação desses direitos.

De fato, existem políticas públicas em prol das pessoas em situação de rua, porém elas não têm a efetividade necessária e são insuficientes para resguardar o direito ao mínimo existencial, entendido como um conjunto mínimo de direitos para se ter uma vida digna.

O trabalho aborda a dignidade da pessoa humana como superprincípio, do qual irradiam todos os demais direitos fundamentais, devendo todos estes serem interpretados à luz daquele e para efetivá-lo.

O Ministério Público como instituição democrática e defensora do regime democrático é entendido, ao longo do texto, como transformador da realidade social e, por isso, possui um papel de destaque na busca pela concretização ou efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua.

Busca-se neste texto dar preferência à atuação resolutiva do Ministério Público para efetivação desses direitos, de forma preventiva e não repressiva. Para cumprir seu papel de trans-

formador da realidade social, este tipo de atuação tem se mostrado mais satisfatória.

2. A condição das pessoas em situação de rua no Brasil

A última pesquisa realizada pelo governo brasileiro, mais precisamente pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) em parceria com a UNESCO, foi realizada entre agosto de 2007 e março de 2008.

A pesquisa levou em consideração 48 municípios com mais de 300.000 habitantes, bem como 23 (vinte e três) capitais brasileiras, com exceção de Belo Horizonte, São Paulo, Recife e Porto Alegre, e foram consideradas somente pessoas adultas, ou seja, maiores de 18 anos. Assim, o número contabilizado de adultos que vivem nas ruas foi de 31.922.

Somado ao número encontrado nas cidades de Belo Horizonte, São Paulo, Recife e Porto Alegre (em outras pesquisas realizadas anteriormente), esse número subiu para 50.000 pessoas adultas. Porém, o número de pessoas vivendo nas ruas é ainda mais elevado, visto que a pesquisa foi realizada somente em 71 cidades, 48 municípios e 23 capitais, e foram contabilizados apenas maiores de 18 anos, estando excluídos da pesquisa criança e adolescentes. (ASSIS, 2014, p. 281-282).

Segundo essa pesquisa e com base no Guia de Atuação Ministerial do Conselho Nacional do Ministério Público, editado em 2015, 87% dessa população é composta por homens, dos quais 67% são negros. No que diz respeito à faixa etária dessas pessoas, 53% possuem idade entre 25 e 44 anos. Um dado importante é que, ao contrário do que se pensa, ampla maioria exerce algum tipo de atividade remunerada (70,9%), como: catadores de materiais recicláveis (27,5%), flanelinhas (14,1%), construção civil (6,3%) e limpeza

(4,2%), carregadores e estivadores (3,1%). Apenas 15,7% das pessoas adultas entrevistadas pedem dinheiro para sobrevivência, não sendo, portanto, verdade o senso comum de que a população em situação de rua é mendigo ou pedinte, pelo contrário, são trabalhadores e batalhadores, que exercem suas atividades na maioria na informalidade (BRASIL, 2015a; 2008).

Importante destacar que dessa parcela de pessoas que exerce atividade remunerada, 52,6% recebe apenas R\$20,00 a R\$80,00 por semana (BRASIL, 2015a; 2008).

No que concerne à educação, 74% são alfabetizados (leem e escrevem), 63% não concluíram o ensino fundamental, 15% nunca estudaram e 95% dessa população não estuda atualmente (BRASIL, 2015a; 2008).

Um dado importante é a alta porcentagem de pessoas que não possuem nenhum documento de identificação pessoal (24,8%), inviabilizando o acesso a programas sociais, obtenção de emprego formal e o exercício da cidadania. Dessas pessoas, o número alarmante de 88,7% não recebe nenhum benefício dos órgãos governamentais. Como se não bastasse, 21,7% dos entrevistados disseram que foram impedidos ao tentar entrar em órgãos públicos e 13,4% foram impedidos, em algum momento, de tirar documentos como identidade, CPF, dentre outros (BRASIL, 2015a; 2008).

Esses dados demonstram que a discriminação e o preconceito são grandes em relação às pessoas em situação de rua, cada vez mais vulneráveis e esquecidas às margens da sociedade. Nota-se um contrassenso, pois 24,8% não possuem nenhum documento pessoal e 88,7% não recebem nenhum benefício social, mas quando pretendem adentrar nos órgãos públicos para pleitear os benefícios aos quais fazem jus, são barrados.

“A estigmatização dessa população, seja pela aparência pessoal, pela higiene corporal ou por qualquer outra forma, prejudica seu acesso às políticas públicas e à construção das possibilidades de saída das ruas”. (BRASIL, 2015a).

Um importante fator para prevenir que as pessoas passem a viver e morar nas ruas é o conhecimento das causas que as levaram a esse estado de indignidade. Assim, a pesquisa nacional revelou que 35,5% dessas pessoas foram levadas às ruas pelo alcoolismo e/ou drogas; o desemprego responde por 29,8% e desavenças familiares representam 29,1%. A pesquisa revela que a maior parte dessas pessoas é proveniente de áreas urbanas (72%), do mesmo local ou regiões próximas de onde se encontram, o que demonstra que o êxodo rural não é mais expressivo nesse contexto. (BRASIL, 2015a; 2008).

Quanto à saúde dessa população, a pesquisa revelou que 29,7% dos entrevistados possuem algum problema de saúde, como hipertensão (10,1%), problema mental (6,1%), AIDS (5,1%) e problemas de visão (4,6%), sendo que 18% fazem uso de medicamentos buscados nos postos de saúde. Mesmo diante desse cenário, 18,4% das pessoas em situação de rua que tentam atendimento na rede de saúde tem seu direito negado, violando-se, assim, o direito fundamental à saúde estampado no artigo 196 da Constituição da República de 1988: um dever do Estado e um direito de todos, de acesso universal e igualitário. Uma potencial causa de um terço das pessoas relatarem problemas de saúde talvez seja o fato de 19% dessas pessoas não conseguirem fazer uma única refeição por dia, não sendo assistidos pelo artigo 6º da CR/88 (BRASIL, 2015a).

Apesar do medo de dormir na rua, ocasionado pela violência, ampla maioria ainda prefere pernoitar nela (69,6%). Destes, 44,3% preferem dormir nas ruas por terem mais liberdade

do que nos albergues; 27,1% apontaram a dificuldade em cumprir horários e 21,4% a proibição do uso de álcool e droga. Apenas 22,1% dormem em albergues ou congêneres; destes, 63% apontam a violência por esta escolha e 45,7% apontaram o desconforto das ruas (BRASIL, 2008).

Conforme visto, trata-se de um grupo heterogêneo, composto por pessoas de diversos níveis culturais, de diversas regiões do país, cuja maioria sobrevive com no máximo R\$80,00 semanais; a minoria sobrevive de esmolas e caridade do próximo. Apesar de ser um grupo heterogêneo, possui em comum, caracterizando a situação precária de rua: a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional – seu teto são o sol e a lua, suas paredes são os papelões ou os viadutos e as pontes.

Os diversos fatores que geraram tal exclusão estão presentes em todo o mundo, mas se agravaram na América Latina, onde por muitos anos preponderou a exploração dos mais pobres e principalmente dos negros, liderada pelos coronéis proprietários de grandes latifúndios e, posteriormente, pelos grandes industriais:

Os problemas sociais e econômicos, que geraram a exclusão social que compreende todas as Américas, têm suas raízes no modelo colonial europeu, que escravizou índios e negros, gerando o preconceito e a marginalização, situação que perdura até hoje e apresenta-se como uma marca comum das sociedades latino-americanas. Embora haja problemas de exclusão social, inclusive de pessoas em condição de rua nos Estados Unidos e Canadá, lá denominados ‘homeless’, ou seja, ‘sem-casa’, é na América Latina que o problema se agrava, tendo em vista as condições geopolíticas, econômicas e sociais da região, marcada historicamente pela exploração colonial e pelo coronelismo, presente na figura dos latifundiários e, posterior-

mente, dos industriais, que ditaram os rumos da política em todos os países latino-americanos e foram responsáveis pela instalação de regimes de exceção, totalitários, violentos e corruptos. (WANDERLEY JR.; SILVA, 2014, p. 76).

Diante de todos esses dados, resta clarividente que algo precisa ser feito em prol da inclusão social da população em situação de rua. O próximo tópico aborda a legislação no Brasil que dispõe sobre as pessoas em situação de rua e qual seu regramento.

3. Políticas Públicas em âmbito federal em prol das pessoas em situação de rua

Nos últimos anos, o governo federal, através de decretos, portarias, programas, projetos e pesquisas, tem tentado tutelar e/ou efetivar de uma maneira mais eficaz os direitos fundamentais sociais (direitos prestacionais), como direito à moradia, à saúde, alimentação, dentre outros, das pessoas em situação de rua, para que possam alcançar a sonhada dignidade da pessoa humana, que será estudada em tópico próprio.

Tal iniciativa parte não da caridade do Poder Público, mas sim da Constituição da República de 1988, ao prever em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento, ou seja, elemento estruturante e basilar da República Federativa do Brasil. Além disso, estabelece no artigo 3º, incisos I e III, como objetivo fundamental desta República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

Para alcançar a almejada dignidade da pessoa humana, base e fundamento de uma sociedade livre, justa e solidária, é preciso, sem sombra de dúvidas, erradicar a pobreza e a marginalização, começando pela redução da desigualdade social.

Além disso, a Constituição da República prevê que cabe ao Estado prover a saúde (art. 196), a educação (art. 205), a habitação (arts. 23-IX, e 182), proteger a família (art. 226) e prestar assistência social (arts. 194 e 203).

Neste sentido, buscando dar efetividade aos ditames constitucionais, o governo federal editou, em 2009, o Decreto 7.053 pelo qual instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, prevendo em seu artigo 1º, parágrafo único, a definição jurídica de população em situação de rua, a saber:

Art.1º Fica instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de acordo com os princípios, diretrizes e objetivos previstos neste Decreto.

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória. (BRASIL, 2009).

Valendo-se do artigo 23, inciso X, CR/88, que disciplina ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, o decreto supramencionado traz em seus artigos 2º e 6º incentivos para ação integrada entre os entes da Federação, bem como participação da sociedade através de entidades, fóruns e organizações da população em situação de rua, na elaboração, acompanhamento e mo-

nitramento das políticas públicas em prol dessa população. No mesmo ano de 2009, foi editada a Portaria nº 3.305 do Ministério da Saúde, criando o Comitê Técnico de Saúde da População em Situação de Rua que, no âmbito do Ministério da Saúde, ficaria responsável por tudo que diz respeito à saúde dessa população, do mesmo modo que a Política Nacional para a população de rua e como integrante dela, tudo funcionaria de forma articulada entre as três esferas do Sistema Único de Saúde (SUS): federal, estadual e municipal.

Ainda no âmbito do Ministério da Saúde, através da Portaria nº 122 de 25 de janeiro de 2011, foram estabelecidas diretrizes de organização e funcionamento das equipes dos consultórios na rua (previstas na Portaria nº 2.488/11 do Ministério da Saúde). Através dos consultórios de rua, usuários de álcool, crack e outras drogas – uma das causas que levam as pessoas à situação de rua, conforme explicitado no tópico 1 – serão atendidos por profissionais da saúde *in loco*, de forma itinerante, em parceria com as Unidades Básicas de Saúde e, quando necessário, com Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), além dos serviços de urgência e emergência.

Há ainda a portaria nº 610 do Ministério das Cidades que dispõe sobre os parâmetros de priorização e o processo de seleção dos beneficiários do programa Minha Casa, Minha Vida. Essa portaria não trata especificamente da população em situação de rua, ao contrário das outras políticas citadas acima. Porém, ao tratar do direito social à moradia, estipula como critério adicional (somado aos critérios nacionais) facultativo ao estado, município e Distrito Federal, a prioridade a candidatos que se encontrem em situação de rua e que recebam acompanhamento socioassistencial destes entes federativos, bem como de entidades privadas sem fins lucrativos que atuem em parceria com o Poder Público.

Ao trazer a conjunção “e” – candidatos em situação de rua “e” que recebam acompanhamento socioassistencial do Poder Público – o intérprete entende como uma conjugação, uma adição, ou seja, só poderá ser beneficiário do programa Minha Casa, Minha Vida – e ainda assim de forma adicional e facultativa – aquela pessoa que esteja em situação de rua e concomitantemente esteja recebendo alguma assistência do Poder Público ou mesmo de entidade privada que atue em parceria com este. Essa exigência, se não impede, inviabiliza a participação dessas pessoas nesse programa, pois grande parte não possui nem mesmo um documento de identificação, o que conseqüentemente impede ser assistido pelo Poder Público.

Mesmo todas essas ações governamentais que buscam alcançar a dignidade da pessoa humana e a erradicação da pobreza e da marginalização para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, não possuem efetividade social, se esgotam na mera abstrativização de decretos, portarias e até mesmo leis. É o que se percebe pelo simples andar pelas ruas de uma grande cidade, a impressão que temos é de que a pobreza extrema está cada vez maior e estas pessoas ainda mais esquecidas e marginalizadas pelo Estado e também pela sociedade.

Uma prova disso é que, na cidade de São Paulo, a população em situação de rua aumentou de 8.706 pessoas em 2000 para 13.666 pessoas em 2009, justamente num período em que o Governo Federal transmitia a ideia de grande crescimento econômico do país, e a ascensão de 19,3 milhões de pessoas da linha da miséria para a classe média (WANDERLEY JR.; SILVA, 2014, p. 70).

Toda essa parafernália de decretos e portarias não “saiu do papel”, não se prestou a mudar a realidade das pessoas em si-

tuação de rua, não serviu de instrumento para garantir o exercício dos direitos fundamentais dessas pessoas – como moradia, saúde, alimentação, educação, segurança e assistência aos desamparados – configurando verdadeira omissão estatal.

“Como vimos, não faltam leis ou propostas. O que falta é ação. O Estado não põe em prática seus projetos, ou então estes são ineficazes, ou são interrompidos antes de surtirem efeitos expressivos”. (WANDERLEY JR.; SILVA, 2014, p.74).

Importante é a transcrição da conclusão em que se chegou Bruno Wanderley Junior e Carla Ribeiro Volpini Silva em relação à atuação do Estado Brasileiro:

À primeira vista, o Estado é indubitavelmente atuante e efetivo no enfrentamento dessa situação, em todos os âmbitos. Contudo, há um gigantesco abismo entre as ideias e os projetos do Estado de um lado, e a realidade dos moradores de rua de outro. O que se vê é o aumento do problema e o agravamento da situação dos moradores de rua, principalmente no que tange à violência. E não apenas a violência que enfrentam das constantes brigas entre eles próprios, ou dos ataques de pessoas preconceituosas e desumanas que, volta e meia, agredem os moradores de rua, mas a violência que sofrem do próprio Estado. (WANDERLEY JR.; SILVA, 2014, p. 69).

Resta assim demonstrado que os projetos, planos e políticas públicas do Poder Público não têm efeitos práticos, permanecendo somente no campo teórico.

4. Os direitos fundamentais das pessoas em situação de rua

Nesta seção serão estudados os direitos fundamentais do cidadão, contextualizados no plano das pessoas em situação de rua. Será abordado o conceito de dignidade da pessoa

humana, sua abrangência e a forma de efetivá-la (concretizá-la). Não foram trabalhados isoladamente os direitos fundamentais em espécie, como moradia, saúde, alimentação e educação, pois na visão do autor todos estes estão integralmente interligados com a ideia de dignidade humana, sendo que todos aqueles buscam a efetivação deste. Foi ainda abordado o direito ao mínimo existencial, como forma de se garantir uma vida digna. Nesse sentido, passou-se pelo estudo da reserva do possível.

4.1. A dignidade da pessoa humana

Como já mencionado, a Constituição da República em seu artigo 1º, inciso III, traz como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, e assim sendo todas as demais normas constitucionais terão como ponto de partida (como base) e também como ponto de chegada (objetivo, finalidade) a referida dignidade da pessoa humana.

No entanto, a dignidade da pessoa humana não possui um conceito determinado, pelo contrário, possui conceito aberto e vago, mas a maioria da doutrina a entende como qualidade inerente a todo ser humano. Neste sentido, Ingo Sarlet define este princípio como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2006, p. 60).

Desta forma, a dignidade da pessoa humana – apesar de não haver hierarquia “in abstrato” entre normas constitucionais, muito menos entre direitos fundamentais – vem sendo interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e doutrina brasileira majoritária como metaprincípio, e por este motivo é que todos os outros direitos fundamentais, bem como todo o ordenamento jurídico, devem ser interpretados à luz desse superprincípio e buscando efetivá-lo.

Ingo Sarlet ensina que:

A função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana que serviria de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo de criação e desenvolvimento jurisprudencial do Direito. Justamente no âmbito dessa função do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo, de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado *in dubio pro libertati*, tenha sempre presente o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida. (SARLET, 2005, p.106).

Neste sentido – se o princípio da dignidade da pessoa humana irradia valores e vetores de interpretação para os demais direitos fundamentais, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma e jamais como um meio para o fim – é que se pode concluir que se os direitos fundamentais como vida, liberdade, igualdade, lazer, moradia, saúde, educação e alimentação (direitos básicos) não forem assegurados pelo Poder Público, não se pode falar em dignidade, uma vez que

todos os direitos supracitados devem ser resguardados para efetivar o fundamento maior da República: a dignidade da pessoa humana.

Como pensar em dignidade na atual conjuntura em que vivem as pessoas em situação de rua? Como dizer que um homem que tem as ruas como sua moradia, possui dignidade? Como vislumbrar um dos fundamentos da República Federativa do Brasil se nela milhares de pessoas não têm o que comer, onde dormir, como se limpar, não sabem ler nem escrever?

Parece que após essas indagações, como a erradicação da pobreza, a redução da desigualdade social, os direitos fundamentais sociais prestacionais (exigem prestações estatais positivas) como moradia, saúde, alimentação, trabalho e educação não foram assegurados, por consequência também não o foi a dignidade da pessoa humana, visto ser um super ou metaprincípio (hierarquicamente superior aos demais) de onde todos os outros emanam e tendo como finalidade efetivá-lo. “Não é possível fundar a República sob a égide da dignidade humana sem ter como objetivo a busca da erradicação da pobreza e da marginalidade.”. (DAVID, 2014. p. 362).

Diante da primariedade da dignidade da pessoa humana, todos os outros direitos fundamentais gravitam em torno dela e objetivando concretizá-la. Neste sentido, passa-se ao estudo destes direitos fundamentais que podem ser considerados como instrumento para se alcançar a dignidade humana.

4.2. O mínimo existencial

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2016), a ideia de mínimo existencial surgiu na Alemanha entre 1950 e 1975, sendo que no Brasil teve seu marco inicial com o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental

de nº. 45, em que se reconheceu a possibilidade de atuação jurisdicional visando a implementação de políticas públicas em face a omissão do Poder Público, praticando esta inconstitucionalidade por omissão, uma vez que tinha o dever de agir mas não agiu, não assegurando os direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de 2ª dimensão), impossibilitando o cidadão, especialmente o pobre, de exercer o direito fundamental de liberdade (positiva, real ou concreta). Confira, para melhor elucidação, trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45:

A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (BRASIL, 2004).

Conforme visto, o direito ao mínimo existencial exige um agir positivo estatal (*status* positivo), de modo que se busque efetivar os direitos fundamentais sociais do cidadão (direitos prestacionais). Tais direitos, dentre os quais é possível citar os enumerados no artigo 6º da Constituição da República como moradia, saúde, educação, alimentação, dentre outros, são necessários para que todo e qualquer indivíduo possa exercer sua liberdade real ou positiva (autonomia, autogoverno),

diferente da liberdade negativa (ausência de constrição, constrangimento estatal). Este é, para Ricardo Lobo Torres, o fundamento do direito ao mínimo existencial:

O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, está nas condições para o exercício da liberdade, que alguns autores incluem na liberdade real, na liberdade positiva ou até na liberdade para, ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição. (TORRES, 1989, p. 29).

O mínimo existencial possui, segundo este autor, natureza jurídica de direito fundamental:

O mínimo necessário à existência constitui um direito fundamental, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (TORRES, 1990, p. 69).

Convém observar que o direito ao mínimo existencial – direito público subjetivo – não possui um conceito certo e determinado, carecendo de um conteúdo específico. Não há uma delimitação sobre o que ou quais direitos compõem o mínimo existencial, mesmo estando assentado que é composto pelas necessidades básicas do ser humano para uma vida minimamente digna, e não apenas a existência de uma vida (mínimo vital ou mínimo de sobrevivência sem preocupação com a dignidade com que se vive).

Neste sentido, para melhor elucidação, importante é a transcrição de parte da ementa do Recurso Especial nº 1.185.475 julgado em 2010 pelo Superior Tribunal de Justiça, que versa sobre acesso à creche:

O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socio-culturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. (BRASIL, 2010).

Diferentemente de seu conteúdo, o conceito é conhecido como sendo “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”. (TORRES, 1989, p. 29).

Mesmo sem um consenso sobre o que compõe o mínimo existencial, Bernardo Gonçalves Fernandes elenca um conjunto de prestações que compreenderiam o mínimo existencial, as quais poderiam ser judicialmente exigidas, independentemente de mediação legal: educação, saúde básica, assistência em caso de necessidade e acesso à Justiça:

Essas garantias de condições materiais básicas de vida, para alguns doutrinadores, notadamente, seriam diretamente relacionadas à saúde e à autonomia individual (o que reflexamente faz também referência à alimentação, educação, vestuário, moradia etc). Já outros, indicam um conteúdo relativo na tese do mínimo existencial, que, portanto, não poderia ser definido *a priori* sem que levado em conta uma situação concreta e específica (contextualizada). (FERNANDES, 2016, p. 668).

Mesmo não tendo previsão normativa própria, o direito ao mínimo existencial está presente em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Ao prever como fundamento do Estado brasileiro a dignidade humana e como objetivos deste Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo necessário para atingi-los a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade social, o direito às condições mínimas de existência humana digna deve ser assegurado pelo Poder Público. É o que esclarece Ricardo Lobo Torres:

O mínimo existencial, que não tem dicção normativa específica, está compreendido em diversos princípios constitucionais. o princípio da *igualdade* assegura a proteção contra a pobreza absoluta, eis que esta resulta da desigualdade social. A igualdade, aí, é a que informa a liberdade, e não a que penetra nas condições de justiça, tendo em vista que esta vai fundamentar a política orçamentária dirigida ao combate à pobreza relativa. O direito ao mínimo existencial está implícito também na proclamação do *respeito* à dignidade humana, *na cláusula do Estado Social de Direito* e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais. (TORRES, 1989, p. 31-32).

Cumprir registrar que o direito ao mínimo existencial pressupõe um *status* negativo e um *status* positivo, devendo ser protegido negativamente contra intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais.

O primeiro, como dito, diz respeito à abstenção estatal no poder de autodeterminação, de ação ou de omissão do indivíduo (já citada liberdade negativa) – se apresenta principalmente no campo tributário (isenção do imposto de renda e dedução deste imposto para despesas médico-hospitalares; art. 5º, XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV e LXXVI, todos da Constituição da República de 1988, por exemplo), afinal “o poder

de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência”. (TORRES, 1989, p. 35).

O segundo trata da garantia do mínimo existencial através de prestações estatais positivas, ou seja, caberá ao Estado implementar e concretizar os direitos fundamentais constitucionais e até os infraconstitucionais (Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros), em especial os direitos fundamentais sociais (art. 6º, Constituição da República de 1988).

Ricardo Lobo Torres (1989) cita como exemplo desse *status positivo*, a prestação jurisdicional, segurança pública (polícia, forças armadas), assistência social (caráter subsidiário na visão do citado autor), prestações positivas de bens (fornecimento de vestuário, alimentação e medicamentos em caso de calamidade pública causada por uma forte chuva, por exemplo) e serviços (saúde e educação – arts. 196 e 205 da CR/88). “Os direitos fundamentais, em suma, são garantidos pelos serviços públicos e por isso mesmo lhe constituem o fundamento”. (TORRES, 1989, p.39).

Partindo-se da premissa de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, CR/88) e considerando-se o objetivo do Estado brasileiro de erradicar a pobreza e diminuir a desigualdade social e, principalmente, o princípio-mor deste Estado, a dignidade da pessoa humana, norma fundamental central do ordenamento jurídico brasileiro de onde emanam e gravitam todas as outras normas, bem como a busca pela concretização da igualdade material – em que aos iguais dar-se-á tratamento igualitário e aos desiguais tratamento desigual na medida de sua desigualdade – é que a República Federativa do Brasil deve implementar políticas públicas visando efetivar o direito à condições mínimas para uma vida digna

(mínimo existencial), para que as pessoas em situação de rua possam exercer a almejada liberdade positiva (real), chegando à sociedade livre, justa e solidária. (art. 3º, I, CR/88). Afinal: “a liberdade de viver debaixo da ponte, de que falava Anatole France, não é liberdade”. (TORRES, 1990, p. 69).

Desta forma, tendo em vista a omissão e/ou a ineficácia dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação e efetivação das políticas em prol das pessoas em pobreza extrema, surge a necessidade de que o Judiciário, como tutor dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXV, CR/88), e o Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, guardião da sociedade e incumbido da defesa dos interesses sociais (art. 127, CR/88), substituam o Poder Executivo em sua função de executor de normas e até mesmo o Legislativo – omissos na regulamentação e implementação dos direitos fundamentais constitucionais sociais – sem que se configure violação ao princípio da separação de poderes. Afinal, conforme o artigo 5º, §1º, da Constituição da República de 1988, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Todavia, o Estado brasileiro justifica sua dívida perante a sociedade ao não efetivar os direitos sociais básicos (essenciais) na denominada reserva do possível, alegando insuficiência de recursos para implementar as normas constitucionais, não dando efetividade à Constituição da República de 1988.

Confira o entendimento do constitucionalista Bernardo Gonçalves Fernandes sobre a denominada cláusula da reserva do possível:

A chamada cláusula da ‘reserva do possível’ (*Der Vorbehalt dès Möglichen*), que começou a ser alegada na década de 1970, é criação do Tribunal Constitucional alemão e compreende a possibilidade material (financeira) para prestações

dos direitos sociais por parte do Estado, uma vez que tais prestações positivas são dependentes de recursos presentes nos cofres públicos. A partir daí, alguns autores vão defender que as aplicações desses recursos e, conseqüentemente, a implementação de medidas concretizadoras de direitos sociais seria uma questão restrita e limitada à esfera de discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas nos planos de políticas públicas destes e conforme as previsões orçamentárias. (FERNANDES, 2016, p. 670).

No entanto, lembra-nos o citado autor que essa alegação caiu por terra no caso intitulado “*numerus clausus*” (em que se discutia a limitação de vagas nas universidades), ocasião em que a Corte Constitucional alemã afastou tal alegação do Estado, impondo a este a efetivação do direito à educação pública superior (FERNANDES, 2016, p. 670).

Importante, para fins práticos, a diferenciação de dois conteúdos da reserva da possível. O primeiro é o conteúdo fático, entendido como aquele em que é necessário analisar a possibilidade material de concretização da prestação estatal, ou seja, é preciso haver disponibilidade financeira para arcar com os custos desta implementação. Já o segundo trata do conteúdo jurídico, em que é preciso autorização orçamentária para o Estado incorrer nos custos (FERNANDES, 2016, p.671).

Neste sentido, a doutrina majoritária brasileira (por todos, Sarlet) entende que o conteúdo fático é plenamente defensável, uma vez que, se não há verbas públicas, não há como efetivar os direitos sociais, mesmo sendo fundamentais.

Stephen Holmes e Cass Sunstein já advertiam que para a proteção e efetivação de todo direito positivado pela ordem constitucional haverá um dispêndio econômico. No caso dos direitos sociais, então, por se fazer em direito a prestações estatais, mais visível fica tal dispêndio de recursos. (FERNANDES, 2016, p. 670).

O que é inadmissível é a recusa do Poder Público na efetivação dos direitos sociais embasado no conteúdo jurídico da reserva do possível quando o Estado alega o princípio da legalidade da despesa pública para se esquivar de concretizar os direitos previstos na ordem jurídica constitucional. Primordialmente, tal despesa deve estar prevista no orçamento do ente federativo. Se assim não estiver, não poderia o Judiciário determinar a realização de gastos que estivessem fora da previsão orçamentária, ainda que para satisfazer direitos fundamentais.

Não é difícil notar que se tal argumento fosse aceito, a efetividade das normas constitucionais estariam limitadas à vontade parlamentar, o que é inconcebível em um Estado Democrático de Direito, onde as normas constitucionais ocupam o centro do ordenamento jurídico, possuindo força cogente.

Essa é também a conclusão de Daniel Sarmento:

Já pelo conteúdo jurídico observa-se um contraponto entre a questão orçamentária atrelada ao 'princípio da legalidade da despesa' e a possibilidade do Poder Judiciário prolatar decisões que determinam a realização de gastos (sem legal previsão orçamentária) para satisfazer direitos sociais. Aqui, ao que parece, Daniel Sarmento assume uma posição intermediária, pois: (1) Admite (em virtude da escassez de recursos) que aos Poderes Públicos (mormente ao legislador) dotados de legitimidade democrática, deve ser dado o ônus de escolher sobre quais são as prioridades (o que é desenvolvido na lei orçamentária). (2) Mas, ao mesmo tempo, não admite que a eficácia dos direitos sociais seja de forma absoluta condicionada pelos imperativos orçamentários. *Isso seria 'submeter a força normativa da Constituição à vontade do legislador'*. Com isso, apesar da discricionariedade reconhecida ao legislador e administrador públicos, *não há como admitir uma discricionariedade absoluta* (nas palavras do autor: um 'campo livre') *ao alvedrio da própria Constituição e máxima efetividade de suas normas*. Com isso, a conclusão

é pela *possibilidade excepcional da atuação do Judiciário para a concretização de direitos sociais* (essenciais) previstos constitucionalmente, nos moldes e parâmetros, ora aventados. (SARMENTO, 2010, p. 200, grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal vem em reiteradas decisões a partir de 2007 no julgamento da *leading case* ADPF 47, rechaçando a tese defensiva da reserva do possível frente ao mínimo existencial, em especial quando é ventilada em seu conteúdo jurídico, e defendendo a possibilidade de o Poder Judiciário controlar políticas públicas, justamente para garantir a força normativa da Constituição (BRASIL, 2004).

Na ADPF 45, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, restou clarividente a repulsa por uma ideia de discricionariedade absoluta do legislador e de atuação do Poder Executivo:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, *cumpra reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador; nem a de atuação do Poder Executivo.*

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, *afetando*, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, *aquele núcleo intangível substancializador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo*, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, *a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário*, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

[...]

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004, grifo nosso).

No julgamento do Agravo de Instrumento 598.212 em 2013, em que se discutia a implementação da Defensoria Pública do Paraná, o Ministro Celso de Mello voltou a decidir favoravelmente à atuação do Judiciário para resguardar o direi-

to ao mínimo existencial, neste caso o direito à prestação jurisdicional (art. 5º LXXIV, CR/88). A título de ilustração, transcrevo a ementa:

EMENTA: Defensoria Pública. Implantação. *Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas*. Situação constitucionalmente intolerável. O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do *'direito a ter direitos'* como *pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias*. Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134). Legitimidade dessa atuação dos Juízes e Tribunais. O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. *A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado*. Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: *atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso)*. Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Em sua última decisão sobre o tema, reafirmando os julgados anteriores, o Supremo Tribunal Federal (STF), em agosto de 2015, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 592.581/RS através de seu plenário, entendeu pela possibilidade de o Judiciário impor à Administração Pública a exe-

cução de obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral.

Assim como no Agravo de Instrumento 598.212, este RE foi interposto pelo Ministério Público, que neste caso argumentou que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, e que questões de ordem orçamentária não podem impedir a implementação de políticas públicas que visem garanti-los. Argumentou ainda que a proteção e a promoção da dignidade do ser humano norteiam todo ordenamento constitucional, e o Estado tem obrigação de conferir eficácia e efetividade ao artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição da República de 1988, para dar condições minimamente dignas (mínimo existencial) a quem se encontra privado de liberdade. Confira a ementa deste importante julgado:

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. *PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA.* OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFESTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - *É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.*

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV- *Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes*. V - Recurso conhecido e provido. (BRASIL, 2015b, grifo nosso).

Resta assim sedimentado que a alegação da reserva do possível, ao menos em seu aspecto jurídico (conforme já explicitado) e a separação de poderes é inoponível frente ao direito ao mínimo existencial. No que diz respeito ao conteúdo fático da reserva do possível, o Ministro Edson Fachin ponderou em seu voto que seria oponível tal alegação do Poder Público desde que verificado objetivamente o justo motivo, ou seja, seria necessária a demonstração de falta de recursos (BRASIL, 2015b).

Desta maneira, é perfeitamente possível, segundo a Corte Constitucional brasileira, a interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, mesmo que excepcionalmente, buscando tutelar e efetivar a dignidade da pessoa humana.

Porém, como o Judiciário é inerte e imparcial e deve ser provocado para agir, não devendo agir de ofício, caberá ao Ministério Público, valendo-se dos poderes que lhe foram outorgados pela Constituição da República de 1988, como responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático, bem como dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CR/88) acionar o Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais sociais das pessoas em situação de rua como a moradia, alimentação, saúde básica, educação, assistência social, entre outros.

O próximo tópico irá abordar as ferramentas que o Ministério Público possui para atingir a almejada dignidade das pessoas que se encontram em situação de rua, proporcionando-lhes as condições mínimas para se ter uma vida digna (mínimo existencial).

5. A atuação do Ministério Público na efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua

Nesta seção, aborda-se como o Ministério Público poderá atuar para contribuir na busca pela efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua. Tendo em vista a natureza prestacional dos direitos fundamentais sociais, faz-se uma rápida digressão sobre o nascimento do Estado Social, passando pela crise do Estado Liberal. Mais a frente, trata-se do Ministério Público demandista e resolutivo, e como este atuará em prol daquelas pessoas.

5.1. Do Estado Liberal ao paradoxo do Estado Democrático de Direito

É importante fazer algumas considerações a respeito do Estado Social, já que ele prega o tema central do trabalho, qual seja a atividade estatal positiva para efetivação dos direitos fundamentais. Nesta ideia, os direitos sociais são direitos prestacionais devendo ser concretizados pelo Poder Público.

Para se chegar ao Estado Social, para melhor entendimento, deve ser feita uma digressão pelo Estado Liberal. Este é fundado no pensamento liberal, tendo como finalidade precípua a garantia da realização da liberdade individual pelo homem. Para isso, este Estado deve ser controlado para não limitar o exercício das liberdades individuais (vida, livre locomoção, livre expressão, dentre outros.) bem como não interferir ou interferir somente excepcionalmente na vida social (GOULART, 2013, p. 17).

Neste Estado Liberal havia grande desigualdade, exclusão social e política, pois prevalecia o capitalismo e a produção em massa amparados na liberdade econômica e propriedade privada. O Estado se limitava a garantir a paz e a segurança dos proprietários (GOULART, 2013, p. 17).

Já no Estado Social, conquistado a base de muita luta social reivindicatória, houve grande ampliação da cidadania às esferas sociais e econômicas (jornada de trabalho justa, direitos trabalhistas e previdenciários, educação e saúde, por exemplo) e universalização dos direitos fundamentais.

Marcelo Pedroso Goulart nos dá uma ideia do perfil do Estado Social:

Ocorre significativa mudança no perfil do Estado. A concretização desses novos direitos passou a depender da 'atuação positiva do Estado', (i) seja para criar as condições da vida social que viabilizam o gozo dos direitos proclamados – a demandar ação governamental -, (ii) seja para superar os conflitos jurídicos decorrentes da sua inobservância e violação -, a demandar a intervenção do sistema de Administração da Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia e Polícia de Investigação). (GOULART, 2013, p.19).

Desta forma, há necessidade de implementação de políticas públicas pelo Legislativo – ao prever na Constituição e nas leis obrigações de fazer no sentido da concretização dos direitos sociais – e pelo Executivo que se incumbirá de cumprir tais obrigações, atendendo as expectativas geradas pela positivação de tais políticas, permitindo dessa forma o efetivo gozo dos direitos fundamentais à vida, à alimentação, à saúde, educação, dentre outros.

Como já tratado, em caso de omissão desses poderes (o que constantemente ocorre), e levando em consideração seu

caráter impositivo, vinculando os poderes públicos, a efetivação dos direitos fundamentais deverá ser feita por provimento jurisdicional, sendo que o Ministério Público na condição de instituição transformadora da realidade social não poderá se manter inerte, até porque o “Ministério Público não pode limitar-se e conformar-se com o que está colocado pela realidade presente, seja para si, enquanto instituição, seja para a sociedade”. (GOULART, 2013, p. 21).

Chega-se ao Estado Democrático de Direito (adotado pela CR/88 em seu artigo 1º), finalisticamente voltado para a superação das desigualdades sociais e regionais bem como à instauração de um regime democrático que realize a justiça social. Nele impera os princípios democráticos, da constitucionalidade, da igualdade, do sistema dos direitos fundamentais, da divisão de poderes e independência do juiz, da legalidade, da justiça social e da segurança jurídica (SILVA, 2011, p. 122).

Dessa forma, segundo José Afonso da Silva, o princípio da constitucionalidade traz a ideia de que o Estado Democrático de Direito “se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional”. (SILVA, 2011, p. 122).

Assim sendo, uma vez que a Constituição da República traz como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, como objetivos a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, bem como a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, conclui-se, em atenção ao princípio da constitucionalidade, que os direitos das pessoas em situação de rua devem ser assegurados de forma que garanta o verdadeiro Estado Democrático de Direito com todos os seus princípios e características inerentes.

Neste modelo de Estado a lei precisa influir na realidade social, através dela o Estado deve ter condições de realizar intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade (SILVA, 2011, p. 121).

Neste contexto, passa-se ao estudo da atuação do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica e, principalmente, como instituição modificadora da realidade social.

5.2. A atuação resolutiva e demandista do Ministério Público

Inicialmente convém destacar que após a Constituição da República de 1988, o Ministério Público deixou de ser instituição com atribuição para defesa do Governo - sendo criada para assumir esta função a Advocacia-Geral da União - e passou a ser instituição de promoção social, consagrando-o como instituição legitimada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (art. 127, caput, CR/88).

Conforme Marcelo Pedroso Goulart, “o Ministério Público apresenta-se como uma das instituições construtoras da sociedade livre, justa e solidária. O objetivo institucional conflui-se, portanto, com o objetivo da República”. (Goulart, 2013, p. 108).

Compactuando com a ideia de Goulart, Gregório Assagra de Almeida ensina que:

O Ministério Público tornou-se uma das grandes instituições constitucionais de promoção social, de forma que a sua atuação funcional está atrelada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos expressamente no art. 3º da CF/88, tais como a criação de uma sociedade

justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais etc. (ALMEIDA, 2013, p. 3.).

Diante disso, surge ao lado da atuação demandista do Ministério Público a atuação resolutiva do órgão ministerial. Marcelo Pedroso Goulart sustenta que pelo primeiro entende-se aquele que atua perante o Poder Judiciário, ou seja, sua atuação é jurisdicional, como agente processual, ora como autor, ora como interveniente. O autor entende que essa atuação limitada, passiva e inoperante do *Parquet* compromete a própria eficácia de seu trabalho, pois ao transferir a resolução de problemas sociais ao Judiciário, este nega, sistematicamente, eficácia aos direitos fundamentais sociais: “se o papel do Ministério Público, como órgão da sociedade civil, é afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais, não pode ficar à mercê das decisões de uma instituição que se posta como garante da dominação”. (GOULART, 2013, p. 202).

Já por Ministério Público resolutivo, Goulart entende se tratar daquela atuação ativa no trabalho da sociedade justa, livre e solidária. Aqui, o princípio da autonomia funcional é vetor para a atuação do membro da instituição. Há solução imediata das questões sociais pelo próprio Ministério Público, ou seja, atua no plano extrajurisdicional, intermediando e pacificando as questões que lhe são apresentadas pela sociedade, assumindo a figura de agente político. Defende o autor que se deve partir para o plano judicial, com o ajuizamento de uma Ação Civil Pública, por exemplo, apenas quando esgotadas as possibilidades de solução extrajudicial ou negociada (GOULART, 2013, p. 202).

“Esse é o novo caminho que o Ministério Público deve seguir para consolidar o seu papel de agente privilegiado da luta pela democratização das relações sociais e pela globalização dos direitos da cidadania”. (GOULART, 2013, p. 203).

Compartilhando do entendimento pela imprescindibilidade de efetivação do Ministério Público resolutivo, Gregório Assagra de Almeida sustenta que essa atuação ativa e de promoção de transformação da realidade social – vetores do Ministério Público resolutivo, é fundamental para o acesso de toda a sociedade, em especial da sociedade vulnerável e carente, como as pessoas em situação de rua, a uma ordem jurídica justa, devendo os promotores de Justiça encarar sua função institucional como trabalho social, cuja missão precípua é resgatar a cidadania da classe carente e efetivar os valores democráticos fundamentais (ALMEIDA, 2013, p. 39).

5.3. O Ministério Público resolutivo no combate à pobreza extrema e efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua

É de se notar que a atuação resolutiva do Ministério Público está intimamente relacionada à tutela preventiva ou inibitória. Por esta forma de tutela, busca-se prevenir o dano e não repará-lo (objeto da tutela repressiva), combatendo diretamente o ilícito. Segundo Gregório Assagra de Almeida, “o Estado Democrático de Direito [...] tem um compromisso nuclear: transformar a realidade social na busca da igualdade material quanto ao acesso efetivo a bens e outros valores. Essa transformação [...] também é compromisso do Ministério Público como defensor do regime democrático”. (ALMEIDA, 2013, p. 47).

Desta forma, o Ministério Público – como intermediador e pacificador da conflituosidade social – no combate à pobreza extrema da qual são vítimas as pessoas em situação de rua, deverá sempre priorizar a atuação preventiva, pois será mais eficaz se conseguir combater as causas da pobreza (ilícito) através da implementação de políticas públicas e a consequente efetividade dos direitos fundamentais.

Tal atuação preventiva pode dar-se através de diversos instrumentos. Fazem parte do arsenal do Ministério Público resolutivo: a recomendação, a audiência pública, o termo de ajustamento de conduta, além do inquérito civil. Todo esse arsenal deve ser usado pela instituição para a previsão das políticas públicas nos orçamentos públicos, a concretização dessas políticas e a efetivação dos direitos fundamentais, funcionando como meio, como instrumento para atingir a dignidade da pessoa humana.

Através de uma recomendação ou um termo de ajustamento de conduta, por exemplo, o Ministério Público poderá resguardar o direito à educação das pessoas em extrema pobreza, proporcionando-lhes a concretização do exercício da cidadania, por meio da qual terão oportunidade de lutar e buscar pelos seus direitos através da autoconscientização. Da mesma forma, atuando preventivamente, resguarda o direito social à saúde, e também através da atuação preventiva assegura o direito social à alimentação.

Nessa perspectiva, Gregório Assagra de Almeida:

Na área coletiva, o Ministério Público deverá priorizar a atuação preventiva para evitar a violação dos direitos sociais, além de combater de modo articulado e eficiente as condutas danosas aos direitos massificados. Na sua atuação extrajudicial, como grande intermediador e pacificador da conflituosidade social, o Ministério Público assume função social pedagógica: com a educação da coletividade para o exercício da cidadania e das organizações sociais. E isso a Instituição poderá fazer pelas recomendações, pelas audiências públicas e também pelo termo de ajustamento de conduta (ALMEIDA, 2013, p. 48).

5.4. Instrumentos utilizados pelo Ministério Público resolutivo na busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais das pessoas em situação de rua

Esta subseção tratará de uma maneira sucinta alguns dos instrumentos que poderão ser utilizados pelo Ministério Público na busca pela concretização dos direitos fundamentais da população em situação de rua. Trata-se de uma atuação resolutiva, ou seja, extrajurisdicional, em que se dará preferência para a atuação preventiva.

5.4.1. Inquérito Civil

Segundo Marcus Paulo Queiroz Macêdo, inquérito civil pode ser entendido como:

Investigação administrativa ou pré-processual de natureza cível, prevista em sede constitucional, a cargo exclusivamente do Ministério Público e presidida por um órgão de execução do mesmo, que tem por finalidade básica a de servir para a coleta de elementos de convicção, necessariamente em busca da verdade real, acerca de condutas ilícitas lesivas aos bens constitucionalmente tutelados pelo Ministério Público (defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – art.127, *caput*, da CR/88). (MACÊDO, 2013, p. 344-345).

O autor pondera que a Constituição da República de 1988 ao prever o inquérito civil como função institucional do Ministério Público se equivoca, pois ele é um instrumento para se atingir sua finalidade institucional e não uma função. Entende o autor que este instrumento serve à concretização dos interesses metaindividuais e individuais indisponíveis em prol da cidadania (MACÊDO, 2013, p. 345).

Lembra Epaminondas da Costa que o inquérito civil surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a Lei de Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985, em seu artigo 8º. Logo depois em 1988, a Constituição da República trouxe sua previsão, sendo seguida pelo Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso (COSTA, 2013, p. 509).

Segundo Leonardo Barreto Moreira Alves e Márcio Soares Berclaz, no inquérito civil o membro do Ministério Público terá um espaço propício para fazer uso dos instrumentos postos à sua disposição para a tutela preventiva dos direitos e garantias do cidadão, quais sejam, o ofício, a audiência pública, a recomendação e o termo de ajustamento de conduta (ALVES; BERCLAZ, 2015, p. 105).

Assim sendo, constata-se a importância deste instrumento, sendo um verdadeiro meio para utilizar todos os outros que serão trabalhados abaixo, como a recomendação, o termo de ajustamento de conduta e a audiência pública. Percebe-se que todos estes instrumentos a cargo do *Parquet* serão materializados no inquérito civil e na ação civil pública.

5.4.2. Recomendação

Importante instrumento de atuação na busca para implementação de políticas públicas em prol das pessoas em situação de rua, objetivando a efetivação de seus direitos fundamentais é a recomendação.

Por ela, entende-se a peça que narra e argumenta uma posição e/ou orientação do Ministério Público em determinado sentido. Busca alertar e advertir o destinatário da medida (gestor público que não garante o direito ao mínimo existencial da população em situação de rua, por exemplo) de que o descumprimento do comportamento recomendado dará ensejo em providências ministeriais (ALVES; BERCLAZ, 2013, p. 44).

Portanto, a recomendação é utilizada como medida de coerção indireta, ou seja, através dela o Ministério Público orienta a autoridade pública ou privada prestadora de serviço público que, em tempo razoável fixado pelo promotor de Justiça, adequa sua conduta ao ordenamento jurídico e principalmente ao interesse público, sob pena de não o fazendo incorrer em medidas extrajudiciais e judiciais, como o ajuizamento de uma Ação Civil Pública, por exemplo.

Apesar de sua força indireta, este instrumento não vincula o seu receptor a acatá-la, pois possui natureza de orientação. Porém, como consta na recomendação as consequências de seu descumprimento, não poderá o recomendado alegar posteriormente desconhecimento de seu conteúdo ou da irregularidade de seu comportamento. Assim, ela presume o dolo. Este é o fator prático de grande relevância deste instrumento preventivo (MACÊDO, 2013, p. 352).

Desta forma, a recomendação serve de verdadeiro atalho na busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, em especial das pessoas em situação de rua, vez que evita todo um procedimento de instrução para prova do dolo do agente, pois conforme visto há presunção deste.

5.4.3. Termo (compromisso) de ajustamento de conduta

Segundo Marcus Paulo Queiroz Macêdo, o termo de ajustamento de conduta é:

Acordo realizado entre o presidente do inquérito civil, ou um dos órgãos públicos co-legitimados à propositura da ação civil pública, e o investigado, caso as circunstâncias concretas o permitam, para que este implemente o objeto da investigação, se possível, ou o repare, ou mesmo previna possível danos exsurgentes de condutas ilícitas por ele pra-

ticadas, constituindo-se, após firmado, um título executivo extrajudicial. (MACÊDO, 2013, p. 353-354).

O autor critica o nome “termo de ajustamento de conduta”, pois segundo ele “termo é o meio no qual o compromisso ajustado se materializa, ou seja, é escrito” (MACÊDO, 2013, p. 353). Para ele, o nome correto é compromisso de ajustamento de conduta. Sua ideia possui amparo na resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que, ao tratar do tema, se refere a compromisso e não termo.

Leonardo Barreto Moreira Alves e Márcio Berclaz sustentam que o compromisso tem como objeto um acordo de vontades na busca pela efetivação de alguma pretensão social, comprometendo-se as partes à determinado comportamento ativo ou passivo, sob pena de penalidade ou de providência a ser tomada pelo Ministério ou outro legitimado (ALVES; BERCLAZ, 2015, p. 68).

Marcus Paulo Macêdo atenta para a impossibilidade de entender “acordo de vontade” como “transação”. Segundo o autor, é incabível tal posicionamento pois transação implica concessão recíproca das partes (há um sacrifício de ambas as partes ao ceder um pouco em sua pretensão). Porém, o Ministério Público não pode dispor do que não lhe pertence, ou seja, o interesse público (indisponível). Segundo ele, os únicos elementos que poderão ser negociados (e não transacionados), dizem respeito aos prazos e implementação da obrigação (MACÊDO, 2013, p. 354-355).

Reconhecendo a divergência doutrinária, o citado autor entende por bem considerar o compromisso de ajustamento de conduta como negócio jurídico, e por ter natureza negocial não há obrigatoriedade em sua oferta nem em seu aceiteamento.

Desta forma, caberá ao Ministério Público, em seu poder discricionário, analisar as situações do caso concreto e, se entender cabível e vislumbrar êxito, oferecer o instrumento extrajudicial aqui tratado.

Conforme já dito, constitui título executivo extrajudicial após sua realização, oportunidade em que, em caso de descumprimento, caberá ao Ministério Público executá-lo em âmbito judicial.

Por fim, este instrumento extrajudicial é “a mais completa expressão de um Ministério Público resolutivo e efetivo no solucionamento de controvérsias de relevo social, possibilitando se prescindir, tanto quanto possível, da jurisdicionalização das demandas”. (MACÊDO, 2013, p. 364).

Em um mundo de massas como o de hoje, em que cada vez mais os cidadãos reconhecem o Judiciário como verdadeiro solucionador de conflitos, nada mais importante do que o órgão ministerial – incumbido da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis – se valer deste importante instrumento para solucionar problemas sociais, como os direitos e garantias fundamentais das pessoas em situação de rua, acionando o Judiciário somente como *ultima ratio*.

5.4.4. Audiência pública

Segundo a Resolução nº 82/2012 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), as audiências públicas serão realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e terão por finalidade coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem a decisão do órgão do Ministério Público quanto à matéria objeto da convocação.

O CNMP nesta resolução considerou a audiência pública como mecanismo pelo qual o cidadão e a sociedade organizada podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais ligadas ao zelo do interesse público e à defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos de modo geral.

Segundo Leonardo Barreto e Márcio Berclaz, é importante que a prática e a realização de audiências públicas, diante da emergência do poder cidadão, seja um compromisso constante do Ministério Público para o exercício da defesa da sociedade, servindo como instrumento legitimador e qualificador de sua atuação. (ALVES; BERCLAZ, 2015, p. 94-95).

Para Felipe Faria de Oliveira, “o enfoque participativo incrementa em muito o cunho democrático do direito e das soluções construídas em determinada comunidade”. (OLIVEIRA, 2013, p. 249).

A audiência pública mostra-se como um importante instrumento para a realização da democracia participativa efetiva, pois aproxima a comunidade das instituições, podendo cada cidadão participar diretamente dos programas de atuação funcional do Ministério Público.

No que concerne à sua importância no trabalho de efetivação dos direitos fundamentais, a audiência pública permite que os membros do Ministério Público possam conhecer de perto os anseios da pessoa em situação de rua e/ou de seus familiares, além de ser uma grande oportunidade para essas pessoas reivindicarem o direito ao mínimo existencial, bem como possam denunciar a discriminação em um hospital público, a negativa de matrícula em uma escola pública, a recusa do Poder Público no fornecimento de documentação de identificação, a proibição de entrada em órgãos públicos, entre outros atos que impeçam o exercício da cidadania.

5.4.5. Projetos sociais

Outro importante instrumento de que o Ministério Público dispõe na busca pela concretização/efetivação dos direitos fundamentais constitucionais das pessoas em situação de rua são os projetos sociais. Advém, ao contrário dos anteriormente estudados, não da norma constitucional ou infraconstitucional diretamente, mas de uma interpretação sistêmica da CR/88, pois ao conferir ao *Parquet* em seu artigo 129, IX, a atribuição de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, acabou por abrir o rol de atribuições da instituição, tratando-se de rol não exaustivo/exemplificativo.

Tal mecanismo poderá ser usado pelo Ministério Público, fundamentado no interesse social à luz dos artigos 1º, 3º, 127, *caput*, 129, II, III e IX, todos da CR/88, bem como da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais e da cláusula aberta, previstos respectivamente no artigo 5º, §§1º e 2º, CR/88 (ALMEIDA, 2017, p. 87).

Conforme Gregório Assagra de Almeida os projetos sociais são verdadeiros mecanismos legítimos que poderão potencializar e qualificar a atuação social do Ministério Público, especialmente na promoção da transformação da realidade social de forma resolutiva e cooperativa – art.3º, art. 127, *caput*, e art. 129, todos da CR/1988.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) realizou importante iniciativa para implementação de forma mais consistente dos projetos sociais através da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 31 de março de 2011, ao regulamentar no âmbito desta instituição os procedimentos para a instauração, promoção e implementação de projetos sociais – PROPS, propiciando, desta maneira, maior carga de eficácia social aos direitos fundamentais levando-se em

consideração a inviabilidade dos instrumentos clássicos à disposição do Ministério Público para a tutela de realidades sociais complexas.

Há, no âmbito do MPMG, a Resolução PGJ nº 74, de 31 de outubro de 2011, dispondo sobre a estrutura orgânica e atribuições da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais (CIMOS). Para tal resolução, a CIMOS tem por finalidade promover a interlocução e articulação entre os promotores de Justiça, instituições públicas e a sociedade civil organizada, visando conferir a efetivação da participação social nas políticas públicas e institucionais. Em seu artigo 2º, VIII, a citada resolução dispõe ser atribuição da CIMOS articular com os promotores naturais das áreas afins, a instauração de Procedimentos para Implementação e Promoção de Projeto Social (PROPS).

Desta forma, não pairam dúvidas sobre a relevante importância dos projetos sociais na efetivação dos direitos e garantias fundamentais das pessoas em situação de rua, devendo o órgão de execução do Ministério Público se valer deste mecanismo para transformar a preocupante e triste situação de tais pessoas.

6. Conclusão

Pode-se afirmar que embora o Poder Público tenha editado normas para tutelar e buscar efetivar os direitos fundamentais das pessoas em situação de rua, não obteve sucesso, pois essa população tem aumentado nos últimos anos e tem cada vez menos acesso a seus direitos.

Dessa forma, o Ministério Público, valendo-se de suas atribuições constitucionais e legais, deve agir para efetivar os direitos fundamentais sociais (direitos prestacionais) – moradia, alimentação, saúde, educação, dentre outros – das pessoas em situação de rua, retirando-as da situação de po-

breza absoluta ou extrema em que se encontram e garantindo a elas o direito ao mínimo existencial.

O Ministério Público, levando em consideração sua função essencial de transformador da realidade social, composto por promotores de Justiça inconformados com a realidade que cerca a população em situação de rua, almejando resultados mais satisfatórios, deverá atuar preventivamente, impedindo ou diminuindo a ocorrência de dano à dignidade dessas pessoas.

Para atingir tal fim, o Ministério Público resolutivo dispõe de ferramentas como as mencionadas no texto (inquérito civil, recomendação, termo de ajustamento de conduta e audiência pública), utilizando-se do Poder Judiciário somente quando não atingir a realização do interesse social pela via extrajudicial.

7. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. (Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais).

_____. As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à Justiça. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*: o papel constitucional das corregedorias do Ministério Público. Brasília: CNMP, v. 1, p. 49-107, 2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/revista-juridica-corregedoria-nacional.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação*: atuação prática jurisdicional e extra-jurisdicional. 5. ed. rev. ampl. e at. Salvador: Juspodivm, 2015.

ASSIS, Gilmar de. Breves reflexões sobre os direitos da população em situação de rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Guia de atuação ministerial: defesa dos direitos das pessoas em situação de rua*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2015a. (Coleção Guia de atuação ministerial e ação nacional em defesa dos direitos fundamentais).

BRASIL. Decreto n. 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 122, de 25 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0122_25_01_2012.html>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.305, de 24 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.saude.mt.gov.br/arquivo/3189/legislacao>>. Acesso em: 6 out. 2016.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e combate à fome. Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua. Brasília: Meta instituto de pesquisa de opinião, 2008. Disponível em: <https://www.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Pesquisa-Nacional-sobre-a-Popula%C3%A7%C3%A3o-de-Rua-Relato-de-Uso-WWP_-PORT.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Rel.: Min. Celso de Mello. *Informativo de jurisprudência*, n. 345, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 598.212/PR, 2ª Turma, Rel.: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AI598212CM.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Plenário. Brasília, 13 de agosto de 2015b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

COSTA, Epaminondas da. Ministério Público e defesa da sociedade. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES, Jarbas Júnior (Coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. (Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais).

DAVID, Fernando Tadeu. Efetivação de direitos da população em situação de rua como pressuposto básico da dignidade da pessoa humana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. (Org.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2014.

OLIVEIRA, Felipe Faria. O Ministério Público resolutivo: a tensão entre a atuação preventiva e a autonomia institucional. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. (Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais).

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. (Org.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. O Ministério Público e as novas técnicas de atuação na defesa dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES, Jarbas Júnior (Coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Del Rey, 2013. (Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução Conjunta PGJ CGMP N° 3, de 31 de março de 2011. Regulamenta no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, os procedimentos para a instauração, promoção e implementação de projetos sociais - PROPS, e dá outras providências. Disponível em: <https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C550-28-resconj_pgj_cgmp_03_2011.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2017.

_____. Resolução PGJ n° 74, de 31 de outubro de 2011. Dispõe sobre a estrutura orgânica e atribuições da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais. Disponível em: <https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C5A6-32-res_pgj_74_2011_at.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul.-set. 1989.

_____, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, n. 42, p. 69-78, 1990.

WANDERLEY JÚNIOR, Bruno; SILVA, Carla Ribeiro Volpini. As pessoas em situação de rua e o sistema interamericano de direitos humanos: importante instrumento em prol da dignidade humana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. (Org.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2014.

Artigo recebido em: 19/06/2017.

Artigo aprovado em: 11/08/2017.

DOI: 10.5935/1809-8487.20170013

345 - 396

Artigo

**A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA
ANTECIPADA REQUERIDA EM
CARÁTER ANTECEDENTE NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
CONCEITUAÇÃO, NATUREZA
JURÍDICA E EFEITOS**

JOHNATA DOS SANTOS

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONCEITUAÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS

THE STABILIZATION OF THE ANTICIPATED GUARDIANSHIP REQUIRED IN AN
ANTECEDENT IN NEW CIVIL PROCESS CODE:
CONCEPT, LEGAL NATURE AND EFFECTS

JOHNATA DOS SANTOS
Pós-graduando em Direito Público
Damásio Educacional, Brasil
johnata2santos@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho visa esclarecer o instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente inserida pelo Novo Código de Processo Civil. De sua leitura não é possível extrair uma noção ou mesmo um conceito do que é, no que consiste esse novel instituto processual que afeta diretamente o sistema de tutela de direitos no país. Assim, o presente trabalho faz análise sobre as principais teorias já existentes sobre a essência da estabilização da tutela antecipada, apresentando argumentos que as afastam, aprimorando e aprofundando o estudo sobre a temática da tutela jurisdicional, principalmente no contexto constitucional do Estado Democrático de Direito. Trata também sobre a natureza jurídica da decisão concessiva da estabilização da tutela antecipada. O possível conceito obtido baseia-se no modelo constitucional de processo, pelo qual não mais se admite o processo como um mero instrumento para se alcançar uma sentença ou um provimento final, qualquer que seja.

PALAVRAS-CHAVE: conceito; efeitos; estabilização; natureza jurídica; tutela antecipada.

ABSTRACT: The present study aims to clarify the institute of stabilization of the anticipated guardianship required in an antecedent character inserted in the Brazilian procedural order with the entry into force of the New Code of Civil Procedure. One can not extract from the reading of the new code a notion or even a concept of what it is, what is this novel procedural institute that directly affects the system of protection of rights in the country. Thus, the present work analyzes the main existing theories on the essence of the stabilization of early guardianship, presenting arguments that distance them, improving and deepening the study on the subject of judicial protection, especially in the constitutional context of the Democratic State of Law, in order to have a critically elaborated notion about the institute. It also deals with the legal nature of the decision granting of the stabilization of early protection. The possible concept obtained is based on the constitutional model of process, whereby the process is no longer admissible as a mere instrument for reaching a final judgment or provision, whatever it may be.

KEYWORDS: anticipated guardianship; concept; effects; legal nature; stabilization

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origem do instituto. 3. A técnica monitoria. 4. A estabilização: nem coisa julgada, nem preclusão. 4.1. A coisa julgada material e o modelo constitucional de processo. 4.2. Impossibilidade de entender a estabilização como coisa julgada material. 4.3.

Entendimento da preclusão. 4.4. Impossibilidade de entender a estabilização como preclusão. 4.5. A estabilização: espécie *sui generis* de efeito jurídico. 5. A natureza jurídica da decisão concessiva da tutela estabilizada. 5.1. A tripartição clássica da natureza jurídica das decisões jurisdicionais terminativas. 5.2. A natureza condenatória imprópria da tutela estabilizada. 6. Os efeitos da decisão concessiva da tutela estabilizada. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015), inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o Novo Código de Processo Civil – CPC/15, revogando totalmente o vetusto Código elaborado em 1973, também conhecido como código Buzaid, em homenagem ao seu principal idealizador. Com efeito, a novel norma processual trouxe consigo diversas mudanças pontuais que há muito já se faziam necessárias e, por vezes, eram feitas timidamente por meio de leis esparsas que alteravam dispositivos específicos da já revogada Lei nº 5.869, de 1º de outubro de 1973 (CPC/1973). (BRASIL, 1973).

Outras discussões que já eram assentes em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais também agora restaram positivadas com o novo código. Não obstante, alguns institutos (novos) foram inseridos com a atual sistemática processual doravante em voga, como é o caso da *Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente*. O indigitado instituto está previsto no art. 304 do CPC/15, que assim dispõe: “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. (BRASIL, 2015).

O art. 303 do novo código, ainda que alguns entendam que a estabilização não pode ser compreendida desatrelada do referido artigo, versa sobre a forma como a tutela antecipada sujeita à estabilização deve ser concedida. Não há necessida-

de de maiores divagações sobre o artigo, pois, como se verá ao longo do presente trabalho, a única modalidade de tutela provisória suscetível de estabilização é a tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Quanto à estabilização, vê-se que está em perfeita consonância com a exposição de motivos do Novo Código no que concerne à preferência por um processo mais simples, extremamente instrumental, que prime muito mais pela sua finalidade do que pelos corolários processuais ao longo dos anos construídos e consagrados pelos notáveis processualistas da história, bem assim pelo constituinte de 1988.

Nesse sentido, diz a exposição de motivos: “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.” (BRASIL, 2010, p. 14). Percebe-se nitidamente da leitura do anteprojeto a busca por um processo rápido (não célere) e, repetidamente, a expressão “efetivação da justiça”.

Entretanto, no caso do instituto em questão, não cuidou o legislador de apontar, delimitar com precisão seu conceito, sua natureza jurídica processual e seus efeitos. É no intuito de preencher essa lacuna de sentido que o presente trabalho se orienta, diante da relevância que o tema apresenta, uma vez que versa, necessariamente, sobre resolução de conflitos através de decisão judicial de cognição sumária que, embora não transitada em julgada, possui força vinculante entre as partes sem confirmação posterior.

Cumpram-se então perquirir sobre o que é a estabilização da tutela antecipada, sua natureza jurídica processual e seus efeitos. Para tanto, usa-se o método de revisão bibliográfica, revisitando o instituto da tutela jurisdicional e contrastando-a com o

novel instituto. Esta revisitação tem por escopo a compreensão da intenção do legislador em conferir *definitividade* e *indiscutibilidade* a uma tutela jurisdicional que não preenche os requisitos constitucionais para ter *status* de coisa julgada material.

Assim, o legislador de 2015 inova quanto à teoria brasileira clássica e constitucional no que tange à tutela jurisdicional em si e aos seus efeitos. É essa inovação que reclama um debruçar mais acurado do pesquisador para sua compreensão, o que se faz pelo presente trabalho.

Ao final, conclui-se que a estabilização da tutela antecipada é uma espécie *sui generis* de *efeito de um fato jurídico composto*, com feição de decisões judiciais de cognição exauriente, transitadas em julgado (definitividade), decorrente da inércia do demandado em interpor o competente recurso à decisão antecipatória que lhe é desfavorável, proferida em sede de cognição sumária, sendo possível apenas na sistemática da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.

Sua natureza jurídica é, portanto, *condenatória imprópria* e tem como principal efeito a reverberação no tempo de efeitos jurídicos e concretos (satisfação do direito) sem, todavia, dotação de definitividade consistente na *imutabilidade* e na *indiscutibilidade* (coisa julgada material).

2. Origem do instituto

Como dito anteriormente, da leitura do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil colhe-se uma ânsia quase insaciável por um processo rápido, efetivo, que solucione os problemas das pessoas com a maior simplicidade possível.

Nesse aspecto, vê-se forte valoração dos precedentes judiciais, supressão de alguns recursos e o incentivo premente pelos meios alternativos de solução de conflitos baseados em conciliação, mediação, arbitragem e nos negócios processuais.

Como de praxe da legislatura brasileira, houve forte influência do direito estrangeiro na confecção do novel estatuto procedimental. A exemplo disso vê-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que possibilita ao judiciário o julgamento em bloco de causas consideradas idênticas, importado do direito alemão, e o próprio instituto da estabilização da tutela, inspirado no chamado *référé* francês.

Ernane Fidélis dos Santos explica que o sistema mais antigo de tutela provisória conhecido pelo direito é o francês, direito em que tal sistema denomina-se *ordonnances de référé*, que são, em verdade, medidas de regulamentação de urgência (SANTOS, 2008, p. 17-18).

Nesse sistema, explica Thiago Camatta Chaves Turra, existem três situações que comportam a *référé*, ainda que num primeiro momento, remoto, fosse aplicável tão somente aos casos de urgência. Assim, a primeira hipótese que comporta sua aplicabilidade são, por óbvio, as situações de urgência, denominada tradicional. A segunda aplica-se aos casos de urgência presumida e a terceira até mesmo dispensa a presença da urgência (TURRA, 2014, p. 455).

Interessante questão sobre o tema, ainda segundo Thiago Camatta, é a de que a tutela estabilizada muito bem se encaixa no direito processual francês, visto que no referido sistema processual não há tutela executiva de títulos extrajudiciais nem mesmo tutela cautelar. Assim, o sobredito sistema processual concentra sua normatividade no processo de conhecimento, daí porque haver uma técnica de estabilização tão abrangente (TURRA, 2014, p. 455).

Entretanto, entre outras questões apontadas por esse autor, mesmo no sistema francês, tal qual o que fora implementado no nosso ordenamento brasileiro recentemente, o *référé* também é tido como tutela provisória, ainda que em certos casos se dispense a urgência, e também é impugnável por ação autônoma em procedimento de cognição plena (TURRA, 2014, p. 455).

Não se descuida, entretanto, que houve forte influência da chamada tutela sumária do direito italiano quando da elaboração e da inserção da tutela estabilizada no CPC/15. Segundo Thiago Camatta, nesse procedimento de tutela sumária italiano verifica-se a presença dos elementos que, no sistema processual brasileiro, denominou-se risco do resultado útil do processo e o perigo da demora, para eles *infruttuosità* e *tardività*, respectivamente (TURRA, 2014, p. 456-457).

Aqui, nada de muito novo para o que já é conhecido do direito brasileiro. No primeiro, visa-se assegurar/resguardar a satisfação de futuro direito a ser obtido em processo judicial. No segundo, visa-se antecipar a produção dos efeitos da sentença de mérito, trazendo sua satisfação para o presente.

Quanto ao sistema processual francês, interessante informação é trazida por Luiz Guilherme Marques, apontando que: “muitos juristas franceses entendem que o Processo se resume ao procedimento, não merecendo o ‘status’ de ciência. [...] Para os juristas franceses o processualismo é interesse de uma minoria mínima, quase inexistente.” (MARQUES, 2010, p. 96).

Assim, grande e justificado é o temor ao se importar uma técnica de tutela de direitos oriunda de um sistema processual que não concebe o Direito Processual como ciência ou mesmo como um ramo autônomo do direito, confundindo-o e reduzindo-o a um simples procedimento (*procédure*).

3. A técnica monitoria

Para os professores Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria, quando tratam da estabilização da tutela em seu Curso de Direito Processual Civil II, a estabilização da tutela antecipada, ou satisfativa, como a chamam, constitui uma técnica de monitorização do direito.

Dizem assim que “a estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro”. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 604).

Pois bem, segundo ensina André Luiz Maranhão, a tutela monitoria pode ser assim conceituada:

[...] o procedimento especial de jurisdição contenciosa, de natureza cognitiva, que tem por finalidade a formação de um título executivo judicial a favor de quem tiver prova escrita, na qual conste obrigação de pagar soma em dinheiro, entregar coisa fungível ou determinado bem móvel, não podendo ser proposta quando se tratar de obrigação de fazer ou não fazer [...]. (MARANHÃO, 2010).

O conceito estampado acima bem delinea os contornos da ação monitoria. Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria não defendem, evidentemente, que a estabilização da tutela antecipada seja uma hipótese ou uma subespécie de ação monitoria, mas inserem um conceito que denominam de técnica de monitorização, de modo que o direito processual civil teria tornado tal técnica generalizada para os procedimentos de urgência quanto à tutela satisfativa, podendo-se, talvez, até se falar em um *microsistema monitorio*.

A esse respeito, considerem-se os dizeres dos escritores: “A estabilização da tutela antecipada representa uma generali-

zação da técnica monitoria para as situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu”. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 604).

Como se sabe, para propositura e procedência da ação monitoria, necessário que o autor da demanda possua *prova escrita da obrigação* que pretende ver satisfeita. Nesse sentido, a proposição de Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria sobre a estabilização da tutela antecipada destoa, pois esta não pressupõe, tal qual aquela, a existência de prova escrita da obrigação.

Aliás, bom que se diga, quando se fala na técnica monitoria, notadamente no nosso sistema processual atual, vê-se que esta se presta à satisfação de uma obrigação (pagar, dar, entregar, fazer ou não fazer), a qual, no processo, é espécie de um gênero muito mais amplo que é a prestação jurisdicional.

Ao revés, no que tange à tutela antecipada, é necessário considerar ser possível, ao menos em tese, que a parte pretenda qualquer prestação jurisdicional em sede de tutela provisória de urgência antecipada, que, como se sabe, é a única modalidade de tutela provisória suscetível de estabilização¹. Essa amplitude que contrasta com a técnica monitoria se mostra óbice para se considerar a tutela estabilizada como técnica monitoria.

É que as ditas modalidades obrigacionais acima elencadas estão diretamente ligadas à prestação jurisdicional

1 A esse respeito veja-se explicação de André Luiz Alves, esclarecendo sobre posicionamento de parte da doutrina admitindo estabilização da tutela de evidência, pois em ambas há satisfatividade, alertando, entretanto, que, por ora, é prudente ater-se à literalidade da Lei. (ALVES, 2016). Nesse caso, deve-se considerar que a estabilização só é possível na tutela antecipada requerida em caráter antecedente, conforme o próprio dispositivo legal destaca.

consistente na sentença condenatória. Porém, há que se considerar, em tese, a possibilidade de uma tutela antecipada em ações declaratórias e constitutivas, o que, por si só, já elide a tese defendida pelos renomados autores.

Em verdade, quase sempre as tutelas provisórias satisfativas antecipam efeitos de uma condenação, sendo muito difícil pensar em uma tutela provisória satisfativa de cunho declaratório ou constitutivo, entretanto, tais hipóteses não podem ser rechaçadas do plano teórico.

Nesse sentido é o escólio de Eduardo Talamini:

Além disso – diferentemente da atual ação monitória, que se presta especificamente à cobrança de direitos obrigacionais, portanto compatíveis com uma estrutura dispositiva e aptos à produção de resultados concretos independentemente da produção da coisa julgada –, a estabilização da tutela antecipada aplica-se, em seus termos literais, a toda tutela antecipada antecedente, mesmo aquelas destinadas a antecipar parcialmente o resultado concreto de futuras ações precipuamente declaratórias e constitutivas. (TALAMINI, 2016).

Também esse é o entendimento de Heitor Vitor Mendonça Sica:

Apesar das semelhanças, há três claras diferenças entre a técnica monitória e a técnica da estabilização: (a) a desnecessidade de demonstração de urgência para manejo do processo monitório; (b) no processo monitório, a efetivação da decisão sumária ocorre apenas após a estabilização, ao passo que na da tutela antecipada sua eficácia é liberada mesmo antes da estabilização; e (c) a desnecessidade de prova escrita de obrigação líquida e certa para pleitear a tutela antecipada urgente satisfativa em caráter antecedente (embora seja difícil imaginar que o autor convença o juiz da probabilidade de seu direito sem qualquer prova escrita). (SICA, 2015).

Veja-se, nesse andar, que muitas são as diferenças entre o procedimento monitório e a estabilização da tutela, não se mostrando adequado resumir a segunda como exclusivamente compreendida no primeiro.

A esse respeito os próprios Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria destacam:

Esta é, inclusive, uma diferença para o regime da ação monitória. Lá, a inércia do réu transforma, por ficção legislativa, a decisão provisória em definitiva, automaticamente. Por isso, a decisão passa a ter aptidão para a coisa julgada [...]. O regime da ação monitória é muito mais rigoroso – o que se justifica, pois ela pressupõe prova da escrita da obrigação. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 613).

Logo, não há como considerar que a tutela estabilizada é uma técnica de monitorização do direito, pois as diferenças são abissais e distanciam os institutos sobremaneira.

4. A estabilização: nem coisa julgada, nem preclusão

Alguns autores têm defendido a estabilização da tutela ora como sinônimo de *coisa julgada* ora como sinônimo de *preclusão*. Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, à guisa de exemplo, defende que a estabilização da tutela antecipada consiste em hipótese de coisa julgada material.

Em suas considerações assevera que o § 6º do art. 304 do Novo Código, em verdade, estabelece que a tutela concedida e estabilizada não fará coisa julgada somente enquanto perdurar o prazo do § 2º do mesmo artigo (dois anos) para rever, invalidar ou reformar a tutela concedida. Superado este prazo, aduz o referido autor, a tutela fará sim coisa julgada material (MOURÃO, 2015).

Contraopondo entendimento de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, Carlos Henrique Soares apresenta interessante visão sobre o que vem a ser a estabilização da tutela estabilizada e desdoa quanto à possibilidade de se tratar de coisa julgada, mas partilha o entendimento de se tratar de *preclusão*, veja-se:

Nos termos do art. 304 do NCPC, a *tutela de urgência* de natureza antecipatória, concedida nos termos do art. 303 do NCPC, torna-se *estável* se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Estável é a decisão que não mais pode ser modificada ou reformada nos próprios autos, uma vez que ocorreu o efeito da preclusão. E havendo estabilidade da decisão, o processo será extinto. O termo estável não é o melhor para as decisões interlocutórias provisórias. O art. 304 do NCPC quer indicar que as decisões proferidas em tutelas de urgência podem se estabilizar, nos casos em que ocorrer a preclusão. Assim, ocorre a preclusão pela ausência de interposição de recurso tanto da decisão interlocutória (agravo de instrumento) quanto da sentença (recurso de apelação) que confirmar a tutela de urgência requerida. (SOARES, 2015, p. 261, grifo do autor).

Com efeito, grande celeuma se instaurou em meio à doutrina processualista, até hoje em voga, quanto à natureza da preclusão e da coisa julgada. Doutrina clássica destacava a natureza jurídica da coisa julgada como *qualidade dos efeitos produzido pela sentença*².

Outras discussões, conforme ensinam Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria, giravam em torno de se a coisa julgada seria ainda efeito da decisão ou efeito do conteúdo

2 Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal, citando Enrico Túlio Liebman, para quem: “Único é, pois, o conceito da coisa julgada, embora seja dúplice a sua função: de um lado, torna imutável o ato da sentença, posta ao abrigo dos recursos estão definitivamente preclusos; por outro, torna imutáveis os efeitos produzidos pela sentença [...]” (LIEBMAN apud LEAL, 2007, p. 105).

da decisão. Entretanto, destacam os supra citados autores que *qualidade e efeitos* da decisão são conceitos sinônimos, veja-se: “‘Qualidade’ é um atributo que uma norma jurídica confere a algum fato jurídico; assim, ‘qualidade’ é, necessariamente, um efeito jurídico – não adianta alterar o rótulo”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 515).

No que tange à preclusão, tanto a posição clássica arraigada em Liebman, aqui representada pelo pensamento de Rosemiro Pereira Leal, quanto o pensamento mais atual representado, neste monólogo, por Fredie Didier, não parecem conflitar.

Por sua vez, Rosemiro Pereira Leal, citando Ada Pellegrini, destaca que: “[...] só a sentença de mérito é apta a revestir-se de imutabilidade dentro e fora do processo [...]; as demais decisões exaurem sua imutabilidade no âmbito interno do processo, revestindo-se apenas, pela preclusão, da coisa julgada formal”. (GRINOVER apud LEAL, 2007, p. 106), o que denota o entendimento da coisa julgada formal como efeito da preclusão, Fredie Didier aponta que “[...] nem sempre é efeito a preclusão. Ela pode compor o suporte fático de algum fato jurídico”. (DIDIER JR., 2015, p. 426).

É o caso em que a preclusão comporá um suporte fático para a constituição de um determinado fato jurídico, chamado pelos mesmos autores de *fato jurídico composto*, exatamente porque resultado da junção da prolação da decisão com a preclusão temporal. Nesse caso, será a *coisa julgada efeito* do fato jurídico composto consistente na equação prolação da decisão exauriente definitiva mais a preclusão temporal.

Portanto, tem-se que *preclusão e coisa julgada* são institutos que compõem uma quadra de *efeitos* processuais decorrentes dos *fatos jurídicos* ocorrentes no processo. Em regra, a preclusão será efeito jurídico, ao lado da coisa julgada.

Todavia, em certos casos servirá como componente, justamente quando importar em elemento de constituição de fato jurídico que terá como efeito a coisa julgada.

Ao contrário do que pensam alguns autores hodiernos, a estabilização não pode ser entendida como sinônimo nem de preclusão nem de coisa julgada, mas deve ser inserida ao lado da coisa julgada material, como uma espécie *sui generis*, na quadra dos efeitos decorrentes dos *atos jurídicos processuais compostos*.

4.1. A coisa julgada material e o modelo constitucional de processo

Falar de modelo constitucional de processo³, por certo, não é tarefa fácil. Noutro giro, em rapidíssimas linhas se abordarão os principais aspectos dessa teoria para melhor compreensão do presente trabalho.

A principal referência à coisa julgada que se tem na Constituição da República de 1988 está no art. 5º, XXXVI, do qual se extrai: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;” (BRASIL, 1988).

Segundo leciona Kildare Gonçalves Carvalho, “ao preceituar que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (art. 5º, XXXVI), a Constituição procura tutelar situações consolidadas pelo tempo, dando segurança e certeza às relações jurídicas”. O mesmo doutrinador assevera que: “A Constituição não define nenhuma

3 Segundo Italo Andolina e Giuseppe Vignera, citados por Ronaldo Brêtas, pode-se caracterizar o modelo constitucional de processo como “as normas e os princípios constitucionais respeitantes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas na sua complexidade, consentem ao intérprete delinear um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar o objeto de uma exposição unitária”. (ANDOLINA; VIGNERA apud DIAS, 2012, p. 32).

dessas garantias jurídicas, cabendo ao legislador ordinário a tarefa”. (CARVALHO, 2013, p. 136).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “a coisa julgada é a imutabilidade que qualifica a sentença de mérito não mais sujeita a recurso e que impede sua discussão posterior”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 585).

Sinteticamente, Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria defendem que a coisa julgada é um *efeito jurídico* (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 515).

Pois bem, conjugando-se o entendimento dos sobreditos lecionadores, a coisa julgada, enquanto efeito, revela-se em *efeitos extraprocessuais e endoprocessuais*. O primeiro, como o nome indica, vai para além do processo em que se originou. Impede a rediscussão, em outra demanda, de matéria já decidida.

O segundo é interno ao processo e impede a rediscussão, no mesmo processo, de matérias já decididas pelo juiz, impedindo ainda a interposição de recurso contra essas mesmas decisões. Nesse segundo caso, configura-se uma verdadeira *preclusão temporal*, o que também se denomina *coisa julgada formal*.

Necessário ponderar que a coisa julgada na Constituição da República só é possível mediante cognição exauriente com respeito ao devido processo constitucional. Essa premissa decorre da análise do instituto coisa julgada em consonância com as demais garantias fundamentais elencadas no próprio art. 5º da Carta Maior.

Veja-se que o constituinte se preocupa em tecer diversas garantias fundamentais no supracitado artigo com o fim de de-

notar que não pode haver exercício de jurisdição válido sem a observância de tais princípios garantistas. É isso, em rápida síntese, que a teoria do processo constitucional pressupõe.

Vale dizer, não haverá exercício de jurisdição válido se não houver respeito às garantias fundamentais previstas pelo constituinte de 1988. Sendo assim, partindo-se da premissa de que todo processo, portanto, é constitucional, é de se dizer que a coisa julgada, segundo o modelo constitucionalizado de processo, só pode recair sobre a atividade jurisdicional prestada mediante cognição plena ou exauriente.

É que *a cognição exauriente é consectário lógico das demais garantias processuais constitucionais* como contraditório, ampla defesa, isonomia, razoável duração do processo e outras. Um dos pressupostos para a prestação jurisdicional legítima é, pois, o respeito ao princípio do devido processo legal, princípio que atualmente alguns juristas vêm denominando de *devido processo constitucional*⁴.

Ronaldo Brêtas destaca que as garantias fundamentais elencadas no art. 5º da CR/1988 consubstanciam o verdadeiro *devido processo constitucional*, pois se prestam a efetivar os direitos fundamentais previstos no mesmo rol de excelência da Carta Maior (DIAS, 2012, p. 72).

É a plenitude de cognição que advém, que decorre do devido processo constitucional que confere às decisões jurisdicionais legitimidade. Logo, pensar em uma decisão jurisdicional imutável e indiscutível é pensar em uma autoridade que pressupõe a existência de um processo válido.

⁴ A esse respeito Ronaldo Brêtas diferencia a expressão devido processo constitucional de devido processo legal, sendo a primeira *principlológica* referente a todas as garantias fundamentais constitucionais que culminam no provimento jurisdicional, e a segunda como *estrutura normativa metodológica*, a qual dá a entender que remete à distinção entre processo e procedimento. (DIAS, 2012, p. 128).

Eduardo Talamini pontua ainda:

O instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo (art. 5.º, LIV, da CF/1988). A imutabilidade da coisa julgada - qualidade excepcional no quadro da função pública - não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. (TALAMINI, 2012, p. 28).

Assim, não é possível se falar em coisa julgada material, segundo o modelo constitucional de processo, olvidando as garantias processuais fundamentais elencadas pelo constituinte de 1988.

Advirta-se que, segundo o dito neste tópico, a simples inexistência ou não realização deste processo já é óbice à formação da coisa julgada, por negação ao sistema processual constitucionalmente instituído.

Não se olvida, entretanto, que, por motivo de política legislativa, o legislador limitou a oposição destas nulidades a um prazo determinado. Assim, caso não sejam alegadas em tempo hábil, serão convalidadas.

Entretanto, recentes estudos vêm considerando a chamada *relativização atípica da coisa julgada*, exatamente para esses casos em que se verificam erros ou vícios insanáveis no curso do processo que, por conseguinte, eivam de nulidade absoluta a decisão final de mérito. Não se aprofundará ao tema por não ser esse o nosso objeto de estudo, por ora.

4.2. Impossibilidade de entendimento da estabilização como coisa julgada material

Dois são os principais fatores que obstam a formação de coisa julgada material. O primeiro ocorre porque a decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente não resolve o mérito da demanda, tanto que o feito é extinto nos termos do art. 485 do CPC/15; o segundo se dá pelo fato de que, como dito no item anterior, não é possível que uma decisão proferida em sede de cognição sumária, ainda que versasse sobre o mérito, fosse revestida de *imutabilidade e indiscutibilidade*.

Segundo preleciona Fredie Didier, “a estabilização da tutela satisfativa antecedente não se confunde com a coisa julgada”. Isso porque, esclarece o autor, “não houve reconhecimento judicial do direito do autor. O autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão pretender extrair dela uma espécie de efeito positivo da coisa julgada”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 612-613).

O efeito positivo da coisa julgada é, basicamente, a indiscutibilidade que recai sobre os fundamentos de determinada decisão. É dizer, caso nova demanda seja proposta com base em questão já decidida e transitada em julgada, o juiz da nova causa não pode decidir de modo diverso do que foi decidido pelo juízo primeiro.

A esse respeito Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria atestam: “O efeito *positivo* da coisa julgada gera a vinculação do julgador (de uma segunda causa) ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida. O juiz fica adstrito ao que foi decidido em outro processo”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 514).

No caso da estabilização da tutela antecipada, com base no acima exposto, por exemplo prático cita-se a seguinte situação. Se o autor formula pedido de urgência para realização da uma cirurgia por seu plano de saúde e a obtém do órgão jurisdicional, essa decisão não obsta que outro magistrado julgue procedente eventual ação de cobrança manejada pelo plano de saúde posteriormente.

Há que se considerar ainda que a precariedade e a provisoriedade da decisão que concede a tutela antecipada traduz que o direito asseverado por essa decisão antecipatória, em verdade, não se refere ao bem da vida pretendido pelo autor, pelo que não há se falar em concessão do direito por meio daquela tutela jurisdicional sumária.

Sendo assim, seja por precariedade e provisoriedade da decisão antecipatória, seja por, justamente em decorrência disso, não se poder falar em resolução suficiente do mérito, não há como conceber a estabilização como coisa julgada material. Ademais, é o próprio § 6º do art. 304 do CPC/15 que destaca expressamente a não formação de coisa julgada pela decisão concessiva da tutela de urgência.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria, precisa e diretamente enfrentam o assunto e, com bastante segurança, afirmam:

A decisão judicial apta à coisa julgada deve fundar-se em cognição exauriente. Decisões proferidas em sede de cognição sumária – decisões provisórias (arts. 294-311, CPC) – não estão aptas à coisa julgada. A coisa julgada é uma estabilidade que pressupõe tenha havido encerramento da cognição sobre a questão. Por isso, uma decisão que concede liminarmente uma tutela provisória não tem aptidão para a formação da coisa julgada. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 516).

Interessante posicionamento, nesse aspecto, é o apresentado por Eduardo Talamini apontando que “o que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas, sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver”. (TALAMINI, 2012, p. 28).

Assim, tem-se que elemento indissociável para que uma decisão jurisdicional se torne indiscutível e imutável é a profundidade com que o mérito foi enfrentado. Não basta, assim, apenas ofertar a possibilidade de contraditório às partes, é necessário que o contraditório seja exercido de forma ampla e que o debate sobre a questão posta *sub judice* seja uma análise profunda.

Veja-se que, no caso da tutela estabilizada, o mérito não é enfrentado com profundidade. O juiz apenas faz um juízo cognitivo superficial e verifica se estão presentes os requisitos legais autorizativos da concessão da tutela nos moldes do art. 303 do CPC/15. A estabilização e a conseqüente extinção do feito são um consectário do comportamento das partes.

Também não há se falar na hipótese levantada por Luiz Eduardo Ribeiro Mourão quando informa que, após o prazo de dois anos para a propositura da ação prevista no parágrafo 2º do CPC/15, a tutela antecipada antecedente faz sim coisa julgada material (MOURÃO, 2015).

Veja-se lição de Dierle Nunes e Érico Andrade:

[...] não faria muito sentido a realização da coisa julgada em relação a este tipo de pronunciamento [a decisão concessiva da tutela estabilizada], pois implicaria sua integral equiparação ao provimento de cognição plena e exauriente, quando, como demonstrado no item 2 deste trabalho, as

diferenças entre as técnicas da cognição sumária e cognição exauriente são muitas, e se se admitir a realização de coisa julgada em pronunciamentos de cognição sumária poderia traduzir até mesmo violação constitucional ao devido processo constitucional, permeado por ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF) e contraditório dinâmico (art. 5º, LV e 10, CPC-2015), modelo que admite a formação da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), já que na cognição sumária é evidente a restrição ou limitação ao amplo direito de defesa e investigação probatória. (ANDRADE; NUNES, 2015, p. 23).

Destarte, em nenhuma hipótese é possível conceber a estabilização da tutela como sinônimo de coisa julgada material.

4.3. Entendimento da preclusão

Nas palavras de Fredie Didier Jr., “A preclusão é definida como a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda do poder processual das partes, seja a perda de um poder do juiz”. (DIDIER JR., 2015, p. 417). Assim, tem-se que preclusão é a perda da faculdade processual, pelas partes, de praticar tal ou qual ato no processo.

Fredie Didier ainda leciona destacando que a preclusão possui três espécies, quais sejam: *temporal*, *consumativa* e *lógica*. Denota, nesse sentido, que “a preclusão [...] é um efeito jurídico que decorreria sempre da prática de atos lícitos ou em razão de um ato-fato lícito. Exatamente por causa disso, a doutrina costuma relacionar a preclusão ao ônus processual e repelir a identificação do instituto com a sanção [...]”. (DIDIER JR., 2015, p. 420).

Como se sabe, a preclusão temporal é a mais comum e é a que decorre do transcurso, *in albis*, de um prazo, legal ou fixado pelo juiz, para a prática de determinado ato processual. A preclusão consumativa, por seu turno, é aquela em que

a parte pratica o ato antes do termo final estipulado. Diz-se que o ato se consumou e não caberá emendas ou aditivos.

Por fim, quanto à preclusão lógica, é aquela em que os atos praticados pela parte indicam uma espécie de anuência tácita ao que foi decidido.

4.4. Impossibilidade de entendimento da estabilização como preclusão

No que concerne ao estudo da estabilização, os que defendem ser o referido instituto uma mera preclusão argumentam com base na *preclusão temporal*. Isso porque, segundo aduzem, o réu, ao perder a faculdade de interpor o competente recurso contra a decisão antecipatória que lhe é desfavorável, oportuniza a estabilização da tutela. O principal expoente desse pensamento é Carlos Henrique Soares, pensamento transcrito no item 3 deste trabalho.

De fato, a mera não interposição do competente recurso de Agravo de Instrumento, pela dicção da lei processual, é fato ensejador da estabilização da tutela, desde que, obviamente, tenha sido requerida pelo autor nos termos do art. 303 do CPC/15.

Noutro vértice, tem-se que a estabilização da tutela não é, apenas, preclusão temporal. Ao analisar-se a fundo o instituto, vê-se que este traz consigo consequências inafastáveis que a mera preclusão não traz.

É inegável, entretanto, que a preclusão, no caso da estabilização da tutela, serve-lhe, conforme ensina Fredie Didier, de *suporte fático*, veja-se:

Mas nem sempre é efeito a preclusão. Ela pode compor o suporte fático de algum fato jurídico.

Veja o caso da coisa julgada (efeito jurídico). A preclusão é elemento do suporte fático do fato jurídico composto consistente na prolação da decisão, fundada em cognição exauriente, acobertada pela preclusão, cujo efeito é exatamente a formação de coisa julgada. (DIDIER JR., 2015, p. 426).

Nesse sentido, vê-se que a preclusão no processo civil, por vezes, aparece como *efeito de ato-fato do processo*, como a não interposição de determinado recurso, por exemplo, mas aparece também, por vezes, como *suporte fático* para a ocorrência de determinado *fato jurídico processual*.

No primeiro, sua ocorrência se dá como mero impeditivo de as partes do processo praticarem determinados atos processuais. No segundo, compõe uma estrutura que dará ensejo a uma determinada *situação jurídica composta*.

Concernente à estabilização da tutela, vê-se que se trata da segunda hipótese de preclusão temporal, vale dizer, a inércia do demandado em interpor o competente recurso à decisão antecipatória que lhe é desfavorável dá ensejo à extinção do feito sem resolução do mérito. Noutro norte, mais do que isso, ou seja, mais do que impedir o réu de insurgir-se contra a dita tutela por meio de Agravo de Instrumento, faz a tutela satisfativa antecipada se estabilizar⁵.

As conseqüências decorrentes dessa estabilização são muitas, conforme se depreende do texto normativo, como, por exemplo, o afastamento da produção de seus respectivos efeitos tão somente com a procedência da ação que visar reformá-la, revê-la ou invalidá-la, a extinção do feito sem resolução do mérito, etc.

⁵ Em sentido contrário, entendendo que qualquer meio de defesa apto a demonstrar resistência do réu quanto à pretensão formulada pelo autor é impeditivo da estabilização, Leonardo Greco, para quem: “Se apesar da ausência de recurso, tiver o réu contestado a ação, o provimento provisório não se estabiliza, devendo sobrevir, em qualquer caso, sentença sobre o pedido de tutela final”. (GRECO, 2014, p. 305).

No primeiro caso, veja-se que a decisão estável continuará a reverberar no mundo jurídico como se fosse tutela definitiva, não podendo o réu em nenhuma hipótese descumpri-la enquanto não revista, reformada ou invalidada.

Dessa forma, tem-se claro que, no caso da estabilização da tutela, não há se falar em mera preclusão temporal, entendendo-se que, nesse caso, a preclusão temporal compreende *elemento* de um *suporte fático* para a ocorrência do *fato jurídico composto* estabilização da tutela satisfativa antecipada.

4.5. A estabilização: espécie *sui generis* de efeito jurídico

Compreendidos os institutos da coisa julgada e da preclusão, torna-se fácil perceber que a estabilização da tutela está inserida na quadra dos *efeitos jurídicos* decorrentes dos *atos jurídicos compostos*.

Está, assim, inserida ao lado da coisa julgada como *efeito jurídico* do *fato jurídico composto* consistente na prolação de uma *decisão de cognição sumária*, contra a qual *não foi interposto o competente recurso* (fato jurídico composto: Decisão mais Preclusão).

Nessa conjuntura, deve-se entender que são pressupostos para a ocorrência da estabilização: requerimento pela parte autora nos termos do art. 303 do CPC/15; concessão da tutela de urgência antecipada; não interposição do competente recurso, pela parte contrária, contra a decisão antecipatória.

Importante esclarecimento sobre o parágrafo sexto do art. 304 do CPC/15 deve ser feito. Deve-se considerar que, para a ocorrência da estabilização da tutela antecipada, não é necessário o transcurso do prazo de 2 anos previsto no parágrafo segundo do mesmo artigo.

Note-se, nesse sentido, que a ocorrência da estabilização decorre da mera não interposição do recurso competente, aliada aos outros requisitos citados acima. O que o parágrafo sexto prevê é que, enquanto não proposta ação para rever, reformar ou invalidar a decisão antecipatória, seus efeitos persistirão.

Assim, nesse campo, trata o legislador da eficácia da decisão jurisdicional antecipatória, que não se confunde com a essência do instituto da estabilização.

Em sentido diverso do ora consignado, Freddie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria destacam que: “Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles [...]”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 612).

Lado outro, razão não assiste aos autores, com a devida *venia*, pois da leitura do código, no que tange à estabilização, não se percebe a intenção do legislador de que apenas os efeitos se estabilizassem.

Isso porque, no que se refere à coisa julgada, há consenso de que essa recai sobre a decisão que resolve o mérito, vale dizer, sobre o que foi decidido pelo juiz. Os próprios autores são enfáticos em afirmar que “[...] a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o *conteúdo* da decisão, não sobre seus efeitos; é o *conteúdo*, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 612).

No presente artigo, trabalha-se com a hipótese de que a estabilização seja espécie *sui generis* de situação jurídica ao lado da coisa julgada, ou seja, trata-se de uma segunda espécie de efeito de um fato jurídico composto. Eis aí a divergência, pois, como já dito, os supracitados autores trabalham a ideia de estabilização como hipótese de técnica monitoria.

São, pois, os autores coerentes com suas proposições. Entretanto, como no presente trabalho há um viés de tratamento hipotético sobre o que vem a ser a estabilização, viés esse que coloca a estabilização ao lado da coisa julgada, normal concluir-se que, assim como na coisa julgada, o que se estabiliza não são os efeitos da decisão que concede a tutela antecipada, mas a decisão em si, o seu conteúdo.

Mas, não se olvida de aparente contradição em outro trecho da obra dos mesmos autores (Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria) quando afirmam que: “Em que pese o processo seja extinto, a decisão que concedeu a tutela provisória satisfativa, já estabilizada, conserva seus efeitos”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 606).

Desse trecho extrai-se que parecem conceber também que a estabilidade recai sobre a decisão, ainda que os efeitos sejam conservados a toda prova, afastados tão somente por decisão proferida no bojo da ação do parágrafo 2º do art. 304 do CPC/15.

Veja-se que, não obstante a tutela antecipada requerida em caráter antecedente não declarar direito algum e ser uma decisão baseada em cognição sumária e, portanto, proveniente de uma análise superficial dos fatos, ela constitui uma decisão com cunho meritório significativo, tão significativo a ponto de pôr fim à relação jurídica processual.

Em outras palavras, é uma forma diferente e peculiar de provimento jurisdicional, diferente da coisa julgada e da preclusão pelos motivos já elencados, mas com contornos e métodos próprios, suficientemente capaz de definir um ponto controvertido de direito material que deu origem a um litígio.

Para a estabilização como situação jurídica, em sentido similar, Gustavo Gonçalves Gomes apresenta um possível

conceito que entende definir o instituto da estabilização, apontando que: “Por ‘estabilização da tutela antecipada’, entendemos a *situação jurídica* que torna possível a conservação da eficácia da medida antecipada concedida, mesmo diante da inexistência de decisão posterior de mérito que a confirme”. (GOMES, 2011, grifo nosso).

O termo *situação jurídica*, segunda ensinam Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria, trabalhando sobre o instituto da coisa julgada, consiste em autoridade. Dizem que: “‘Autoridade’ é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Como situação jurídica, a *coisa julgada é um efeito jurídico* – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 513, grifo do autor).

Vê-se, pois, que o transcrito acima é exatamente parte do que a presente pesquisa revelou como possível conceito para a estabilização da tutela, notadamente pela conclusão de que a estabilização está inserida, ao lado da coisa julgada e da preclusão, na quadra dos chamados efeitos jurídicos.

No caso da estabilização da tutela antecipada, ainda que seja considerada como situação jurídica, imperioso reconhecer que o atributo autoridade não lhe é conferido. Até porque é exatamente essa uma das principais diferenças que apresenta com relação à coisa julgada, qual seja, a ausência de *definitividade e indiscutibilidade*. É uma tutela provisória.

Noutro norte, mostra-se como efeito na medida em que decorre, de igual modo, de um fato jurídico composto, qual seja, uma decisão de cognição sumária concedida conforme previsão do art. 303 do CPC/15 que, aliada à preclusão temporal (não efeito, mas suporte fático para originação de um

fato jurídico), dá ensejo uma situação jurídica *sui generis*, ou seja, uma *situação jurídica inovadora*, até então não existente no sistema processual civil brasileiro.

Portanto, apresenta-se como possível conceito para a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente prevista no Novo Código de Processo Civil de 2015 espécie *sui generis* de *efeito jurídico decorrente de um fato jurídico composto* consistente na inércia do demandado em interpor o competente recurso à decisão concessiva da tutela antecipada requerida em caráter antecedente que lhe é desfavorável, proferida em sede de cognição sumária.

Por fim, cumpre consignar que a estabilização da tutela antecipada só é possível na sistemática prevista nos artigos 303 e 304 do CPC/15. O assunto ainda é motivo de divergência entre a doutrina⁶, todavia, seja pela literalidade da Lei, seja pela incompatibilidade do instituto com a tutela cautelar, por exemplo, há que se considerar a aplicabilidade da estabilização apenas para a tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

5. A natureza jurídica da decisão concessiva da tutela estabilizada

Inicialmente, no presente monólogo, distinguiu-se que a estabilização, em verdade, recai sobre a tutela, sobre o conteúdo, a matéria que foi posta em litígio, e não sobre a decisão (ato do juiz). Essa afirmação decorre da comparação entre os institutos da estabilização e da coisa julgada. O que ocorre em um, ocorre em outro, nesse caso.

⁶ No sentido de demonstrar o cabimento da estabilização tão somente na tutela antecipada requerida em caráter antecedente, Leonardo Greco: "Não se aplica esse dispositivo [da tutela antecipada] à tutela de evidência, pois esta é sempre incidente, não antecedente. Assim, nela nunca ocorrerá estabilização da tutela provisória". (GRECO, 2014, p. 302).

Rememorado isso, cumpre esclarecer que no presente item tratar-se-á da natureza jurídica da decisão que concede a tutela, e não da tutela em si. Até porque, sobre esse assunto não pende nenhuma controvérsia, ou seja, a tutela antecipada, concedida tanto em caráter antecedente quanto incidente, é uma tutela jurisdicional, de cunho litigioso, satisfativa e fundada em urgência e cognição sumária dos fatos. Assim, a esse respeito, não ressaem dúvidas quando da leitura do CPC/15.

Os atos (pronunciamentos) do juiz são (se dão por): despachos, sentenças e decisões interlocutórias. Os despachos não apresentam conteúdo decisório e têm por finalidade, apenas, dar andamento à marcha processual. As decisões interlocutórias são aquelas que versam sobre o mérito sem, todavia, pôr fim ao processo. As sentenças, por seu turno, *equiparam-se* às decisões colocando, entretanto, fim ao procedimento de conhecimento em primeiro grau de jurisdição.

Nos dizeres de Abrão Razuk: “Decisão judicial é gênero, sendo a interlocutória, sentença ou acórdão espécies do gênero decisão judicial”. (RAZUK, 2016).

Dito isso, cumpre perquirir sobre a *natureza jurídica da decisão concessiva da tutela antecipada requerida em caráter antecedente* que se torna estável. Da simples leitura do dispositivo legal atinente à estabilização, vê-se o primeiro impasse quanto às notas introdutórias do presente capítulo acima elencadas.

É que, ao passo que se afirma que as interlocutórias versam sobre o *meritum causae*, mas não põem fim ao processo, no caso da estabilização ocorre exatamente o inverso, vale dizer, a decisão concessiva da tutela estabilizada conduz à extinção do procedimento. Essa é a dicção do § 1º do art. 304 do CPC/15⁷ (BRASIL, 2015).

7 “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. §1º No caso previsto

Assim, delinea-se uma decisão interlocutória que põe fim ao procedimento de conhecimento em primeiro grau de jurisdição, o que, sem dúvida, constitui situação anômala e até então não inserida na ordem jurídica processual, sendo inovação trazida pelo legislador de 2015.

5.1. A tripartição clássica da natureza jurídica das decisões jurisdicionais terminativas

Classicamente, os pronunciamentos judiciais que põem fim à relação jurídica processual litigiosa, ainda na fase de conhecimento pela qual se pretende verificar quem tem o direito em determinada relação jurídica de direito material, dá-se pela sentença.

São os dizeres de Humberto Theodoro Jr.:

O titular do interesse em conflito (sujeito da lide) tem o direito subjetivo (direito de ação) à prestação jurisdicional, a que corresponde um dever do Estado juiz (a declaração da vontade concreta da lei, para pôr fim à lide). É através da sentença que o Estado satisfaz esse direito e cumpre o dever contraído em razão do monopólio oficial da justiça. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 871).

E conclui, citando Pontes de Miranda, asseverando que: “A sentença, portanto, ‘é emitida como prestação do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação jurídico-processual (processo), quando a parte ou as partes vierem a juízo, isto é, exercerem a pretensão à tutela jurídica”. (MIRANDA apud THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 867).

no caput, o processo será extinto.” (BRASIL, 2015). Discussão doutrinária já superada assenta entendimento de que, nesse caso, o processo será extinto sem resolução do mérito. À guisa de exemplo, Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria: “Nesse caso, não há, obviamente, resolução do mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 604).

Assim, tem-se que a sentença é o pronunciamento que está apto a encerrar a relação jurídica processual, consubstanciando-se em provimento jurisdicional, de mérito ou não, sendo certo que, no primeiro caso põe termo à controvérsia da relação de direito material havida entre as partes.

Quanto ao título do presente tópico, impende fazer destaque. É que, conforme ensinam Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria:

A doutrina costuma conceituar as chamadas *sentenças definitivas* como sendo aquelas por meio das quais se põe fim ao processo *com* resolução do mérito, aplicando uma das hipóteses do art. 487 do CPC, ao passo que as chamadas *sentenças terminativas* são aquelas que põem fim ao processo sem exame de mérito, aplicando um dos casos do art. 485 do CPC. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 396, grifo do autor).

À guisa de exemplo, veja-se o pensamento de Humberto Theodoro Júnior apontando que a primeira classificação que se dá à sentença é *terminativa* ou *definitiva*, sendo certo que as terminativas consistem no pronunciamento que põe fim à relação jurídica processual, sem resolver-lhe o mérito, e definitivas são as que resolvem o mérito da causa, concedendo ou não o bem da vida pretendido *initio litis* (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 872).

Todavia, essa terminologia clássica, tal como os mesmos autores Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria bem apontam, é um tanto quanto equivocada, pois “qualquer sentença pode ‘terminar’ o processo, e não apenas as sentenças *terminativas*; além disso, qualquer sentença pode tornar-se definitiva, não apenas as de mérito”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 398, grifo do autor).

Assim, tem-se que o emprego da terminologia “decisões jurisdicionais terminativas” deve ser, aqui, considerada pela correlação que se estabelece entre a decisão apta a pôr fim ao procedimento e a decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, não se apegando de forma religiosa à clássica definição doutrinária a respeito.

Quanto à classificação ternária dos provimentos jurisdicionais, conforme explicam Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria “no fim do século XIX, na Alemanha, Wach falava que as sentenças poderiam ser classificadas em três modalidades [...] *condenatória, constitutiva e declaratória*”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 418, grifos do autor).

Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Rangel Dinamarco apontam que o “objeto do processo de conhecimento é a pretensão ao provimento declaratório denominado *sentença de mérito*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 324). Em verdade, sabe-se que todo provimento jurisdicional é declaratório. Por isso a doutrina classifica o *provimento* sentencial como meramente declaratório (declaratório em sentido estrito) e declaratório em sentido amplo.

Nesse sentido, Cintra, Pellegrini e Dinamarco apontam que “todas as sentenças declaratórias em sentido amplo (sentenças de mérito) contêm declaração da regra jurídica substancial concreta; a meramente declaratória limita-se formalmente à mera declaração [...]”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 324).

Todavia, contrapõem-se (as declaratórias) às demais modalidades de provimentos assim:

A condenatória, além de declarar, aplica a sanção executiva;
a constitutiva, além de declarar, modifica a relação jurídica

substancial. A condenação e a constituição só se configuram quando as sentenças acolhem a pretensão do autor, porque, se a rejeita, são sentenças declaratórias negativas. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 324).

Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria esclarecem ainda que a classificação ternária foi bem recepcionada no Brasil, desde o século XIX, momento em que foi idealizada, até o século XX, quando Pontes de Miranda acresce à classificação ternária outras duas modalidades, quais sejam, a *mandamental* e a *executiva* (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 418).

Destarte, pode-se concluir que esmagadora doutrina admite a classificação ternária dos provimentos jurisdicionais como sentenças meramente declaratórias, condenatórias ou constitutivas.

Vê-se ainda que os pronunciamentos meramente declaratórios se prestam a afirmar uma determinada situação jurídica ou fato jurídico. Os condenatórios se prestam a impor a alguém alguma prestação (fazer, não fazer, dar e entregar coisa certa), ao passo que os constitutivos alteram uma relação jurídica de direito material já existentes (criam, extinguem ou modificam dita relação).

5.2. A natureza condenatória imprópria da tutela estabilizada

Por certo, como foi dito acima, a decisão interlocutória que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente é peculiar em relação a uma decisão interlocutória comum, ao passo que extingue o procedimento de 1º grau, tal qual a sentença o faz.

Outra peculiaridade atinente à decisão estabilizada é que,

mesmo o procedimento sendo extinto sem resolução do mérito, é característica medular da dita decisão colocar termo ao dissídio havido entre as partes.

É como se a prestação jurisdicional houvesse sido plena. Ocorre que a prestação jurisdicional dá-se por uma simples decisão interlocutória, o que não era, até então, possível no nosso ordenamento jurídico processual.

Conforme ensina Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria “[...] para que seja sentença, é indiferente saber qual o conteúdo do pronunciamento – se ele resolve, ou não o mérito, por exemplo. Importa saber qual o seu efeito em relação ao procedimento em primeira instância: se põe fim a uma de suas fases, é sentença”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 305).

Nesse ponto, apenas a título de esclarecimento, uníssono na doutrina que a decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente se trata de uma decisão interlocutória recorrível mediante agravo. Diz o art. 1.015 do CPC/15: “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias;”. (BRASIL, 2015).

Não se olvida, entretanto, das várias hipóteses em que *decisões interlocutórias*, em que pese não ponham fim ao procedimento, decidam parte do mérito da causa, o que alguns comungaram denominar *sentenças parciais de mérito* (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 397).

Em tais casos verifica-se, inclusive, que o recurso cabível contra essas decisões é justamente o Agravo de Instrumento. Não obstante, desvela frisar que, mesmo as ditas decisões interlocutórias que resolvem parte do mérito e, assim, recor-

ríveis por meio de agravo, são, via de regra, proferidas em sede de cognição exauriente, mediante efetivo contraditório e ampla defesa.

Veja-se que não é o momento em que a decisão é proferida no processo que define o grau de exaurimento da cognição. Se se trata de uma tutela antecipada normal, sem oitiva da parte contrária, essa decisão, além de provisória e sumária – óbvio –, é também liminar, porque concedida em fase processual prematura.

Noutro giro, a título de exemplo, considere-se a sentença que julga antecipadamente o mérito da causa, o chamado julgamento antecipado da lide. Nesse caso, ainda que não haja necessidade de dilação probatória, pois os fatos alegados já estão comprovados e/ou a discussão é eminentemente de direito, haverá resolução do mérito mediante cognição exauriente, pois, ainda que com procedimento enxuto, a plenitude da cognição foi possível.

Assim, ainda que a terminologia empregada seja *decisão interlocutória de mérito*, essa expressão não deve conduzir ao entendimento de que, por ser decisão interlocutória, não seja possível a cognição plena. Isso não ocorre, entretanto, na decisão que concede a tutela antecipada antecedente.

Maior estranheza se verifica ao passo que, tendo os requisitos para concessão dessa tutela de urgência sido abrandados, a estabilização eleva essa modalidade de tutela jurisdicional a *status* superior em relação às interlocutórias comuns e, novamente, repita-se, com cognição sumária, prematura.

Como visto, a decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente possui duas características que a distingue das demais interlocutórias, quais sejam: 1)

pôr fim ao procedimento de primeira instância e 2) a decisão concessiva da tutela antecipada que se estabiliza encerra a discussão sobre questões fáticas e de direito correlatas ao litígio instaurado entre as partes, ainda que sem definitividade, imutabilidade e indiscutibilidade.

Não só encerra o procedimento, mas também pacifica o litígio. O processo não pressupõe litígio, haja vista os procedimentos de jurisdição voluntária. Entretanto, no caso da tutela antecipada, necessariamente, está-se diante de um processo litigioso.

Ainda que se considere a possibilidade de ação autônoma para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela, no prazo de dois anos, essa irrisignação se dá em autos apartados e em procedimento independente. E mais, ainda assim os efeitos da decisão concessiva persistem enquanto não revista, reformada ou invalidada essa decisão.

Nesse sentido afirmam Érico Andrade e Dierle Nunes:

Assim, o CPC-2015, ao tratar do procedimento da tutela de urgência antecipatória postulada em caráter antecedente ao pedido principal, passou a admitir a estabilização e sobrevivência da medida antecipatória, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena e exauriente. (ANDRADE; NUNES, 2015, p. 15).

A divergência é latente, pois não se vislumbra a possibilidade de essas características advirem de uma decisão interlocutória de cognição sumária. Conforme lição de Humberto Theodoro Jr., decisão interlocutória é o “ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 867). Se parcial de mérito, inexorável a cognição plena.

Por essas razões é que se conclui que, de fato, a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente encerra uma primeira discussão judicial litigiosa a respeito de determinado direito controvertido, o que, numa primeira análise, mostra-se incomum, na medida em que essa atividade, de regra, é reservada às sentenças e/ou aos acórdãos.

Assim leciona Cassio Scarpinella Bueno, sobre a classificação das tutelas jurisdicionais de acordo ao tipo de pedido formulado na ação:

[...] as *condenatórias*, que, além de estabelecerem a certeza quanto a um direito, criam as condições necessárias para que haja a *reparação*, daquele direito [...], que determinam a aplicação de sanção correspondente à lesão no plano material, a sanção que decorre do reconhecimento da *responsabilidade* existente no plano do direito material. (BUENO, 2014, p. 300).

Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria destacam ainda, quanto aos provimentos jurisdicionais condenatórios, que: “Levando-se em consideração o *conteúdo*, é possível agrupar numa mesma categoria as sentenças que impõem prestação”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 422).

Assim, tem-se que, para que se esteja diante de uma tutela condenatória, necessária a presença das seguintes características: 1) Certificação do direito invocado; 2) Determinação de reparação diante da lesão a esse direito e 3) Coercibilidade como meio de satisfação do direito certificado.

Claro, não faria sentido nenhum obter um provimento jurisdicional, apenas para confirmar o direito autoral, se não houvesse meios para sua satisfação. Do contrário, o autor teria apenas mais uma “opinião” a respeito de sua razão no litígio relativo

ao direito material controvertido, o que, evidentemente, não oferece nenhum interesse.

No caso da estabilização da tutela, veem-se preenchidos todos os requisitos acima elencados, à falta de um único, elementar, qual seja, a profundidade da cognição. Veja-se que até aqui se tratou destas modalidades de tutelas jurisdicionais, todas no campo da cognição exauriente de mérito.

Viu-se também que não é o fato de a decisão ser interlocutória que lhe impedirá de versar sobre o mérito final da demanda, mas sim a profundidade da cognição que lhe confere essa possibilidade, como ocorre no caso das chamadas sentenças parciais de mérito. Em todas há profundidade de cognição. Na decisão concessiva da tutela antecipada, entretanto, como exaustivamente demonstrado, a cognição é sumária.

Logo, tem-se uma *decisão de cognição sumária* que, de modo perfunctório, analisa os fatos trazidos pelo autor em sua peça de ingresso e, com base na urgência do caso, *certifica o direito* invocado pela parte autora e *determina* ao réu o *cumprimento da prestação* requerida (fazer, não fazer ou dar coisa certa).

Por isso dizer que, quanto à estabilização da tutela prevista no art. 304 do CPC/15, a intenção do legislador foi mesmo antecipar a tutela em si, e não apenas seus efeitos, como de praxe. Vale dizer, se o réu não se insurge contra a decisão antecipatória que confirmou o direito invocado pelo autor e determinou o cumprimento da prestação, possibilita a *estabilização da tutela concedida*.

Dessa forma, aquele título judicial continuará a produzir efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada a tutela por meio da ação autônoma prevista no parágrafo 2º do art. 304 do CPC/15, tal como ocorre numa sentença conde-

natória, excetuada, é claro, a hipótese de que, durante dois anos, assistirá ao réu a possibilidade de rediscutir a lide.

Assim é que se chega à conclusão de que a *decisão* que concede a tutela antecipada antecedente está na quadra, quanto à sua natureza jurídica, das decisões jurisdicionais *condenatórias*, pois afirma direitos e determina o *cumprimento de prestações*.

Configura-se, lado outro, sua *impropriedade*, na medida em que, não sendo baseada em cognição exauriente, mas apta a produzir efeitos sem revisão/confirmação *a posteriori*, destoa da tutela jurisdicional condenatória clássica.

6. Os efeitos da decisão concessiva da tutela estabilizada

Analisar-se-ão, neste item, por derradeiro, os *efeitos* que a tutela estabilizada está apta a produzir. Nesse sentido, imprescindível considerar que o que produz efeitos é a decisão jurisdicional, conforme esclarecido inicialmente no tópico “considerações iniciais”, e não a *tutela*.

Assim, quando se diz da produção dos efeitos, fala-se desta como proveniente da decisão concessiva da tutela estabilizada. Nesse mesmo sentido é a lição de Cassio Scarpinella Bueno, apontando que: “Uma coisa, portanto, é ser proferida uma decisão; outra, ela ter aptidão de produzir efeitos e, uma terceira, a estabilização desta decisão e de seus efeitos”. (BUENO, 2014, p. 293).

O transcrito acima não se refere à estabilidade tal como tratada no presente trabalho (instituto). Por estabilidade, certamente, o autor considera a estabilidade geral a que toda decisão jurisdicional está sujeita. Em regra, ocorre com a coisa julgada ou com a preclusão. Assim, vale dizer, decisão estável é aquela sobre a qual não pende mais discussão.

Nesse sentido, Giselle Leite e Denise Heuseler, esclarecem:

O momento em que se dá a impossibilidade de modificação da sentença ocorre é o chamado “trânsito em julgado”. Tornando a decisão judicial imutável e indiscutível. Quando afinal, a decisão deixa de ser instável e passa a ser estável, dá-se o nome de coisa julgada. Refere-se, portanto a uma nova situação jurídica caracterizada por ser imutável e indiscutível. (LEITE; HEUSELER, 2015).

É essa a estabilidade da decisão a que se refere Cassio Scarpinella, concernente à estabilização dos efeitos. Diz sobre a irreversibilidade dos efeitos já produzidos por aquela decisão, notadamente em face de terceiros estranhos à lide processual.

Ainda que tal decisão venha a ser reformada ou mesmo revogada posteriormente, a produção de seus efeitos se tornou estável. Isso ocorre por defluência do princípio da *segurança jurídica*, sob pena de, ao revés, inviabilizar quaisquer relações jurídicas na sociedade.

Dito isso, possível compreender o que se entende, nesse caso, por estabilidade da decisão jurisdicional e estabilidade de seus respectivos efeitos, contrapondo-os, inclusive, de modo a tornar clara a diferença existente entre um e outro.

Quando se fala em efeitos jurídicos e práticos, desvela denotar que qualquer decisão jurisdicional é apta a produção de efeitos nesses dois vieses. Assim, vale dizer, uma decisão produz efeitos no mundo jurídico e no mundo real (da materialidade).

É que toda decisão jurisdicional tem como escopo a individualização de uma norma jurídica, isto é, uma decisão jurisdicional é, em sua essência, *norma jurídica individualizada*.

Pela sentença (terminologia utilizada em sentido amplo para designar qualquer decisão jurisdicional que resolva o mérito da causa) o Estado-Jurisdicção, diante de uma relação jurídica de direito material controvertida, em que se discute tal ou qual norma jurídica do plano abstrato deve ser aplicada, constrói a norma jurídica, dá eficácia, pela ciência interpretativa, à vontade do legislador expressada na norma em abstrato, ou mesmo, revela qual sentido deve ser dado a essa determinada norma selecionada.

A esse respeito vejam-se os dizeres de Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria:

Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica* (= norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a *norma jurídica individualizada*, ou simplesmente *norma individual* (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação). (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 310, grifo do autor).

Assim, tem-se que a norma jurídica veiculada pela sentença possui duas acepções: em uma, geralmente constante da fundamentação, o magistrado avalia os fatos que foram trazidos pelas partes à sua *cognitio*. Identificada a relação jurídica de direito material controvertida, analisa, entre as normas jurídicas existentes, qual se aplica àquela relação jurídica, ou mesmo dá a correta interpretação para aplicá-la ao caso concreto.

Chama-se de *norma jurídica* essa atividade cognitiva, pois, uma vez construída, será através dela que o magistrado paulará seu *decisum*. Por conseguinte, construída essa norma jurídica, o magistrado deve então individualizá-la, naquele

caso específico que lhe foi trazido, com o fim de colocar termo à discussão.

A essa conclusão dispositiva a qual o magistrado define a favor de quem a norma jurídica está no caso concreto dá-se o nome de *norma jurídica individualizada*. Daí porque dizer que a decisão jurisdicional é norma jurídica individualizada e faz “lei” entre as partes, uma vez acobertada pelo manto da *res judicata*.

Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria trabalham com a ideia de efeitos das decisões jurisdicionais, classificando-os em *eficácia principal*, *eficácia reflexa* e *eficácia anexa (que é a de fato)*. Quanto à eficácia principal, esclarece que se refere aos “efeitos que decorrem diretamente do conteúdo da decisão e dizem respeito à situação jurídica controvertida: a possibilidade de tomada de providências executivas, no caso das decisões que impõem uma prestação; [...]”. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 428).

No caso da eficácia principal, já foram trazidos exemplos quando se tratou das modalidades de tuteles jurisdicionais, notadamente quando se falou na tripartição clássica das tutelas jurisdicionais. Em resumo, eficácia principal é a produção do desejo central da norma jurídica individualizada.

Em suma, abrange o pagamento ou o início de atos executórios para o adimplemento da obrigação de pagar reconhecida e imposta pela decisão; a demolição de uma obra que arrisca a integridade de propriedades adjacentes decorrente de uma tutela inibitória; a realização da cirurgia pelo plano de saúde, e etc.

Em síntese, por eficácia reflexa pode-se compreender a interferência do ato decisório jurisdicional sobre relação jurí-

dica extraprocessual que, embora não controvertida na relação jurídica processual, está umbilicalmente ligada a essa, de modo que a alteração decorrente do provimento jurisdicional irá impactá-la, inexoravelmente. Por isso reflexa, pois decorrente da relação jurídica processual.

Exemplos práticos da ocorrência desta eficácia são as intervenções de terceiros no processo civil, de um modo geral. Uma modalidade, entretanto, vem a ser um excelente exemplo para tal, qual seja, a *assistência*, que, como se sabe, pode ser *litisconsorcial* ou *simples*.

Conforme bem explica ainda Fredie Didier, a legitimação do terceiro assistente, na assistência simples, é extraordinária, pois defende em juízo direito alheio (DIDIER JR., 2015, p. 481). Note-se, nesse sentido, que o direito controvertido no processo não pertence ao assistente, mas a relação jurídica de direito material subjacente a esse depende do resultado da lide em que se intervém. Eis, então, a *eficácia reflexa*.

Por fim, a *eficácia anexa*. Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria definem a eficácia anexa como “os efeitos que uma norma jurídica (lei ou negócio jurídico, por exemplo) anexa à decisão judicial; isto é, não são consequências do conteúdo da decisão, mas de uma específica determinação normativa estranha à sentença”. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 429).

Essa, evidentemente, trata, como os próprios autores afirmam, não da eficácia que decorre do conteúdo normativo da decisão jurisdicional, mas sim de uma eficácia que, pelo simples fato de a decisão existir (*fato jurídico*), produzirá consequências que outra norma jurídica, estranha à sentença, inflige a esta.

Há que se considerar ainda uma quarta hipótese dos efeitos da decisão jurisdicional, talvez a mais óbvia, que é a *eficácia executiva do provimento*, vale dizer, a possibilidade de a parte vencedora exigir a consecução do bem da vida pelo qual litigou e obteve êxito.

Não se olvida da existência de múltiplos outros efeitos que a decisão judicial produz (à guisa de exemplo, a hipoteca judicial), entretanto, para a compreensão dos efeitos da decisão concessiva da tutela estabilizada, os efeitos até então trabalhados são suficientes.

Como se sabe, a sentença que extingue o procedimento sem resolução do mérito produz efeitos tão somente *endoprocesuais*; em outras palavras, não produz nenhum dos efeitos tratados anteriormente (eficácia reflexa, anexa ou principal).

Situação peculiar, todavia, ocorre na estabilização da tutela requerida em caráter antecedente. É que, como se vê do § 1º do art. 304 do CPC/15, no caso de ocorrer a estabilização, o “processo” será extinto. Como já dito anteriormente, uníssono na doutrina que essa extinção do feito é sem resolução do mérito.

Assim, a estabilização se mostra situação peculiar, parecendo ir diretamente defronte do entendimento postulado acima quando se trata de decisões que põem fim ao procedimento sem resolução do mérito.

No caso da estabilização da tutela, mesmo o procedimento tendo sido extinto, sem resolução do mérito, diz o § 6º do art. 304 que a produção dos efeitos da decisão concessiva só cessará após prolação de decisão que a reveja, reforme ou invalide.

Nesse sentido, não só há produção de efeitos pela decisão concessiva da tutela estabilizada, como também esses efeitos

só cessam com a prolação da decisão definitiva na ação autônoma prevista no § 2º do art. 304, persistindo, inclusive, após o encerramento do procedimento sem resolução do mérito.

O Novo Código de Processo Civil inova também nesse item, atribuindo à decisão concessiva da tutela que se torna estável os mesmos efeitos de uma decisão de mérito, ainda que o procedimento seja extinto sem resolução desse.

A decisão concessiva da tutela estabilizada possui *eficácia principal* na medida em que, naturalmente, há um comando jurisdicional impondo uma prestação, tal como foi visto no item 5 do presente trabalho. Possui ainda *eficácia reflexa*.

Pense-se, a título de exemplo, na decisão que concede tutela antecipada requerida em caráter antecedente determinando a transferência de determinado paciente para leito de CTI. Supondo que exista uma fila de espera, ou algo parecido, sem adentrar o mérito da questão da judicialização da saúde, reflexamente os pacientes dessa fila serão atingidos pela decisão antecipatória.

Possui ainda a decisão concessiva da tutela estabilizada *eficácia anexa*. Exemplo dessa eficácia anexa da decisão que concede a tutela antecipada antecedente é o contido no art. 302 do CPC/15, pelo que se, após se obter a liminar, verificar-se a prescrição ou a decadência do direito, nascerá, automaticamente, para o réu prejudicado pretensão de ressarcimento.

Por fim, possui a decisão antecipatória *eficácia executiva*. Como visto anteriormente, entre outros requisitos, a eficácia executiva se verifica pela possibilidade de a parte solicitar ao Estado que use dos meios adequados e proporcionais da força para a satisfação do comando jurisdicional.

O CPC/15, em seu art. 297, assevera que o juiz poderá adotar as medidas necessárias para a efetivação da tutela provisória. Assim, incontestemente a eficácia executiva da decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Destarte, tem-se que a eficácia relativa à tutela estabilizada se refere à *plena eficácia que as decisões de cognição exauriente possuem*, daí porque a hipótese levantada inicialmente para este trabalho se verifica, vale dizer, a tutela estabilizada possui efeitos que são próprios das decisões proferidas em sede de cognição exauriente, todavia, sem definitividade e imutabilidade.

7. Considerações finais

A presente abordagem confirmou a hipótese inicialmente levantada, atribuindo ao instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente no Novo Código de Processo Civil um possível conceito, delineando sua natureza jurídica e seus efeitos.

Como visto, não se concebe o instituto nem como coisa julgada nem como preclusão, ou mesmo como uma técnica de monitorização do direito, mas se erige a decisão que concede a tutela antecipada contra a qual não seja interposto o competente recurso a um patamar mais elevado que as decisões interlocutórias comuns, para pôr fim ao procedimento de 1º grau, todavia em patamar inferior em relação à coisa julgada, pois não há definitividade e imutabilidade.

Quanto a isso, assevera-se que não há mesmo como haver definitividade e imutabilidade sobre uma decisão proferida em sede de cognição sumária, dada a superficialidade com que o mérito é enfrentado. Não é mera preclusão, como visto, pois no caso a preclusão é elemento constitutivo de su-

porte fático para a formação do fato jurídico composto que tem como efeito a estabilização.

Sua natureza jurídica é condenatória imprópria, ao passo que afirma direitos e impõe sanções como meio de satisfação forçada da prestação imposta. Ademais, possui eficácia plena, tal como as decisões de cognição exauriente, ou seja, possui eficácia principal, reflexa e anexa.

Sem dúvida, ainda é um tema desafiador para os pesquisadores do direito processual, visto que o presente trabalho pode [e deve] ser encarado como primeiras linhas, rasas e rudimentares, para entender esse complexo microsistema de tutela de direitos inserido pelo novel ordenamento processual.

Não é um fim em si mesmo e, com certeza, não se encerra por aqui, por evidente que o conhecimento não sela verdades indiscutíveis e imutáveis, falseando-se e estando, outrossim, em constante diálogo com os pesquisadores, aprimorando-se e rejuvenescendo.

Há, ainda, questões que, embora escapem à presente pesquisa, devem ser objeto de perquirição, sobretudo sobre o tema em questão.

8. Referências

ALVES, André Luiz. *Tutela antecipada antecedente e sua estabilização*. Disponível em: <<https://estudosnovocpc.com.br/2016/06/23/tutela-antecipada-antecedente-e-sua-estabilizacao/>>. Acesso em: 12 out. 2016.

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa*

ulgada. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C917D40D4E08A8/Tutela_Provisoria_e_estabilizacao.pdf>. Acesso em: 8 maio 2016.

ATCHABAHIAN, Marina Vezzoni. Novo CPC define regras para estabilização da tutela antecipada. *Consultor Jurídico*, 17 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/marina-vezzoni-cpc-regrou-estabilizacao-tutela-antecipada#author>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 5.925, de 1º de outubro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 9 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 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/113105.htm>. Acesso em: 9 abr. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

CARVALHO, Camilo de Oliveira. A inexistência jurídica da coisa julgada inconstitucional e a querela nullitatis como instrumento para a sua impugnação. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; IOCAHAM, Celso Hiroshi (Coords.). *Processo e Jurisdição*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uni_curitiba/livro.php?gt=97>. Acesso em: 15 out. 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional positivo*. 20. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil: parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podvm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Jus Podvm, 2015.

GOMES, Gustavo Gonçalves. A estabilização da tutela antecedente: eficiência e maior adequação da prestação jurisdicional. *Conteúdo Jurídico*, 19 set. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-estabilizacao-da-tutela-antecedente-eficiencia-e-maior-adequacao-da-prestacao-jurisdicional,33448.html>>. Acesso em: 5 maio 2016.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 296-330, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862>>. Acesso em: 23 out. 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Coisa Julgada*: de Chioven-da a Fazzalari. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEÇA, Laíse Nunes Mariz. O princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11664>. Acesso em: 30 out. 2016.

LEITE, Gisele. A tutela provisória do CPC/15 (a urgência e a evidência no neoprocessualismo). Disponível em: <<http://giseleleite2.jusbrasil.com.br/artigos/261703235/a-tutela-provisoria-do-cpc-2015>>. Acesso em: 8 maio 2016.

LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. A coisa julgada e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Prolegis*, 15 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/a-coisa-julgada-e-o-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro/>>. Acesso em: 29 out 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITI-DIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARANHÃO, André Luiz. Aspectos polêmicos da ação monitória na processualística civil brasileira. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 13, n. 78, jul. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8111>.

MARQUES, Luiz Guilherme. O processo civil francês. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, p. 80-138, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_80.pdf>. Acesso em: 21 out. 2016.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada. *Consultor Jurídico*, 6 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>>. Acesso em: 09 out. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: lei 13.15/2015: inovações, alterações, supressões*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RAZUK, Abrão. Decisão Judicial. *Midiamax*, Campo Grande, 8 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.midiamax.com.br/artigo/307365-decisao-judicial.html>>. Acesso em: 23 out. 2016.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. A antecipação da tutela: interpretação doutrinária: evolução e prática em quase quinze anos de vigência. *Jurisprudência mineira*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, 1950-2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/8B/42/EE/9D/7D9B8310D9451883180808FF/184.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. *Universidade de São Paulo: e-Disciplinas*, 2015. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458338/mod_resource/content/0/2015%20-%20Doze%20problemas%20e%20onde%20solu%C3%A7%C3%B5es%20quanto%20%C3%A0%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada.pdf>. Acesso em: 13 set. 2017.

SOARES, Carlos Henrique. *Tutela provisória no novo código de processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 209, p. 13-34, jul. 2012. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/303563/mod_folder/content/0/TALAMINI,%20Eduardo.%20Tutela%20de%20Urg%C3%Aancia%20no%20Projeto%20de%20novo%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil%20-%20A%20Estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20Medida%20Urgente%20e%20a%20Monitoriza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Processo%20Civil%20Brasileiro.%20Revista%20de%20Processo%20209,%20p.%2013,%202012..pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 27 maio 2016.

TALAMINI, Eduardo. Ainda a estabilização da tutela antecipada. *Migalhas*, 1º abr. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>>. Acesso em: 13 set. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 55. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: GEN – Grupo Editorial Nacional, 2014. Vol. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: GEN – Grupo Editorial Nacional, 2014. Vol. III.

TURRA, Thiago Camatta Chaves. Os reflexos da autonomização e estabilização da tutela sumária prevista no projeto de Código de Processo Civil na evolução da tutela de urgência brasileira. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. (Org.). *Processo e jurisdição I*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=197>>. Acesso em: 20 out. 2016.

Artigo recebido em: 01/08/2017.

Artigo aprovado em: 14/09/2017.

DOI: 10.5935/1809-8487.20170014

